

REVISTA *Juris* ADVOCATUS



anos
1988 ★ 2018
CONSTITUIÇÃO

EDIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO





Escola de Pós-Graduação

EXPEDIENTE



Revista do Centro de Estudos
Constitucionais e de Gestão Pública
e da Faculdade SVT
ANO IV - Nº 11 - Dezembro de 2018

Uma publicação do Departamento de Publicidade
da SVT Consultores Marketing e Propaganda Ltda.

Av. Castelo Branco, 605, Ed. Cidade de São Luís, salas 400-C
Bairro São Francisco - CEP: 65076-090 - São Luís - MA
Telefone: (98) 3235 6467
E-mail: contato@cecgp.com.br
www.cecgp.com.br



Redação e Correspondência

Av. Castelo Branco, 605, Ed. Cidade de São Luís, salas 400-C
Bairro São Francisco - CEP: 65076-090 São Luís - MA
Telefone: (98) 3235 6467
E-mail: contato@cecgp.com.br
www.cecgp.com.br

ISSN: 2357 7940

Diretor e Editor:

Sergio Victor Tamer
sergiotamer@cecgp.com.br

Capa e Direção de Arte:

Adailton José Costa da Silva

Diagramação:

Adailton José Costa da Silva
Nikolaos Damaskinos

Colaboradores:

Dejenane Gusmão Pereira
Leonardo Arruda Souza
Patrícia Lima Coimbra da Silva

Impressão:

UNIGRAF - Industria Gráfica

Conselho Editorial

Ana Luiza Almeida Ferro
Angela Figueruelo
Aldy Mello Filho
Carlos Lula
Carlos Henrique Vieira
Ilmar Polary
James Magno A. Farias
Jhonatan Almada
João Batista Ericeira
José Carlos Sousa Silva
José Augusto Cutrim

Karla Adriana Vieira
Lourival Serejo
Márcio Aleandro Correia Teixeira
Maria Manuela Magalhães
Mário Macieira
Mônica Martínez Campos
Nelson de Moraes Rego
Paulo Roberto B. Ramos
Paulo Velten
Raimundo F. Marques
Roberto Veloso
Sergio Victor Tamer

Coordenadorias dos Núcleos de Direitos Humanos, Ciência Política, Gestão Pública e do Observatório em Segurança Pública

Professor Msc. João Batista Ericeira
Professor Doutor Nelson de Moraes Rêgo
Professor Doutor Ilmar Polary

REVISTA *Juris*
ADVOCATUS

30

anos
1988 ★ 2018
CONSTITUIÇÃO

SUMÁRIO

06

As Dificuldades para dar Efetividade à **Constituição de 1988**

Sergio Victor Tamer

Aspectos Constitucionales
del **Derecho al Medio Ambiente**

Ángela Figueruelo Burrieza

16

42

O Comércio Eletrónico e Os Novos Desafios da Era Digital
À Luz da Diretiva Europeia 2000/31/Ce:
da Venda Itinerante às Lojas Virtuais

Fernanda Rebelo

A Reforma Constitucional em **Ruy Barbosa**

João Batista Ericeira

96

108

Política e Direito na **Teoria de Bobbio**

Sergio Victor Tamer

Responsabilidade Internacional do Estado Brasileiro
Por Violação de Direitos Humanos por Ato de Particular:
O Caso dos Meninos Emasculados do Maranhão

Brenda Laianny Barros Bernardi

114

O Instituto da Alienação Fiduciária
Nos Ordenamentos Jurídicos Brasileiro e Português

Nádia Maria França Quinzeiro & Virgínia Maria Rosa Praseres De Miranda

136

160

O Necessário Fortalecimento das Organizações Internacionais:
Ênfase na Questão dos Refugiados **Princípio De Non-Refoulement**

Ronaldo Teixeira Boden

Obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal
Para a construção de **Provimentos Jurisdicionais Penais Legítimos**

Grazielle Barbosa Viera Cruz

182

230

Abandono Afetivo do Idoso
Abandonment Of The Elderly

Bárbara Marques

O NASCIMENTO DO CECGP:

O Clamor das ruas e a **Reforma Política**

Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública

246

248

O NASCIMENTO DA REVISTA JÚRIS: A Revista foi
lançada em São Luís com grande aceitação no meio Jurídico e
Acadêmico.

Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública

AS DIFICULDADES PARA DAR EFETIVIDADE À CONSTITUIÇÃO DE 1988



O CECGP, com esta edição especial da Revista *Juris Advocatus*, celebra os 30 anos da nossa Constituição. Em 2013 realizamos o seminário “A Reforma Política e o Clamor das Ruas”, mas até aqui nem a Reforma veio tampouco a classe política deu ouvidos àquele inusitado movimento que havia sacudido o País. Promessas constitucionais não cumpridas pelo Poder Executivo, sobretudo no campo social, provocaram uma mudança radical do eleitorado cujo resultado foi estampado nas urnas de outubro de 2018.

Mas se as políticas públicas são precárias ou inexistentes para garantir direitos fundamentais sociais, como temos constatado nos últimos anos no Brasil, não podemos atribuir a culpa à Constituição. Ela fez a sua parte. A doutrina e a jurisprudência também. Mas na hora de dar efetividade à norma constitucional de natureza social o Poder Executivo se complica. O que se passa com o Brasil, uma economia pujante e moderna, mas atrasado socialmente?

Há, de fato, uma enorme dificuldade para fazer chegar os direitos sociais ao conjunto da sociedade e este é um tema constitucional de extrema importância, pois está vinculado à efetivação dessas normas fundamentais, sobretudo em um país como o nosso que guarda diferenças regionais e de desenvolvimento bastante acentuadas.



SERGIO TAMER é doutor em direito constitucional pela Universidade de Salamanca e autor dos livros *Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil* (RS, Fabris, 2002); *Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias* (RS, Fabris, 2005); *La garantía judicial de los derechos sociales y su legitimidad democrática* (Salamanca, Ratio Legis, 2018); é presidente do Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública- CECGP.

É certo que as constituições de natureza liberal-social, como a brasileira, ou a social-democrática, como a portuguesa e a espanhola, dão uma extraordinária importância à implementação dos direitos sociais e à dignidade da pessoa humana. No Brasil, o art. 1º da Constituição estabelece como um dos fundamentos do estado a dignidade da pessoa humana. A Constituição portuguesa de 1976, que teve uma grande influência sobre a primeira, igualmente estabelece em seu artigo 1º que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana”. Na Constituição espanhola de 1978 se lê em seu artigo 10.1 que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social”.¹

Interpretando essa linha de pensamento constitucional e europeu o constitucionalista português Jorge Miranda² afirma que “de modo direto e evidente os direitos econômicos, sociais e culturais comuns tem a sua fonte ética localizada na dignidade da pessoa, de todas as pessoas”.

Sob esse enfoque, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais – que na Constituição brasileira aparece no art. 3º, III, como um dos objetivos fundamentais da República – vem sendo uma das maiores prioridades na construção de sociedades mais justas, ao mesmo tempo em que se reconhece

1 SSTC 214/1991, de 11 de noviembre (dignidad como límite a la libertad de expresión); 7/1983, de 14 de febrero, y 59/1993, de 15 de febrero (imprescriptibilidad de los derechos fundamentales), y 73/1986, de 3 de junio (interpretación del ordenamiento de la manera más favorable a los derechos fundamentales) – Leyes Políticas del Estado, 22ª ed. act. septiembre de 2004, pág.40, Civitas Ediciones, Madrid.

2 MIRANDA, ob. cit., Direitos Fundamentais, Tomo IV, 3ª ed., pág. 181.

cada vez mais que as causas e condições da pobreza são diferentes para homens e mulheres, negros e brancos. Por isso, há que reconhecer-se que as necessidades de mulheres e negros devem levar-se em conta de maneira explícita e efetiva nas estratégias para reduzir a pobreza bem como nas políticas de geração de emprego e renda.

Nesse panorama estamos celebrando os 30 anos de uma Constituição democrática que nos trouxe muitas promessas sociais e também, com elas, algumas frustrações. Nesse ponto, devemos sempre atentar para a advertência feita pelo cientista político Robert Dahal³ no sentido de que a democracia, para que exista plenamente, tem que ir “de mãos dadas com vários companheiros de viagem, entre os quais estão a cultura política, o desenvolvimento econômico e a modernização social”. Entretanto, em nosso país, constatamos que a cultura política de natureza oligárquica e patrimonialista freia o desenvolvimento econômico e impede a modernização social, vale dizer, o acesso aos bens econômicos, culturais e sociais. Norberto Bobbio, em sua vasta obra, recorda que o desenvolvimento dos direitos humanos passou por três fases, uma das quais é a da proclamação dos direitos sociais que em sua concepção expressam a maturação das novas exigências, inclusive dos novos valores, como os de bem-estar e de igualdade não somente formal, que se poderiam chamar de liberdade “através” ou “por meio” do Estado.⁴ O próprio filósofo de Turín assinala, com absoluta propriedade, que

3 DAHL, Robert. *La democracia – una guía para los ciudadanos*. Madrid, Santillana de Ediciones, 1999. *La poliarquía – participación y oposición*. Madrid, editorial Tecnos, 2ª edición, 2002.

4 BOBBIO, Norberto. *El tiempo de los derechos*. Madrid, Editorial Sistema, 1991, traducción de Rafael de Asís Roig, pág. 70

*“[...] el argumento más fuerte dado por los reaccionarios de todos los países contra los derechos humanos, en especial contra los derechos sociales, no es ya la falta de fundamento en sí, sino su imposibilidad de realización. Cuando se trata de enunciarlos el acuerdo se consigue con relativa facilidad, independientemente de la mayor o menor convicción de su fundamento absoluto: cuando se trata de pasar a la acción, aunque fuese el fundamento indiscutible, comienzan las reservas y oposiciones.”*⁵

Dessa forma e, seguindo a linha de raciocínio de BOBBIO, o problema a que nos defrontamos não é filosófico senão jurídico e, em sentido mais amplo, político. Não se tratam de averiguar “quais e quantos são esses direitos, qual é sua base e sua natureza, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, senão melhor dizendo qual é a maneira mais segura de garanti-los para impedir que sejam violados continuamente, apesar das declarações solenes”.

Com tais considerações preliminares realço aqui o fato de que a hipótese por nós averiguada foi no sentido de que a garantia judicial dos direitos sociais depende, em larga medida, da eficácia das políticas públicas bem como da eficácia dos instrumentos processuais de que dispõe o cidadão para o exercício desses direitos e, inclusive, com uma clara compreensão da função do Poder Judiciário no âmbito do Estado Social e Democrático de Direito, como propõe a Constituição brasileira que é, ela própria, uma síntese liberal-social. Temos, dessa forma, como premissa, que os indivíduos possuem direitos subjetivos às prestações estatais e às consequentes políticas públicas para fazê-los efetivos e que o Poder Judicial tem legitimidade e competência para assegurar o desfrute dos direitos sociais e provocar a execução das prestações e políticas sociais do Estado.⁶

5 BOBBIO, ob. cit., pág. 61.

6 Vide, nesse tema, meus trabalhos: ATOS POLÍTICOS E DIREITOS SOCIAIS NAS DEMOCRACIAS, Porto Alegre, Fabris, 2005; e, LA GARANTÍA JUDICIAL

Mas, como consequência dessas questões outros questionamentos chaves são necessários, como, por exemplo: a) Qual é o limite e extensão do exercício da função política, por parte do Poder Judiciário, no campo da garantia dos direitos sociais? b) É possível, sem afrontar o princípio clássico da harmonia e independência entre os poderes, garantir direitos fundamentais omitidos pelas políticas públicas a cargo do Executivo? c) Que princípios constitucionais poderão prevalecer para a concretização dos direitos sociais por parte do Poder Judiciário?

O professor Ingo Sarlet⁷, seguindo a linha de outros autores de igual importância, aduz que admitir a sua plena judicialidade supõe colocar o controle da agenda política e do próprio orçamento estatal em mãos do Poder Judiciário e não do Parlamento. Por isso, defende que a lei se apresenta, com relação a esses direitos, como condição *sine qua non*, é dizer, a atuação legislativa se faz necessária para determinar o modo e os limites do direito, não a sua existência. Para o professor JJ Gomes CANOTILHO⁸, a violação do direito às prestações por parte do legislador inativo ou de um Executivo inerte equivale, em gravidade jurídico-constitucional à interferência ilícita no âmbito da liberdade e da propriedade dos cidadãos. Entendemos, nesse contexto, ainda que com certo dissenso, que a omissão legislativa ou de políticas públicas no que se refere à concessão de um padrão elementar de dignidade deve suprir-se por meio dos instrumentos processuais de garantia judicial. Portanto, consideramos que quando uma

DE LOS DERECHOS SOCIALES Y SU LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA,
Salamanca, Ratio Legis, 2018.

7 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2011, 10.ed.

8 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Coimbra: Coimbra Editora, 2ª edição, 2001.

Constituição como a brasileira de 1988 – que agora completa 30 anos de existência – incorpora uma serie de direitos sociais e adota uma cláusula explícita de auto-aplicabilidade, como a do parágrafo 1º do art. 5º⁹, a garantia efetiva dos direitos sociais passa a ser um dever político compartilhado por todas as esferas do poder do Estado, o que afasta a suposta ilegitimidade do Poder Judiciário¹⁰ ao assegurar, neste âmbito, as chamadas prestações positivas do Estado.

Todavia, no Brasil, em que pese as garantias legislativas e judiciais para tornar efetivo os direitos sociais, a estrutura cultural e política do Estado oferece um obstáculo suplementar a esse propósito. Tais obstáculos, contudo, não aparecem explícitos na doutrina jurídica nacional – que sequer os mencionam – bem como na doutrina internacional que via de regra elegem obstáculos de outra ordem para a efetivação desse direitos¹¹. No entanto, tais

9 “Art.5º Todos son iguales frente a la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantiéndose a los brasileños y a los extranjeros residentes en el País la inviolabilidad del derecho a la vida, a libertad, a igualdad, a seguridad y a propiedad, en los términos siguientes: (...) § 1º Las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales tienen aplicación inmediata.”

10 Conf. BONAVIDES, Paulo in *Ciência Política*. São Paulo, Malheiros, 10ª edição, 1997, pág.140, anotamos: “El genio político de Montesquieu no se ciñó a teorizar acerca de la naturaleza de los tres poderes, sino que engendró del mismo paso la técnica que conduciría al equilibrio de los mismos poderes, distinguiendo la facultad de establecer (faculté de statuer) de la facultad de impedir (faculté d’empêcher). Como la naturaleza de las cosas no permite la inmovilidad de los poderes, pero si su constante movimiento, ellos están obligados a actuar “de concierto“, armónicos, y las facultades enunciadas de establecer y de impedir anticipan ya la llamada técnica de los checks and balances, de los pesos y contrapesos, desarrollada posteriormente por Bolingbroke en Inglaterra, durante el Siglo XVIII”.

11 “Los principales argumentos esgrimidos en contra de la justiciabilidad de los derechos sociales son: 1) falta de legitimidad democrática de los jueces; 2)

entraves, entre nós, são compostos por elementos culturais e políticos historicamente arraigados, e por isso detentores de um poder avassalador sobre o sistema de garantias de natureza prestacional a ponto de sufocá-lo e de oferecer um risco permanente à efetividade constitucional nessa área, a saber: 1) a burocratização; 2) a corrupção; 3) as políticas públicas ineficientes ou inexistentes; 4) os direitos sociais tomados como “assistencialismo social” em detrimento de seu caráter universal.

Indubitável é que a burocratização e a corrupção são como irmãs siamesas neste processo cultural e político. Uma alimenta a outra. E assim, tanto uma como outra, atuando em sua peculiar maneira de ser nas estruturas estatais, bloqueiam ou dificultam até à sua inefetividade as políticas públicas destinadas a cumprir os mandamentos constitucionais ou infra constitucionais. Como se sabe, não há déficit legislativo no Brasil pois aqui temos lei para tudo, especialmente nesse campo. O que há é um retumbante fracasso na execução das políticas públicas pois os direitos sociais passaram a cumprir, de forma demagógica, uma função partidária e eleitoral como fruto de uma prática assistencialista e clientelista, originárias que são de práticas oligárquicas e que se aperfeiçoaram com o tempo, passando por vários governos. Assim, falam-se nos comunicados oficiais para o fomento de programas governamentais em “direitos sociais” que na realidade nem são aqueles de natureza constitucional e sequer o são de assistência social – mas de simples

indeterminación y vaguedad de los derechos sociales y de la conducta estatal que éstos exigen; 3) el carácter prestacional económicamente gravoso de estos derechos; 4) la ausencia de mecanismos procesales idóneos; 5) la falta de tradición jurisdiccional de tutela de estos derechos.” – Sahián, José Humberto, in tese de doutorado apresentada na Universidade Complutense de Madrid, intitulada: “Dimensión constitucional de la tutela de los consumidores. Progresividad y control de regresividad de los derechos de los consumidores”. Madrid, 2017.

programas de caráter eleitoral o que seria mais bem apropriado chamá-los de “assistencialismo social”.

Ressalte-se que esse partidarismo “assistencialista-eleitoral” se localiza tanto no âmbito federal quanto na esfera estadual e municipal do poder político. Uma prática que, lamentavelmente, desvirtua o caráter universal desses direitos e compromete a sua eficácia plena.

CONCLUSÕES

A jovem Constituição brasileira, nascida que foi sob o estigma de um longo período de governos militares, reúne de forma detalhada duas grandes famílias de Direito, os de liberdade, representados pelos direitos civis e políticos, e os de igualdade, onde situam-se os direitos sociais.

Assim, a premissa básica nos estados sociais e democráticos de direito reside em não haver liberdade efetiva onde não haja direitos sociais básicos. Essa é a condição política estruturante para a decantada promoção kantiana da igualdade de oportunidades.

Democracia, desenvolvimento e direitos humanos – ainda que não seja possível encontrar plenamente atendidos nos Estados contemporâneos, passaram a ser indispensáveis para legitimar esses mesmos Estados.

O princípio da dignidade da pessoa humana ganha destaque, nesse cenário, como valor supremo, e passa a ser a fonte por excelência dos direitos fundamentais. Mas o grande desafio para o constitucionalismo social continua sendo o de reduzir a distância estrutural entre normatividade e efetividade.¹²

Por fim, não culpemos a Constituição de 1988 pelas

12 FERRAJOLI

transgressões e desvirtuamos a que ela tem se submetido, ora por práticas abusivas do Executivo ora por excesso de invocações principiológicas e de teorias estapafúrdias adotadas em profusão por eminentes membros do Judiciário a mitigar o caráter soberano de suas normas que, ao fim e ao cabo, se reescrevem em cada julgado. E se é verdade que a Constituição democrática é a “união do povo com o Estado” deixemos que esse casamento seja duradouro, ainda que em meio às suas relações conflituosas, evitando, assim, tantas infidelidades constitucionais...



ASPECTOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE*

ASPECTOS CONSTITUCIONALES
DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE - ÁNGELA FIGUERUELO
BURRIEZA



*Texto ampliado y readaptado de la Conferencia pronunciada el día 30 de marzo de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca en el marco del Congreso: "Derecho, medio ambiente y tecnología. Aplicación de las nuevas tecnologías a la investigación y enjuiciamiento de los procesos medioambientales".

LA CONSTITUCIÓN COMO ORDENAMIENTO JURÍDICO FUNDAMENTAL DEL ESTADO

Actualmente las Constituciones son consideradas el orden jurídico fundamental del Estado; por tratarse del estatuto jurídico de lo político en estas normas, que son las supremas del ordenamiento jurídico, conviven una pretensión de estabilidad y una pretensión de dinamicidad para proporcionar cambios en el seno de lo político, razón por la cual se repite con insistencia que la Constitución es un orden abierto. Por ese carácter abierto de que están dotadas las normas supremas deberán ser ordenamientos marco, es decir un orden fundamental y no un código exhaustivamente regulador. Pero, la Constitución no es sólo una ley fundamental del Estado, ya que también lo es de la sociedad; y por ello fija las bases esenciales de un Estado y establece los principios más relevantes de una sociedad abierta y bien ordenada. En este sentido la Constitución Española define los caracteres esenciales del Derecho de propiedad en el art. 33, la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado en el art. 38, o los principios fundamentales de la familia en el art. 39.



Ángela Figueruelo Burrieza
Catedrática de Derecho Constitucional
Universidad de Salamanca

A pesar de lo señalado la Constitución es siempre un proceso político que se desarrolla hoy en una sociedad abierta al pluralismo social, a los fenómenos organizativos supranacionales y a la globalización económica, factores que obligan a que el orden parcial y fragmentario fijado por la Constitución sea concretizado a través de la labor de los operadores públicos (internos, europeos o internacionales) y a través de esquemas de regulación no formales, neocorporativos, concertadores,... desarrollados en el ámbito de diferentes subsistemas sociales, ya sean económicos, escolares, profesionales, deportivos, etc.

La Constitución Española vigente es una Constitución abierta, entre otras cuestiones, porque *reconoce y garantiza los derechos humanos* y regula los procesos políticos entre el Estado y la sociedad civil, amparando el *pluralismo social* y político, y coadyuvando a *conseguir una sociedad democrática avanzada*. Esta apertura hacia dentro supone una receptividad respecto a otros ordenamientos como el derecho natural (art. 10.1), el derecho internacional (arts. 10.2 y 93 y ss.), los derechos preconstitucionales, los derechos históricos, los Tribunales consuetudinarios y tradicionales (art. 25) y otras instituciones como la Iglesia Católica, que cuentan con sus propios ordenamientos jurídicos. Esta recepción justifica también la apertura hacia fuera que viene exigida por el reconocimiento de los valores superiores del ordenamiento jurídico en el art. 1.1 (libertad, justicia, igualdad y pluralismo político), norma fundamental y fundamentadora de la recepción de las normas e instituciones antes señaladas y del reconocimiento de la *dignidad de la persona humana*, así como de los derechos inviolables que le son inherentes (art. 10.1).

También en el Preámbulo de nuestra Constitución se aprecia esta apertura constitucional que desempeña una importante

labor interpretadora de la norma suprema, teniendo además un valor pedagógico dentro de una estructura de la sociedad abierta. Por ello los conceptos de constitución y sociedad abierta tienen una dimensión cultural y antropológica que le viene concedida por la cultura propia del derecho y de la sociedad occidental y la “*imago hominis*”, en cuanto persona dotada de dignidad con sus derechos inviolables y en su cualidad de ciudadano libre, social y participador que desarrolla su personalidad en el marco de las formaciones sociales donde se desenvuelve. Para que lo antes dicho sea una realidad efectiva, en el constitucionalismo de la segunda posguerra mundial, fue necesario elevar la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional y valor jurídico supremo de todo el ordenamiento; derivando del mismo un extenso reconocimiento de los derechos de la persona y una gran amplitud y variedad de mecanismos de garantía.

La Constitución vigente en España considera en su art. 10.1 que la dignidad de la persona es el fundamento del orden político y de la paz social, precisando, por ello, el rango de principio rector supremo del ordenamiento jurídico. La dignidad debe traducirse, pues, en la libre capacidad de autodeterminación personal al mismo tiempo que debe impedir hacer del hombre un objeto de la acción estatal. Este precepto es un mandato jurídico objetivo que vincula a los poderes públicos y a los ciudadanos y que, entre otras, cumple funciones legitimadoras del orden político, promocionales y hermenéuticas. Es preciso, además, tener en cuenta que, en el caso español la dignidad de la persona es mucho más que un derecho fundamental, pues es la fuente de todos los derechos, que sí tienen límites, a diferencia de la dignidad que se proclama como un valor absoluto. En consecuencia, cuando la dignidad se proyecta sobre los derechos constitucionalizados

ha de permanecer inalterada cualquiera que sea la situación en la que se encuentre la persona titular del derecho en cuestión, configurando un *minimum* invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar. También la dignidad opera como un límite frente al ejercicio abusivo de los derechos, siendo correcto entender que cualquier violación de la misma, ocasionada como consecuencia del ejercicio de un derecho, lo convierte en abusivo, privando a quien así actúa de toda cobertura constitucional o legal.

II) LAS OBLIGACIONES JURÍDICAS PROMOCIONALES Y LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DEL MEDIO AMBIENTE

La Constitución Española de 1978 reconoció con carácter exhaustivo gran número de derechos en su Título I. Pero no sólo consagró derechos y sus correspondientes garantías sino que también estableció un número determinado de obligaciones jurídicas fundamentales dirigidas a los poderes públicos y a los ciudadanos y que están relacionadas con el modelo de Estado que consagra el artº 1.1 (“*España se constituye como un Estado social y democrático de Derecho*”), por lo cual están en conexión estrecha con el significado final de las obligaciones promocionales. Se trata de obligaciones superiores materiales del ordenamiento jurídico español que se desarrollan en una serie de obligaciones constitucionales. En dicho ámbito deben ser destacadas las disposiciones contenidas en el Capítulo III del Título I de la Constitución que regula los “*Principios rectores de la política social y económica*”, que también han sido considerados como fines del Estado.

Estos principios concretan tres dimensiones de la Constitución: los enunciados generales del Preámbulo en lo referente al orden económico y social justo, progreso de la cultura y de la economía tratando de asegurar una digna calidad de vida; también desarrollan los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.1), en especial el valor igualdad, y por último expresan la idea del Estado Social y Democrático. De ahí que, las obligaciones jurídicas promocionales se refieran principalmente a los derechos y libertades fundamentales, encontrando su formulación expresa en el art. 9.2 de la CE. Los derechos sociales o principios rectores de la política social y económica son una concreción de este precepto, constituyendo un conjunto de obligaciones constitucionales reducibles a tres categorías de obligaciones promocionales: de promover, de remover y de facilitar.

En este ámbito nos encontramos con el art. 45 de la CE que al respecto señala:

“1/ Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo. 5

2/ Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

3/ Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”.

Es preciso insistir en que los fines del Estado (arts. 39 a 52 de la CE) son los derechos más débiles, en cuanto a sus garantías, de todos aquellos que la Constitución reconoce. Por ello, el art. 53.3 establece que se protegerán judicialmente de acuerdo a lo que dispongan las leyes que los desarrollen. Se trata, pues, de auténticas normas programáticas que obtienen su efectividad de las leyes que los regulan. Por ello, como fuente de inspiración programática para el legislador, tienen el valor tradicionalmente asignado a las normas de este carácter y aunque no tengan inmediata vigencia forman parte del ordenamiento jurídico. Y, en cuanto criterio interpretativo del Derecho vigente, las normas programáticas pueden alcanzar relevancia especial al permitir una interpretación adecuada a la realidad social presente.

Este criterio interpretativo del ordenamiento vigente, de acuerdo a la normativa internacional, tiene un reconocimiento expreso en la CE con relación a los derechos fundamentales y libertades públicas que según el art. 10.2 *“se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los Tratados y Acuerdos Internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España”*.

Con fundamento en lo previamente dicho debe ser resaltado que gran parte de los textos fundamentales vigentes en la actualidad reconocen e intentan garantizar el derecho a un medio ambiente adecuado. La importancia de su estudio, desde un punto de vista constitucional, es obvia porque al igual que sucede con la mayor parte de los derechos sociales goza de una fuerte raíz comunitaria y colectiva, afectando, en consecuencia, a todos los seres humanos inmersos en un contexto económico y social determinado, con necesidades específicas que deben satisfacerse solidariamente para poder disfrutar de una vida digna.

Esto no es tarea fácil porque faltan recursos naturales, el medio natural se degrada cada vez más a causa de accidentes y de agresiones cotidianas en el marco industrial o doméstico... Por todo ello, la importancia socio-política de los valores.

ecológicos se ha ampliado con el reconocimiento jurídico del medio ambiente y de su protección, con el propósito de conseguir que el ser humano y el medio natural convivan en una relación armónica, de modo tal que, a la vez que se protegen los espacios naturales se está protegiendo el hábitat de las generaciones futuras.

El interés por los derechos fundamentales llamados de la “Tercera Generación” y su reconocimiento constitucional no data de más allá de cincuenta años. En el caso del derecho al medio ambiente debemos cifrar su reconocimiento internacional en la Declaración de Estocolmo de 1972. A partir de ese momento numerosas constituciones nacionales lo han incorporado al elenco de sus derechos reconocidos y garantizados. Entre ellos merecen ser citados la Constitución Griega de 1975 y la Portuguesa de 1976. Siguiendo en la misma línea, la Constitución Española, de 27-XII-78, lo reconoció en el artículo 45.1 que antes ha sido transcrito.

Estas novedades europeas en el ámbito de los derechos fundamentales del constitucionalismo social van a tener proyección hacia otros ordenamientos constitucionales. Pero el reconocimiento de este derecho en el marco del máximo nivel normativo –como es el constitucional– no elimina los problemas de una concepción jurídica indeterminada de lo que se entiende por medio ambiente, concepto que varía constantemente y que interfiere en los contenidos del derecho; las vicisitudes a la hora de conocer su naturaleza jurídica dificultan aún más la posibilidad de hacer exigibles las pretensiones subjetivas y supraindividuales que este derecho pudiera generar a través de diversas garantías constitucionales o vías procesales de exigibilidad.

Por todo ello, es obligado insistir en la naturaleza jurídica del derecho en análisis para así poder discernir quiénes son los sujetos activos y pasivos del mismo, su objeto y la relación inescindible que guarda con otros derechos fundamentales de rango constitucional. Resulta también necesario conocer los instrumentos jurídicos establecidos para garantizar el medio ambiente tanto en sede ordinaria como en sede constitucional y que suponen obligaciones positivas a cargo del Estado a los efectos de su protección y defensa: Tema que conduce al análisis de la legitimación procesal o relación subjetiva-reaccional para exigir la correspondiente tutela jurisdiccional del derecho que estamos analizando.

III) LA TUTELA JURISDICCIONAL DEL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE

En el constitucionalismo actual los derechos fundamentales juegan un papel importante tanto desde su dimensión subjetiva como objetiva, ya que, respectivamente, actúan como garantías de la libertad individual y asumen una dimensión institucional a partir de la cual su contenido debe funcionalizarse para conseguir los fines y valores que se proclaman en la Constitución. En esta línea, el derecho a un medio ambiente genera una serie de obligaciones al Estado (positivas y negativas para lograr su efectividad) que permiten calificar dicho derecho como “derecho a un todo”. En su vertiente positiva el constitucionalismo ambiental impone a los poderes públicos una serie de obligaciones positivas o prestacionales con el fin de vigilar, proteger y restaurar el medio ambiente con el objetivo de que éste cuente con las condiciones adecuadas para el desarrollo y bienestar de las personas que aspiran a una mejor calidad de vida. Y, en su vertiente negativa, el Estado

está obligado por este derecho a no interferir en el libre goce del medio ambiente al que tienen derecho todas las personas.

El medio ambiente (o ambiente, en cuanto término utilizado en Francia, Italia, Alemania o Estados Unidos) como bien jurídico objeto del derecho requiere una clara delimitación conceptual para su efectiva protección. Este concepto jurídico indeterminado, en constante evolución, ha sido objeto de estudio por sectores de la doctrina que desde perspectivas amplias y restrictivas analizan los elementos integrantes del medio ambiente como bien jurídico a proteger. Conviene tener en cuenta sus cambios permanentes atendiendo a factores históricos, sociales o tecnológicos que van conformando el medio ambiente al cual tenemos derecho.

En el caso español, observando el artículo 45 constitucional, apreciamos una visión progresista del derecho en tres dimensiones: 1/ como derecho subjetivo, 2/ como deber ciudadano de conservarlo y 3/ como principio rector de las actividades del Estado. Pero, un sector de la doctrina (que en ese momento se cuestionaba el modelo social del Estado, se cuestionaba también la efectividad real de los derechos sociales) influyó en que el medio ambiente se insertase en el marco del Capítulo III del Título I de la Constitución Española, que se dedica a regular los principios rectores de la política social y económica. Y por ello, el artículo 53.3 de la norma suprema limitó su ámbito de protección a la mera actividad de los poderes públicos y a la alegación judicial, en su caso, a partir del momento en que se expida la ley ordinaria que lo desarrolle. Debido a esta situación, algún sector de sus estudiosos y, hasta fechas no muy lejanas, el máximo intérprete de la Constitución, le negaron el carácter de derecho subjetivo y fundamental y le reconocían naturaleza de un simple principio

rector de la política social y económica del Estado, sin que pudieran extraerse de él pretensiones subjetivas alegables ante los Tribunales. Tampoco, por supuesto, gozaría el derecho en cuestión de la garantía del recurso de amparo (artículo 53.2 de la Constitución Española) reservado para el “núcleo duro” de los derechos fundamentales (arts. 14 a 30.2 de la CE).

A pesar de lo antes resaltado no faltan en nuestra doctrina defensores del carácter subjetivo del derecho reconocido en el artículo 45.1 de nuestra ley de leyes. Ese aserto lo fundamentan en razones tales como: la utilización del término “derecho” en la fórmula de su reconocimiento. Interpretación literal avalada por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que reconoce a los derechos contemplados en el Capítulo III constitucional no sólo el valor de normas programáticas sino también pretensiones subjetivas a favor de sus titulares. Además, el artículo 9.1 de la Constitución concede fuerza normativa a toda la ley de leyes y establece su carácter vinculante tanto para los poderes públicos como para los particulares; unido esto a que el artículo 10.2 que constitucionaliza el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y obliga a entender los derechos y libertades constitucionales de acuerdo con los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ratificados por España. De ahí que, el artículo 45 de nuestra Constitución deba ser interpretado a la luz de las Declaraciones de Estocolmo y de Río de Janeiro, que reconocen expresamente el derecho humano a un medio ambiente adecuado. También el apartado tercero del artículo 53 impone la consideración subjetiva del derecho reconocido en el artículo 45 porque ordena que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III (derechos sociales) informen

la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Además, la posibilidad de alegar judicialmente las pretensiones subjetivas del artículo 45 de la Constitución quedan únicamente condicionadas a lo que dispongan las leyes que lo desarrollen. El artículo 24 de la norma suprema le otorga tutela efectiva sin que quepa indefensión y la relación inescindible con otros derechos fundamentales susceptibles de protección a través de la vía del recurso de amparo le otorga protección refleja relacionándolo con otros derechos reconocidos en el Capítulo I (arts. 14 a 29 de la Constitución).

Teniendo presente que el criterio clasificatorio de los derechos utilizado por el constituyente de 1978 dista mucho de ser coherente, no podemos negar el carácter de derecho subjetivo y fundamental al derecho al medio ambiente atendiendo sólo a los mecanismos de garantía y ubicación. La anhelada conclusión acerca de la naturaleza jurídica obliga a analizar conjuntamente los tres apartados del artículo 45 de la Constitución Española y en ello apreciamos que: en el apartado primero se establece un derecho subjetivo, en el apartado segundo se configura un principio rector de las actividades del Estado, y en el tercer apartado se establece un conjunto de instrumentos públicos a través de los cuales el Estado hace cumplir y respetar el derecho.

En resumen: el derecho al medio ambiente reconocido en la Constitución Española tiene una naturaleza mixta pues se trata tanto de un derecho subjetivo como de un principio rector de la política social y económica del Estado.

IV) LA TITULARIDAD DEL DERECHO A UN MEDIO AMBIENTE ADECUADO PARA SU PROTECCIÓN JURISDICCIONAL

Sin duda, una de las causas de que se haya clasificado al medio ambiente como un interés difuso, del que son titulares todas las personas, la encontramos en la dificultad de determinar específicamente a su titular. Pero la pertenencia de este derecho a “todos” los miembros de la comunidad social impide señalar como correcta la idea de que la posición jurídica que le corresponde es la de un interés difuso. El carácter difuso lo tendrá, tal vez, el interés legítimo supraindividual como situación reaccional frente a la lesión que priva del disfrute adecuado de ciertas condiciones ambientales. Pero, la titularidad del derecho no es difusa porque se determina en cada uno de los individuos que conforman la sociedad. Los intereses generados, en cambio, pueden ser colectivos o difusos, atendiendo a la determinación o no del grupo interesado. Así pues, se trata de un derecho con un carácter bifronte, porque sus titulares son las personas físicas consideradas en su dimensión individual y colectiva como miembros de un determinado grupo social. Nos encontramos ante un derecho de disfrute de un bien jurídico colectivo no sólo personalísimo –*uti singulus*– sino también colectivo –*uti socius*–.

Respecto a los sujetos pasivos, es decir ante quiénes se puede hacer dicho derecho efectivo, conviene resaltar su eficacia multidireccional; se puede hacer valer contra actos de los poderes públicos y frente a terceros particulares. La violación del contenido constitucional de ese derecho permite recurrir frente a actos de los poderes públicos cuando éstos no hayan cumplido con las obligaciones positivas o de prestación que permitan el goce del derecho o con las obligaciones de abstención que le impiden intervenir en el libre goce del derecho deteriorando el bien jurídico objetivo de protección.

En relación al contenido del derecho consideramos que debe estar comprendido en la defensa de aquellos elementos integrantes del medio ambiente que permitan el libre desarrollo de la vida, la salud, la personalidad o la intimidad e inviolabilidad del domicilio... En esta línea se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y posteriormente el Tribunal Constitucional Español. Ante la ausencia de una Ley General sobre medio ambiente en España, delimitadora de dicho contenido, será necesario atenerse a las legislaciones autonómicas. La indefinición y amplitud del contenido del derecho en análisis nos permite determinar la posible conexión con otros derechos: como el derecho a la vida, a la salud, a la propiedad privada, a la privacidad, al desarrollo libre de la personalidad,..., que deben ser interpretados actualmente en clave ambiental.

De sobra es sabido que el simple reconocimiento de un derecho ambiental no le otorga al mismo la debida efectividad. Es requisito ineludible el establecimiento de mecanismos de garantía necesarios para exigir su protección jurisdiccional. Pero nos encontramos con la siguiente paradoja: mantenemos a nivel doctrinal su carácter de derecho subjetivo y echamos en falta, a nivel legal, el desarrollo del mismo por una norma general que acarrea en consecuencia la inexistencia de una vía procesal específica para la defensa del medio ambiente. Este hecho nos obliga a buscar vías procesales de garantía que permitan la exigibilidad de este derecho en otras ramas del ordenamiento jurídico.

Es cierto que el Estado, al estar obligado positivamente a la protección del derecho a un medio ambiente adecuado, ha desarrollado una serie de técnicas e instrumentos públicos de protección al ambiente; pero, aunque constituyen un gran esfuerzo han resultado insuficientes. Este derecho en su vertiente subjetiva fundamental requiere mecanismos jurídicos que permitan a sus titulares acudir a la justicia y defender sus

intereses medioambientales a nivel individual y colectivo. Aunque el constitucionalismo social ha tenido dificultades a la hora de defender judicialmente sus derechos, las pretensiones medioambientalistas disponen de distintas vías procesales para su exigibilidad. En el caso español merecen ser aludidas la vía procesal civil, a través de las relaciones de vecindad y sobre todo la reparación del daño, la vía procesal penal imponiendo sanciones a sus infractores con la intención de proteger el objeto del derecho. Incluso la vía administrativa a través del contencioso-administrativo y de su nueva regulación que permite a las asociaciones y portadores de intereses supraindividuales acudir ante los tribunales alegando la defensa de sus legítimos intereses. Existen al efecto las acciones populares y las acciones públicas.

Aunque en principio se trata de un derecho que no es susceptible del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional cabe, en nuestra opinión, una protección indirecta por esta vía a través de la vía atractiva y la fuerza de irradiación de algunos derechos del “núcleo duro” constitucional que deben ser interpretados en clave ambiental y que sí gozan de dicha protección. Esta idea la fundamentamos en la teoría alemana de la “Drittwirkung der Grundrechte” o eficacia de los derechos fundamentales frente a terceros particulares. Así, la protección refleja podría venir de la mano de la invocación del derecho a la vida (art. 15 CE), el derecho a la intimidad (art. 18 CE), el derecho a la tutela efectiva (art. 24 CE), o incluso el derecho a la educación (art. 27 CE). Esta protección “refleja” del derecho al medio ambiente adecuado en cuanto derecho subjetivo fue confirmada por el Tribunal Constitucional Español en su Sentencia 119/2001 de 24 de mayo, en su Fundamento Jurídico nº 6.

También el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, con sede en Estrasburgo, utilizó la técnica de la traslación o reinterpretación

de la violación de un derecho social, entendida como una violación a un derecho civil, en la Sentencia de 1994, caso López Ostra contra España. En este supuesto la accionante alegó la violación de la intimidad de su domicilio (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que tuteló dicho Tribunal) por los actos contaminantes de una empresa estatal. Un caso similar se dio en 1998 en la Sentencia Guerra y otros frente a Italia. El Tribunal de Estrasburgo consideró, otorgando la tutela solicitada, que el concepto de vida privada y familiar va más allá de la simple intromisión por un agente público en su domicilio, y que el Estado tiene la obligación de realizar un conjunto de acciones y omisiones a los efectos de no interferir por actos o inacciones en la privacidad del domicilio. Estas Sentencias sentaron jurisprudencia de cara a la justiciabilidad de las pretensiones medioambientales a nivel supranacional. También influyeron en el Tribunal Constitucional español, que en el Fundamento Jurídico nº 6 de la Sentencia 119/2001, de 24 de mayo, entendió que ciertos ruidos pueden llegar a provocar la disminución en el disfrute del derecho a la intimidad del domicilio.

Al parecer nos hallamos ante una mutación constitucional porque los contenidos de la norma suprema son interpretados de una forma distinta a la que inicialmente se tuvo en mente. Es una manifestación más de que los jueces no ven su labor reducida a ser meros aplicadores del derecho positivo, sino que su labor interpretadora les permite encontrar nuevos contenidos a los derechos fundamentales que deben ser entendidos actualmente en clave ambiental para así defender los derechos e intereses generados por el contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 45.1 de la Constitución Española.

La eficacia multidireccional del derecho a un medio ambiente adecuado permite hacerlo efectivo frente a terceros particulares

o poderes privados que en la actualidad se muestran como los mayores violadores de dicho derecho. Sin embargo, las necesarias vías específicas de tutela brillan por su ausencia. Se echan en falta, sobre todo, vías para la protección de intereses que superan el marco individual, ya sean colectivos o difusos porque los mismos trascienden el marco individual de la persona. La adecuación necesaria entre el derecho sustantivo y el derecho procesal en esta materia requiere una solución rápida ya que las estructuras procesales tradicionales no permiten superar ciertos obstáculos para la defensa de estos intereses colectivos, supraindividuales.

Conviene traer a colación el artículo 24 de la Constitución Española, que reconoce y garantiza al máximo nivel el derecho a una tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión. Este derecho fundamental –garantía institucional del proceso– permite que cualquier persona física o jurídica que cuente con un interés legítimo pueda acudir a los tribunales y demandar justicia. La figura del interés legítimo, más amplia que la del interés directo, abre las puertas de los Tribunales no sólo a los individuos que a nivel particular tengan interés en la defensa de su derecho al medio ambiente, sino que también portadores de intereses supraindividuales pueden acudir a los órganos jurisdiccionales. En este sentido, nuestra Constitución, en su artículo 162.1.b) otorga legitimación para promover el recurso de amparo a toda persona natural o jurídica que invoque un interés legítimo, también al Defensor del Pueblo y al Ministerio Fiscal. Así pues, en España, siempre que sea posible relacionar el derecho al medio ambiente con otro derecho del “núcleo duro” de los derechos fundamentales que goce del recurso de amparo (arts. 14 a 29 y 30.2 de la CE) es posible que los particulares y las asociaciones civiles, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal puedan hacer uso de la vía constitucional de amparo en defensa de los intereses individuales y supraindividuales generados por el derecho que reconoce el artículo 45.1 de la Constitución Española.

En el marco del procedimiento administrativo se pueden defender estos intereses por medio de la acción popular que reconocen distintas legislaciones sectoriales y a través de la legitimación para la defensa de los intereses supraindividuales prevista en los artículos 24.1 de la CE, 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y 19.1.b) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, donde se otorga legitimación a las corporaciones, asociaciones y grupos que ostenten un interés legítimo para la defensa colectiva.

Ponemos de relieve la dificultad para el reconocimiento jurídico de nuevos instrumentos procesales para la defensa de los intereses supraindividuales. No obstante, actualmente existen ejemplos, relativamente recientes, que muestran cómo hoy puede ser realidad el acceso a la justicia para la defensa de intereses colectivos y difusos. Entre ellos podemos mencionar las “Class Actions” en los Estados Unidos de América; el “mandado de segurança” y el “mandado de segurança coletivo” en Brasil, para proteger los derechos constitucionalmente reconocidos. Gozan de legitimación en estos casos los partidos políticos, sindicatos y asociaciones civiles para defender por esa vía los intereses medioambientales de carácter supraindividual. También Argentina, que incorporó en 1994 el derecho al medio ambiente adecuado en su Constitución nacional, estableció un instituto específico para su protección reforzada: el amparo colectivo que concede legitimación al afectado, al Defensor del Pueblo y a las asociaciones que persigan esos fines. La Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999 reconoció también el derecho individual y colectivo a un medio ambiente adecuado. Y estableció el deber de las generaciones presentes y futuras de actuar tanto de cara a su conservación como de su protección. Del mismo modo, en este país latinoamericano la garantía del amparo constitucional

permite alegar las pretensiones medioambientales (individuales o colectivas) ante los Tribunales de Justicia en los términos establecidos por los Tratados, Pactos y Convenciones que sobre derechos humanos hayan sido ratificados por la República.

En el caso español, como sucede en tantos otros países del occidente democrático, la constitucionalización del derecho a un medio ambiente adecuado permite pensar en su naturaleza fundamental porque su carácter poliédrico y su “vía expansiva” influyen en todo el ordenamiento jurídico. Sin embargo, como este nuevo derecho sigue estando en fase de elaboración, es necesario que se reformen los clásicos instrumentos jurídico-procesales de acceso a la justicia y que se creen otros nuevos que permitan el acceso a la justicia de los portadores de intereses individuales medioambientales y de intereses colectivos y difusos generados por este derecho. Los ejemplos del Derecho Comparado, previamente citados, nos advierten sobre la existencia de nuevos mecanismos jurídico-constitucionales de protección que marcan la pauta a la hora de pensar en una tutela jurisdiccional efectiva de este derecho social que se reconoce en el art. 45.1 de la Constitución Española.

V) LAS POLÍTICAS DE MEDIO AMBIENTE EN EL MARCO DE LA UNIÓN EUROPEA

En la actual Unión Europea, formada aún por veintiocho Estados miembros, fue la cumbre de los Jefes de Estado y de Gobierno de 1972 la que estableció la protección del medio ambiente como nueva orientación comunitaria. Impulso político que fue desarrollado por el primer programa de acción de la Comunidad Europea en 1973. A partir de 1975 tuvo lugar una actividad legislativa muy intensa, adoptándose numerosas directivas en materia de protección de aguas y aire, así como en el campo de la gestión de residuos y de sustancias tóxicas.

Pero la protección del medio ambiente como política comunitaria no fue introducida en el marco del derecho primario de esta organización supranacional hasta el Acta Única Europea que entró en vigor en 1987. Posteriormente los artículos 174-176 del Tratado CE han regulado el marco político y jurídico de la protección del medio ambiente en Europa. Las modificaciones posteriores del Tratado CE, así como el Tratado UE, han confirmado esta dimensión constitucional. Así, el Tratado de Maastricht definió en su artículo 2 el desarrollo equilibrado y sostenible como uno de los objetivos de la Unión, y el artículo 2 del Tratado CE precisó como misión comunitaria un alto nivel de protección y de mejora de calidad del medio ambiente. En el artículo 6 del mismo Tratado se establecían las exigencias de la protección del medio ambiente que deberían integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Comunidad.

El proyecto de Constitución Europea no modificó el sistema establecido y confirmó que el ámbito de las competencias comunitarias quedaba determinado por los objetivos fijados en el artículo 174 del Tratado CE; al mismo tiempo que reconocía a través de diversas disposiciones el proceso de constitucionalización de la protección del medio ambiente en la Unión Europea, que se rige, entre otros por el principio de integración. Este principio lo reconoce también el artículo 37 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7-XII-2000 que entró en vigor en el año 2009.

Los artículos 11 y 191 a 193 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea son actualmente la fuente de derecho primario para los temas medioambientales en esta organización supranacional. La UE tiene competencias para actuar en todos los ámbitos de la política de medio ambiente, como, por ejemplo,

la contaminación del aire y del agua, la gestión de residuos o el cambio climático. La lucha contra el cambio climático pasó a ser un objetivo específico con el Tratado de Lisboa de 2009 al igual que el desarrollo sostenible en las relaciones con países terceros; la actual personalidad jurídica de que goza la Unión Europea le permite celebrar acuerdos internacionales.

Pero el ámbito de sus actuaciones está limitado por el principio de subsidiariedad y por el requisito de unanimidad en el Consejo en los ámbitos de asuntos fiscales, ordenación territorial, utilización del suelo, gestión cuantitativa de los recursos hídricos, elección de fuentes de energía y estructura del abastecimiento energético. La política medioambiental europea está basada en los principios de cautela, prevención, corrección de la contaminación en su fuente y en el axioma de que quien contamina paga. En materia de medio ambiente los programas de acción son plurianuales y fijan el marco de las acciones futuras en dicho ámbito; se integran en estrategias horizontales y como su aplicación es esencial se tienen en cuenta en las negociaciones internacionales en materia de medio ambiente.

El principio de precaución es una herramienta de gestión del riesgo a la cual puede recurrirse en los casos de incertidumbre científica sobre sospechas de riesgo para la salud humana o el medio ambiente que se derive de una acción o política determinada. El principio de que “quien contamina paga” se aplica por medio de la Directiva sobre Responsabilidad Medioambiental cuyo objetivo es prevenir o poner remedio a los daños medioambientales causados tanto a especies protegidas como a los hábitats naturales, el agua o el suelo. Quienes realizan ciertas actividades profesionales como transporte de sustancias peligrosas, vertidos de aguas, etc., deben tomar medidas preventivas en caso de que haya peligro

inminente para el medio ambiente; y, si ya se ha causado el daño es obligatorio tomar las medidas para remediarlo y abonar los costes correspondientes. El ámbito de aplicación de la Directiva se ha visto ampliado en tres ocasiones para incluir la gestión de residuos de extracción, la explotación de emplazamientos de almacenamiento geológico y la seguridad de operaciones de extracción del petróleo y gas. En el año 2016 la Comisión adoptó un informe sobre la experiencia adquirida en los Estados Miembros, después de la aplicación de la citada Directiva de cara a elaborar los correspondientes planes de acción.

Conviene también aludir a que la integración de consideraciones medioambientales en otros ámbitos de las políticas de la Unión apareció por vez primera en 1998, en el Consejo Europeo celebrado en Cardiff; su importancia permitió que se reconociera en el artículo 11 del vigente Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. La integración política medioambiental ha obtenido resultados significativos en los últimos tiempos no sólo en el ámbito de la política energética, sino también sobre el clima y la energía o en la Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050; con ello pretende estudiar formas rentables que permitan que la economía europea sea más respetuosa con el clima y consuma menos energía.

Desde 1993 la Comisión Europea ha formulado programas de acción plurianuales en materia de medio ambiente que se ocupan de fijar nuevas propuestas legislativas y objetivos para la política medioambiental de la Unión. Así las cosas, en 2013, el Consejo y el Parlamento adoptaron el séptimo Programa de Acción en materia de Medio Ambiente hasta 2020. Lleva por título: “Vivir bien, respetando los intereses de nuestro planeta”. Existen, además, un conjunto de iniciativas estratégicas recientes como la Hoja de ruta

sobre la gestión eficiente de los recursos, la Estrategia sobre la biodiversidad para el 2020 y la Hoja de ruta hacia una economía hipocarbónica competitiva en 2050.

En base a todas estas iniciativas estratégicas en el Programa se contemplan nueve objetivos prioritarios entre los que destacan: la protección de la naturaleza, una mayor resistencia ecológica, el crecimiento sostenible, la lucha contra las amenazas para la salud relacionadas con el medio ambiente... El Programa destaca la necesidad de que la legislación de la Unión en materia de medio ambiente sea mejor aplicada, que la ciencia avance en este campo, que se hagan las necesarias inversiones y que se integren los aspectos medioambientales en otras políticas.

También conviene aludir a que en el año 2001 la Unión Europea introdujo su Estrategia de Desarrollo Sostenible completando la Estrategia de Lisboa para fomentar el crecimiento y el empleo con la dimensión medioambiental. Dicha Estrategia fue renovada y revisada en el 2006 para poder combinar las dimensiones interna e internacional del desarrollo sostenible y poder mejorar continuamente la calidad de vida fomentando la prosperidad, la protección medioambiental y la cohesión social. Gracias a dichos objetivos la finalidad de la Estrategia Europa 2020 para el crecimiento consiste en “lograr un crecimiento inteligente, sostenible e integrador”.

En ese nuevo marco una Unión Europea que utilice de forma eficaz los recursos señala el camino hacia un crecimiento sostenible y apoya el progreso hacia una economía hipocarbónica y eficiente. También en el año 2011 la Unión Europea se comprometió a poner fin a la pérdida de biodiversidad y la degradación de los servicios ecosistémicos antes del año 2020 a tenor de lo señalado en la Estrategia de la Unión Europea sobre biodiversidad.

No pueden dejarse olvidadas ni la evaluación del impacto ambiental y la participación pública; la cooperación internacional en materia de medio ambiente; y la aplicación, cumplimiento y seguimiento de la legislación de la Unión sobre estos temas desde 1970. Actualmente están vigentes varias directivas, reglamentos y decisiones; pero, la eficacia de la política medioambiental de la Unión Europea depende de su aplicación a escala nacional, regional y local. Su deficiente aplicación y ejecución sigue siendo una cuestión pendiente. El seguimiento es muy importante no sólo en lo que se refiere al estado del medio ambiente sino también al nivel de aplicación de la legislación medioambiental de la Unión Europea.

BIBLIOGRAFÍA DE REFERENCIA

- ALONSO GARCÍA, Enrique: *“El derecho ambiental de la Comunidad Europea”*. Ed. Madrid, 1993.
- CANOSA USERA, Raúl: *“Aspectos constitucionales del derecho ambiental”*. Revista de Estudios Políticos, n° 94. Madrid, 1996.
- CANOSA USERA, Raúl: *“Constitución y medio ambiente”*. Ed. Dykinson. Ciudad Argentina. Madrid, 2000.
- DE MIGUEL PERALES, C.: *“Derecho español del medio ambiente”*. Ed. Civitas. Madrid, 2000.
- DELGADO PIQUERAS, F.: *“Régimen jurídico del derecho constitucional al medio ambiente”*. REDC, n° 38. Madrid, 1993.
- ESCOBAR ROCA, Guillermo: *“La ordenación constitucional del medio ambiente”*. Ed. Dykinson. Madrid, 1995.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANI, C.: *“La protección del medio ambiente en Derecho Internacional, Derecho Comunitario Europeo y Derecho especial”*. Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco. Vitoria-Gasteiz, 1991.

- FERNÁNDEZ DE GATTA SÁNCHEZ, Dionisio: *“La política ambiental comunitaria: Especial referencia a los Programas de Acción”*. Revista de Instituciones Europeas, n° 3. Madrid, 1985.
- FONTANA I PUIG, Artur.: *“El derecho fundamental al Medio Ambiente y las políticas medioambientales en la Constitución para Europa”*. En el Vol. III de la obra colectiva *“Comentarios a la Constitución Europea”*. Tirant lo Blanch, Tratados. Valencia, 2004.
- FRANCO, M.: *“Il diritto dell’ambiente”*. Cedam. Padova, 1990.
- FRANCO DEL POZO, M.: *“El derecho humano a un medio ambiente adecuado”*. N° 8 de Cuadernos Deusto de Derechos Humanos. Bilbao, 2000.
- FREIXES SANJUÁN, Teresa: *“La integración en Europa y el refuerzo de las garantías de los derechos fundamentales”*. Revista Europea de Derechos Fundamentales, n° 1 / 1 Semestre 2003.
- GÁLVEZ MONTES, F.J.: *“Comentario del artículo 45 de la Constitución Española”*. En Garrido / Falla, F. (coord.), *“Comentarios a la Constitución”*. Ed. Civitas. Madrid, 2001.
- GOMES CANOTILHO, J.J.: *“Protecção do ambiente e direito de propriedade”*. Coimbra Editora. Coimbra, 1995.
- GOMES CANOTILHO, J.J.: *“Introdução ao direito do ambiente”*. Universidade Aberta. Lisboa, 1998.
- JUSTE RUIZ, J.: *“Derecho Internacional del Medio Ambiente”*. McGraw-Hill. Madrid, 1999.
- MARTÍN MATEO, Ramón: *“Manual de Derecho Ambiental”*. Ed. Trivium. Madrid, 1995.
- MARTÍNEZ SOSPEDRA, Manuel.: *“La Carta de Derechos: Algunos problemas”*. Vol. II de la obra colectiva *“Comentarios a la Constitución Europea”*. Tirant lo Blanch, Tratados. Valencia, 2004.
- NAVAS CASTILLO, Florentina: *“La protección del medio ambiente”*. Vol. II de la obra colectiva: *“Comentarios a la Constitución Europea”*. Tirant lo Blanch, Tratados. Valencia, 2004.

- ORTEGA ÁLVAREZ, L.: *“Lecciones del Derecho del Medio ambiente”*. (Coord.). Editorial Lex Nova. Valladolid, 1998.
- PÉREZ SOLA, Nicolás: *“El ordenamiento ambiental y su aplicación a través de las políticas públicas sectoriales”*. En *“La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español”*. Jaén, 1995.
- POSTIGLIONE, A.: *“Ambiente: suo significato giuridici unitario”*. Revista Trimestrale de Diritto Pubbico, I. Padova, 1985.
- RIECHENBERG, Kurt: *“La Constitución Europea y el medio ambiente”*. Vol. II de la obra colectiva: *“Comentarios a la Constitución Europea”*. Tirant lo Blanch, Tratados. Valencia, 2004.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: *“El derecho constitucional al medio ambiente”*. Ed. Tirant lo Blanch, Monografías, nº 162. Valencia, 2000. 20
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: *“La protección del ambiente como principio rector de la política económica y social”*. Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, nº 16, extraordinario. Granada, 1988.
- RUIZ-RICO RUIZ, Gerardo: *“La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español”*. (Coord.). Universidad de Jaén. Jaén, 1995.
- SOUTO PAZ, J.A.: *“La constitucionalización de los derechos fundamentales en la Unión Europea”*. Revista Europea de Derechos Fundamentales, nº 1 / 1er Semestre 2003.
- VOLPI, G.L.: *“Diritto all’ambiente: Note generali su alcuni aspetti procedurali e sostanziali”*. Rassegna di Diritto e Técnica dell’Alimentazione, nº 4.



O COMÉRCIO ELETRÔNICO E OS NOVOS DESAFIOS DA ERA DIGITAL

**À LUZ DA DIRETIVA EUROPEIA 2000/31/CE:
DA VENDA ITINERANTE ÀS LOJAS VIRTUAIS.**



Sumário:

Introdução;

1. O comércio eletrónico no processo de globalização; 1.1. Modelos e “formas” de comércio; 1.2. A Internet e o aparecimento dos *serviços em linha*; 1.3. O comércio eletrónico como uma ferramenta estratégica de negócios; 2. Aproximação ao conceito de comércio eletrónico; 3. O comércio eletrónico e os serviços da sociedade da informação; 3.1. Contributos para a delimitação do conceito de “serviços da sociedade da informação” à luz do DL 7/2004 e da Diretiva 2000/31/CE; 3.1.1. Âmbito objetivo de aplicação e as matérias não harmonizadas; 3.1.2. Conceito de “serviço da sociedade da informação”; 3.1.3. As atividades visadas pelo conceito de “serviços da sociedade da informação”; 3.1.4. As atividades excluídas do âmbito dos “serviços da sociedade da informação”; 4. Conclusões; Referências bibliográficas.

Palavras-Chave: Comércio Electrónico, Diretiva 2000/31/CE; Internet; Era Digital; Serviços da Sociedade da Informação



FERNANDA REBELO Doutora em Direito pela Universidade Portucalense (UPT) e Professora do Departamento de Direito da UPT (fmr@upt.pt), Investigadora do Instituto Jurídico Portucalense - IJP, Coordenadora-Adjunta do Grupo de Trabalho “Capital, Labour, Tax and Trade” do IJP e Editora-Adjunta da Revista Jurídica Portucalense/Portucalense Law Journal, disponível em <http://revistas.rcaap.pt/juridica/>.

INTRODUÇÃO

A partir do último quartel do século XX, a sociedade mundial vem sofrendo profundas transformações que são particularmente visíveis no domínio da comercialização de bens e serviços. Fortemente impulsionada por uma dinâmica de modernização, a atividade comercial modificou-se; novos modelos de comércio surgiram e expandiram-se por quase todos os setores da atividade económica¹, dando lugar ao surgimento e difusão à escala mundial do fenómeno “comércio electrónico”².

No limiar do novo milénio, o “comércio” (no sentido clássico do termo) passou por uma transformação tão acentuada quanto rápida fruto da reestruturação económica e da compressão espaço-temporal dos canais de comercialização por todo o mundo³. Ao

-
- 1 Vítor Leal FERREIRA, *O Comércio Eletrónico em Portugal. Relações Espaciais entre Comércio e Consumidores na Internet*. 2008, pp. 33 ss, descreve as novas formas do comércio a retalho orientadas para o consumo e responsáveis por alterações profundas nos hábitos de consumo, nas práticas de lazer e na ocupação de tempos livres dos consumidores: desde o surgimento em larga escala do comércio “alimentar” e de “livre-serviço”, assegurado pelas grandes superfícies generalistas (supermercados e hipermercados) e especializada e pelos centros comerciais, passando pelo sistema de distribuição através do *franchising*, pelos grandes armazéns e pelos *factory outlets*, até ao comércio eletrónico (*e-commerce*). Em contraponto, mantiveram-se os formatos comerciais com pequeno impacto, tais como o pequeno comércio em espaço rural: as “mercearias da aldeia” e o “comércio itinerante” praticado em feiras e mercados.
 - 2 José Narciso Cunha RODRIGUES, “Internet e Globalização”. In António Pinto Monteiro (Coord.) - *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*. 1999, p. 343; e José de Oliveira ASCENSÃO, “A Sociedade Digital e o Consumidor”. In *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. VIII, 2009, p. 141.
 - 3 Como nota Vítor Leal FERREIRA, *O Comércio Eletrónico em Portugal...* cit., p. 33, a alteração mais visível na estrutura do comércio, nas diversas e inovadoras formas organizativas da atividade económica em Portugal, foi a passagem de um

mesmo tempo, assistimos à instauração de uma renovada *ordem* e um novo *universo* – o da *Economia Digital*⁴.

A proclamada “Sociedade da Informação e do Conhecimento”, baseada justamente nos serviços e nas novas Tecnologias de Informação e Conhecimento (TIC)⁵, tomou decisivamente o lugar da

modelo hierárquico para um modelo em rede. Miguel Pupo CORREIA, *Direito Comercial. Direito da Empresa*. 11.^a ed., 2009, p. 563, assinala a influência das telecomunicações na celeridade alcançada na transmissão de comunicações e destaca, numa primeira fase, o papel desempenhado pelo meio telegráfico (cfr. o art. 97.º do Código Comercial de 1888), a que se seguiu o desenvolvimento da informática e das tecnologias de informação. Por sua vez, João Calvão da SILVA, *Banca, bolsa e seguros: direito europeu e português*. 2.^a ed., 2007, p.81, realça o facto de que o «maior aliado da mundialização do comércio está na cibernética ciência geral da comunicação que o matemático americano *Norbert Wiener* cria na década de quarenta».

- 4 É a “economia das tecnologias da informação e da comunicação”, também designada “nova economia” ou “tele-economia”. Em 1999, Miguel Pupo CORREIA, “Comércio Electrónico: Forma e Segurança”. In António Pinto MONTEIRO (Coord.)- *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*. 1999, p. 226, realçava o papel da emergente *tele-economia* “nas profundas modificações nos próprios quadros de comportamento individual e nos pressupostos jurídicos da comercialização dos produtos”. Sobre o conceito de “tele-economia” e as suas características, v. ainda Miguel Pupo CORREIA, *Direito Comercial...cit.*, p.564.
- 5 As TIC surgiram nos anos 70 do Século XX; referem-se a um conjunto de instrumentos desenvolvidos para a comunicação e transmissão da informação, em resultado da convergência entre a tecnologia das telecomunicações, da informática e da radiodifusão. Segundo José de Oliveira ASCENSÃO, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. 2001, no texto “Novas tecnologias e transformação do direito de autor”, p. 121, as novas tecnologias têm por base um conceito novo: *a digitalização*. Sobre as implicações das TIC nos direitos e princípios fundamentais, v. Francisco Javier DÍAZ REVORIO, “Algunas Ideas sobre el Impacto de Internet y las Nuevas Tecnologías en los Derechos Fundamentales”. *InterseXiones*. N.º 1 (2010), pp. 179-205.

sociedade industrial outrora dominante⁶. Por seu turno, o processo de globaliza o, também ele favorecido e potenciado pelos avanços tecnol gicos⁷, expandiu-se a todos os domínios e setores sociais com repercussão a nível mundial⁸.   um facto que a globaliza o p s em marcha transforma es importantes nos sistemas sociais, tanto no plano ideológico-cultural como no político e econ mico, e marcou decisivamente a transi o do tempo moderno para o

6 Cfr. O Livro Verde para a Sociedade da Informa o em Portugal, publicado em 1997. Disponível em: <http://www.umic.pt/images/stories/publicacoes/LivroVerde1997.pdf>; e ANACOM - *O Comércio Eletr nico em Portugal - O Quadro Legal e o Negócio*. 2004, p. 14. Tal como se falava de “Sociedade Industrial” relativamente aos sistemas econ micos e sociais que dominaram a maior parte do Século XX, com a expressão “Sociedade da Informa o” pretende aludir-se a um novo modelo socioecon mico e cultural, com voca o universal, em que as redes de comunica o de todo o tipo, em particular a Internet, permitem quer o acesso generalizado a um enorme fluxo de informa o quer o seu intercâmbio, incidindo sobre todos os domínios da atividade humana.

7 Ainda que se reconheça que foram muitos e variados os fatores que contribuíram para o aparecimento do fen meno da globaliza o no final do século XX e início do século XXI, são de destacar essencialmente dois: as *novas tecnologias* no setor dos transportes e das telecomunica es e a *liberaliza o do comércio internacional*, em especial dos mercados financeiros. Tudo favorece a internacionaliza o e a interdependência das economias e, conseqüentemente, dos povos e culturas, o que leva   ideia de que o mundo   cada vez mais pequeno e que vivemos todos numa “aldeia global”, para usar a metáfora criada na década de sessenta por *Herbert Marshall McLuhan*, popularizada nas suas obras, designadamente *The Gutenberg Galaxy* (1962). Sobre o conceito ideológico de globaliza o, v. Mário MURTEIRA, “Globaliza o, uma falsa ideia clara”. *Economia Global e Gestão*. Vol. VII, n.  2 (2002), p. 71.

8 José de Oliveira ASCENSÃO, “Prefácio”. In ANACOM, *O Comércio Eletr nico em Portugal - Quadro Legal e o Negócio*. 2004, p. 5, alerta para o facto de haver uma boa globaliza o e uma má globaliza o, sendo esta manifestada na posi o de predomínio das na es mais poderosas quanto ao controlo de certos sistemas da rede mundial.

tempo pós-moderno⁹. Deste modo, a “sociedade da informação” resulta desta globalização que atualmente envolve todo o planeta com o contributo decisivo da Internet - a famosa rede mundial de computadores¹⁰.

É neste contexto que se desenvolvem os “serviços da sociedade da informação” e, mais amplamente, o moderno comércio eletrónico, que aqui pretendemos caracterizar. A crescente utilização de plataformas digitais coloca-nos como é sabido perante os desafios inerentes ao ambiente virtual, caracterizado pela *celeridade*, *globalização* e *desmaterialização* dos processos de negócios, deixando para trás os ditos “modelos” tradicionais de comércio e, por inerência, os problemas que lhe estão associados.

Estamos assim perante um *novo paradigma nas transações empresariais* que abarca, por um lado, os agentes económicos que nessas plataformas digitais criam oportunidades de negócios e se oferecem ao mercado cada vez mais virtual, e, por outro lado, os sujeitos destinatários (em grande parte consumidores¹¹) dos bens e

9 Cfr. José Narciso RODRIGUES, “Internet e Globalização”...cit, p. 343. Para uma visão internacional da proteção do consumidor, ver Alberto do Amaral JÚNIOR; Luciane Klein VIEIRA, A proteção internacional do consumidor no Mercosul. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, 2016, vol. 25, n.º 106, pp. 71-88.

10 Segundo Alexandre Dias PEREIRA, “A Protecção do Consumidor no Quadro da Directiva sobre o Comércio Electrónico”. In *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 2, Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2000, p. 77, n.61, «na sociedade da informação assiste-se a uma mudança de paradigma, de um mercado real para um mercado virtual, em que a transparência do mercado, a promoção da concorrência e a proteção do consumidor são reequacionadas».

11 Para este efeito, consideramos “consumidor” «a pessoa singular que atue com fins que não se integrem no âmbito da sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional», nos termos e para efeitos de aplicação do regime jurídico relativo

serviços postos à sua disposição na rede, igualmente participantes ativos na sociedade da informação.

Vários estudos revelam o crescimento exponencial do número de pessoas que utiliza a Internet para a aquisição de bens ou para a obtenção de um serviço ou o fornecimento de um conteúdo digital¹². A celebração de contratos a distância¹³, que até há poucas décadas se limitava à tradicional venda por correspondência e por catálogo, aumentou de forma significativa, tais como as vendas e prestação de

aos contratos celebrados a distância e fora do estabelecimento comercial, previsto no art. 3.º, alínea c), do DL n.º 24/2014, de 14 de fevereiro (que transpõe a Diretiva 2011/83/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro, de 2011, relativa aos direitos dos consumidores). Sobre a noção de consumidor em geral, v. Carlos Ferreira de ALMEIDA, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra: Almedina, 1982, pp. 206 ss.

12 De acordo com o Estudo da Associação do Comércio Eletrónico e Publicidade Interativa (ACEPI) - “Economia Digital em Portugal 2009-2017”, tornado público em 2016, o volume de compras em linha (*online*) registadas representa atualmente 24% do PIB (36,7 mil milhões de euros), prevendo-se que em 2017 aumente para 43% do PIB (69 mil milhões de euros). É assim previsível que o número de utilizadores da Internet (internautas), que é presentemente de cerca de 64%, passe para 80% em 2017. Porém, quanto às compras *online*, apenas 24% (2,5 mil milhões) dos portugueses realizam aquisições de bens e serviços através da Internet, número que deverá crescer até os 35% (3,5 mil milhões) em 2017. Em contraste, na União Europeia, a aquisição de bens e serviços é da ordem dos 57%. Quanto às restantes atividades desenvolvidas em linha pelos portugueses, é de registar em primeiro lugar a utilização de *e-mail* (82%), seguida da utilização das redes sociais (76%), da leitura de notícias (67%) e finalmente dos jogos *online* (41%).

13 Nos termos do art. 3.º, alínea f), do referido DL 24/2014, considera-se “contrato celebrado a distância” «um contrato celebrado entre um consumidor e o fornecedor de bens ou o prestador de serviços sem presença física simultânea de ambos, e integrado num sistema de venda ou prestação de serviços organizado para o comércio a distância mediante a utilização exclusiva de uma ou mais técnicas de comunicação a distância até à celebração do contrato, incluindo a própria celebração».

serviços pela televisão e pelo telefone, sendo visível uma tendência gradual de generalização¹⁴ da contratação por via electrónica.

Consequentemente, vamos assistindo à proliferação das designadas *lojas virtuais* (as páginas *web* destinadas à comercialização de produtos) e ao desenvolvimento da prestação de múltiplos *serviços em linha*, sendo relevante, para o efeito de determinação do respetivo regime jurídico aplicável, apurar o seu significado e alcance; isto é, quais são as atividades que estão compreendidas nos referidos *serviços* e quais as que devemos excluir do respetivo âmbito. Por exemplo: a consulta de um catálogo eletrónico pelo cliente no próprio estabelecimento ou a reserva (*online*) de bilhetes de avião numa agência de viagens ou a utilização de um fax ou, ainda, a entrega de uma encomenda no domicílio do destinatário serão considerados “serviços da sociedade da informação”? E o *download* de um vídeo ou de um ficheiro musical diretamente no computador do adquirente? E no tocante às simples informações disponibilizadas gratuitamente na Internet (serviços noticiosos, o estado do tempo ou os horários do

14 Generalização a que não é alheia a União Europeia. No plano comunitário, desde há muito tempo, tem sido dada especial atenção ao “comércio eletrónico”, como o comprovam o Livro Verde sobre o Comércio (COM (1996), 53 final, de 20 de novembro de 1996, seguindo-se a Comunicação da Comissão “Iniciativa europeia de comércio eletrónico” (COM (97), de 12 de abril de 1997). Da Resolução do Conselho, de 19 de janeiro de 1999, sobre os aspetos relativos ao consumidor na sociedade da informação, até à aprovação da Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno sobre o comércio electrónico (transposta para o direito nacional pelo DL 7/2004, de 7 de janeiro), foi um passo rápido que veio culminar todo o processo de consolidação até aí desenvolvido pela União Europeia neste domínio. O “Livro Verde Para um mercado europeu integrado dos pagamentos por cartão, por Internet e por telemóvel”, COMISSÃO EUROPEIA, Bruxelas, 11.1.2012 COM (2011)941 final, representa o prosseguimento de tal política de desenvolvimento e consolidação.

metropolitano), como as devemos qualificar?

As temáticas do comércio eletrónico e dos contratos celebrados através da Internet são relativamente recentes e, atendendo ao meio tecnológico que lhes serve de veículo, podem levantar um sem número de questões e problemas¹⁵. As implicações de cariz contratual¹⁶ prendem-se com o meio que é utilizado – visto como mercado e como canal de distribuição -, com a natureza de tais transações, a sua admissibilidade legal, bem como o grau de certeza das transações e os níveis de segurança técnica exigíveis, entre outros¹⁷.

15 Nomeadamente: como avaliar a capacidade das partes quando não sabemos a identidade da pessoa com quem contratamos? Como se manifestam as declarações de vontade neste ambiente eletrónico? Qual a sua validade formal e o seu valor probatório? Como enquadrar o documento eletrónico e a assinatura eletrónica? Como qualificar a publicitação de um produto numa página *Web* ou oferta em linha de bens e serviços? Outros problemas dizem respeito à determinação do momento e do lugar da conclusão do contrato eletrónico, com a finalidade de fixar os seus efeitos, a lei aplicável e a jurisdição competente. Sobre as questões que a temática da contratação eletrónica apresenta, v. Alexandre Dias PEREIRA, "A Via Electrónica da Negociação (Alguns Aspectos)". In *Estudos de Direito do Consumo*, n.º 8. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2006/2007, pp. 275 ss; e José de Oliveira ASCENSÃO, *Direito Civil* - Vol. II. 2.ª ed., 2003, pp. 473 ss.

16 Para Alexandre Dias PEREIRA, *O Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica À Confiança Jurídica*, Coimbra: Almedina 1999, p. 15, trata-se de "uma nova forma de transmissão de declarações negociais que se concretiza através do processamento e da transmissão eletrónica de dados". Podem enviar-se mensagens eletrónicas de conteúdo contratual, designadamente, aceitar uma proposta contratual de um profissional que é apresentada numa página da Internet, com um simples clique no ecrã do computador ou de um outro dispositivo móvel eletrónico, É ainda possível a celebração de contratos realizada exclusivamente entre computadores, os quais transmitem declarações negociais introduzidas por pessoas físicas que programam os computadores.

17 Neste enquadramento, é de considerar a importante problemática da *proteção jurídica do consumidor*, matéria que, por extravasar os limites impostos ao presente texto, não poderá ser aqui tratada. Por conseguinte, apenas diremos que a consagração de um regime jurídico de proteção do consumidor na contratação

Para a compreensão integrada de cada um destes fenómenos e sua articulação, daremos conta em seguida, nos pontos (1 e 2), do surgimento e evolução do comércio eletrónico no processo de globalização e, no ponto (3), da sua interconexão com a atividade económica empresarial e com a prestação dos denominados “serviços na sociedade da informação”, tanto na *praxis* empresarial como na lei.

1. O COMÉRCIO ELETRÓNICO NO PROCESSO DE GLOBALIZAÇÃO

1.1. Modelos e “formas” de comércio

O comércio pode ser definido como «toda a atividade que se realiza com carácter profissional mediante a intermediação de bens

electrónica encontra a sua justificação no aumento da fraqueza do consumidor no mercado virtual, cada vez mais técnico, onde a celebração de um contrato requer uma certa segurança na manipulação das ferramentas tecnológicas e no domínio perfeito das vicissitudes da rede aberta. Como é reconhecido, no comércio eletrónico através da Internet o consumidor pode encontrar-se numa posição ser ainda mais fragilizada do que sucede nas restantes relações de consumo. Sobre a proteção do consumidor em geral, ver António Pinto MONTEIRO, “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, in *Estudos de Direito do Consumidor*, n.º 4, Centro de Direito do Consumo Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002, pp. 121-135. Sobre a proteção do consumidor na contratação a distância, ver Fernanda REBELO, *Contratação a distância e proteção do consumidor*, Tese de doutoramento, 2015, disponível para consulta na Biblioteca da Universidade Portucalense e no repositório da mesma Universidade: <http://hdl.handle.net/11328/1414>; e Elsa Dias OLIVEIRA, *A Protecção dos Consumidores nos Contratos Celebrados através da Internet*, Coimbra: Almedina, 2002. Para uma perspetiva brasileira sobre a proteção do consumidor, ver Antonio Herman de Vasconcelos BENJAMIN; Claudia Lima MARQUES; Leonardo Roscoe BESSA, *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

e serviços no mercado»¹⁸. Neste sentido o comércio é parte integrante do sistema geral da distribuição, situando-se entre a produção e o consumo de bens e serviços, tendo como função disponibilizar as mercadorias ao consumidor¹⁹.

Todavia, não é este conceito de comércio, como sinónimo de *atividade* (comercial), que aqui queremos trazer. Ou, melhor, não é *apenas* essa a realidade que vamos tratar. Concretamente, o que está em causa são os *modelos* ou as *formas* de distribuição e de comercialização de bens e serviços empregues no desenvolvimento dessa atividade.

Na verdade são muitas “as formas” de comércio (em sentido lato) que se conhecem. Algumas são bastante antigas e, pela sua natureza, menos sensíveis à mudança, como a *venda itinerante* e a venda na *loja tradicional*²⁰, enquanto outras são mais recentes, como o “*livre-serviço*”²¹, a *venda no domicílio* e a *venda por correspondência*.

18 Conceito proposto pela Direção Geral Comércio Interno (DGSI) em 1989.

19 Sobre as diferentes definições de “comércio”, v. ANACOM - *O Comércio Eletrónico em Portugal...cit.*, p.15. É de notar que o termo “distribuição” tem vindo aos poucos a substituir o de “comércio”, reportada aos intermediários de grande dimensão.

20 A venda itinerante é o método de comércio mais antigo. Tradicionalmente é usada nos meios rurais e praticada em feiras e mercados. Pelo contrário, o método de venda na loja tradicional é organizado em local fixo e de preferência central com atendimento personalizado, venda ao balcão. Sobre o conceito de estabelecimento estável no art. 5.º da Convenção Modelo da OCDE e o comércio eletrónico, v. Glória TEIXEIRA, *Tributação do Comércio Eletrónico*, p. 15, disponível em: http://www.cije.up.pt/sites/default/files/files/Apresentacao_comunicacao_gloria_Teixeira_0.pdf.

21 Por “livre-serviço” (*self-service*) entende-se a técnica de venda em que o consumidor, deslocando-se desde a entrada do estabelecimento até às caixas de pagamento junto da saída, tem acesso direto aos produtos expostos.

Mas outros “modelos” de comércio foram impostos pelas transformações do “estilo de vida” da sociedade moderna e pela internacionalização dos sistemas de distribuição²², como são os casos da venda de bens e prestação de serviços por *distribuidores automáticos*, os *contratos celebrados a distância*, com destaque para as denominadas *lojas virtuais*²³ que se desenvolvem no âmbito do comércio eletrônico (*e-commerce*)²⁴.

Em comparação com a celebração de contratos de consumo segundo métodos presenciais, em que as partes se encontram *face a face*, como é habitual no comércio tradicional, na celebração de contratos a distância é maior a necessidade de proteção do consumidor, sendo o principal fator de desproteção do consumidor a inexistência de proximidade com o profissional e com o bem²⁵.

22 Fabiana D’Andrea RAMOS; Vitor Hugo do Amaral FERREIRA. “Por um direito comum ao consumidor: a órbita global de consumo e a proteção internacional”. In: Bruno MIRAGEM; Claudia Lima MARQUES; Amanda Flávio de OLIVEIRA (Coords.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pp. 465-480.

23 O estabelecimento eletrônico (*cyberstore* ou *virtual store*) possui natureza jurídica idêntica ao “estabelecimento comercial físico”. É o “sítio” (*site*) criado para a venda de produtos ou a prestação de serviços. No âmbito do comércio eletrônico, em vez de um espaço físico perfeitamente delimitado, “uma instalação fixa”, o que existe é um espaço virtual, incorpóreo, o qual não é fácil de articular com o conceito de “estabelecimento estável”, que apresenta corporalidade. Neste sentido, v. Glória TEIXEIRA, *Tributação do Comércio Eletrônico...cit*, p. 20, que defende a necessidade de adaptar tal conceito às características próprias do comércio eletrônico.

24 *E-Commerce* provém da expressão em língua inglesa “*Electronic Commerce*”. Para uma comparação de definições, terminologias, classificações e métodos de estudo de diferentes formas de comércio, v. Teresa Barata SALGUEIRO, *Do Comércio à Distribuição, Roteiro de uma Mudança*. S. Paulo: Editora Celta, 1996.

25 O maior inconveniente que esta modalidade de contratação apresenta para o consumidor é a própria apresentação da proposta contratual não permitir o exame

Nesta conformidade, a política legislativa de proteção do consumidor em matéria dos contratos celebrados à distância, assenta sobretudo em dois pilares básicos: por um lado, a exigência obrigatória do dever de prestar uma informação prévia e exaustiva, por parte do fornecedor do bem ou serviço, que visa suprir a impossibilidade de apreciação das qualidades do produto mediante o exame físico do mesmo; por outro lado, a atribuição ao consumidor de um prazo de reflexão ou de arrependimento, após a celebração do contrato, durante o qual pode decidir unilateralmente desvincular-se do contrato, sem indicação do motivo²⁶.

Também deve salientar-se a importância das redes sociais e o seu papel no contexto do comércio eletrónico. Na atualidade, a título de exemplo, podemos referir o grande sucesso alcançado pelo *Facebook*. Através desta plataforma, no que constitui uma extensão do *e-commerce*, é possível criar-se uma página *Web* (*website*), através de dois tipos de interfaces de compras: a “loja

físico prévio dos bens a adquirir pelo consumidor, que poderá reatar ver as suas expectativas defraudadas perante uma proposta apresentada através de um meio que não lhe permite um contacto direto com o bem, sendo também duvidosa para ele a possibilidade de reclamação junto de alguém que está geograficamente distante, além do incómodo do seu eventual exercício.

26 Sobre os dois pilares basilares das políticas de proteção do consumidor, relativos aos direitos de arrependimento e à informação do consumidor, ver Fernanda Neves REBELO, “O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da proteção do consumidor”, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, pp. 571-617; “O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção dos consumidores, com as alterações introduzidas pelo DL n.º 82/2008, de 20 de Maio”, in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, n.º 13, Porto, 2008, pp. 41-72; e “O direito à informação do consumidor na contratação à distancia”, in *Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 103-153.

frontal” em que os potenciais consumidores clicam no botão “comprar” e são levados a uma página *web*, separada do *Facebook*, para finalizar a compra; ou a “loja totalmente funcional”, que consiste na criação de uma loja virtual totalmente desenvolvida na página do *Facebook*, utilizando as aplicações próprias do comércio eletrónico que funcionam como uma montra de produtos (um chamariz) e que, através de *links*, direcionam os interessados para a página onde se encontra o produto pretendido na loja virtual. A principal vantagem é a de possibilitar a interação direta entre os profissionais e os clientes, tornando a aquisição do bem ou do serviço mais prática e rápida, em virtude de os utilizadores do *Facebook* não necessitarem de se desvincularem da rede social para concluírem uma compra ou para entrarem em contacto com a loja virtual²⁷.

Constatamos que têm proliferado *novos modelos* de comercialização de produtos associados à utilização de meios eletrónicos, em especial os que têm lugar nas redes abertas como a Internet, sendo de esperar uma constante evolução tanto “criativa” como tecnológica neste domínio. Cremos que o futuro (que está sempre muito próximo!) nos revelará extraordinários e inovadores modelos de comércio. Refira-se que o aparecimento de novas “formas” de comércio não significa o abandono ou o desaparecimento das mais antigas. Na verdade, verifica-se a

27 Para citar o exemplo do mercado brasileiro, onde o fenómeno tem larguíssima expansão, há centenas de lojas dentro do *Facebook*. Para facilitar a procura de um produto ou para conseguir a melhor escolha, ao melhor preço, já existem diversas ferramentas que comparam num só clique milhares de preços e fazem buscas nas lojas virtuais do *Facebook* onde tais produtos estão disponíveis. São anunciados como sendo “conselheiros na compra”. Ver Eliana MENDES, *Facebook e as Marcas de Moda: Aumento das Vendas Online?* 2012, disponível em: repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/24697, que analisa o impacto das redes sociais nas vendas *online* de produtos de moda.

coexistência no espaço e no tempo tanto de práticas de vendas e prestação de serviços segundo o modelo do “comércio tradicional” ou, mais rigorosamente, do “estabelecimento tradicional”²⁸, bem como o recurso aos métodos mais sofisticados do “comércio eletrónico” na atualidade²⁹.

Avançando com um primeiro conceito de comércio eletrónico, de acordo com a definição adotada pela OCDE e sem prejuízo das ulteriores considerações que teceremos *infra* neste texto, diremos que «o comércio eletrónico consiste na transação de bens e serviços entre computadores mediados por redes informáticas, sendo que o pagamento ou entrega dos produtos transacionados não terá que ser, necessariamente, feito através dessas redes»³⁰.

A partir desta noção percebe-se que a distinção entre o “comércio tradicional” e o “comércio eletrónico” assenta

28 Segundo o conceito proposto pela Direção Geral Comércio Interno (DGSI), em 1989, é a «atividade comercial desenvolvida em estabelecimentos que se caracterizam pela não utilização do livre-serviço, que sejam dotados de atendimento personalizado e que privilegiem o comércio de proximidade, independente e não especializado». Este organismo, em 1995, veio substituir a expressão “comércio tradicional” por “estabelecimento tradicional”, considerando como tal os estabelecimentos ou unidades comerciais em que mais de 50% do volume de vendas é realizado através de um contacto direto entre vendedor e comprador”.

29 Sobre a proteção do consumidor na atualidade, ver ainda Antônio Pereira Gaio JÚNIOR, “A proteção ao consumidor como um elemento propulsor da efetividade integracionista: União Europeia e o seu modelo protetivo consumerista”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, 2016, vol. 25, n.º 107, pp. 169-195.

30 Para a ACEPI, o “Comércio Eletrónico” é o processo resultante da compra *online* de produtos ou serviços através da Internet ou outras redes electrónicas. A condição para a compra ser considerada como Comércio Eletrónico é o facto de haver um compromisso de pagamento de determinado produto ou serviço no respetivo sistema d fornecedor através da Internet ou outras redes electrónicas.

sobretudo no *meio* (técnica de comunicação a distância) utilizado para a troca e processamento da informação entre as partes intervenientes. No primeiro, o contacto pessoal e direto entre as partes intervenientes é presencial; no segundo, a informação é transmitida eletronicamente entre os sujeitos que não se encontram na presença física e simultânea um do outro³¹. Obviamente, as transações eletrónicas hoje exigem o uso de um dispositivo eletrónico fixo ou móvel, tal como, um computador (de mesa, portátil, *netbook*)³² um *tablet* de ecrã táctil, um *smartphone*, um televisor de alta definição ou o recente *smartwatch*, com ligação à Internet, entendida esta como “*uma interconexão de redes que operam a ligação de vários computadores entre si*”³³.

No futuro, outros meios e equipamentos têm de ser considerados, sendo certo que, paulatinamente, os serviços vão convergindo do mundo físico para o mundo digital, tornando-se universalmente acessíveis a qualquer pessoa em qualquer lugar onde se encontre³⁴.

31 Consoante a qualidade dos sujeitos intervenientes, devemos distinguir o Comércio Eletrónico de Consumidores (B2C) do Comércio Eletrónico de Empresas (B2B). Cfr. ANACOM - *O Comércio Eletrónico em Portugal...* cit., pp. 15ss; e Glória TEIXEIRA, *Tributação do Comércio Eletrónico*, cit., p. 3.

32 Muito da evolução tecnológica referida fica a dever-se ao enorme desenvolvimento do *computador*, essa máquina fenomenal que tem vindo a revolucionar as nossas vidas. Cfr., Garcia MARQUES, Lourenço MARTINS, *Direito da Informática*. 2.^a ed. refundida e actualizada, 2006, pp. 20 ss.

33 O termo Internet é a abreviatura de *Interconnected Networks* ou de *Internetwork*. V. Rui SAAVEDRA, "A Protecção Jurídica do Software e Internet", *Coleção Témis*, n.º 12 (1998), p. 313.

34 Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões: “Uma Agenda para a Europa”, Bruxelas, 19.5.2010, COM (2010) 245 final. A evolução tecnológica

1.2. A Internet e aparecimento dos serviços em linha

A primeira manifestação de comércio eletrónico surgiu com a utilização da tecnologia - *Electronic Data Interchange* (EDI - intercâmbio eletrónico de dados)³⁵, que foi introduzida no final dos anos 70 do século passado e consiste essencialmente na troca de informação comercial entre empresas, segundo um modo de apresentação padronizado que utiliza para tal computadores³⁶. Esse sistema *computer-to-computer* rapidamente ingressou no comércio mundial³⁷.

Passadas duas décadas, o desenvolvimento tecnológico veio permitir a utilização de um novo meio eletrónico para a celebração

destes e doutros aparelhos aponta para que, em 2020, os conteúdos e as aplicações digitais sejam quase inteiramente disponibilizadas em linha.

35 V. Miguel Pupo CORREIA, *Direito Comercial...cit.*, p. 565; Susana LARISMA, "Contratação Electrónica". In ANACOM - *O Comércio Electrónico em Portugal - O Quadro Legal e o Negócio*. 2004, p. 169; e Francisco Carneiro Pacheco ANDRADE, "A Celebração de Contratos por EDI - Intercâmbio Eletrónico de Dados". In *Estudos em Comemoração do 10.º Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*. 2003, p. 297.

36 É um sistema de comércio eletrónico interempresarial que se desenvolve em redes de comunicação privadas e fechadas, permitindo a troca de dados dentro de parâmetros estabelecidos por quem controla o sistema. Cfr. o artigo 2.º, alínea b) da Lei Modelo UNICITRAL sobre o comércio eletrónico, de 1996. É de notar que existem outros sistemas de comércio eletrónico similares ao EDI, tais como por exemplo o SWIFT.

37 O sistema EDI foi sendo progressivamente utilizado fora das relações económicas entre empresas, estendendo-se nomeadamente aos organismos da Administração Pública. Neste sentido, v. Miguel Pupo CORREIA, *Direito Comercial...cit.*, p. 565.

de transações: a Internet³⁸. E foi impulsionado pela revolução da Internet que o comércio eletrónico conheceu uma expansão espetacular³⁹. Mas o que é a Internet e como surgiu?

É já um lugar-comum dizer que a Internet é a “rede das redes”⁴⁰. Significa que a rede, que liga mais redes de computadores, veio criar um novo ambiente de comunicação alargado ao mundo globalizado⁴¹. Segundo a definição de Internet fornecida pela

38 A respeito da Internet desde os seus primórdios, entre outros, v. Graham J.H. SMITH, *Internet Law and Regulation* 3.ª, Reimpressão 2002, pp. 1 ss; Lilian EDWARDS, Charlotte WAELDE, *Law and the internet*. 2009, p. 13 ss; Alexandre Dias PEREIRA, *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação...* cit.; José Antonio GÓMEZ SEGADE, Ángel FERNÁNDEZ-ALBOR, Anxo TATO PLAZA (Dirs.), *Comercio Electrónico en Internet* 2001; Giuseppe CASSANO, Iacopo Pietro CIMINO, *Diritto dell'Internet e delle Nuove Tecnologie Telematiche*. 2009; e Angela GUIASADO MORENO, *Formación y perfección del contrato en Internet*, 2004, pp.93 ss.

39 Cfr. *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrónico* – Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social e ao Comité das Regiões (COM(97) 157 final, p. 3. Como salienta Alexandre Dias PEREIRA, *Comércio Electrónico na Sociedade da Informação...*cit., p. 8, “com o novo ambiente digital em rede assiste-se a uma passagem do EDI para o Comércio Eletrónico na Internet. Afirma-se a economia digital das “ciberempresas” no mercado virtual da Internet. Mas, para além das empresas tecnológicas, dá-se também a migração das empresas tradicionais para o mercado eletrónico”.

40 Diversamente, José Augusto Sacadura Garcia MARQUES - "Telecomunicações e Protecção de Dados". In António Pinto Monteiro (Coord.) - *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*. 1999, p. 83, entende que é muito discutível a qualificação da Internet como uma “rede” e acentua o seu carácter ambíguo, em virtude de a sua realidade nacional e internacional não se adequar exactamente à definição de “rede”.

41 Como salienta, Alexandre Dias PEREIRA, "A Protecção do Consumidor ...cit., p. 46, “a expansão da Internet, como infraestruturas global do comércio eletrónico, resulta do processo de convergência tecnológica das telecomunicações, do audiovisual e da informática. No mesmo sentido, v. João Calvão da SILVA, *Banca*,

Internet Society (ISOC)⁴²: “A Internet   uma rede global de redes que permite a todo o tipo de computadores ligar-se e partilhar serviços de forma direta e transparente através de boa parte do mundo. A Internet (...) constitui um recurso global e partilhado de informa o e conhecimento e um meio de colabora o e coopera o entre inúmeras comunidades diferentes”⁴³. Pese embora os seus antecedentes, primeiramente ligados a objetivos militares com a cria o da ARPANET⁴⁴ e depois para prosseguir finalidades científicas e acad micas, a Internet veio a tornar-se, a partir de 1990, um poderoso instrumento ao serviço da sociedade civil e da economia⁴⁵. Realidade a que não ficaram indiferentes

bolsa e seguros...cit., p.101; e Vitor Leal FERREIRA, *O Comércio Eletr nico em Portugal...cit.*, p. 1.

42 Sociedade formada pelas empresas, agências governamentais e funda es que criaram a Internet e as diversas tecnologias surgidas debaixo da sua égide. Para maiores desenvolvimentos, v. *What is the Internet?*, disponível em: <http://www.isoc.org/internet/index.shtml>.

43 Para Miguel Pupo CORREIA, *Direito Comercial...cit.*, p. 565, “não se pode afirmar com rigor que exista uma rede unitária e global de telecomunica es designada por Internet. Esta não   senão o resultado da interliga o de um conjunto muito alargado de infraestruturas e redes de telecomunica es, públicas e privadas, locais, regionais e nacionais”.

44 A Internet teve origem na ARPANET, um programa militar dos EUA iniciado em 1969 e desenvolvido pela ARPA (Agência de Projetos de Pesquisa Avançada do Departamento de Defesa norte-americano) para criar uma rede de liga o entre computadores. Sobre as origens da Internet, o funcionamento da rede e os serviços e aplica es mais utilizados, como o correio eletr nico (uma das mais antigas aplica es que foi desenhada em 1972, ainda sobre a ARPANET), v. AAVV- *Derecho y Nuevas Tecnologías*. 2005, pp. 21 e ss.

45 O fen meno começou em quatro sistemas de rede, cada um localizado em centros de universidades norte-americanas. A seguir, a ARPANET foi ligada a outras redes, expandindo-se ao serviço de uma ampla comunidade acadêmica. Em 1983, tornou-se necessária a separa o entre a ARPA-INTERNET, que

os fornecedores de serviços de Internet que, rapidamente, começaram a construir a suas redes e a estabelecerem ligações de acesso próprio para fins comerciais⁴⁶.

Em 1991 foi criada a aplicação informática *World Wide Web* (WWW ou *Web*) que significa *Rede de Alcance Mundial*⁴⁷. A criação da *Web*, em associação com o aparecimento dos *browsers*, em 1993, tornaria possível que a Internet atingisse uma grande popularidade e expansão⁴⁸, criando a plataforma necessária para em 1995 surgirem os *serviços em linha*⁴⁹, um dos mais relevantes

continuou a ser utilizada para fins científicos, e a MIL-NET unicamente destinada às operações militares.

46 Para o seu desenvolvimento acelerado muito contribuiu, em 1973, a criação do protocolo de comunicação estandardizado – o TPC/IP (*Transmission Control Protocol/Internet Protocol*) – sobre o qual a Internet opera para permitir que todos os computadores ligados à rede possam comunicar através dela.

47 Consiste numa trama mundial de servidores distribuídos em rede que oferecem informação em formato de hipertexto, i.e., documentos interligados por meio de *hiperligações*. Permite navegar na rede e visualizar a *Web*, através de motores de busca ou programas de navegação (*web browsers*) que usam palavras-chave para encontrar a informação que o utilizador pretende obter. Este *software* foi inventado por *Tim Berners-Lee* e *Robert Carilleau* para o Centro Europeu de Pesquisa Nuclear (CERN) na Suíça. Cfr. o Glossário da Sociedade de Informação, 2011.

48 Em Portugal, a Internet começou a ser conhecida nos primeiros anos da década de 90, nomeadamente através de ações comerciais da Telepac (operador público nacional para a comunicação de dados).

49 “Em linha” é uma tradução literal do termo anglo-saxónico “*online*”, foi usada na Diretiva 96/9/CE (versão portuguesa) relativa à proteção jurídica das bases de dados, no seu Considerando 33). Estar “em linha” ou *online* significa “estar disponível ao vivo”, “conectado” ou “ligado”. No contexto da Internet, significa estar disponível para acesso imediato a uma página de Internet, em tempo real, ou estar pronto para o processamento imediato de dados ou para outra operação. O contrário, i.e., indisponibilidade de acesso à rede ou para efetuar operações, é estar “fora de linha” ou *offline*.

serviços da sociedade da informação⁵⁰. Os *serviços em linha* desenvolveram-se num contexto virtual interativo tornando mais fácil uma comunicação em tempo real entre os prestadores desses serviços e os seus destinatários⁵¹.

A Internet tornou-se aplicável a todos os domínios de atividade e em todos os locais que estejam ligados eletronicamente⁵², constituindo um novo e poderoso veículo de negócios a nível planetário⁵³.

1.3. O comércio eletrónico como uma ferramenta estratégica de negócios

No que diz respeito ao alcance do comércio eletrónico, podemos questionar se ainda está circunscrito, como na sua génese, às relações interempresariais diretamente relacionadas com as atividades comerciais (do *comércio em sentido jurídico*)⁵⁴

50 Refira-se que foi precisamente no ano de 1995 que a *Amazon.com* foi fundada, tornando-se rapidamente num dos maiores retalhistas de livros dos EUA e no primeiro grande símbolo do comércio eletrónico.

51 As conexões entre os computadores que se estabelecem através da rede podem ter lugar por diversas vias, tais como: correio eletrónico, página *web*, conversação ou *chat-room* e vídeo.

52 João Calvão da SILVA, *Banca, bolsa e seguros...cit.*, p. 101.

53 José de Oliveira ASCENSÃO, "Prefácio". In ANACOM - *O Comércio Eletrónico em Portugal...cit.*, p. 5; e Vítor Leal FERREIRA, *O Comércio Eletrónico em Portugal...cit.*, p. 72. Anxo TATO PLAZA, "Aspectos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones Comerciales en Internet". In José Antonio GÓMEZ SEGADE (Dir) - *Comercio Electrónico en Internet*. 2001, p. 188, define a Internet como um "novo meio de comunicação que permite a troca e o acesso a uma grande quantidade de informação".

54 É sabido que o *comércio em sentido jurídico* abarca não apenas o comércio em sentido económico (definido como atividade de interposição na circulação dos bens ou de interposição nas trocas) mas também indústrias e serviços. V. Jorge

ou se está já disseminado por toda a sociedade e economia no seu conjunto.

Na resposta devemos considerar que, embora o comércio eletrónico tenha sido criado antes da Internet e da *Web*, foi com o aparecimento destas que se desenvolveu verdadeiramente. Se, originalmente, o comércio eletrónico visava facilitar as transações comerciais eletrónicas entre as empresas⁵⁵, progressivamente, porém, veio a beneficiar de outras inovações tecnológicas⁵⁶, alargando o seu campo de aplicação a todos aqueles que acedem à rede e a utilizam para as mais diversas finalidades.

Precisamente, a globalização dos mercados veio obrigar as empresas a repensar e modificar os seus processos empresariais por forma a adaptá-los à nova realidade emergente. Neste contexto, o comércio eletrónico desenvolveu-se como uma oportunidade para as empresas poderem chegar a novos mercados, criando uma estrutura de negócios orientada para alcançar novos públicos; converteu-se num fator fundamental de competitividade e num fortíssimo indutor de produtividade⁵⁷. Sintetizando, diremos que o comércio eletrónico passou a ser encarado como um “novo paradigma empresarial” e como uma “ferramenta estratégica para

Coutinho ABREU, *Curso de Direito Comercial*. 8.^a ed., 2012, pp. 14-16.

55 Através da tecnologia EDI, que é para alguns a forma primitiva de comércio eletrónico.

56 Além da tecnologia, outros fatores devem ser igualmente apontados, como é o caso da criatividade e do capital. Neste sentido, v. ANACOM – *O Comércio Eletrónico em Portugal...*cit., p. 14. A Internet veio proporcionar inovadoras formas de comércio eletrónico, neste sentido, cfr. a *Comunicação da Comissão...* cit., COM(97) 157 final, pp. 8 e 9.

57 Álvaro DÂMASO, "Nota Introdutória". In ANACOM - *O Comércio Eletrónico em Portugal. O Quadro Legal e o Negócio*, cit., p. 1.

a definição dos processos de negócio”⁵⁸.

2. APROXIMAÇÃO AO CONCEITO DE COMÉRCIO ELETRÓNICO

Na página *Web* da ANACOM⁵⁹ parece acolher-se um conceito de comércio eletrónico bastante abrangente ao referir-se que o comércio eletrónico se tornou um dos principais domínios da revolução digital com que as economias e sociedades contemporâneas hoje se deparam⁶⁰. Deste modo, o “comércio eletrónico” pode abarcar qualquer comunicação ou transação eletrónica. E, neste sentido amplíssimo, diz respeito a comunicações ou transações que tanto podem produzir-se no domínio do setor privado⁶¹ como no do setor público⁶².

58 Cfr. o *Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal...cit.*, p. 60, onde o comércio eletrónico é definido como «o uso de tecnologia eletrónica nas várias componentes da atividade comercial, fazendo sentir os seus efeitos em processos empresariais tão diferentes como o estabelecimento de contacto entre o comprador e o vendedor, a publicidade e a promoção, o apoio ao cliente, a encomenda, a venda, a distribuição e a entrega».

59 ICP - Autoridade Nacional das Comunicações (ICP- ANACOM) é a entidade de supervisão central do comércio eletrónico (função que acumula com a de entidade de supervisão setorial no domínio das comunicações eletrónicas e dos serviços postais). Cfr. o art. 35.º do DL7/2014.

60 Comércio eletrónico é aí definido como a realização de «transações de bens e serviços entre computadores mediados por redes informáticas, sendo que o pagamento ou a entrega dos produtos transacionados não terá que ser, necessariamente, feito através dessas redes».

61 Sem negar a relevância das comunicações eletrónicas no âmbito da Administração Pública e os serviços que esta pode prestar por esta via, aqui interessa-nos analisar o fenómeno exclusivamente na perspetiva das relações privadas, onde cabem tanto as relações jurídicas entre empresários (B2B) como as relações jurídicas entre empresários e consumidores (B2C), com prevalência para estas.

62 Esteve sempre presente como objetivo político da Comissão Europeia

Na doutrina, diversas definições de comércio eletrônico têm sido dadas⁶³, sendo reconhecido por muitos tratar-se de uma tarefa complexa⁶⁴. Gema Alejandra Botana Garcia reconhece duas vertentes no comércio eletrônico. Por um lado, “o comércio eletrônico é todo o intercâmbio de dados por meios eletrônicos relacionados ou não com a atividade comercial; mas, por outro lado, também pode ser entendido em sentido mais restrito, limitado às transações comerciais eletrônicas”⁶⁵.

Glória Teixeira defende um conceito restrito de comércio eletrônico ao considerar que “o comércio eletrônico consiste em qualquer *transação comercial* que envolva quer organizações quer indivíduos e que seja baseada no processamento e transmissão

o desenvolvimento do comércio eletrônico nas administrações públicas, encorajando o desenvolvimento de sinergias fortes entre o “comércio eletrônico” e a “administração eletrônica”. Neste sentido, cfr. *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrônico ...cit.*, 157 final.

63 Miguel Pupo CORREIA, "Comércio Electrónico: Forma e Segurança"...cit., p 228, ciente das dificuldades de encontrar uma definição e da existência de inúmeras tentativas nesse sentido, utiliza a definição constante do “Guide Paper – The Challenge of Eletronic Commerce”, *GUIDE International Corporation*, 1996: o comércio eletrônico é entendido como «a utilização de tecnologias de informação avançadas para aumento de eficácia de relações entre parceiros comerciais, para desenvolvimento de vendas de bens e prestações de serviços, quer entre empresas, quer ao consumidor final».

64 V., por todos, Alexandre Dias PEREIRA, *O Comércio Electrónico na Sociedade da Informação...*cit., p. 10.

65 Entendidas como tal a compra e venda de bens ou a prestação de serviços, atividades e negociações prévias e outras atividades ulteriores, como os pagamentos eletrônicos, mas também atividades desenvolvidas através de mecanismos que as novas tecnologias da comunicação proporcionam, como o correio eletrônico e o WWW, cfr. Gema Alejandra BOTANA GARCÍA, "Noción de Comercio Electrónico". In Badenas Carpio (Dir.) - *Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*. 2001, p. 57.

de dados por via eletrónica, incluindo texto, som e imagem”⁶⁶.

João Calvão da Silva propõe-nos um conceito amplo de comércio eletrónico que compreende os “meios de transmissão de dados que apelam a técnicas eletrónicas”⁶⁷. Também Alexandre Dias Pereira apresenta-nos um conceito lato, considerando que o comércio eletrónico «traduz-se na negociação realizada por via eletrónica, isto é, através do processamento e transmissão eletrónicos de dados, incluindo texto, som e imagem»⁶⁸.

Visto assim, o comércio eletrónico consiste no uso de uma ampla variedade de meios tecnológicos para fins contratuais ou, mais amplamente, para a *realização de operações integrantes de atividades económicas*⁶⁹.

66 (Itálico nosso) Glória TEIXEIRA, *Tributação do Comércio Eletrónico...* cit., p. 4, salienta que no “comércio eletrónico” a informação é transmitida eletronicamente entre as partes, sem necessidade de um contacto pessoal.

67 João Calvão da SILVA, *Banca, bolsa e seguros...*, cit., p. 102. Sobre o âmbito de aplicação da referida Lei Modelo, cfr. o art. 2.º e o “Guia para a integração da Lei Modelo, ponto n.º 7.

68 Alexandre Dias PEREIRA, *Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Electrónico na Internet*, 2001, p. 4. No mesmo sentido, Miguel Pupo Correia, *Direito Comercial...* cit., p. 565, considera comércio eletrónico, não apenas a celebração de contratos comerciais, correspondentes ao designado comércio tradicional, mas também as práticas contratuais entre empresas ou entre estas e consumidores e, bem assim, a utilização de meios eletrónicos de processamento e transmissão de dados para facilitar e potenciar a eficácia da comunicação entre as partes.

69 Diferentemente da lei portuguesa, a lei francesa n.º 2004-575, de 21 de junho de 2004, sobre a “confiança na economia digital”, apresenta uma definição algo restrita de comércio eletrónico no artigo 14.º, n.º 1, entendendo este: “como a atividade económica pela qual uma pessoa propõe ou garante a distância e por via eletrónica o fornecimento de bens e serviços”. Porém, no mesmo preceito, o n.º 2 vem alargar substancialmente o âmbito de aplicação do regime legal, abrangendo igualmente “os serviços que consistam em prestar informações em linha,

A Comissão Europeia assinala que o comércio eletrónico permite *fazer negócios por via eletrónica*⁷⁰. E distingue dois tipos principais de atividades⁷¹: o *comércio eletrónico indireto*, que consiste na encomenda eletrónica de bens corpóreos, que continuam a ter de ser entregues fisicamente utilizando os canais tradicionais, como, por exemplo, os serviços postais; e o *comércio eletrónico direto*, que consiste na encomenda, pagamento e entrega direta (em linha) de bens incorpóreos (*software*, conteúdos recreativos) ou de serviços de informação à escala mundial⁷².

Trata-se de tipos de comércio eletrónico bem distintos, contudo, nada impede que ambos sejam utilizados pelo mesmo fornecedor. Basta que esteja apetrechado com os competentes meios, isto é, um sistema organizado de vendas ou prestação de serviços por via eletrónica (loja virtual). Como sucede, por exemplo, se uma dada empresa – editora/livraria - propuser as duas modalidades de venda: a venda de um *e.book* (livro em formato digital), com prestação imediata em linha, e a venda de um livro em suporte de papel entregue em mão ou via postal no endereço do comprador ou disponibilizado nas lojas (estabelecimentos

comunicações comerciais, ferramentas de busca, de acesso e de recuperação de dados, de acesso a uma rede de comunicação ou de armazenamento de informações, *inclusive* quando não são pagos por quem os recebe”.

70 Fórmula que foi considerada “muito simplista” em ANACOM - *O Comércio Eletrónico em Portugal ... cit.*, p. 15.

71 Existem muitas outras classificações de comércio eletrónico, consoante o critério que se adote. Pode indicar-se, a título exemplificativo, as classificações que se baseiam na qualidade dos sujeitos envolvidos nas transações, no setor de atividade, na tecnologia de suporte usada ou, ainda, tendo em conta os montantes envolvidos.

72 *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrónico...cit.*, COM (97) 157, pp. 7 e 8.

físicos) pertencentes à mesma empresa⁷³.

Concluimos que não existe um modelo único mas *diversos modelos* de comércio eletrônico com suficiente amplitude, dependendo das características dos intervenientes no mercado e da interação entre os mesmos⁷⁴ ou das próprias tipologias das transações⁷⁵. O comércio eletrônico, como refere a própria Comissão Europeia, em “Uma iniciativa europeia para o comércio eletrônico”, é a “a concretização da Sociedade da Informação” ou passou a ser visto como a “Sociedade da Informação na prática”⁷⁶. Devemos encarar o comércio eletrônico como um modelo integrado que possui diversas vertentes, sendo o ambiente empresarial *comercial* um dos seus mais relevantes elementos de

73 Trata-se de empresas que combinam a atividade de negócio eletrônico (*online*) com a atividade em que os bens e/ou serviços são prestados em loja física (também designadas *Click and Mortar Business*, cfr. Ian C. BALLON, *E-Commerce and Internet Law*, 2010-2011, p 2.

74 Os sujeitos intervenientes no comércio eletrônico dito *moderno* (por contraposição ao comércio eletrônico exclusivamente interempresarial) representam interesses complexos e diversificados. Nesta categoria inserem-se os profissionais que prestam os “serviços da sociedade da informação” (incluindo os *prestadores intermediários de serviços* de acesso e outros serviços) e os destinatários desses serviços (os profissionais e consumidores).

75 Os vários modelos de organização empresarial revelam bem a evolução do comércio eletrônico neste domínio. O modelo de empresa *Click and Mortar Business*, descrito na nota anterior, representa uma evolução do modelo de organização tradicional (também conhecido como *Brick and Mortar Business*), que é utilizado para classificar as empresas da “velha economia”, isto é, empresas que realizam a totalidade das suas operações fora de linha (*offline*) e onde os contraentes realizam as transações face a face. Um terceiro modelo de organização (*Pure Player Business*) desenvolve a sua atividade exclusivamente *online*.

76 *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrônico...*cit. COM (97) 157, p. 31.

integração, mas não seguramente o único⁷⁷. Veremos em seguida como este entendimento encontra reflexo no plano normativo.

3. O COMÉRCIO ELETRÓNICO E OS SERVIÇOS DA SOCIEDADE DA INFORMAÇÃO.

Procuraremos no presente título compreender o que deve entender-se por “serviços da sociedade da informação” no contexto do comércio eletrónico e da construção de um mercado interno europeu livre e coeso. Para tal é indispensável ter em conta o regime jurídico consagrado no DL 7/2004 e na Diretiva 2000/31/CE que visa estabelecer os princípios e as regras aplicáveis ao comércio eletrónico⁷⁸.

Por um lado, os princípios da livre circulação de serviços e da liberdade de estabelecimento no mercado interno, da transparência e da privacidade, bem como os princípios da equiparação e da responsabilização dos prestadores de serviços, são fundamentais para assegurar o desenvolvimento do mercado único europeu⁷⁹; por outro lado, os princípios da equiparação e da admissibilidade da celebração de contratos por via eletrónica, a par do princípio da proteção do consumidor, enquanto destinatário dos “serviços da sociedade da informação”, visam eliminar barreiras formais e materiais ao recurso à contratação eletrónica⁸⁰.

Os diplomas referidos fixam regras, algumas com dupla natureza: *imperativas* nas relações de consumo (B2C) e *dispositivas*

77 Com desenvolvimento sobre os principais tipos de comércio eletrónico, bem como para uma análise SWOT do comércio eletrónico, v. ANACOM- O Comércio Eletrónico em Portugal..., cit., pp. 20 ss.

78 Sobre estes diplomas legais, v. *supra* nota 12.

79 Previstos nos arts. 3.º, n.º 3; 4.º; 5.º; 10.º; 12.º-17.º; 21.º; 23.º e 28.º do DL 7/2004.

80 Cfr. os arts 25.º, 26.º e 28.º do DL 7/2004.

nas restantes situações; sendo o desenvolvimento do Mercado Interno um fim a atingir com a previsão de certas medidas. O legislador nacional, tal como as instâncias europeias, parte da definição de *serviços da sociedade da informação* para construir a disciplina jurídica do comércio eletrónico na sociedade da informação, delimitando por esta via o tipo de atividades que são abrangidas.

3.1. Contributos para a delimitação do conceito de “serviços da sociedade da informação” à luz do DL 7/2004 e da Diretiva 2000/31/CE

Nem o DL 7/2004 nem a Diretiva 2000/31/CE contêm uma definição de *comércio eletrónico*. Contudo, é possível a partir de certas disposições dos diplomas legais conhecer os seus contornos. Desde logo, através da análise das atividades por si visadas, inserindo-se o comércio eletrónico na categoria mais ampla dos *serviços da sociedade da informação*, e ainda, no tocante às diversas modalidades de comércio eletrónico, atendendo à qualidade dos *sujeitos intervenientes*. Portanto, a delimitação do âmbito do comércio eletrónico encontra-se estreitamente ligada aos domínios *objetivo* e *subjetivo* de aplicação do DL 7/2004 e da Diretiva 2000/31/CE.

3.1.1. O âmbito objetivo de aplicação e as matérias não harmonizadas

A Diretiva sobre o comércio eletrónico tem o objetivo de garantir a *livre circulação dos serviços da sociedade da informação* entre os Estados-Membros e assim contribuir para o correto funcionamento do Mercado Interno⁸¹. Portanto, os “serviços da sociedade da informação” são, em última análise, o objeto

81 Considerando 8) e art. 1.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE.

primordial da Diretiva concretizados no comércio eletrônico⁸².

Para compreendermos o alcance objetivo da diretiva, devemos ter presente que, embora se intitule “Diretiva sobre o Comércio Eletrónico”, a verdade é que não regula *todo* o comércio eletrônico. Ficaram por harmonizar certas matérias, como resulta desde logo do seu art. 21.^{o83}. Algumas dessas matérias e atividades dizem respeito, nomeadamente, à matéria fiscal, à disciplina da concorrência, à proteção da privacidade, aos jogos de fortuna, à atividade notarial e outras equiparadas⁸⁴. Porém, além dos “serviços da sociedade da informação”, a Diretiva regula ainda alguns aspetos da “contratação eletrónica”, independentemente de esta incidir ou não sobre os referidos serviços, ainda que não o

82 A própria Diretiva 2000/31/CE o refere no seu título. Para João Calvão da SILVA - *Banca, bolsa e seguros...cit.*, p. 104, é “justificada a unificação de tratamento conjunto de ambos os temas”. Note-se que “comércio eletrônico” é aqui empregue no sentido de abranger tanto o que é realizado através da tecnologia EDI, que se serve de circuitos fechados interempresariais, como o que diz respeito às transações que se desenvolvem através da rede aberta da Internet.

83 Tratando-se como se trata de uma Diretiva que visa uma harmonização mínima, não surpreende que questões relacionadas com o comércio eletrônico não sejam abordadas na Diretiva que «deixa amplas zonas em aberto ou porque fazem parte do conteúdo de outras diretivas ou porque não foram consideradas suficientemente consolidadas para uma harmonização comunitária ou, ainda, porque não carecem desta». No mesmo sentido, cfr. o n.º 1 do Preâmbulo do DL 7/2004.

84 Cfr. o art.1.º, n.º 5, da Diretiva 2000/31/CE, que foi transposto pelo art. 2.º, n.º 1, do DL 7/2004. As exclusões aqui previstas são *imperativas*, sob pena de a Diretiva não se poder considerar transposta, e *totais*, na medida em que o preceito visa a não aplicação de *todas* as normas do diploma a determinadas atividades e matérias. Contrariamente, as exclusões previstas nos arts. 6.º e 25.º, n.º 2, do DL 7/2004 são meramente parciais. Sobre as exclusões aqui referidas, v. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA - *Lei do Comércio Electrónico Anotada*. 2005, pp. 22 e 92.

afirme categoricamente no seu articulado⁸⁵.

A Diretiva também não é clara quanto ao âmbito em que regula os contratos celebrados por meios eletrónicos⁸⁶. Podemos questionar se pretende abranger todo e qualquer contrato seja de natureza civil ou comercial. José de Oliveira Ascensão, perante a ambiguidade da Diretiva e considerando que esta regula o *comércio* eletrónico, entende que “só o comércio poderia estar previsto” (com extensão, embora, aos contratos “empresariais” e profissionais), além de que “só ao comércio se estendem os poderes de harmonização comunitária, não ao Direito Privado Comum”. Porém, acrescenta o mesmo A.: “Cremos que essa liberdade existe. Mas isso não impede que se justifique que a lei portuguesa tenha seguido a orientação de adoptar uma orientação comum em todo o âmbito da contratação eletrónica”⁸⁷.

85 Cfr. o art. 1.º, n.º 2, da Diretiva 2000/31/CE. Diferentemente, a lei espanhola sobre os serviços da sociedade da informação, que procedeu à transposição da Diretiva em Espanha, a Ley 34/2002, de 11 de julho, refere com toda a clareza, logo no seu art.º 1.º n.º 1, que a lei regula os serviços da sociedade da informação e a contratação por via eletrónica.

86 Art. 9.º, n.º 1, da Diretiva 2000/31/CE.

87 José de Oliveira ASCENSÃO, "Introdução à Perspectiva Jurídica". In ANACOM - *O Comércio Electrónico em Portugal...*cit., p. 112. V. ainda o mesmo A. ("A Sociedade Digital e o consumidor" ...cit., p. 140), em 2009, considerando que “a direttriz comunitária é aqui contraditória (como o são também os considerandos sobre esta matéria), pois fala em *comércio* eletrónico mas exclui da obrigatoriedade do regime instituído alguns negócios irredutivelmente civis, no art. 9.º, n.º 2, alíneas c) e d). Já para António Meneses CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II - Parte Geral, Negócio Jurídico*. 4.ª ed., 2014, p. 355, “é patente a natureza civil desta matéria, em consonância com as regras básicas do Código Civil”.

Com efeito, o DL 7/2004 é uma lei horizontal (na sequência da Diretiva) que regula alguns aspetos dos contratos celebrados por via eletrónica *quaisquer que sejam as normas substantivas aplicáveis aos mesmos*. Como é afirmado logo no Preâmbulo, matérias como a contratação eletrónica «só tem sentido regular como matéria de direito comum, e não apenas comercial». No articulado, os termos muito amplos do art. 24.º: «todo o tipo de contratos...sejam ou não qualificáveis como comerciais», e as exclusões taxativas previstas no art. 25.º, n.º 2, de *alguns* contratos de natureza civil, permitem concluir *a contrario* que estão abrangidos todos os restantes.

Sobre a questão da comercialidade dos contratos eletrónicos, e partilhando a tese sustentada por um setor relevante e maioritário da doutrina, entendemos que é de admitir a comercialidade dos atos mistos (atos de comércio unilaterais)⁸⁸: os contratos celebrados entre um profissional e um consumidor (B2C). A maioria das normas na Internet está pensada para a contratação mercantil, a que é realizada no quadro da atividade económica das empresas, neste caso os “prestadores de serviços” da sociedade da informação. Assim, os contratos serão comerciais se neles intervier, pelo menos, um prestador de serviços como sujeito que atua na esfera da sua atividade profissional ou empresarial. Serão contratos civis os contratos eletrónicos - P2P (*peer to peer*) - em que as partes atuam à margem da sua atividade profissional ou empresarial⁸⁹.

88 São *unilateralmente comerciais* os atos cuja comercialidade se verifica só em relação a uma das partes, cfr. Jorge Coutinho ABREU, *Curso de Direito Comercial...cit.*, pp. 92-93; José A. Engrácia ANTUNES, "Contratos Comerciais. Noções Fundamentais". *Direito e Justiça*. Vol. Especial (2007), p. 149.

89 Francesco BUFFA, "Commercio Elettronico e Contratto Telematico". In TOMMASI - *Contratti e Tutela dei Consumatori*. 2007, p. 283.

Portanto, as normas reguladoras da contratação eletrónica, constante do Cap. V do DL 7/2004, não esgotam a disciplina dos contratos celebrados por meios eletrónicos; esta é complementada, não apenas pelo Direito Privado Comum⁹⁰ mas também pelos regimes dos contratos celebrados a distância com consumidores⁹¹, dos documentos eletrónicos e da assinatura digital⁹², bem como o restante acervo do Direito do Consumidor, eventualmente aplicável a estes contratos⁹³.

Poderá questionar-se se não teria sido preferível tratar esta *matéria comum*⁹⁴ em sede própria, isto é, no Código Civil, como

90 Susana LARISMA, "Contratação Electrónica". In ANACOM - O Comércio Electrónico em Portugal...cit., p. 158.

91 José de Oliveira ASCENSÃO, "Contratação Electrónica". In DSI, Vol. IV, 2003, pp. 45-47, defende que "a aplicação complementar da Directriz 97/7 não pode deixar de se verificar no que respeita à celebração de contratos eletrónicos". A revogação desta Diretiva pela Diretiva 2011/83/UE não prejudica a afirmação, pois que esta, regulando os contratos celebrados a distância por qualquer meio de comunicação a distância, é igualmente de aplicação subsidiária aos contratos celebrados por via eletrónica. E o mesmo vale para o regime do DL 95/2006 relativo à comercialização a distância de serviços financeiros.

92 O DL 290/99, de 2 de agosto.

93 Cfr. o Considerando 11) e o art. 1.º, n.º 3, da Diretiva. No direito interno, este acervo, que proliferou e se encontra disperso por múltiplos diplomas avulsos, sem unidade e coerência, muito beneficiaria se fosse integrado num corpo sistematizado e coerente - *no Código do Consumidor* -, projeto que importa recuperar e levar por diante.

94 No texto referimo-nos estritamente ao regime constante do Cap. V do DL 7/2004 relativo à contratação eletrónica. Porém, uma crítica mais abrangente é apontada por Alexandre Dias PEREIRA, "Princípios do Comércio Electrónico". In *Miscelâneas*. 2004, pp. 78-79, considerando que, na transposição da Diretiva para o direito português, foi seguida "a técnica do legislar avulso adotando um instrumento legislativo especial, ao invés de introduzir alterações na legislação vigente, em especial nos Códigos. Esta é, de resto, uma técnica já com tradições firmadas na legislação portuguesa sobre matérias informáticas, ainda que a nosso ver não represente a melhor solução".

aliás sucedeu em França e na Alemanha, em vez de a inserir a par da regulamentação *dos serviços da sociedade da informação* e dos *prestadores de serviços* com os seus princípios norteadores próprios⁹⁵.

Esta solução seria apoiada no facto de a disciplina abrangida pelo Cap. V do DL7/2004, sobre os contratos celebrados por via eletrónica ou informática, apenas incidir sobre as “questões concretas suscitadas em razão do específico meio utilizado”⁹⁶ e não pretender ocupar-se, por não ser necessário, de *todo* o regime jurídico. Como veremos, o DL 7/2004 consagra alguns princípios basilares da contratação eletrónica e estabelece uma ou outra regra de natureza técnica. Seria esse reduzido conjunto normativo que poderia ser integrado na teoria do negócio jurídico⁹⁷.

95 Sobre a opção de o legislador português, na transposição da Diretiva, afastar “soluções mais amplas e ambiciosas” para a regulação do comércio eletrónico, v. Preâmbulo do DL 7/2004. A propósito da transposição, José de Oliveira ASCENSÃO, “Bases para uma Transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (Comércio Eletrónico)”. In *Relatório, Conclusões e Pareceres da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*. 2003, p. 3320 (41), considera que “a contemporaneidade desta Directriz com a directriz sobre direitos de autor e conexos na sociedade da informação poderia ter dado a oportunidade ao projecto ambicioso do Código da Informática, que reduzisse a sistema coerente toda uma pluralidade de regulações dispersas. A não se seguir por este caminho, poderia ter-se procedido à integração das várias matérias constantes da Directriz nos diplomas a que respeitassem”; acrescentando o A. que “asseguraria a coerência das soluções e garantiria a exactidão da inserção sistemática”, nomeadamente a integração das matérias da contratação eletrónica e da responsabilidade dos prestadores de serviços, atenta a sua natureza de Direito Privado Comum, no próprio Código Civil”.

96 A expressão entre aspas é de Susana LARISMA, “Contratação Electrónica”. In ANACOM - *O Comércio Electrónico em Portugal...* cit., p. 158.

97 A propósito, António Meneses CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil II...* cit., p. 355, considera que “tudo isto ficaria mais claro se obtivesse uma codificação condigna na lei civil geral. Não recomendamos, todavia, mexidas na lei civil, sem

Ainda uma palavra respeitante ao sentido a adotar para este efeito do termo “comercial”. Atente-se que embora a generalidade das atividades que dão corpo ao comércio eletrónico tenham natureza comercial, no sentido jurídico do termo, sendo *inclusive* algumas delas novas⁹⁸, o termo “comercial” não é contudo neste contexto totalmente equivalente a *direito comercial eletrónico*⁹⁹.

A Diretiva 2000/31/CE não se restringe à atividade tradicionalmente qualificada como “comercial ou mercantil”¹⁰⁰. Desde logo, prevê que aspetos jurídicos do tráfego eletrónico possam ser realizados por pessoas (não comerciantes) que exerçam profissões regulamentadas, como é o caso dos profissionais liberais¹⁰¹. Portanto, estas atividades, que não são certamente atividades comerciais, são abrangidas pela Diretiva e integram

uma muito cuidadosa preparação”.

98 Sirvam de exemplos as atividades dos prestadores de serviços da Internet que operam os servidores que permitem o acesso à rede, a transmissão de mensagens, o armazenamento temporário ou o alojamento de páginas, entre outras. Para Alexandre Dias PEREIRA, "Princípios do Comércio Electrónico"... cit., p. 79, n. 6, «poder-se-á sustentar a comercialidade jurídica desta actividade por analogia *iuris* com um princípio geral da comercialidade do sector terciário».

99 Alexandre Dias PEREIRA, "Princípios do Comércio Electrónico"...cit., p. 78. Sobre a noção de comércio eletrónico e suas modalidades, v. *Uma iniciativa europeia para o comércio eletrónico* (COM 97), 157 final.

100 Hugo Ramos ALVES, "Nótula sobre a Venda à Distância e a Limitação Contratual da Responsabilidade dos Prestadores de Serviços em Rede ". In *Liber Amicorum Mário Frota. A Causa dos Consumidores*. 2012, p. 276.

101 Nos termos do n.º 1 do art. 23.º do DL 7/2004, as comunicações publicitárias a distância por via eletrónica em profissões regulamentadas (p. ex. os advogados, engenheiros, médicos, entre outros) são permitidas mediante o estrito cumprimento das regras deontológicas de cada profissão, nomeadamente as relativas à independência e honra e ao sigilo profissionais, bem como à lealdade para com o público e dos membros da profissão entre si.

a noção de “serviços da sociedade da informação”, podendo ser qualificadas como pertencentes ao domínio amplo do comércio eletrônico¹⁰².

Temos afirmado que o comércio eletrônico integra o domínio amplo dos “serviços da sociedade da informação”¹⁰³. Todavia, importa reter que nem todas as ações que têm lugar no quadro de uma operação de comércio eletrônico podem ser qualificadas como um “serviço da sociedade da informação”¹⁰⁴. Por exemplo: uma editora *online* que venda um DVD, através da página *Web* que criou para esse efeito, presta um serviço da sociedade da informação, contudo, o *envio físico* via postal (*offline*) do referido DVD não é considerado um serviço da sociedade da informação, porque não é realizado por *via eletrónica*¹⁰⁵. Outro exemplo

102 Neste sentido, v. Alexandre Dias PEREIRA, "Princípios do Comércio Electrónico"...cit., p. 78, n.º5; José de Oliveira ASCENSÃO - "Introdução à Perspectiva Jurídica ". In ANACOM - *O Comércio Electrónico em Portugal...* cit., p.112.

103 Angela GUISSADO MORENO, *Formación y perfección...*cit., p. 55, partindo do critério da onerosidade da transação, salienta que não existe uma equivalência em termos absolutos entre serviços da sociedade da informação e comércio eletrônico, em virtude de aos primeiros corresponder uma realidade mais ampla (podem ser onerosos e gratuitos) do que a que corresponde ao puro comércio eletrônico, que por natureza terá carácter oneroso. Não podemos concordar inteiramente com este entendimento dado que a onerosidade não é para nós critério qualificador de nenhuma das realidades em confronto. Mas estamos de acordo com a citada A. quanto à afirmação de que “não há inteira equivalência entre ambos os conceitos”.

104 Inserida embora no conceito amplo de comércio eletrônico, a administração pública eletrónica (governo eletrônico) fica fora do âmbito dos serviços da sociedade da informação.

105 Cfr. o Anexo I do DL58/2000. É o exemplo típico do chamado *comércio eletrônico indireto*, que combina as componentes digital e física da atividade. Em rigor, trata-se de uma operação mista ou híbrida com a consequência prática de

decorre da utilização do correio eletrónico (ou equivalente) por pessoa singular que atue *fora da sua atividade profissional*: não é tal atuação um “serviço da sociedade da informação”, embora a atividade se integre no comércio eletrónico¹⁰⁶. Para a compreensão das situações apresentadas, vejamos em seguida o significado legal de “serviço da sociedade da informação” e como se articula o comércio eletrónico no jogo com a sociedade da informação¹⁰⁷.

3.1.2. Conceito de “serviço da sociedade da informação”

Ao contrário do DL 7/2004, a Diretiva opta por não definir diretamente o que entende por “serviço da sociedade da informação” no seu articulado, remetendo no seu art. 2.º, alínea *a*), para o conceito de “serviço da sociedade da informação” previsto no art. 1.º, n.º 2, alínea *a*), da Diretiva 98/34/CE¹⁰⁸,

o regime do DL 7/2004 ser apenas aplicável à parte digital. Diferentemente, Hugo Ramos ALVES - "Nótula sobre a Venda à Distância ...cit., p. 276, considera que “o comércio eletrónico indireto não é abrangido quer pela Directriz quer pelo Decreto-Lei interno que operou a sua transposição”.

106 Cfr. o Considerando 18) da Diretiva 2000/31/CE.

107 A definição do que é entendido por “serviços da sociedade da informação” tem importância fundamental porque «recorta o tipo de atividade que fica sujeito ao regime estabelecido no diploma»; ao mesmo tempo e para o mesmo efeito, deve ser tido em conta o disposto no Considerando 18), na medida em que «delimita negativamente a noção de serviços da sociedade da informação» ao excluir diversas atividades, como assinala Alexandre Dias PEREIRA, "Princípios do Comércio Electrónico", cit., p. 82, n.9.

108 Do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de junho de 1998, relativa a um procedimento de informação no domínio das normas e regulamentações técnicas e das regras relativas aos serviços da sociedade da informação, que foi transposta para o direito nacional pelo DL 58/2000, de 18 de abril. A mesma definição resulta da Diretiva 98/48/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de novembro, relativa à proteção jurídica dos serviços que se baseiem num acesso condicional.

nos seguintes termos: «qualquer serviço prestado normalmente mediante remuneração, a distância, por via eletrónica e mediante pedido individual de um destinatário de serviços»¹⁰⁹.

Não obstante, a Diretiva 2000/31/CE acaba por fazer referência à noção de “serviço da sociedade da informação” no Considerando 17): «qualquer serviço prestado a distância, normalmente a título oneroso, por meio de equipamento eletrónico para o processamento e armazenamento de dados, e a pedido expresso do destinatário do serviço». Por outro lado, o Considerando 18) vem concretizar alguns “serviços”, descrevendo um vasto leque de atividades económicas que se desenvolvem em linha, ao mesmo tempo que enumera algumas atividades que não são consideradas serviços da sociedade da informação¹¹⁰.

No seguimento da definição do direito comunitário, o DL 7/2004, define “serviço da sociedade da informação” como: «qualquer serviço prestado a distância por via eletrónica, mediante remuneração ou pelo menos no âmbito de uma atividade económica, na sequência de pedido individual do destinatário»¹¹¹. Desta definição resultam quatro elementos: (1) um serviço prestado a distância, ou seja, sem a presença física simultânea

109 Note-se que esta noção não se limita exclusivamente aos serviços prestados através da Internet, pois deve entender-se que inclui também os serviços que sejam prestados através de qualquer outra rede de comunicações eletrónicas, segundo o princípio da neutralidade tecnológica nas transações eletrónicas. Contudo, a Internet é o meio tecnológico paradigmático de que na atualidade se serve o comércio eletrónico, sendo nessa sede que se desenrolam as situações e os problemas a debater.

110 Como salienta Alexandre Dias PEREIRA, "A Protecção do Consumidor...cit., p. 58, a Diretiva não fornece diretamente definição de “serviços da sociedade da informação” mas vem delimitar quer pela positiva quer pela negativa os contornos do referido conceito na sua parte preambular.

111 Art. 3.º, n.º1, do DL 7/2004.

das partes¹¹²; (2) prestado por *via electrónica*, no sentido de um serviço enviado desde a origem e recebido no destino através de instrumentos eletrónicos de processamento; (3) mediante *pedido individual* de um destinatário de serviços; e (4) mediante *remuneração* ou, não havendo remuneração, que seja prestado no âmbito de uma *atividade económica*.

O legislador nacional parte desta definição para regular “certos aspetos legais” do comércio eletrónico no mercado interno e daqui advém a sua grande relevância na economia deste estudo¹¹³.

3.1.3. As atividades visadas pelo conceito de “serviços da sociedade da informação”

Os “serviços da sociedade da informação” cobrem uma grande variedade de atividades económicas, como é afirmado na Diretiva. Vejamos quais são essas atividades. Nos termos do Considerando 18) da Diretiva, as atividades vão desde a celebração de contratos de compra e venda de bens e de prestação de serviços por via

112 Uma das partes é necessariamente o “prestador de serviços”, que é definido de forma abrangente como «qualquer pessoa, singular ou coletiva, que preste um serviço do âmbito da sociedade de informação», art. 2.º, alínea b) da Diretiva 2000/31/CE. No DL 7/2004, o legislador nacional refere-se ainda ao “prestador intermediário de serviços” (art. 4.º, n.º5) como «aquele que presta serviços técnicos para o acesso, disponibilização de informações ou serviços em linha independentes da geração da própria informação ou serviço». Portanto, devemos distinguir duas categorias de prestadores: os prestadores que oferecem serviços finais e os prestadores que oferecem serviços instrumentais para a atuação em rede, tais como o transporte de mensagens, o acesso à rede, a armazenagem intermédia ou definitiva em servidor, entre muitos outros. Estes últimos são prestadores intermediários entre o fornecedor dos conteúdos e o seu destinatário.

113 José de Oliveira ASCENSÃO, “Contratação Electrónica”...cit., p. 50, considera esta definição de grande amplitude de tal modo que “qualquer exercício de comércio eletrónico em rede é um serviço da sociedade da informação”.

eletrónica, às comunicações publicitárias em linha, à prestação em linha de serviços financeiros¹¹⁴, até à organização e gestão de leilões por meios eletrónicos¹¹⁵. Muito frequente é o fornecimento e prestação em linha de produtos multimédia, sendo de destacar os que dizem respeito aos serviços de transmissão de programas de *software*, música, vídeo a pedido ou jogos¹¹⁶.

O acesso a bases de dados eletrónicas em linha é igualmente um “serviço típico da sociedade da informação”¹¹⁷. Atividades de grande importância são ainda os serviços de acesso e de comunicação fornecidos pelos “prestadores intermediários técnicos”¹¹⁸.

Também são dignas de menção as atividades que consubstanciem serviços fornecidos gratuitamente em linha, dado que a ausência de remuneração da prestação do “serviço da

114 João Calvão da SILVA, *Banca, Bolsa e Seguros...* cit., p.105, assinala que “não existe dúvida alguma quanto à aplicação da Diretiva 2000/31/CE e do DL 7/2004 à prestação de serviços financeiros em linha, sem prejuízo de futuras iniciativas no sector”. E acrescenta o mesmo A. que “as regras aplicáveis às compras e vendas transfronteiras *online* de serviços financeiros são as do Estado-Membro em que está estabelecido o prestador (princípio do país de origem, princípio do lugar de estabelecimento)”.

115 ANACOM, *O Comércio Eletrónico em Portugal...* cit., p. 129, n.56.

116 A comercialização destes produtos eletrónicos, em que toda a atividade é desenvolvida na rede (comércio eletrónico direto), incluindo a própria distribuição e, eventualmente, o consumo, é muito justamente considerada o *ex libris* do comércio eletrónico. Neste sentido, cfr. o Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal cit., p. 61.

117 Alexandre Dias PEREIRA, "A Protecção do Consumidor...cit., p. 50 e, em especial, a n. 18, sobre a proteção das bases de dados eletrónicas, bem como dos respetivos programas de computador.

118 Cfr. o art. 4.º, n.º 5, do DL 7/2004.

sociedade da informação” não é obstáculo à sua qualificação como tal¹¹⁹. Deve entender-se incluída nesta categoria qualquer *atividade económica* desenvolvida a distância por meios eletrónicos, independentemente de esta ser remunerada ou não, portanto, não pressupondo em todos os casos a obrigação do destinatário pagar o serviço prestado¹²⁰. Serve o exemplo da publicidade que é veiculada através da Internet, a qual é evidentemente gratuita para os destinatários, mas não deixa por isso de ser um “serviço da sociedade da informação”¹²¹.

E o que dizer dos *meios* que permitem a celebração de contratos por via eletrónica: poderá considerar-se a atividade, tendente a assegurar esses meios, inserida na designação ampla de “serviços da sociedade da informação”?

Concretamente, estão aqui em causa os serviços que visam proporcionar um *meio* ou *meios* de comunicação eletrónicos para a celebração de contratos, isto é, meios que possibilitem o estabelecimento de um sistema de vendas a distância nas páginas *web* ou que permitam o envio de um pedido em linha. Neste caso, o *serviço* do qual beneficia o destinatário consiste na criação de um mecanismo pelo prestador de serviços que vai possibilitar ao destinatário a realização de uma encomenda¹²².

119 As comunicações publicitárias em rede são serviços da sociedade da informação previstos nos arts. 20.º a 23.º do DL 7/2004. Igualmente, no Considerando 29) da Diretiva 2000/31/CE é admitida a prestação de serviços gratuitos em linha.

120 Cfr. o art. 3.º, n.º 1, do DL 7/2004

121 Outros exemplos podem ser dados, como a prestação de informações em linha, a consulta de bases de dados, os jornais eletrónicos e os *chats* de conversação, os quais não conduzem propriamente à celebração de contratos.

122 Esta é a atividade principal visada pelos arts. 27.º a 29.º do DL 7/2004 (cfr.

Os meios eletrónicos postos à disposição dos intervenientes nas comunicações da sociedade da informação tornam possível a prestação de toda a espécie de serviços em rede e, especificamente, a celebração de contratos por via eletrónica, pelo que não restam dúvidas acerca da admissibilidade da referida atividade nos “serviços da sociedade da informação”.

Ainda neste contexto, surge a questão de saber se poderá ser considerada como um “serviço da sociedade da informação” a simples *emissão de uma proposta contratual*. Por *simples emissão* pretende-se significar a emissão de uma proposta de um prestador de serviços não inserida num mecanismo ou processo de encomenda organizado para a prestação de “serviços da sociedade da informação”.

A resposta tem importância pois uma resposta negativa implicaria que a comunicação de uma proposta por correio eletrónico ou a publicação de uma proposta em linha não acompanhada de um procedimento de encomenda não poderia ser qualificada de “serviço da sociedade da informação”; o que teria como consequência que o autor da proposta também não poderia ser qualificado de “prestador de serviços” e, consequentemente, não teria de respeitar as *obrigações de informação e de transparência* previstas no regime do DL7/2004 para a celebração de contratos eletrónicos.

Em rigor, tomando como referência uma definição de “serviço” *stricto sensu*, o facto de alguém apresentar uma proposta contratual não seria em princípio qualificado de prestação de serviço, uma vez que tal não implicaria nem uma prestação de serviço nem o resultado de uma ação. No entanto, a Diretiva 2000/31/CE parece aceitar que esta atividade seja considerada

como um “serviço da sociedade da informação”. Assim, embora no Considerando 18) da Diretiva 2000/31/CE sejam expressamente excluídos dos “serviços da sociedade da informação”, os serviços resultantes «da utilização do correio eletrónico ou de comunicações individuais, por parte de pessoas singulares, agindo fora da sua atividade comercial, empresarial ou profissional, incluindo a sua utilização para celebrar um contrato», já poderá constituir um “serviço da sociedade da informação” se o correio eletrónico for utilizado para *fins profissionais*.

Esta conclusão é corroborada pela análise das normas da Diretiva 2000/31/CE relativas à conclusão de contratos, valendo também em face das disposições (homólogas) do DL 7/2004. Efetivamente, *certas obrigações de informação* a cargo de prestador de serviços em rede são aplicáveis ainda que os contratos sejam celebrados exclusivamente através de correio eletrónico ou outro meio de comunicação individual entre empresas ou nas relações que se estabelecem entre um consumidor e um fornecedor. Tal é o caso da obrigação de fornecimento ao destinatário dos termos contratuais e das condições gerais em condições que permitam o seu armazenamento e reprodução (art. 31.º, n.º 1, do DL 7/2004)¹²³. A disposição que determina o momento da receção da encomenda é igualmente aplicável aos contratos celebrados mediante correio eletrónico (resultante da articulação dos arts. 30.º e 31.º, n.º 2, do DL 7/2004)¹²⁴, bem como as obrigações de identificação do prestador de serviços e as obrigações de transparência acerca do preço (art 10.º do DL 7/2004)¹²⁵.

123 Cfr. o art. 10.º, n.º 3, da Diretiva 2000/31/CE.

124 Esta interpretação decorre da leitura combinada do art. 11.º, n.º 1, 2.º travessão, e do n.º 3, do mesmo art. da Diretiva 2000/31/CE.

125 As quais devem ser disponibilizadas permanentemente em linha. Cfr. o art. 5.º, ns.º 1 e 2, da Diretiva 2000/31/CE.

Portanto, se se admite que, no âmbito dos “serviços da sociedade da informação”, uma ordem de encomenda dirigida a um prestador de serviços seja feita através de correio eletrónico por um profissional ou por um consumidor, teremos de aceitar que o simples facto de um prestador de serviços propor a conclusão de um contrato é equiparável a um tal serviço.

Todavia, quando o contrato é celebrado por correio eletrónico ou por outro meio de comunicação individual equivalente *apenas* a proposta contratual do prestador do serviço é que poderá ser qualificada como uma atividade de prestação de “serviço da sociedade da informação”.

Quando a proposta é feita em linha, recaem sobre o prestador de serviços as obrigações de informação e de transparência previstas nos arts. 28.º e 29.º do DL 7/2004, relativas ao arquivamento eventual do contrato, a língua ou línguas propostas para a celebração do contrato, a identificação do autor da proposta, as obrigações de transparência sobre o preço e o envio do aviso de receção da encomenda¹²⁶. Estas informações são essenciais para permitir, num contexto caracterizado pela distância física das partes, pela opacidade das redes e pela desmaterialização das declarações negociais, ao destinatário da proposta exprimir um consentimento informado.

De igual modo, no caso de oferta em linha ou comunicada por correio eletrónico, é incontestável a necessidade de assegurar que as condições contratuais comunicadas possam ser conservadas e reproduzidas, até para garantir a prova da sua existência.

Em face do exposto podemos concluir que não são impostas ao prestador de serviços as exigências dos arts. 27.º a 29.º do DL 7/2004 nos contratos celebrados por via individual, isto é, celebrados *não em linha (offline)*, mas nada impede que um contrato individual

126 Arts. 28.º e 29.º do DL 7/2004.

seja proposto por um prestador de serviços e fique sujeito às demais disposições do DL 7/2004¹²⁷. Consequentemente, apenas serão excluídos do conceito de “serviço da sociedade da informação” os contratos individuais (através de correio eletrônico ou outro meio equivalente de comunicação individual) utilizados por pessoas singulares para fins particulares, isto é, alheios à sua atividade comercial, empresarial ou profissional¹²⁸.

3.1.4. As atividades excluídas do âmbito dos “serviços da sociedade da informação”

Para acabar de traçar os contornos do conceito de “serviço da sociedade da informação”, resta referir que certas atividades não são consideradas “serviços da sociedade da informação” e estão, por isso, excluídas do âmbito de aplicação do regime legal, designadamente, os serviços que constam do Anexo ao DL 58/2000, com ressalva dos serviços contemplados nas alíneas c), d) e e), do n.º 1¹²⁹.

Percorrendo os três números e as diversas alíneas do Anexo (exceto as alíneas ressalvadas), podemos concluir que *todos* os serviços aí descritos, de um modo ou de outro, sempre estariam excluídos pela simples aplicação do conceito de “serviços da sociedade da informação”, nos termos da interpretação que fizemos acima dos seus quatro elementos constitutivos. O que

127 Esta proposta individual, feita através de correio eletrônico, naturalmente também fica submetida ao regime dos contratos celebrados a distância com consumidores e aos deveres de informação aí previstos, nos termos do DL 24/2014, de 14 de fevereiro.

128 Considerando 18) da Diretiva 2000/31/CE.

129 Cfr. o art. 2.º, n.º 2, do DL 7/2004.

significa que estes serviços estariam afastados *por definição*¹³⁰. Contudo, reconhecemos que tal elenco tem utilidade, ainda que não seja exaustivo.

Pelos exemplos que fornece, parece-nos que contribui para a compreensão e clarificação dos diversos elementos do conceito de “serviço da sociedade da informação”, que, como vimos, nem sempre se apresentam inequívocos e claros. Por isso, vamos determo-nos um pouco mais na análise do citado Anexo e aqui referir com exemplos as situações que nele estão previstas.

As alíneas *a) e b)*, do n.º 1, do Anexo visam, respetivamente, os serviços “*ponto a multiponto*” e os serviços de radiodifusão sonora e de radiodifusão televisiva. Estes serviços são excluídos por não cumprirem o elemento do conceito relativo a *pedido individual do destinatário*¹³¹.

Os serviços referidos no n.º 2 do Anexo não são “serviços da sociedade da informação” por serem prestados na presença física do prestador e do destinatário e não observarem por esse facto o elemento *a distância*, ainda que a sua prestação implique a utilização de dispositivos eletrónicos. Por exemplo: os exames e tratamentos realizados num consultório médico mediante equipamentos eletrónicos, encontrando-se presentes fisicamente o médico e o paciente [alínea *a)*]; ou a disponibilização de jogos eletrónicos a um utilizador fisicamente presente num salão de jogos [alínea *d)*].

Por fim, o n.º 3 do Anexo enumera três conjuntos de serviços [alíneas. *a), b) e c)*] que são excluídos por terem em comum a

130 MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Lei do Comércio Electrónico Anotada...cit.*, p. 26.

131 Os serviços de radiodifusão não resultam de pedido individual do destinatário. V. neste sentido Alexandre Dias PEREIRA, “A Protecção do Consumidor... cit., p. 51, n.19.

circunstância de *não serem fornecidos por via eletrónica*. Tal é o caso, nomeadamente, de serviços cujo conteúdo é material mas que se servem de aparelhos eletrónicos, como a distribuição automática de notas de banco e bilhetes de comboio; e o acesso às redes rodoviárias com dispositivos de portagem eletrónicos e parques de estacionamento automatizados, mediante pagamento [alínea a)].

Pelas mesmas razões, não são “serviços da sociedade da informação” os *serviços offline* que consistam em atividades de entrega de mercadorias e de prestação de serviços, como, por exemplo: a distribuição de CD-ROM ou *software* em *disquettes* [alínea b)].

Outro conjunto de exclusões diz respeito aos serviços *não fornecidos por intermédio de sistemas eletrónicos de armazenagem e processamento de dados*, tais como: os serviços de telefonia vocal, telecópia e telex e os serviços prestados por estas vias; o *marketing* direto por telefone ou telecópia; os serviços decorrentes de uma relação contratual entre assalariado e a sua entidade patronal, bem como as atividades que, pela sua própria natureza, não podem ser exercidas a distância e por meios eletrónicos, tais como, a revisão oficial de contas das sociedades ou o aconselhamento médico que exija o exame físico do doente¹³².

4. Conclusões

O comércio eletrónico, predestinado a ser mundial, generalizou-se a toda a sociedade e expandiu-se por todas as regiões do globo; deixou de ser exclusivamente dedicado às relações interempresariais para englobar uma grande variedade

132 O DL 7/2004 subtrai à sua disciplina as matérias e atividades enumerados no seu art. 2.º. Nesta medida, devem igualmente ser excluídos os serviços da sociedade da informação que sejam prestados nesses domínios.

de atividades, a maioria das quais de criação muito recente. Como é pretendido pela União Europeia, o comércio eletrónico passou a ser a *concretização* da Sociedade da Informação.

Segundo o conceito que consideramos preferível e que nos parece encontrar acolhimento nas disposições legais, o comércio eletrónico (*lato sensu*) consiste na utilização de meios e tecnologias de última geração que permitem o processamento e o intercâmbio de dados para a realização de todo o tipo de operações integrantes de atividades económicas. Em sentido restrito, porém, o comércio eletrónico deve ser visto como uma ferramenta estratégica *empresarial* para a definição de processos de negócio e encontra o seu lugar nas estruturas fundamentais das relações negociais, sobretudo, através da utilização da Internet.

Em todos os domínios é bem visível a aposta em tecnologias de vanguarda. Os aparelhos de chamada automática, de telecópia, de correio eletrónico, os SMS (*short message service*) e os MMS (*multimedia messaging service*), entre outros, tornaram-se em veículos muito atrativos de transmissão de mensagens publicitárias e em poderosos instrumentos de *marketing* direto, permitindo aos anunciantes chegar a um número elevado de destinatários a um custo muito reduzido.

Na vertigem da escalada tecnológica, cruzam-se os desafios da “Nova Era” - a Economia-Digital-, em resultado, por um lado, da criação exponencial de “lojas virtuais”, da adoção de renovadas estratégias de *marketing*, bem como da emergência do fenómeno das redes sociais; e, por outro lado, da intervenção legislativa europeia firmemente apostada em facilitar as *transações transfronteiriças* e em proclamar o *princípio da proteção do consumidor* como meios necessários e adequados para garantir a *livre circulação dos “serviços da sociedade da informação”* e impedir

os entraves (legais e operacionais)   *contrata o eletr nica*. Tudo isto constitui os objetivos primordiais da Diretiva 2000/31/CE e estão bem patentes no DL 7/2004 que a transpôs para o direito nacional.

Ainda que o cont do substantivo destes diplomas seja reduzido e não exclua a aplica o de outros preceitos do ordenamento jurídico português revela-se fundamental para a caracteriza o da *sociedade da informa o*. Por seu turno, a delimita o do que se entende por “serviços da sociedade da informa o” mostra-nos a existência de um regime homog neo de requisitos aplicáveis a todos os serviços desta natureza. Nesta medida, os múltiplos modelos e “formas” que o comércio (eletr nico) nos apresenta encontram aí parte importante do objeto da sua regulamenta o.

Referências bibliográficas

- AAVV- *Derecho y Nuevas Tecnologías*. 2005.
- ABREU, Jorge Coutinho, *Curso de Direito Comercial*. 8.  ed., 2012.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Os direitos dos consumidores*, Coimbra: Almedina, 1982.
- ALVES, Hugo Ramos, “Nótula sobre a Venda   Distância e a Limita o Contratual da Responsabilidade dos Prestadores de Serviços em Rede”. In *Liber Amicorum Mário Frota. A Causa dos Consumidores*. 2012, p. 271-289.
- ANACOM - *O Comércio Eletr nico em Portugal - O Quadro Legal e o Negócio*. Lisboa. 2004.
- ANDRADE, Francisco Carneiro Pacheco, “A Celebra o de Contratos por EDI - Intercâmbio Eletr nico de Dados”. In *Estudos em Comemora o do 10.  Aniversário da Licenciatura em Direito da Universidade do Minho*. 2003, pp.297-322.

- ANTUNES, José A. Engrácia, “Contratos Comerciais. Noções Fundamentais”. *Direito e Justiça*. Vol. Especial (2007).
- ASCENSÃO, José de Oliveira, *Estudos sobre Direito da Internet e da Sociedade da Informação*. Coimbra: Almedina. 2001.
- - *Direito Civil – Teoria Geral*, Vol. II. 2.^a ed.. Coimbra: Coimbra Editora. 2003.
- - “Bases para uma Transposição da Directriz n.º 00/31, de 8 de Junho (Comércio Eletrónico)”. In *Relatório, Conclusões e Pareceres da Comissão de Assuntos Constitucionais, Direitos, Liberdades e Garantias*. 2003, p. 3320.
- - “Contratação Electrónica”. In *Direito da Sociedade da Informação*, Vol. IV, 2003, pp. 45-47.
- - “Prefácio”. In ANACOM, *O Comércio Electrónico em Portugal - Quadro Legal e o Negócio*. 2004, pp. 5-12.
- - “Introdução à Perspectiva Jurídica “. In ANACOM - *O Comércio Electrónico em Portugal - Quadro Legal e o Negócio*, 2004, p. 112.
- - “A Sociedade Digital e o Consumidor”. In *Direito da Sociedade da Informação*. Vol. VIII, 2009, p. 123-153.
- BALLON, Ian C., *E-Commerce and Internet Law*, 2010-2011.
- BENJAMIN, Antonio Herman de Vasconcelos; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.
- BOTANA GARCÍA, Gema Alejandra, “Noción de Comercio Electrónico”. In Badenas Carpio (Coord.) - *Comercio Electrónico y Protección de los Consumidores*. Madrid: La Ley.2001, pp.5-64.
- BUFFA, Francesco, “Commercio Elettronico e Contratto Telematico”. In Fabio TOMMASI (Dir.) - *Contratti e Tutela dei Consumatori*. 2007, p. 281-360.
- CASSANO, Giuseppe, CIMINO, Iacopo Pietro, *Diritto dell’Internet e delle Nuove Tecnologie Telematiche*. Milão: Cedam. 2009.

- CORDEIRO, António Meneses, *Tratado de Direito Civil II - Parte Geral, Negócio Jurídico*. 4.^a ed., 2014.
- CORREIA, Miguel Pupo, “Comércio Electrónico: Forma e Segurança”. In A.Pinto MONTEIRO (Coord.) - *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*. 1999, pp. 223-258.
- CORREIA, Miguel Pupo, *Direito Comercial. Direito da Empresa*. 11.^a ed., 2009.
- DÂMASO, Álvaro “Nota Introdutória”. In ANACOM - *O Comércio Electrónico em Portugal- O Quadro Legal e o Negócio*, 2004, p. 1
- DÍAZ REVORIO, Francisco Javier, “Algunas Ideas sobre el Impacto de Internet y las Nuevas Tecnologías en los Derechos Fundamentales”. *InterseXiones*. N.º 1 (2010), pp. 179-205.
- EDUARDS, Lilian, WAELDE, Charlotte, *Law and the internet*. 2009.
- FERREIRA, Vítor Leal, *O Comércio Electrónico em Portugal. Relações Espaciais entre Comércio e Consumidores na Internet*. 2008.
- GÓMEZ SEGADE, José Antonio, FERNÁNDEZ-ALBOR, Ángel, TATO PLAZA, Anxo (Direts.), *Comercio Electrónico en Internet*, 2001.
- GUIADO MORENO, Angela, *Formación y perfección del contrato en Internet*, 2004.
- JÚNIOR, Alberto do Amaral; VIEIRA, Luciane Klein. “A proteção internacional do consumidor no Mercosul”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, 2016, vol. 25, n.º 106, pp. 71-88.
- JÚNIOR, António Pereira Gaio. “A proteção ao consumidor como um elemento propulsor da efetividade integracionista: União Europeia e o seu modelo protetivo consumerista”. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, 2016, vol. 25, n.º 107, pp. 169-195.
- LARISMA, Susana “Contratação Electrónica”. In ANACOM - *O Comércio Electrónico em Portugal- O Quadro Legal e o Negócio*. 2004, p.157.
- MARSHALL, McLuhan, Hebert, *The Gutenberg Galaxy*, Canada: University of Toronto Press, 1962.

- MONTEIRO, António Pinto, “Sobre o direito do consumidor em Portugal”, in *EDC*, n.º 4, Centro de Direito do Consumo Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2002.
- MARQUES, José Augusto Sacadura Garcia, “Telecomunicações e Protecção de Dados”. In A.Pinto MONTEIRO (Coord.) - *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*. 1999, pp. 81-138.
- MARQUES, Garcia, MARTINS Lourenço, *Direito da Informática*. 2.ª ed. refundida e actualizada, 2006.
- MENDES, Eliana, *Facebook e as Marcas de Moda: Aumento das Vendas Online?* 2012, disponível em: repositorium.sdum.uminho.pt/handle/1822/24697.
- MINISTÉRIO DA JUSTIÇA, *Lei do Comércio Electrónico Anotada*. 2005.
- MURTEIRA, Mário, “Globalização, uma falsa ideia clara”. *Economia Global e Gestão*. Vol. VII, n.º 2 (2002), pp. 71-77.
- OLIVEIRA, Elsa Dias, *A protecção dos consumidores nos contratos celebrados através da Internet*. Coimbra: Almedina. 2002.
- PEREIRA, Alexandre Dias, *O Comércio Electrónico na Sociedade da Informação: Da Segurança Técnica À Confiança Jurídica*, Coimbra: Almedina. 1999.
- - “A Protecção do Consumidor no Quadro da Directiva sobre o Comércio Electrónico”. In *EDC*, n.º 2. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2000, pp. 43-140.
- - *Serviços da Sociedade da Informação: Alguns Problemas Jurídicos do Comércio Electrónico na Internet*, 2001.
- - “Princípios do Comércio Electrónico”. In *Miscelâneas*. Coimbra: Almedina. 2004, pp. 75-112.
- - “A Via Electrónica da Negociação (Alguns Aspectos)”. In *EDC*, n.º 8. Coimbra: Centro de Direito do Consumo, 2006/2007, pp. 275-290.
- PORTUGAL, O Livro Verde para a Sociedade da Informação em Portugal,

publicado em 1997, disponível em: <http://www.unic.pt/images/stories/publicacoes/LivroVerde1997.pdf>.

- RAMOS, Fabiana D'Andrea; FERREIRA, Vitor Hugo do Amaral, "Por um direito comum ao consumidor: a órbita global de consumo e a proteção internacional". In: MIRAGEM, Bruno; MARQUES, Claudia Lima; OLIVEIRA, Amanda Flávio de (Coords.). *25 anos do Código de Defesa do Consumidor: trajetória e perspectivas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. pp. 465-480.
- REBELO, Fernanda, *Contratação a distância e proteção do consumidor*, Tese de doutoramento, 2015, Faculdade de Direito da Universidade Portucalense (policopiado), Biblioteca Geral da Univerisdade Portucalense e no repositório da mesma Universidade: <http://hdl.handle.net/11328/1414>.
- - "O direito à informação do consumidor na contratação à distancia", in *Liber Amicorum Mário Frota: a causa dos direitos dos consumidores*. Coimbra: Almedina, 2012, pp. 103-153.
- - "O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção dos consumidores, com as alterações introduzidas pelo DL n.º 82/2008, de 20 de Maio", in *Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique*, n.º 13, Porto, 2008, pp. 41-72.
- - "O direito de livre resolução no quadro geral do regime jurídico da protecção do consumidor", in *20 Anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. II, Varia, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, pp 571-617.
- RODRIGUES, José Narciso, "Internet e Globalização". In A. Pinto MONTEIRO (Coord.) - *As Telecomunicações e o Direito na Sociedade da Informação*. 1999, pp. 343-347.
- SALGUEIRO, Teresa Barata, *Do Comércio à Distribuição, Roteiro de uma Mudança*. S. Paulo: Editora Celta, 1996.
- SAAVEDRA, Rui, "A Protecção Jurídica do Software e Internet", *Coleção Témis*, n.º 12 (1998), p. 313.
- SILVA, João Calvão da, *Banca, bolsa e seguros: direito europeu e português*. 2ª ed.. Coimbra: Almedina, 2007.

- SMITH, Graham J.H., *Internet Law and Regulation* 3.^a reimpressão. 2002.
- TATO PLAZA, Anxo, “Aspectos Jurídicos de la Publicidad y de las Comunicaciones Comerciales en Internet”. In José Antonio GÓMEZ SEGADE (Dir) - *Comercio Electrónico en Internet*. 2001, p. 187-223.
- TEIXEIRA, Glória, *Tributação do Comércio Eletrónico*, p. 15, disponível em:
- http://www.cije.up.pt/sites/default/files/files/Apresentacao_comunicacao_gloria_Teixeira_0.pdf



A REFORMA CONSTITUCIONAL EM RUY BARBOSA



A reforma ou revisão constitucional, a reforma política, a eleitoral, são temas preferenciais da mídia nos últimos meses. Quem não está afeito a esses assuntos pode imaginar que sejam novos na pauta dos políticos e da imprensa. Há quase cem anos, na campanha presidencial de 1919, Ruy Barbosa deles tratava com impressionante visão do futuro. Seu nome é sempre lembrado quando eclodem ou se agudizam as crises institucionais, como agora o fazemos. O patrono dos advogados brasileiros foi um dos principais ideólogos da Primeira República, dividiu e pelejou com os positivistas acerca de questões que ainda hoje desafiam o patriotismo e o talento de nossos homens públicos.

As eleições presidenciais na Primeira República se faziam pelas indicações dos chefões do Congresso, ancorados no acordo “café com leite”, sob o comando dos governadores de São Paulo e Minas Gerais. A simples indicação pelos mandões era a garantia da eleição. Em 1919, eles indicaram o paraibano Epitácio Pessoa, chefe da Delegação brasileira a Conferência de Versalhes, em Paris. Tratava-se de manobra de fim duplo: aparentar pela eleição de “tertius” que se fugia ao rodízio Minas e São Paulo, continuado em seguida. Mas, sobretudo garantir que não se fizesse a desejada reforma da Constituição republicana de 1891.¹

1 BARBOSA, Ruy. **A questão social e política no Brasil**. Conferência pronunciada no Teatro Lírico, do Rio de Janeiro, a 20 de março de 1919. Pref. de Evaristo de Moraes Filho. Ed. Anotada. São Paulo, LTr – Rio de Janeiro, Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1983.



JOÃO BATISTA ERICEIRA Presidente da Amad, Membro da Academia Ludovicense de Letras, Coordenador do Núcleo de Ciência Política do CECCGP, Presidente da Academia Maranhense de Letras Jurídicas e Diretor da Escola Superior de Advocacia - ESA/OAB-MA

Ruy, autor do texto da primeira Carta republicana, como de seu feitio, irresignou-se, lançou-se candidato à Presidência da República, com o apoio de apenas dois estados, Rio de Janeiro e Pará. Venceu em todas as capitais, à exceção do Amazonas e da Paraíba. Adotou a reforma constitucional como a principal bandeira de sua campanha. Proferiu conferências em Minas Gerais, Bahia, São Paulo e Rio de Janeiro. Neste último Estado pronunciou no Teatro Lírico, no dia 20 de março de 1919, a célebre oração “A Questão Social e Política no Brasil”. O texto vem sendo republicado ao longo dos anos. Um deles pela LTR Editora, em 1981, com comentários do advogado Evaristo de Moraes Filho, agora sob exame.

Dividia o tempo entre a banca de advocacia e os apelos irresistíveis pela vida pública. A esse respeito, em “Discursos Parlamentares”, presta inequívoco depoimento:

A política é e será sempre a inimiga da minha prosperidade profissional. A minha banca de advogado seria um tesouro, se eu lhe pudesse consagrar exclusivamente o meu espírito e o meu tempo, repartidos, até hoje, com as exigências dessa rival intolerante. Mas, se o trabalho não fosse, como infelizmente creio que há de ser até ao termo de meus dias, o instrumento de minha subsistência, não é aos áridos labores forenses que eu consagraria a minha vida. A minha vocação reclamava um ideal mais alto: o das letras, o da arte, ou o da ciência desinteressada. Os que me conhecerem a natureza, hão de reconhecer que, com os meus instintos e os meus gostos, não pode ser voluntária a minha absorção no comércio dos autos.²

2 BARBOSA, Ruy. **Discursos Parlamentares**. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1985. XXI, 130p. (Obras Completas de Ruy Barbosa, v.23, t.5, 1986).

A atividade político-partidária era encarada pelo patrono da advocacia como um serviço desinteressado prestado à pátria. O que diria se pudesse ver o panorama da vida pública brasileira? Jejuna de ideias e propostas, repleta por inteiro de interesses negociais privados.

O Brasil vive crise institucional sem precedentes, guarda semelhança em alguns aspectos com aquela enfrentada na segunda década do século passado. O Parlamento desacreditado, o Poder Executivo sem apoio da sociedade, o Poder Judiciário submetido a interesses partidários.

Uma voz se levantou naquele deserto de falta de patriotismo e de obsessão pela manutenção pura e simples do poder, a de Ruy Barbosa. Candidatou-se para defender a reforma constitucional da Carta de 1891, pelo seu alheamento a questão da representatividade da sociedade e aos problemas sociais que se agravaram no pós-Primeira Guerra Mundial. Ele sabia, a única forma de manter a Constituição era alterá-la para atender ao clamor das ruas.

O Parlamento mantinha-se surdo aos gritos das ruas, enquanto os quartéis se manifestavam em revoltas como as de 22 e 24, até chegar a 1930, quando depuseram o presidente constitucional, Washington Luís, e revogaram a Carta de 1891.

Ruy tinha a seu favor, a autoridade de autor do texto básico da Constituição de 1891, além de seu magistério cívico que ajudara a construir as pilastras democráticas do Parlamento, do Judiciário e da Imprensa. Não obstante o prestígio e a força moral, não foi ouvido pelos donos do poder, que pensavam em

mantê-lo a todo custo, mas terminaram por contribuir para a derrocada das instituições.

Em 1926, tentaram um arremedo de reforma. Por meio de Emenda Constitucional, regularam os casos e condições para a efetivação de intervenção federal nos Estados, objetivavam limitar ou remediar os abusos cometidos pela União nessa matéria. Ao mesmo tempo estendiam à Justiça dos Estados as garantias asseguradas à magistratura federal, e restringiam o Habeas-Corpus aos casos de prisão ou constrangimento ilegal na liberdade de locomoção.

Como se vê, introduziram alterações tópicas, não enfrentaram as questões essenciais da representação política da sociedade e as reivindicações trabalhistas, previdenciárias, e sociais, todas afligindo a população nos dias seguintes ao término da Primeira Grande Guerra Mundial.

Sobre aquele contexto, Evaristo de Moraes Filho, na introdução da publicação da Conferência do Teatro Lírico, reporta-se às circunstâncias da época:

Perante a Associação Comercial (8 de março), volta Ruy a distinguir entre revolução (reforma) e dissolução. As sociedades que não despertam a tempo e não providenciam as reformas indispensáveis, dissolvem-se na anarquia, com a perda dos frutos acumulados pela civilização. Refere-se nominalmente ao bolchevismo russo. Na conferência do dia 20, não esconde, essa sua preocupação permanente. Declara que não adula os operários, pois é amigo deles e pretende dizer-lhes a verdade. Convida-os a escolher entre qualidade e a quantidade, entre Bélgica e a Rússia, que “ruiu, juncando hoje o solo dos seus destroços, combatentes uns com os outros, sob o domínio da miséria, da fome, da anarquia”.³

3 BARBOSA, Ruy. A questão social e política no Brasil. Conferência

Preconiza a democracia social não abrigada pela Constituição de 1891. Ao tempo em que manifesta profundo descontentamento com a desfiguração do presidencialismo, como forma de governo, conforme reportou Paulo Brossard, no Ciclo de Conferências sobre Reforma Constitucional, promovido pela Fundação Casa de Ruy Barbosa, em 1985, verbis:

Revisionista histórico da Constituição de que foi insigne colaborador, quando candidato à presidência da República equacionou o problema para dizer que a natureza democrática das nossas instituições nada perderia com a substituição do governo presidencial pelo governo de gabinete. E que do confronto que entre ambos se fizesse as formas parlamentares levariam a melhor; porque mais vale, no governo, a instabilidade que a irritabilidade.⁴

Deixando de lado a compatibilidade do governo parlamentar com o Estado Federal, observou que lhe parecia imprudente encetar “o primeiro ensaio de reforma constitucional” com uma proposta contra a qual “as exigências da ortodoxia republicana são até agora irredutíveis”, embora salientasse que “em breves anos se venha a impor a sua discussão”.

O Governo Hermes haveria de fornecer suficientes ocorrências que mereceram a condenação de Ruy. A título de exemplo, destaco esta passagem:

Onde o governo se realiza pelo sistema parlamentar, o jogo

pronunciada no Teatro Lírico, do Rio de Janeiro, a 20 de março de 1919. Pref. de Evaristo de Moraes Filho. Ed. Anotada. São Paulo, LTr – Rio de Janeiro, Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1983.

4 BARBOSA, Ruy. **Papéis Avulsos**. N° 5, Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1987.

das mudanças ministeriais, dos votos de confiança, dos apelos à nação, mediante a dissolução das câmaras, constitui uma garantia, já contra os excessos do Poder Executivo, já contra as demasias das maiorias parlamentares. Mas, neste regímen, onde para o Chefe do Estado não existe responsabilidade, porque a responsabilidade criada sob a forma de impeachment é absolutamente fictícia, irrealizável, mentirosa, e onde as maiorias parlamentares são manejadas por um sistema de eleição que as converte num meio de perpetuar o poder às oligarquias estabelecidas, o regímen presidencial criou o mais chinês, o mais turco, o mais russo, o mais asiático, o mais africano de todos os regímens.⁵

No momento em que se subverte a discussão a respeito das reformas política e eleitoral, convém ficar claro: a primeira antecede a segunda, para decidir temas como o tamanho do Estado, as suas funções; o pacto federativo incluindo o sistema tributário; e a forma de governo, se parlamentarista ou presidencialista.

São muitas as voltas que o mundo dá. Quem nos anos sessenta e setenta do século passado poderia imaginar que a Rússia interferiria nas eleições presidenciais dos Estados Unidos. O pleito que elegeu o atual presidente, Donald Trump, vem sendo investigado para apurar em que medida Vladimir Putin, o dirigente russo, concorreu para a vitória do dignitário norte-americano, utilizando-se dos recursos do sistema da rede mundial de computadores. A palavra sistema no Brasil, nos anos autoritários, significava o complexo militar-empresarial que governava o país. Os presidentes da República eram escolhidos após consulta aos quartéis e submetidos a homologação do Congresso Nacional.

5 *Idem, ibidem.*

O Parlamento, formalmente aberto, estava submetido aos atos institucionais e a legislação que criara artificialmente o bipartidarismo. Eram dois partidos, a Arena, do governo, e o MDB, da oposição consentida. Em 1974, mesmo com os limites impostos, a oposição ganhou as eleições proporcionais e majoritárias para o Senado, na maioria dos estados, ensejando que o sistema criasse a figura do senador biônico. Para aparentar que a fonte era boa e democrática, diziam que a inspiração era o modelo da França. Assim, de casuísmo em casuísmo chegou-se a 1985, em que esgotadas as possibilidades econômicas e políticas do regime instalado em 1964, pactuou-se a eleição de Tancredo Neves indiretamente pelo Colégio Eleitoral, formado pelo mesmo Congresso, eleito sob as condições impostas pelo sistema.

Falava-se que o presidente Castelo Branco, o primeiro do ciclo inaugurado em 1964, poderia ter promovido a reforma política, almejada pela sociedade, antes da deposição de João Goulart, em razão dos desvios e abusos praticados pela designada classe política. Castelo não dispunha de hegemonia no meio militar e no político, faltando-lhe as condições para implementá-la.

Durante os vinte anos de regime autoritário, permaneceu hibernando a mesma legislação, o Código Eleitoral de 1965, e sobretudo, o desejo do sistema em manter-se no poder.

O pacto da eleição de Tancredo no Colégio Eleitoral previa a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou em 5 de outubro de 1988, a Constituição em vigor. Durante seus quase trinta anos de vigência não se cuidou de fazer a mais importante das reformas, a política, garantindo a representação e presença da sociedade nos atos de governo.

A atual Constituição, elaborada em clima amplamente favorável a forma de governo parlamentarista, inspirava-se nos modelos das constituições social-democratas da Europa, especialmente a de Portugal. Tudo caminhava para a sua aprovação, quando se discutiu a duração do mandato presidencial. Criou-se então o impasse, adotou-se a forma de governo presidencialista.

Vários institutos do parlamentarismo permaneceram no texto constitucional, incluindo as medidas provisórias. A Constituição de 88 tem parcialmente corpo presidencialista em alma parlamentarista. Por força de emenda, em 21 de abril de 1993, realizou-se plebiscito para escolha da forma de Estado e de governo. Os cidadãos escolheram a República e o presidencialismo.

Agora, em decorrência da vasta crise que assola o país, volta-se a falar do parlamentarismo, como panaceia para todos os problemas políticos. As panaceias são discutíveis em quaisquer circunstâncias. Mas abrindo o livro da história recente, em 1961, na crise provocada pela renúncia de Jânio Quadros e o impasse da posse de João Goulart, vetado pelos ministros militares, adotou-se o parlamentarismo.

A solução de ocasião comprovou-se válida. O Gabinete chefiado pelo Primeiro-Ministro Tancredo Neves administrou e aprovou leis da maior importância para o futuro do país. Mas o remendo revelou-se falho em outros aspectos, especialmente na questão partidária. A eficiência do regime parlamentar pressupõe, para bem funcionar, a existência de organizações partidárias sólidas, considerando que se estabelece a governança a partir do Parlamento.

Alguns analistas precipitados argumentam que no presente presidencialismo de coalizção, na prática, vem se processando a

forma parlamentarista de governar. Trata-se de presidencialismo de coalização deformado, em que a negociação se procede em torno de emendas fisiológicas, às de cargos e de permanência em cargos. Quando a negociação verdadeira deve acontecer em torno de pontos do programa de governo.

Defensores do parlamentarismo invocam o passado, sustentam que no Império, período de estabilidade política, o regime era parlamentar. Mas na vigência da Constituição imperial de 1824, o que predominava era o Poder Moderador do Imperador.

O regime parlamentar é o mais democrático e moderno, mas para tanto, requer a existência de partidos políticos sólidos e programáticos. Que venha o parlamentarismo, mas não o de ocasião. E sim, o de convicção, submetendo-o a plebiscito na próxima eleição.

A adoção do governo parlamentar, tal como outras decisões sobre o modelo de Estado desejado pela sociedade brasileira, não se poderá fazer casuisticamente, e em função de apetites partidários ocasionais. As reformas deverão ser submetidas ao crivo da sociedade brasileira, por meio de consulta plebiscitária a efetuar-se juntamente com as eleições de 2018. O caminho é, pois, a Reforma Constitucional.

Faz-se necessário distinguir a revisão da Reforma Constitucional, nesta há a alteração material no texto da Constituição, decorrente do poder constituinte residual deferido originariamente pelo legislador, enquanto na revisão “lato sensu”, dá-se a mutação do critério de interpretação do texto constitucional face a alteração das circunstâncias políticas e sociais.

A prega o de Ruy incluía a necessidade da Reforma através de emendas e a revisão atualizadora dos critérios interpretativos. A sua voz ecoou no deserto. Não foi ouvido por gregos e troianos. Na c ebre Conferência do Teatro Lírico, deixou o testamento de sua vultosa contribui o para a vida pública nacional, com impressionante antevisão do futuro ao falar dos Direitos Humanos e da Democracia Social, verbis:

A concep o individualista dos Direitos Humanos tem evoluído rapidamente, com os tremendos sucessos deste século, para uma transforma o incomensurável nas no es jurídicas do individualismo, restringidas agora por uma extensão, cada vez maior, dos direitos sociais. Já se não v e na sociedade um mero agregado, uma justaposi o de unidades individuais, acasteladas cada qual no seu direito intratável, mas a entidade naturalmente org nica, em que a esfera do indivíduo tem por limites inevitáveis, de todos os lados, a (* *) coletividade. O direito vai cedendo   moral, o indivíduo   associa o, o ego simo   solidariedade humana.

Estou, senhores, com a democracia social. Mas a minha democracia social   a que preconizava o cardeal *Mercier*, falando aos operários de Malines, essa democracia ampla, serena, leal, e, numa palavra, cristã: a democracia que quer assentar a felicidade da classe obreira, não nas ruínas das outras classes, mas na repara o dos agravos, que ela, até agora, tem curtido.⁶

A XXIII Conferência Nacional da Advocacia   local apropriado para propor a realiza o de ampla reforma constitucional, o que agora faço, para colocar a política a serviço da sociedade, como sustentava o nosso patrono Ruy Barbosa.

6 BARBOSA, Ruy. **A questão social e política no Brasil**. Conferência pronunciada no Teatro Lírico, do Rio de Janeiro, a 20 de março de 1919. Pref. de Evaristo de Moraes Filho. Ed. Anotada. São Paulo, LTr – Rio de Janeiro, Funda o Casa de Ruy Barbosa, 1983.

REFERÊNCIAS CONSULTADAS

- BARBOSA, Ruy. **A questão social e política no Brasil**. Conferência pronunciada no Teatro Lírico, do Rio de Janeiro, a 20 de março de 1919. Pref. de Evaristo de Moraes Filho. Ed. Anotada. São Paulo, LTr – Rio de Janeiro, Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1983.
- _____ . **Discursos Parlamentares**. Rio de Janeiro, Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1985. XXI, 130p. (Obras Completas de Ruy Barbosa, v.23, t.5, 1986).
- _____ . **Papéis Avulsos**. Nº 5, Fundação Casa de Ruy Barbosa, 1987.
- FERREIRA, Waldemar Martins. **História do Direito Constitucional Brasileiro**; prefácio de Ronaldo Rebello de Britto Poletti. – Ed. fac-similar – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2003. XX + 388 p. – (Coleção história constitucional brasileira).
- MAXIMILIANO, Carlos. **Comentários à Constituição Brasileira de 1981**; prefácio de Eros Roberto Grau. – Ed. fac-similar – Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2005. XIV + 930 p. – (Coleção história constitucional brasileira; 7).10

POLÍTICA E **DIREITO NA** TEORIA DE BOBBIO



Poucos pensadores conseguiram transmitir, analisar e debater, com clareza e densidade, como fez Norberto Bobbio, as idéias mais complexas do mundo político e jurídico da atualidade. Foi um filósofo extraordinário e, por isso mesmo, um dos raros que o século 20 viu nascer no Ocidente. Autor de obras conhecidas no meio acadêmico brasileiro, como *A Era dos Direitos, Direita e Esquerda, A Teoria das Formas de Governo, Direito e Estado no Pensamento de Emanuel Kant, Locke e o Direito Natural, Ensaio sobre Gramsci, O Futuro da Democracia, Os Intelectuais e o Poder, As Ideologias e O Poder em Crise, Teoria do Ordenamento Jurídico, Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna, Teoria Geral da Política*¹ –, BOBBIO enriqueceu, sobremaneira, as questões que perpassam dois dos temas de sua grande predileção filosófica: a política e o direito. Aliás, a relação entre política e direito, o “estado de tensão” permanente existente entre ambos², mereceu de BOBBIO um dos mais importantes capítulos na sua *Teoria Geral da Política*.

-
- 1 Obras editadas no Brasil pelas editoras: Campus, Unesp, UnB, Paz e Terra e Brasiliense, com as traduções respectivas de Daniela Beccaccia Versiani, Carlos Nelson Coutinho, João Ferreira, Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos, Marco Aurélio Nogueira, Sérgio Bath, e Alfredo Fait.
 - 2 Na expressão de CABRAL DE MONCADA, *in* L. Filosofia do Direito e do Estado. Coimbra: Coimbra Editora, 1995, Parte II – p.46



SERGIO TAMER é doutor em direito constitucional pela Universidade de Salamanca e autor dos livros *Fundamentos do Estado Democrático e a Hipertrofia do Executivo no Brasil* (RS, Fabris, 2002); *Atos Políticos e Direitos Sociais nas Democracias* (RS, Fabris, 2005); *La garantía judicial de los derechos sociales y su legitimidad democrática* (Salamanca, Ratio Legis, 2018); é presidente do Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública- CECCP.

Assim, ao teorizar sobre a matéria, BOBBIO³ diz que a política se comunica com o direito em pelo menos dois pontos distintos:

(a) – o exercício da política através do direito; e

(b) – a delimita o e disciplina da a o política pelo direito. No primeiro ponto, a ordem jurídica, como   inevitável, representa simplesmente a vontade do poder político. Assim, o direito⁴ nada mais seria do que um produto do poder, sendo que o nexos entre poder político e direito seria tão somente a força física. No entanto, para os que acreditam que há de haver uma correspondência das leis ao ideal de justiça, o direito, então, deixa de ser, unicamente, o produto da vontade dominante.

Mas, para que não haja, aqui também, em última instância, a interferência do detentor do poder político, um outro critério de distin o se afigura, qual seja, a distin o entre poder legítimo e ilegítimo. Nesse ponto, a rela o entre direito e política   invertida e o poder político deixa de produzir o direito e este   que passa a justificar aquele. O poder político, juridicamente fundado, diferencia-se assim das várias formas de poder de fato.

O poder legítimo, ressalta BOBBIO, transforma uma rela o de mera força em uma rela o jurídica. ROUSSEAU, no seu tempo, já havia percebido que para transformar a obediência em dever, o mais forte precisa transformar a sua força em direito. O mais forte, nas sociedades democráticas, constitui-se no governo das maiorias, exercido, portanto, legitimamente, em nome de todos.

3 BOBBIO, Norberto. *Teoria geral da política*. Rio de Janeiro: Editora Campus, trad. de Daniela Beccaccia Versiani, 2000, p. 232/252

4 Conf. Bobbio, o direito aqui exemplificado   entendido como o conjunto de normas, o sistema normativo, dentro do qual se desenvolve a vida de um grupo organizado (Ob.cit., p.232).

Assim entendido, o poder político legítimo é exercido mediante o consentimento da maioria, não podendo, por isso, extrapolar os limites fixados pelo estatuto político.

Com efeito, os governos despóticos não fazem leis, dão ordens, que são as leis ditatoriais, os atos políticos arbitrários, os quais estão enlaçados, com freqüência, à satisfação dos desejos e aspirações exorbitantes dos governantes. As leis democráticas, ao contrário, respeitam as tradições, a cultura e, conseqüentemente, a vontade de um povo para as quais elas se dirigem.

Mas BOBBIO⁵, retomando o tema, traça um paralelo entre o princípio fundamental do positivismo jurídico, centrado na máxima hobbesiana de que “não é a sabedoria, mas a autoridade que cria a lei”, e a máxima oposta, da doutrina do Estado de direito, segundo a qual “não é o rei que faz a lei, mas a lei que faz o rei” (*“auctoritas facit legem”* ou *“lex facit regem”*?). Diz, então, que aquele que governa com base em um poder que lhe foi atribuído por uma lei superior a si mesmo, tem a autoridade e não apenas o simples poder do mais forte. Em suma, *“quando se exige que o poder seja legítimo, espera-se que aquele que o detém tenha o direito de possuí-lo.”* Porém, em se tratando da legalidade do poder, *“exige-se que quem o detém o exerça não segundo o próprio capricho, mas em conformidade com as regras estabelecidas e dentro dos limites dessas regras.”* O filósofo de Turim, então, sublinha que *“o contrário do poder legítimo é o poder de fato, o contrário do poder legal é o poder arbitrário.”*

Ora, da Antiguidade clássica até chegar na doutrina do “constitucionalismo”, após passar pelo pensamento jurídico medieval e moderno, a idéia do primado do “governo das leis”, em contraposição ao “governo dos homens”, parece ter vencido o antigo dilema. É que

5 Ob. cit., p. 235

o poder dos governantes também é regulado por normas jurídicas, as normas constitucionais, a que todos devem respeito. Para BOBBIO, a noção de “Estado de direito” não deve ser entendida restritivamente como Estado no qual o poder político está subordinado ao direito, mas como “a própria destinação final de todo grupo político”, o qual, apoiado num sistema normativo, faz valer a força dessas normas mediante a coerção. Sob o ponto de vista estritamente positivista: “o direito é produto do poder contanto que se trate de um poder por sua vez derivado do direito.”

Norma jurídica e poder, assim, caminham juntos e podem ser considerados como anverso e reverso de uma mesma medalha. Ou seja: do ponto de vista do poder, antes existe o poder e depois o direito; para os que entendem o Estado como um conjunto de normas incidentes em um determinado território, antes existe o direito, e depois o poder. O imbricamento, aqui, é inevitável: o direito torna legítimo o poder, enquanto que o poder torna efetivo o direito. Registra-se, então, um permanente e complexo confronto entre direito e poder, isto é, entre “o poder que produz as normas do sistema que por sua vez regulam o poder”. Tal fato faz sobressair, a toda prova, o entrelaçamento indissociável dos dois conceitos, o que levou BOBBIO a afirmar que “o poder sem direito é cego, mas o direito sem poder é vazio”.

O primado do “governo das leis” resulta no moderno constitucionalismo, com a regulação do poder dos governantes e com a promulgação de constituições escritas. O governo deixa de ser “o senhor das leis” para ser o seu servidor⁶. A legitimidade do poder, então, consiste no exercício de um poder nos limites e na conformidade de leis positivas, distinguindo-o do direito natural;

6 Numa inversão das palavras de PLATÃO, repetidas como uma máxima política – PLATÃO, *Leggi*, 715d., *apud* BOBBIO, ob. cit., p. 250

a legalidade permite distinguir o poder legítimo do poder de fato. Legitimidade e legalidade, portanto, devem caminhar juntas, de forma indissociável, pois uma pertencendo à doutrina do poder e a outra à doutrina do direito, representam, ambas, a *summa potestas*, ou soberania. Assim, uma conclusão acerca da norma fundamental teorizada por KELSEN somente seria possível, para BOBBIO, com o entrelaçamento das doutrinas do positivismo jurídico (doutrina do direito) e do Estado de direito (doutrina do poder político). Isto porque a função de “fechar o sistema” da *norma fundamental* na teoria normativa do direito, é a mesma função que a *soberania* tem em uma teoria política. Enquanto a primeira (norma fundamental) significa o primado do direito sobre o poder, a segunda (soberania) representa o primado do poder sobre o direito, fato que bem caracteriza a simetria existente entre os dois temas. Donde se conclui que, no vértice do sistema normativo, “lei e poder convergem”⁷.

Adepto da corrente doutrinária que pugna pelo exercício político do liberalismo social – afastando, portanto, à esquerda, os regimes que afrontam as liberdades e, à direita, a “vaca sagrada” do mercado neoliberal, BOBBIO terá escrito uma fecunda e inigualável obra jurídico-política, reflexo direto de sua cintilante e profícua cátedra em diversas instituições italianas.

P.S. No mês de outubro de 2018, o CECCGP – Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública, por meio de seu Núcleo de Ciência Política, celebrou o 109º aniversário de nascimento de Norberto Bobbio (1909 – 2004) enaltecendo, assim, sua extraordinária contribuição para o pensamento político contemporâneo.

7 Ob. cit., p. 252



**RESPONSABILIDADE
INTERNACIONAL DO ESTADO
BRASILEIRO POR VIOLAÇÃO DE
DIREITOS HUMANOS POR ATO DE
PARTICULAR:**

**O CASO DOS MENINOS
EMASCULADOS DO MARANHÃO.**



Resumo

O presente estudo tem por escopo a análise do instituto da responsabilidade internacional, mais precisamente a responsabilidade internacional do Estado por ato de particular, onde há a violação a normas de direitos humanos, internacionalmente considerados, por conta da omissão do Estado relativa a uma persecução penal efetiva e da falha no seu dever de garantia. Para tanto traz à baila o caso julgado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, relativo à trágica história dos meninos emasculados do Maranhão. Ademais, demonstrará como se deu a solução amistosa proposta pela Comissão entre o Estado brasileiro, *sub judice*, e as peticionárias, destacando as obrigações assumidas pela União, decorrentes da responsabilização internacional.

Palavras-chave: Responsabilidade Internacional. Direitos Humanos. Ato de Particular. Dever de Garantia. Solução Amistosa do Conflito.



BRENDA LAIANNY BARROS BERNARDI - Advogada, Especialista em Ciências Jurídico-Políticas pela Faculdade do Baixo Parnaíba e aluna de Mestrado em Direito e Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense

1. INTRODUÇÃO

Na atual conjuntura do Estado Democrático de Direito, tem-se presente o dever de cooperação internacional entre os Estados, bem como à obediência aos tratados internacionais pactuados. Dentre estes tratados, encontram-se pactos que preveem e regulamentam os sistemas de proteção aos Direitos Humanos.

Com o objetivo de proteção e garantia dos Direitos da Pessoa Humana, foram criados, através de tratados internacionais, sistemas de proteção, tanto de caráter global, a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1958, bem como os sistemas regionais de proteção, a exemplo dos sistemas europeu, africano e interamericano.

Os sistemas regionais juntamente com o sistema global, compõem o aparato instrumental responsável pela proteção e garantia dos Direitos do Homem no contexto internacional. Somado a estes sistemas, há ainda o sistema nacional de proteção de cada um dos países signatários.

No Brasil, o sistema de proteção dos Direitos Humanos, encontra amparo no Art. 1º da Constituição Federal de 1988¹, que eleva a dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos

1 CRFB/88, Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a **dignidade da pessoa humana**;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

do Estado Democrático de Direito. De modo semelhante, a Constituição da República Portuguesa, prevê a dignidade da pessoa humana como uma das bases da República².

Os sujeitos de direito internacional, por sua vez, tem o dever, contido nas normas do direito consuetudinário, bem como em pactos e tratados de direito internacional, de respeito aos demais sujeitos de direito internacional. Caso não cumpra o compromisso e cause danos ou prejuízos a outrem deverá responder internacionalmente perante os órgãos de jurisdição supranacional por suas ações ou omissões danosas, na maioria das vezes decorrentes de um ato ilícito.

Como no caso trazido à baila, no qual o Estado Brasileiro falhou no seu dever de persecução penal eficaz perante um particular infrator de direitos humanos da criança e do adolescente. O caso dos meninos emasculados do Maranhão, no qual um mecânico vitimou inúmeras crianças e adolescentes, ao praticar contra eles violência e abuso sexual, ato contínuo a extração dos órgãos genitais, e por fim o homicídio.

Conforme passa a demonstrar o caso logrou uma solução amistosa entre as petionárias e o Estado brasileiro perante a Comissão de Interamericana de Direitos Humanos, culminando no reconhecimento da responsabilidade internacional do Brasil, o devido processo legal, o consequente julgamento e condenação dos responsáveis, e por fim medidas de reparação às famílias das vítimas, tais como indenização, e o compromisso assumido de atuar de modo a evitar a ocorrência de casos semelhantes.

2 CRP, Art. 1º (República Portuguesa) Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.

2. A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

2.1 ORIGEM E CONCEITUAÇÃO

O instituto da responsabilidade internacional está intimamente relacionado à noção de “pessoalidade internacional”³, isto é, está atrelado ao estudo dos sujeitos de direito internacional, segundo o qual incorre em responsabilidade internacional aquele sujeito que causar dano ou prejuízo a outro sujeito de direito internacional, por ocasião da prática de um ato ilícito internacionalmente considerado.⁴

O instituto da responsabilidade internacional serve para assegurar a efetividade das normas no plano internacional, assim como a responsabilidade civil no contexto interno dos Estados serve para regulamentar o descumprimento de normas preestabelecidas pelo ordenamento jurídico, levando o agente do ato ilícito a incorrer em responsabilidade.

Desta forma os Estados assumem um compromisso perante a comunidade internacional de garantir o cumprimento das obrigações pactuadas por intermédio de tratados internacionais, ou até mesmo obediência às normas do direito consuetudinário,

3 CASELLA, Paulo Borba [et. al.]. **Manual de direito internacional público**. 20. Ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 497.

4 Podem incorrer em responsabilidade internacional quaisquer sujeitos de direito internacional, por danos causados a qualquer sujeito de direito internacional ou à comunidade internacional globalmente considerada. MACHADO, Jónatas E. M. **Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-II de Setembro**. 4^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., 2013, p. 630.

ou seja, dos costumes no direito internacional que regulam as relações entre os Estados.⁵

De modo geral a responsabilidade internacional, segundo a jurisprudência internacional, caracteriza-se como um princípio geral do Direito das Gentes, que deve ser acatado pelos Estados, pois a efetividade do sistema jurídico internacional, bem como a eficácia dos órgãos jurisdicionais de supremacia internacional, dependem da obediência a normas de *jus cogens* por parte de todos os Estados soberanos e possuidores de iguais direitos.

Logo, a desobediência a tais preceitos e o desrespeito a outro sujeito de direito internacional acarreta responsabilização e a consequente obrigação de reparar o prejuízo ocasionado.⁶

Ademais, a doutrina e jurisprudência internacional tem admitido a ampliação do regime de proteção dos direitos humanos, refletido na figura da responsabilidade internacional, para proteger os cidadãos contra os arbítrios de um Estado estrangeiro e até mesmo do seu próprio Estado.

5 “Toda ordem jurídica pressupõe que os sujeitos de direito assumam a sua responsabilidade logo que os seus comportamentos produzam dano aos direitos e interesses dos outros sujeitos de direito. Por maioria de razão, o mesmo se passa na sociedade internacional na qual, em virtude da sua soberania, o Estado determina livremente as suas decisões, que se limitam pela liberdade igual dos outros Estados. A responsabilidade internacional dos Estados aparece como mecanismo regulador essencial e necessário das relações mútuas.” DINH, Nguyen Quoc. PELLET, Alain. DAILLIER, Patrick. **Direito internacional público**. Tradução de Vitor Marques Coelho. 4^a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 679.

6 “O estado é internacionalmente responsável por todo ato ou omissão que lhe seja imputável e do qual resulte a violação de uma norma jurídica internacional ou de suas obrigações internacionais.” CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20^a ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 498.

2.2 ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL: O ATO ILÍCITO, O NEXO CAUSAL E O DANO.

A responsabilidade internacional do ente de direito internacional pressupõe a prática de um ato ilícito internacionalmente considerado. Por ato ilícito entenda-se a ação ou omissão do sujeito de direito internacional, no caso o Estado, que viola norma de direito internacional.

Isto implica dizer que o Estado não pode invocar normas e disposições de seu direito interno como justificativa para o descumprimento de um acordo ou tratado internacional, conforme prescreve a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, de 1969⁷.

O nexo causal, por seu turno, traduz-se na necessidade da demonstração de que o ente é o responsável pelo ato ilícito, ou seja, para que ocorra a imputação da responsabilidade faz-se necessário a comprovação da existência de um nexo entre a conduta do agente e a violação da norma internacional.

Neste caso, como descrito por Paulo Henrique Gonçalves Portela⁸:

A imputabilidade pode ser direta, correspondendo a uma ação ou omissão do ente estatal, de seus órgãos ou de seus funcionários, ou indireta, quando o ato foi cometido por pessoa natural ou jurídica protegida pelo Estado ou a este vinculado, como um Estado de uma federação.

7 DECRETO Nº 7.030 de 14 de dezembro de 2009 “D.O.U. 15-12-2009” Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%207.030-2009?OpenDocument> . Acesso em: 30 jan. 2018.

8 PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo Noções de Direitos Humanos e Direito Comunitário**. 9ª ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017, p. 388.

Juntamente com a responsabilização do Estado vem a obrigação de reparar o dano, decorrente de violação de norma do Direito Internacional. O dano traduz-se no “prejuízo, decorrente de um ato ilícito, causado a outro Estado, a organização internacional ou a pessoa protegida pelo ente estatal ou organismo internacional.”⁹

O dano ou prejuízo não necessita ser necessariamente patrimonial, podendo atingir também o patrimônio moral do indivíduo, a honra, a imagem, a dignidade da pessoa humana, podendo caracterizar ofensa também ao patrimônio imaterial e material de um Estado, Organização Internacional ou outro sujeito de direito internacional.

De certo, a relação entre os direitos humanos e a responsabilidade internacional é clara, uma vez que, segundo André de Carvalho Ramos¹⁰:

O estudo da proteção internacional aos direitos humanos está intimamente relacionado ao estudo da responsabilidade internacional do Estado, pois tal responsabilização é essencial para reafirmar a juridicidade das normas internacionais de direitos humanos. Com efeito, a negação dessa responsabilidade acarreta a negação do caráter jurídico da norma internacional.

Em suma, a violação de normas Direitos Humanos por parte de um Estado, que acarrete em um resultado lesivo a um sujeito de direito internacional, gera a responsabilidade internacional daquele Estado e o conseqüente dever de reparar o prejuízo.

9 Op. cit, p. 388.

10 RAMOS, André de Carvalho. *A responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos*. 2005, p. 55. Disponível em: < <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/663/843> > . Acesso em: 30 jan. 2018.

2.3 A RESPONSABILIDADE POR CONDUTAS COMISSIVAS OU OMISSIVAS DO ESTADO.

A ocorrência da responsabilidade internacional pode ser verificada por ação ou omissão de qualquer dos Poderes do Estado: Administrativo/ Executivo, Legislativo ou Judiciário.¹¹

A responsabilidade internacional do Estado pode ocorrer de forma direta ou de forma indireta. A responsabilidade direta emana de atos ou omissões dos órgãos estatais e de seus agentes, já a responsabilidade indireta, por sua vez, resulta de atos praticados por particulares, a respeito dos quais o Estado deixou de cumprir seu dever de prevenção do resultado danoso, punição dos culpados e proteção aos Direitos Humanos.

2.3.1 LEGISLATIVO

A responsabilidade Internacional do Estado pela conduta do Poder Legislativo refere-se primordialmente ao chamado “controle de convencionalidade de leis e da Constituição”¹², segundo o qual o Estado é responsável pelos atos emanados do legislador pátrio, ainda que não tenha havido aplicação concreta da norma. Isto ocorre porque a análise da convencionalidade dessas normas é realizada em abstrato. Portanto a mera possibilidade de ofensa ao bem jurídico tutelado pelas normas internacionais de direitos humanos já gera ao Estado a responsabilidade.

11 “o estado é internacionalmente responsável por todo ato ou omissão que lhe seja imputável e do qual resulte a violação de uma norma jurídica internacional ou de suas obrigações internacionais”. CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 498.

12 RAMOS, André de Carvalho. **A responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos**. 2005, p. 56. Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/663/843>> . Acesso em: 29 jan. 2018.

Este dito controle de convencionalidade também pode ser aplicável quando da análise de norma constitucional, por uma Corte Internacional de direitos humanos, isto porque “as instâncias internacionais apreendem as leis internas, inclusive as normas constitucionais como meros fatos, analisando se houve ou não violação das obrigações internacionais assumidas pelo Estado”¹³.

Ademais os atos do Poder Legislativo que podem acarretar a responsabilidade internacional do Estado podem ser comissivos ou omissivos. Seja na aprovação de leis contrárias aos tratados, ou mesmo na inatividade de produção normativa de cunho obrigatório assumido em sede de tratado internacional.

2.3.2 JUDICIÁRIO

A responsabilidade internacional por ato do Poder Judiciário do Estado relaciona-se essencialmente a duas hipóteses: “quando a decisão judicial é tardia ou inexistente (no caso da ausência de remédio judicial) ou quando a decisão judicial é tida, no seu mérito, como violadora de direito protegido.”¹⁴

A decisão restará caracterizada como tardia quando, por razões de morosidade da justiça, a prestação jurisdicional poderá ser considerada inútil ou mesmo ineficaz. A decisão inexistente, por seu turno, configura-se quando não existem tribunais qualificados para atender a demanda.

13 Op. cit, p. 56.

14 RAMOS, André de Carvalho. **A responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos**. 2005, p. 56.

Disponível em: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/663/843>>. Acesso em: 30 jan. 2018

No caso da decisão violadora de direito internacionalmente protegido, tem-se uma decisão judicial que, no mérito, afronta princípios relativos a direitos humanos, caracterizando-se, portanto, como uma decisão injusta, em desacordo com os essa espécie de direitos.

Por fim, ressalta-se a questão da impunidade, quando o Estado-juiz, representado pelos órgãos jurisdicionais deixa de proceder à persecução penal, ou seja, à investigação, condenação e prisão dos particulares responsáveis por atos que violam direitos humanos internacionalmente protegidos.

2.3.3 EXECUTIVO

A responsabilização internacional por conduta lesiva a direitos humanos, por parte do Poder Executivo do Estado, por seu turno, pode ocorrer de duas formas. A primeira delas é a Responsabilidade Direta, qual seja, a oriunda de atos comissivos ou omissivos praticados por agentes públicos.

Já a Responsabilidade Indireta, é referente a atos praticados por particulares, a respeito dos quais o estado falhou no seu dever de garantia de direitos humanos e de prevenção a atos lesivos de particulares.

Esta responsabilidade indireta configura exceção à regra geral da responsabilidade direta, haja vista os particulares serem responsáveis por suas próprias ações violadoras de direitos humanos, no entanto, “o Estado pode ter responsabilidade pelos factos dos particulares sob a sua jurisdição quando não tenha tomado as precauções suficientes para prevenir um incidente ou para proteger as vítimas.”¹⁵.

15 DINH, Nguyen Quoc. PELLET, Alain. DAILLIER, Patrick. **Direito internacional**

Nesta hipótese, o Estado deixa de prevenir a violação de Direitos Humanos na atuação de particulares, assim, o Estado é condenado não somente por ofensa aos direitos humanos da vítima, mas por ter ofendido a sociedade internacional como um todo, haja vista ter se comprometido, mediante assinatura de pactos, a defender, salvaguardar e garantir os direitos da pessoa humana. Ressalta-se que em ambos os casos a responsabilidade internacional do Estado é objetiva, ou seja, independe da aferição da motivação ou intenção.

Deste modo, não há necessidade de aferição da motivação do agente causador do dano, bastando tão somente a comprovação da ocorrência do ato ilícito, do nexos causal e do prejuízo, para que o Estado sofra a responsabilização.

2.4 EFEITOS DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

A responsabilidade internacional gera muitos efeitos para os Estados que aderem aos tratados internacionais. São muitas obrigações adquiridas para a permanência dos Estados em organismos que são de extremo interesse para estes.

A obrigação de reparar o dano ocasionado é de importância fundamental para o instituto da responsabilidade internacional, já que a reparação tem caráter automático e está implícita nas normas jurídicas de direito internacional consuetudinárias como obrigação resultante do ato danoso. É considerada a maior consequência por um descumprimento de alguma obrigação internacional, pois o dano deve ser reparado integralmente.

Outro efeito recorrente à responsabilidade internacional consiste na reposição das coisas no seu estado anterior ou *restitutio in integrum*, que constitui modalidade do princípio da reparação. É, de certo modo, uma reparação privilegiada, pois se busca a total integração do dano causado, na tentativa de conduzir a vítima ao *status quo*, como se nunca tivesse existido dano.

Há também a reparação por equivalência, quando não é possível a *restitutio in integrum*, o pagamento de indenização tenta sanar o dano causado. Na prática, este é o modo de reparação mais recorrente.

A satisfação é utilizada quando a indenização é inadequada para reparar prejuízo moral, é, portanto, modalidade de reparação puramente moral, pois esta é realizada através de arrependimento expresso do Estado. Este efeito é importante para a reintegração da honra, moral e prestígio do Estado vítima de dano.

A reparação também pode tornar-se sanção, em alguns casos, o efeito ganha caráter penal, para que haja repressão a delitos internacionais. A sanção é imposta quando “a gravidade das ofensas que atingirão a soberania do Estado é tal que é preciso encontrar uma adequação da sanção à ilicitude cometida.”¹⁶

Em casos de delito internacional, a punição se dá através de suspensão ou anulação de relações convencionais para além das humanitárias do Estado vítima e Estados terceiros na relação de descumprimento da obrigação internacional, não estando excluídos o dever de indenizar e o *restitutio in integrum*.

16 DINH, Nguyen Quoc. PELLET, Alain. DAILLIER, Patrick. **Direito internacional público**. Tradução de Vitor Marques Coelho. 4ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 717.

2.5 CIRCUNSTÂNCIAS QUE EXCLUEM O ATENUAM A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

Mesmo que seja verificada a presença de todos os elementos caracterizadores da responsabilidade internacional, a saber, o ato ilícito internacional, a imputabilidade e o prejuízo ou dano a outro sujeito de direito internacional, a responsabilidade poderá vir a ser excluída ou atenuada, a depender da ocorrência de algumas situações.

A primeira delas é a legítima defesa, utilizada em caso de ataque armado real ou em iminência. A reação com uso de força e armamento que visa a proteção do país garantem a soberania e a integridade necessárias a um Estado. Em regra, esta atitude é proibida pela Carta das Nações das Nações Unidas, entretanto é permitido excepcionalmente, o emprego de força nesta situação.

Outras circunstâncias que atenuam ou excluem a responsabilidade internacional são a Represália consistente em retaliação a ato ilícito de Estado diverso, a Prescrição, que consiste na perda do direito de reclamar a reparação, o Estado de Necessidade, onde na ocorrência de lesão a bem jurídico de outro ente estatal para resguardar bem jurídico próprio.

Há também os casos de caso fortuito, força maior e o perigo extremo, que consistem nos casos em que pessoas que estão sob a guarda e proteção do Estado se encontram em perigo iminente, nestes casos ocorrerá exclusão da responsabilidade internacional.

Outra hipótese que pode excluir ou atenuar a responsabilidade do Estado que violou a norma internacional, se verifica quando o sujeito internacional vítima do ato ilícito concorre para a ocorrência do mesmo¹⁷.

17 Op. cit, p. 396.

Em último caso, temos as medidas cabíveis que o Estado toma para evitar um dano, desta forma, a responsabilidade internacional pode ser excluída ou atenuada. Um exemplo desta excludente/atenuante é “quando um ente estatal alerta a estrangeiros que não reúne condições de manter a ordem e sugere que se retirem do respectivo território”¹⁸.

3. O CASO DOS MENINOS EMASCULADOS DO MARANHÃO.

A proteção aos direitos humanos concretiza-se em maior notoriedade quando os órgãos jurisdicionais internacionais aplicam sanções aos Estados que se sujeitam ao seu controle e supervisão. Isso ocorre quando o Estado falha na atuação e garantia dos direitos humanos, sendo internacionalmente responsabilizado pelas condutas ilícitas, leia-se ação ou omissão, praticadas em desfavor de outros sujeitos de direito internacional, inclusive os seus próprios cidadãos.¹⁹

O Estado Brasileiro já foi representado perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos por diversas vezes, em situações onde demonstrou negligência ou morosidade quando das investigações, imputações, condenações e aplicação das punições nos casos de particulares, violadores de direitos humanos. Como no caso dos meninos emasculados do Maranhão e Altamira.

Ao longo dos anos, o descaso na investigação dos homicídios de crianças e adolescentes no estado do Maranhão e Altamira – PA, fez com que órgãos não governamentais de proteção da criança e

18 Op. cit, p. 397.

19 PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14ª ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 395.

do adolescente oferecessem denúncia em desfavor da República Federativa do Brasil, perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos.

Neste caso, Francisco das Chagas Rodrigues de Brito, o “Maníaco do Maranhão”, foi condenado com a idade de quarenta e cinco anos no julgamento encerrado no dia 27 de agosto de 2009 a trinta e seis anos e seis meses de prisão. Acusado de homicídio, ocultação de cadáver e vilipêndio de duas crianças na cidade de São José do Ribamar, localizada na Ilha de São Luís, Estado do Maranhão.

Em meados do ano 2000, duas crianças da idade de dez e onze anos foram mortas, porém em 2006, Francisco já teria sido condenado a mais de 20 anos de prisão pelo homicídio de um adolescente de quinze anos, entretanto teve sua pena reduzida por ser diagnosticado como semi-imputável, por possuir o transtorno de personalidade antissocial. Nos dois julgamentos, ele teve sua pena reduzida em um terço por conta do mesmo motivo.

É atribuído a Francisco das Chagas mais de quarenta assassinatos de crianças e adolescentes do sexo masculino, entre os anos de 1989 e 2003, dessa forma, é possível considerá-lo um dos piores “*serial killers*” brasileiro. No Estado do Maranhão teriam sido trinta vítimas na cidade de São José de Ribamar e Paço do Lumiar, ambas localizadas na Ilha de São Luís, e doze na cidade de Altamira, Estado do Pará.

Esse caso ficou conhecido em rede nacional como “O caso dos meninos emasculados do Maranhão e Altamira - PA”, já que o maníaco mutilava os órgãos sexuais das vítimas, caracterizando seu *modus operandi*. Além disso, outras barbaridades eram cometidas

 s vítimas, dentre elas, asfixia, estupro, e depois que os matava, retirava a cabeça ou os dedos, em alguns casos chegou a queimar os corpos dos garotos.

Na data de 15 de dezembro de 2005, o Brasil e as ONG's *Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente Padre Marcos Passerini* e o *Centro de Justiça Global* assinaram um acordo amistoso, onde o Estado Brasileiro reconheceu sua responsabilidade internacional e firmou compromissos quanto ao julgamento e puni o ao responsável pelos crimes de estupro, homicídios e emascula es das crianças e adolescentes no Estado do Maranhão e cidade de Altamira-PA.

Dentre as medidas adotadas para repara o da negligência a qual o Estado foi condenado, houve o pagamento de indeniza o aos familiares das vítimas, medidas de preven o ao emprego de violência sexual contra crianças e adolescentes, homenagens póstumas aos meninos assassinados, inclusão dos familiares em programas sociais, entre outras medidas.

4. SOLUÇO AMISTOSA ALCANÇADA

O caso supratranscrito foi julgado pela Comissão Internacional de Direitos Humanos (CIDH), a qual propôs uma soluço amigável do conflito entre as parte. De um lado os representantes dos peticionários, do outro, representantes do Governo Federal brasileiro e do Governo do Estado do Maranhão. Finalmente em 15 de dezembro de 2005, após mais de um ano de negocia es, na cidade de São Luis, Estado do Maranhão, foi assinado, em ato público, o acordo entre as partes.²⁰

20 CIDH. Relatório 43/06. Casos 12.426 e 12.427. Solu o Amistosa. Meninos Emasculados do Maranhão. 15 de marco de 2006. Disponível em: <<https://>

O acordo contemplava o reconhecimento da responsabilidade internacional, o julgamento e punição dos responsáveis, medidas de reparação, tais como reparações simbólicas e materiais, medidas de não repetição e mecanismos de seguimento.

O caso ora tratado encaixa-se à hipótese de responsabilidade internacional indireta do Estado por ato de particular, pois o Estado brasileiro falhou no seu compromisso de prevenir a prática lesiva a direitos humanos a que se refere o caso, bem como demonstrou morosidade nas investigações, para apurar os fatos e identificar os culpados, fato que gerou a ocorrência de casos semelhantes, pois a inércia do judiciário deu azo à continuidade das práticas delitivas violadoras de direitos humanos, possibilitando ao agressor vitimar inúmeras crianças.

A responsabilidade internacional, com relação aos casos n^o 12.426 e n^o 12.427, foi reconhecida pelo Estado brasileiro no ano de 2006.²¹

Em decorrência da obrigação de reparar o dano, o Brasil, por intermédio da solução amistosa proposta pela Comissão Internacional de Direitos Humanos, procedeu ao cumprimento do pactuado.

A primeira atitude que o Brasil teve de tomar foi o reconhecimento voluntário de sua responsabilidade internacional pelo ato do particular causador de violação de direitos humanos e a sua omissão na persecução penal eficaz quanto ao caso dos meninos emasculados do Maranhão.²²

www.cidh.oas.org/casos.port.htm > . Acesso em: 30 jan. 2018

21 CIDH. Relatório 43/06. Casos 12.426 e 12.427. Solução Amistosa. Meninos Emasculados do Maranhão. 15 de março de 2006. p. 3. Disponível em: <<https://www.cidh.oas.org/casos.port.htm>> . Acesso em: 30 jan. 2018

22 CIDH. Relatório 43/06. Casos 12.426 e 12.427. Solução Amistosa. Meninos Emasculados do Maranhão. 15 de março de 2006. p. 3. Disponível na Internet: <<https://www.cidh.oas.org/casos.port.htm>> . Acesso em: 30 jan. 2018.

A segunda ação a qual o Estado brasileiro comprometeu-se foi a de julgar e punir os responsáveis pelas práticas criminosas descritas no caso. Comprometendo-se, portanto, a apurar a responsabilidade do réu, obedecendo ao devido processo legal, bem como respeitando os direitos humanos. Ademais, comprometeu-se a prosseguir eventuais investigações que tenham por objetivo apurar a responsabilidade de terceiros quanto ao mesmo caso.²³

Além dessas medidas, a República brasileira assumiu a obrigação de acatar medidas de reparação, simbólica e materiais.²⁴

Por fim, o Estado brasileiro e as peticionárias comprometeram-se a enviar relatórios anuais a respeito do cumprimento dos termos acordados na solução amistosa à Comissão Internacional de Direitos Humanos, com a finalidade de demonstrar a obediência efetiva ao acordo.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme fora demonstrado a responsabilidade internacional do Estado é tema recorrente, não caracterizando um fenômeno da atualidade, pois desde os primórdios do Direito Internacional, os Estados que descumpriam normas de direito consuetudinário sofriam responsabilização por seus atos prejudiciais a outros Estados.

Desta forma, com o aprimoramento das relações internacionais e a criação de mecanismos de controle jurisdicionais de aferição do cumprimento dos acordos e tratados, de caráter supranacional, a responsabilidade passou a ser ainda mais incisiva.

23 op. cit. p. 3.

24 op. cit. p. 3.

Haja vista o Estado não poder se eximir de cumprir com as obrigações internacionalmente assumidas, a responsabilidade do Estado por violação a direitos humanos sobrepassa aos atos dos seus próprios agentes, sendo excepcionalmente responsável por atos de particulares que violem direitos internacionalmente considerados, uma vez que tenha falhado no seu dever de garantia.

Neste cenário, os organismos internacionais ligados aos sistemas regional e global de proteção de direitos humanos têm tido um papel de destaque na proteção da dignidade da pessoa humana. Fato que leva o Estado a preocupar-se mais com a manutenção de uma ordem social justa, onde prevaleça a salvaguarda de direitos fundamentais e haja prevenção e repressão efetiva a todo e qualquer ato de particular que ofenda bem jurídico alheio.

De fato ainda há um longo caminho a ser trilhado para se chegar ao objetivo da garantia eficaz dos direitos humanos, mas o instituto da responsabilidade internacional fornece importante impulso para o alcance deste fim.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988. Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> . Acesso em: 20 jan. 2018.
- CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN: 85-02-01700-4. Disponível na Internet: <<http://www.fkb.br/biblioteca/Arquivos/Direito/Manual%20de%20Direito%20Internacional%20-%20Hildebrando%20Accioly%20et%20all.pdf>> . Acesso em: 28 jan. 2018.

- CIDH - Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Relatório 43/06. Casos 12.426 e 12.427. Solu o Amistosa. Meninos Emasculados do Maranhão. 15 de marco de 2006. Disponível na Internet: <<https://www.cidh.oas.org/casos.port.htm>>. Acesso em: 30 jan. 2018.
- DECRETO N  19.841, DE 22 DE OUTUBRO DE 1945. Promulga a Carta das Na es Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organiza o Internacional das Na es Unidas. Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm>. Acesso em: 28 jan. 2018.
- DECRETO N  7.030, DE 14 DE DEZEMBRO DE 2009. Promulga a Conven o de Viena sobre o Direito dos Tratados, concluída em 23 de maio de 1969. Disponível na Internet: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d7030.htm>. Acesso em: 25 jan. 2018.
- DINH, Nguyen Quoc. PELLET, Alain. DAILLIER, Patrick. **Direito internacional público**. Tradu o de Vitor Marques Coelho. 4  ed. Lisboa: Funda o Calouste Gulbenkian, 1999. ISBN: 972-31-0855-0.
- MACHADO, J natas E. M. **Direito internacional: do paradigma clássico ao p s-11 de Setembro**. 4  ed. Coimbra: Coimbra Editora, S.A., 2013. ISBN: 978-972-32-2181-7.
- PIOVESAN, Flavia. **Direitos Humanos e o direito constitucional internacional**. 14  ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. ISBN: 978-85-02-20848-3.
- PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado: Incluindo No es de Direitos Humanos e Direito Comunitário**. 9  ed. rev., atual. e ampl. Salvador: JusPODIVM, 2017. ISBN: 978-85-442-1079-6.
- PORTUGAL. **Constitui o da República Portuguesa**. Coimbra: Almedina, 2015. ISBN: 978-989-98662-4-9.

- RAMOS, André de Carvalho. **Responsabilidade internacional por violação de direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.
- _____. A responsabilidade internacional do Estado por violação de direitos humanos. 2005. p. 55. Disponível na Internet: <<http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/view/663/843>> . Acesso em: 28 jan. 2018



O INSTITUTO DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NOS ORDENAMENTOS JURÍDICOS BRASILEIRO E PORTUGUÊS



Resumo : A alienação fiduciária pode ser definida como a transferência de uma propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem móvel ou imóvel como garantia de um débito, feita pelo devedor ao credor. No ordenamento jurídico brasileiro este instituto atingiu uma importância tão notória, que praticamente extinguiu a hipoteca, com a edição da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro. Por sua vez, no direito português, a alienação fiduciária ainda tem uma literatura desconhecida, não possuindo a amplitude contida no Brasil. A Alienação Fiduciária apresenta-se como uma resposta rápida e eficaz ao Credor, de forma a proporcionar segurança jurídicas às relações. Portanto, a alienação fiduciária, confere poder de compra a praticamente todos os seguimentos sociais existentes no Brasil, e da mesma pode trazer grandes contribuições à realidade portuguesa, facilitando o adimplemento de créditos na relação credor/devedor.

Palavras-chaves: Direitos Reais. Alienação Fiduciária. Direito Comparado. Brasil. Portugal



NÁDIA MARIA FRANÇA QUINZEIRO - Graduada em Direito pela Universidade Federal do Maranhão - UFMA em 2009; Advogada e Servidora Pública Federal do Instituto Nacional de Seguridade Social - INSS e Presidente do Instituto de Previdência de São José de Ribamar, Maranhão - IPSJR. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense.



VIRGÍNIA MARIA ROSA PRASERES DE MIRANDA - Graduada em Direito pela Faculdade Santa Terezinha - CEST em 2012; Advogada; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Faculdade de Direito Professor Damásio de Jesus em 2015. Mestranda em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense.

Abstract : Fiduciary alienation can be defined as the transfer of a resolvable property and the indirect possession of a movable or immovable property as guarantee of a debt made by the debtor to the creditor. In the Brazilian legal system this institute reached such a prominent importance that it practically extinguished the mortgage, with the issuance of Precedent 308 of the Brazilian Superior Court of Justice. On the other hand, in Portuguese law, the fiduciary alienation still has an unknown literature, not having the amplitude contained in Brazil. The Fiduciary Alienation presents itself as a quick and effective response to the Lender, in order to provide juridical security to the relationships. Therefore, the fiduciary alienation confers purchasing power to practically all social segments existing in Brazil, and it can bring great contributions to the Portuguese reality, facilitating the payment of credits in the creditor / debtor relation.

Keywords: Real Rights. Fiduciary Alienation. Right Comparado. Brasil. Portugal

I. INTRODUÇÃO

O homem, por tratar-se de um ser essencialmente social, desde os primórdios da humanidade teve que buscar meios que possibilitassem o seu convívio em comunidade. Dentre estes, pode-se destacar os contratos, que podem ser definidos como um acordo de vontades criador de direitos e obrigações.

Neste sentido, tem-se a definição de Ulpiano e Clóvis Beviláqua¹. Para o primeiro, o contrato é “*est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*”, que significa: “o mútuo

1 ULPIANO; BEVILÁQUA apud MIRANDA, Maria Bernadete. Teoria Geral dos Contratos. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>. Acesso em 17 de janeiro de 2018.

consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto”. Para o segundo, o contrato pode ser definido como “o acordo de vontade de duas ou mais pessoas com a finalidade de adquirir, resguardar, modificar ou extinguir direito”.

Neste trabalho, ater-se-á especificamente a um tipo de contrato baseado na fidúcia, qual seja, o contrato de alienação fiduciária, cuja origem remonta ao direito romano.

A alienação fiduciária pode ser definida como a transferência de uma propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem móvel ou imóvel como garantia de um débito, feita pelo devedor ao credor. Dessa forma consiste em um negócio jurídico que serve de título para a criação de um direito real de garantia, qual seja, a propriedade fiduciária.

Faz-se relevante o estudo deste instituto porque o sistema de garantias reais sobre coisas alheias de origem romana (hipoteca, penhor e anticrese) passaram a ser insuficientes para suportar as demandas atuais da sociedade.

É exatamente nesse contexto de responder às exigências da atualidade que surge a alienação fiduciária em garantia no Brasil, objetivando ser uma resposta célere e eficaz à garantia de crédito do credor, trazendo uma maior segurança jurídica ao sistema financeiro.

No ordenamento jurídico brasileiro este instituto atingiu uma importância tão notória, que praticamente extinguiu a hipoteca, com a edição da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro.

Por sua vez, no direito português, a alienação fiduciária ainda tem uma literatura desconhecida, não possuindo a amplitude contida no Brasil.

Assim, como objeto tema deste artigo ter-se-á o estudo da alienação fiduciária nos ordenamentos jurídicos brasileiro e português. Nessa linha, para que a matéria escolhida seja devidamente compreendida faz-se, primeiramente, um breve estudo acerca da evolução histórica desta matéria. Posteriormente, busca-se entender o seu conceito e sua natureza jurídica, detalhando, ainda, os requisitos necessários para a sua realização como negócio jurídico.

Após o entendimento deste assunto, analisa-se brevemente a Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro e, por fim, discorre-se sobre sua incidência no direito luso, fazendo um breve comparativo com a sua aplicação no Brasil.

Em relação ao material levantado para a elaboração o presente trabalho, optou-se pela escolha de várias fontes de consulta, destacando-se os exames da legislação pertinente, da doutrina de direito civil e de títulos de crédito, bem como das matérias jornalísticas e da jurisprudência.

II. NOÇÕES PRELIMINARES E EVOLUÇÃO HISTÓRICA

Para a compreensão do instituto da propriedade fiduciária de bens imóveis em contratos, sua natureza jurídica e implicações, faz-se necessário um estudo preliminar quanto a sua evolução histórica.

Entende-se por fidúcia o gesto confiante, nessa perspectiva, ao abordar a temática da propriedade fiduciária em contratos, infere-se necessariamente tratar-se de um negócio jurídico fundado em relação de confiança entre as partes.

Institutos relativos a contratos são oriundos do Direito Civil. Desta forma, busca-se a primeira noção histórica com nascedouro

no Direito Romano, quando se percebe a mudança no conceito da obrigação, a qual perpassa a pessoa do devedor, para ir a busca dos bens do devedor com o fito no saneamento de obrigações assumidas.

Extrai-se do direito romano que a *fidúcia* possuía duas vertentes, a *fidúcia cum amico* e a *fidúcia cum creditore*. A *fidúcia cum amico* não se tratava de em uma garantia real propriamente dita, mas sim de um contrato de confiança, no qual o fiduciante alienava seus bens a um conhecido em uma relação de confiança, durante determinado período em decorrência de alguma circunstância externa, tal como o risco de falecimento em guerra, viagem, fato político etc.

Quanto à *fidúcia com creditore*, entendida então como uma garantia real e a mais antiga, trata-se do instituto por meio do qual a propriedade era dada em garantia, neste ponto já possuía caráter assecuratório, uma vez que o fiduciante vendia seus bens sob a garantia de reavê-los em caso de não pagamento. Assim, passava o fiduciante a ter garantia de propriedade.

Nessa esteira, pelo Direito Romano a transferência do bem era realizada de forma incondicionada, no entanto, a posse poderia ser mitigada.

O Instituto da *fidúcia* também esteve marcadamente presente do direito Germânico e no Inglês.

No direito alemão, a *fidúcia* tratava-se de um penhor da propriedade (*Treuhand*), aqui o devedor (fiduciário) transferia a propriedade ao credor, tomando-a de volta assim a dívida fosse liquidada.

Percebe-se que enquanto no Direito Romano, o direito do fiduciário era mitigado, que somente transferia a posse quando

do adimplemento da obrigação do devedor, no Direito Alemão, o bem dado em garantia, sob condição resolutiva, permanecia com o fiduciário até cumprida a obrigação do fiduciante, quando então retornava a propriedade para si.

No Direito Inglês o instituto da *Fidúcia* sofre um desdobramento em relação aos moldes dados pelo Direito Romano, ganha a denominação de *Trust*².

O instituto na Inglaterra permitia que o devedor vendesse mercadorias não pagas, mas entregues em confiança, para quando da conclusão das vendas o credor viesse a ser pago. Como fundamento básico, o *trust* na Inglaterra permitia a dupla propriedade sobre um determinado bem, o que quanto ao Direito Comparado, de países com origem no Direito Romano, como no caso do Brasil, não se encaixa com facilidade em decorrência do princípio norteador de unicidade de domínio.

Assim, percebe-se que quanto a alienação fiduciária, a evolução histórica perpassou o direito romano, alemão e o inglês, o instituto da fidúcia fora incorporado por diferentes legislações, em distintas formas de aplicação, todavia tendo como característica comum um contrato bilateral, celebrado de boa fé, fundado na confiança, no qual o credor recebe um bem como garantia por parte do devedor.

2 *Trust* é o negócio jurídico pelo qual o trustee, compromete-se a administrar bens sobre os quais tem controle, que são chamados bens dado em trust, seja em benefício de seu proprietário, denominado settlor, de si mesmo ou outras pessoas, chamadas beneficiárias ou cestuis que trust, estando qualquer delas investida de legitimidade para exigir o implemento da obrigação ou para uma finalidade caritativa, que poderia ser fiscalizada pelo ministério público. (ARAÚJO, Caroline. Desenvolvimento Histórico de Alienação Fiduciária. Disponível em: <https://carolineanj.jusbrasil.com.br/artigos/391732961/desenvolvimento-historico-da-alienacao-fiduciaria>. Acesso em 25 de outubro de 2017).

III. CONCEITO DE ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA E NATUREZA JURÍDICA

O instituto da alienação fiduciária consiste na transferência da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem infungível ou de um bem imóvel que o devedor com escopo de garantia faz ao credor.

Trata-se de um direito real de garantia sobre coisa própria sendo disciplinado no Código Civil de 2002 Brasileiro (arts. 1.361 a 1.368-B), no Decreto-lei 911/1969 (que versa sobre a alienação fiduciária em garantia sobre bens móveis) e na Lei 9.514/1997 (que trata do instituto referente aos bens imóveis).

Segundo o art. 22 da Lei 9.514/1997, a alienação fiduciária em garantia é “o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel”.

Em sentido semelhante, dispõe o Decreto-lei 911/1969 que alterou o art. 66 da Lei 4.728/1965, que conforme já exposto, foi a primeira lei no Brasil a versar sobre tal instituto e, em seu art. 1º aduziu que “a alienação fiduciária em garantia transfere ao credor o domínio resolúvel e a posse indireta da coisa móvel alienada, independentemente da tradição efetiva do bem, tornando-se o alienante ou devedor em possuidor direto e depositário com todas as responsabilidades e encargos que lhe incumbem de acordo com a lei civil e penal”.

Ratificando esses conceitos, o art. 1.361 do Código Civil de 2002 estabeleceu que “considera-se fiduciária a propriedade resolúvel de coisa móvel infungível que o devedor, com escopo de garantia, transfere ao credor”.

Logo, é correto afirmar que o conteúdo da alienação em questão é a propriedade fiduciária, havendo uma propriedade resolúvel a favor do credor fiduciário, de um bem que o devedor fiduciante, transmitiu ao credor como garantia.

O novel doutrinador Pontes de Miranda a respeito desse instituto afirmou que “sempre que a transmissão de um bem tem um fim que não é a transmissão mesma, de modo que ela serve a negócio jurídico que não é o da alienação a quem se transmite, diz-se que há fidúcia ou negócio jurídico”³.

Assim, resta evidente que a fidúcia segundo Pontes de Miranda encerra duas ordens, além do fator confiança, quais sejam: relação de direito real (transferência da propriedade ao fiduciário) e relação de direito obrigacional (dever de restituição da coisa).

Maria Helena Diniz, no mesmo sentido, porém de forma mais simples e adotando um conceito legalista, entende este instituto como uma “transferência, feita pelo devedor ao credor, da propriedade resolúvel e da posse indireta de um bem como garantia do seu débito, resolvendo-se direito do adquirente com o adimplemento da obrigação”⁴.

Elucidando melhor o assunto, o ilustre doutrinador Flávio Tartuce⁵, esclarece em sua obra que o “devedor fiduciante aliena o bem adquirido a um terceiro, o credor fiduciário, que paga o

3 MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tema I: Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 123

4 DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 356.

5 TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Volume Único. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 835.

preço ao alienante originário da coisa. O credor fiduciário é o proprietário da coisa, tendo, ainda, um direito real de garantia sobre o bem que lhe é próprio. Com o pagamento de todos os valores devidos, o fiduciante adquire a propriedade, o que traz a conclusão pela qual a propriedade do credor é resolúvel”.

Nota-se, pois, que a posse direta do bem móvel ou imóvel é mantida com o devedor fiduciante.

Portanto, pode-se afirmar que a alienação fiduciária é um instituto jurídico de natureza acessória, de garantia, típico, formal, bilateral (sinalagmático) e comutativo. É acessório e de garantia porque é um contrato dependente da ação principal, visando tão somente assegurar a garantia principal. Típico, uma vez que suas normas e regras estão disciplinadas em lei específica. Formal, em decorrência da exigência de formalidades (deve ser escrito, bem como é necessário o seu registro público para que possa gerar efeitos perante terceiros) e, comutativo, pois as prestações de cada uma das partes são conhecidas de antemão e guardam equivalência de valores entre si.

IV. REQUISITOS DA ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA EM GARANTIA DE BENS IMÓVEIS

A Lei 9.514/1997 estabelece requisitos para o contrato de alienação fiduciária em garantia de bens imóveis. São eles: requisitos subjetivos, requisitos objetivos e requisitos formais.

4.1 Requisitos Subjetivos

A subjetividade do contrato de alienação fiduciária de bens imóveis está ligada aos sujeitos que participam do mesmo, bem como às suas capacidades e legitimidade para participar do ato.

São sujeitos da alienação fiduciária o fiduciário e o fiduciante. Fiduciário é o credor, é aquele que adquire a propriedade fiduciária do bem e fiduciante consiste no devedor, ou seja, aquele que alienou o seu bem em garantia com o escopo de adimplir uma obrigação principal.

Nesse tipo de alienação, a Lei 9.514/1997 é bem ampla e não faz restrição. O art. 22, §1^o da referida lei é claro ao dispor que a alienação fiduciária pode ser contratada tanto por pessoa física, quanto por pessoa jurídica, independente de ter ou não participação no SFI (Sistema de Financiamento Imobiliário).

Deste modo, não há óbice para que qualquer pessoa possa atuar em algum dos pólos da alienação fiduciária, apenas precisando que a pessoa seja dotada de capacidade para os atos da vida civil, bem como tenha capacidade de disposição, uma vez que o alienante deve ter o domínio do bem dado em garantia, bem como deve ter o poder de dispor livremente dele.

Aqui cabe fazer uma ressalva: nada impede que o pagamento da alienação fiduciária seja realizado através de outras garantias como a fiança e o aval, desde que não incida sobre os bens alienados.

O próprio decreto-lei n^o 911/69 estatuiu essa possibilidade em seu art. 6^o afirmando que: “o avalista, fiador ou terceiro

6 § 1^o A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena: I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil do fiduciário; II - o direito de uso especial para fins de moradia; III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação. (Lei 9.514/1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm. Acesso em 20 de novembro de 2017).

interessado que pagar a dívida do alienante ou devedor se sub-rogará, de pleno direito, no crédito e na garantia constituída pela alienação fiduciária” e o Código Civil de 2002, em seu art. 1.368, a ratificou dispondo que “o terceiro, interessado ou não, que pagar a dívida, se sub-rogará de pleno direito no crédito e na propriedade fiduciária”.

4.2 REQUISITOS OBJETIVOS

A Lei 9.514/97 em seus arts. 22 a 33 dispõe sobre a propriedade fiduciária dos bens imóveis. Aqui, faz-se mister ressaltar que até dispor sobre os requisitos, esta lei passou por diversas alterações.

Primeiramente, em seu teor original, o art. 22 da respectiva lei estatua que⁷ a alienação fiduciária consistia em um negócio jurídico no qual o fiduciante contratava transferência ao fiduciário da propriedade resolúvel de coisa imóvel como garantia. Logo, a priori, seu requisito objetivo era tão somente essa propriedade resolúvel de coisa imóvel concluída ou em construção como garantia.

Nesse diapasão, à época surgiram discussões acerca da aplicação deste instituto e, se o mesmo, era aplicado apenas aos imóveis construídos ou em construção, ou se abarcava também imóveis sem qualquer edificação.

7 Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel. Parágrafo único. A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, podendo ter como objeto imóvel concluído ou em construção, não sendo privativa das entidades que operam no SFI.

Alguns doutrinadores como Melhim Namem Chalhub⁸, entendiam que não havia qualquer limitação no tangente à aplicabilidade da alienação fiduciária a imóveis sem construção, englobando o terreno e suas acessões servindo, apenas, como fonte de esclarecimento.

Entretanto, outros como Frederico Henrique Viegas⁹ de Lima acreditava que a inserção dessa limitação no parágrafo único do art. 22, da Lei 9.514/97 servia como restrição do objeto da garantia.

Em 2004, foi publicada a Lei 10.931 que promoveu alterações no art. 22 da lei 9.514/97: suprimiu a particularização do parágrafo único do citado artigo, bem como possibilitou que bens enfiteúticos pudessem ser objeto de alienação fiduciária em garantia imobiliária.

8 Para Melhim Namem Chalhub, servia como fonte de esclarecimento sobre o objeto, sendo mesmo assim, tecnicamente incorreta, uma vez que, tendo o caput definido o objeto como propriedade resolúvel de coisa imóvel, não há dúvida que este engloba o terreno e suas acessões, sendo, portanto, totalmente dispensável a particularização do parágrafo único.⁸⁹ Este entendimento é corroborado pelo Código Civil de 2002⁹⁰, como também o fazia o Código Civil de 1916⁹¹, através da definição de bem imóvel (SICCARDI, Fabiana Peixoto. *Alienação Fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise do instituto*. 2008. 81f. Monografia – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 42).

9 Por outro lado, para Frederico Henrique Viegas de Lima, o parágrafo único do artigo 22 da Lei no 9.514 de 1997 servia como limitação do objeto da garantia, restando vedada sua utilização aos terrenos sem construção. (SICCARDI, Fabiana Peixoto. *Alienação Fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise do instituto*. 2008. 81f. Monografia – Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008, p. 42).

Colocando fim a essa problemática, foi publicada a Lei 11.481/2007, que alterando o art. 22, da Lei 9.514/97¹⁰, ampliou a sua aplicação, possibilitando a aplicação do instituto da alienação fiduciária aos bens enfitêuticos, o direito de uso especial para fins de moradia, o direito real de uso se este for suscetível de alienação e a propriedade fiduciária.

Estes são, portanto, os requisitos objetivos da alienação fiduciária. Observa-se, assim, que atualmente é permitida a aplicação deste instituto tanto para bens móveis como para bens imóveis, além do que admite sua aplicação a outros direitos reais, o que acaba por aumentar o campo de atuação desse negócio, desencadeando uma maior segurança aos credores para disponibilização de crédito e conseqüentemente fomentando o mercado imobiliário.

10 Art. 22. A alienação fiduciária regulada por esta Lei é o negócio jurídico pelo qual o devedor, ou fiduciante, com o escopo de garantia, contrata a transferência ao credor, ou fiduciário, da propriedade resolúvel de coisa imóvel.

§ 1º A alienação fiduciária poderá ser contratada por pessoa física ou jurídica, não sendo privativa das entidades que operam no SFI, podendo ter como objeto, além da propriedade plena:

I - bens enfitêuticos, hipótese em que será exigível o pagamento do laudêmio, se houver a consolidação do domínio útil no fiduciário;

II - o direito de uso especial para fins de moradia;

III - o direito real de uso, desde que suscetível de alienação;

IV - a propriedade superficiária.

§ 2º Os direitos de garantia instituídos nas hipóteses dos incisos III e IV do § 1º deste artigo ficam limitados à duração da concessão ou direito de superfície, caso tenham sido transferidos por período determinado. (Lei 9.514/97. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9514.htm. Acesso em 01 de dezembro de 2017).

4.3 REQUISITOS FORMAIS

Além dos requisitos acima mencionados, a alienação fiduciária para ter validade deve obedecer, ainda, a alguns requisitos formais, previstos no art. 1.361, §1º do Código Civil de 2002.

A propriedade fiduciária se constitui com o registro do contrato, celebrado por instrumento público ou particular, que lhe serve de título, no Cartório de Registro de Títulos e Documentos do domicílio do devedor, ou, em se tratando de veículos, na repartição competente para o licenciamento, fazendo-se a anotação no certificado de registro.

Dessa forma, o contrato que serve de título à propriedade fiduciária, deve conter os seguintes elementos: I - o total da dívida, ou sua estimativa; II - o prazo, ou a época do pagamento; III - a taxa de juros, se houver; e, IV - a descrição da coisa objeto da transferência, com os elementos indispensáveis à sua identificação.

Tais requisitos constituem, portanto a essência do ato, uma vez que através de sua obediência garante-se a publicidade do ato.

4.4 A SÚMULA 308 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA BRASILEIRO

No Brasil é perceptível que sempre houve uma maior valorização em garantias imóveis do que móveis, devido às valorizações das mesmas, bem como pela facilidade de se localizar o bem.

Desde o início das relações creditícias, o objetivo central era o adimplemento do crédito por parte do devedor e o recebimento do mesmo pelo credor.

Dessa forma, podemos perceber que a história veio criando diversos mecanismos no intuito de fazer realizar o cumprimento das obrigações atendendo, assim, o direito do credor a ter seu crédito satisfeito, bem como, o direito do devedor, poder cumprir sua obrigação da forma que lhe for menos onerosa.

Com a edição da Lei 9.514/1997, o instituto da alienação fiduciária passou a substituir e a ser mais utilizados que as outras garantias existentes no ordenamento brasileiro, quais sejam, penhor, anticrese e hipoteca.

Contudo, o verdadeiro desuso de tais garantias veio a se concretizar no ano de 2005, com a publicação da Súmula 308 do Superior Tribunal de Justiça Brasileiro que dispõe: “a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

Os ministros integrantes da Terceira Turma, responsáveis pelo seu julgamento e edição, entenderam que o referido enunciado sumular pode ter sua aplicação estendida também a agentes financiadores de construção de empreendimentos imobiliários, ainda que não sejam instituições financeiras e não sejam relações contratuais regidas pelo Sistema Financeiro de Habitação, isto porque a intenção de ampliar o seu alcance é principalmente proteger o terceiro que adquire imóvel de boa-fé e cumpre o contrato de compra e venda.

Neste caso, a Colenda Corte entendeu que o proprietário do imóvel não pode sofrer consequências pela falência da construtora, uma vez que a falência diz respeito somente a ela, não tendo qualquer relação com a pessoa física que adquiriu legalmente o imóvel de boa-fé.

Portanto, a sociedade brasileira a fim de garantir mais segurança em suas relações passou a se utilizar mais do instituto da alienação fiduciária, já que esta atende aos interesses de ambos os envolvidos na relação contratual: credor e devedor.

V. ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA NO DIREITO PORTUGUÊS

Muito se discute sobre a possibilidade de aplicação ou não do instituto da alienação fiduciária no direito português. Nele, tal instituto não se encontra amplamente descrito no ordenamento jurídico e também não possui a amplitude contida no ordenamento jurídico brasileiro.

O negócio jurídico por meio da alienação fiduciária ganhou corpo no direito luso através de práticas bancárias e financeiras, com a edição do Decreto-Lei n.º 105/2004 de 08 de maio de 2004, transportado da Directiva 2002/47/CE de 06 de junho do mesmo ano.

Para fundamentar e explicar a aplicação deste instituto, foram criadas diversas teorias, tais quais, a teoria do efeito duplo, teoria do negócio indireto; teoria do negócio atípico subordinado a condição, teoria da titularidade fiduciária e teoria da propriedade formal na titularidade do fiduciário.

Como o estudo aprofundado das mesmas, embora enriquecedor, foge à hipótese tratada neste artigo, o qual ater-se-á comentários sobre a teoria mais aceita no ordenamento luso, qual seja a teoria do efeito duplo.

Segundo ela, consideram-se realizados dois negócios: transmissão de propriedade com efeito erga omnes e o *pactum fiduciae*, que consiste na obrigação *inter partes*. Dessa forma,

um contrato é celebrado para produzir efeitos normais entre as partes e perante terceiros. No entanto, tem-se uma cláusula entre o devedor/alienante e o credor/adquirente pela qual este assume a obrigação de retransferir para aquele o direito obtido através do negócio realizado assim que for satisfeito o crédito.

No Código Civil Português, o direito de propriedade está previsto em seus art. 1305 e seguintes, sendo que o art. 1.307 dispõe que o direito de propriedade pode constituir-se sob condição e que sua aplicação temporária é admitida apenas nos casos previstos em lei.

VI. BRASIL X PORTUGAL

No direito brasileiro, constata-se que na década de 1960 em decorrência da efervescência na economia, período em que houve desenvolvimento da política de difusão do crédito direto ao consumidor, a propriedade fiduciária ganhou espaço, assim, surgem as primeiras legislações quanto ao tema, a qual sofreu várias desdobramentos aos largo da evolução legislativa temporal.

A primeira lei a tratar do tema foi a Lei 4.728/65¹¹, tendo esse diploma sido o precursor do instituto na legislação brasileira, conhecido como Lei de Mercados de Capitais. Objetivava um incentivo ao crédito de forma a dar mais dinamismo ao financiamento de bens imóveis.

11 “Legalmente enunciada no artigo 66 da Lei 4.728/65, ingressando no direito brasileiro como expressão do instituto de direito positivo, com função específica de garantia real nos contratos de abertura de crédito para financiamento direto ao consumidor na aquisição de utilidades e bens móveis duráveis.” (ARAUJO, Caroline. Desenvolvimento Histórico de Alienação Fiduciária. Disponível em: <https://carolineanj.jusbrasil.com.br/artigos/391732961/desenvolvimento-historico-da-alienacao-fiduciaria>. Acesso em 25 de outubro de 2017).

Com o início da vigência da Lei 4.728/65 passa a ser possível a retomada do objeto contratado em razão de inadimplemento, trazendo assim para o ordenamento jurídico brasileiro uma forma mais atrativa de garantia, tendo em vista que o credor passa a ter uma ampliação das garantias quanto a propriedade da coisa¹².

Adiante o Decreto-Lei 9.514/2004 (o qual aborda a alienação fiduciária de bens imóveis) e a Lei 10.931/2004, que alterou o regime jurídico.

Caio Mário da Silva Pereira ¹³, colaborador convidado para Projeto do Código de Obrigações de 1965, inseriu no art. 672 a previsão do contrato de fidúcia aproveitando a experiência do direito anglo-americano do instituto *trust*.

Foi com o advento do Código Civil Brasileiro de 2002, que a propriedade fiduciária surge enquanto direito real, mais especificamente no art. 1.225, inciso I, estando de forma expressa como espécie de propriedade resolúvel.

12 “ [...] o credor fiduciário se encontra em posição privilegiada em relação aos demais titulares de outras garantias, já que tem à sua disposição rápida e sólido mecanismo extrajudicial de satisfação do crédito diante do inadimplemento, além de não se subordinar aos efeitos da falência ou do procedimento de recuperação, estando a salvo até mesmo dos concurso de créditos trabalhistas ou por acidentes de trabalho.” (GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, Aline de Miranda Valverde. *Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal*. **Civilista.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n.1, 2015. Disponível em: <<http://civilista.com/alienação-fiduciaria-em-garantia-de-bens-imoveis/>>. Acesso em 24.10.2017, pg.05).

13 PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de direito civil*. – 22 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 362 .

Destaca Cristiano Chaves de Farias e outro¹⁴ “Antes do advento do advento do Código Civil, era tratada como *alienação fiduciária*, expressão que agora só se reserva ao tipo contratual, mas não ao direito real de garantia que se forma posteriormente pelo registro.”

Nesse mesmo sentido o renomado autor Caio Mário da Silva Pereira¹⁵ pontuou : “[...] embora que por muitas vezes sejam empregadas indistintamente, as expressões *alienação fiduciária em garantia* e *propriedade fiduciária* correspondem tecnicamente a fenômenos distintos. A primeira relaciona-se ao *negócio jurídico* que constitui o título de garantia, ao passo que a segunda designa o *direito real de garanti* em si considerado.”

Assim, firma-se a compreensão de que a propriedade fiduciária se afigura como um direito real de garantia tal como a hipoteca e o penhor.

Em Portugal, o instituto da propriedade fiduciária não esta amplamente descrita no ordenamento jurídico nem tampouco tem a amplitude contida no ordenamento jurídico brasileiro. O negócio jurídico por meio da alienação fiduciária ganhou corpo no direito português por meio das práticas bancárias e financeiras, como já dito alhures, tendo em vista a edição do Decreto-Lei n.º 105/2004¹⁶ de 08 de maio de 2004, transportado da Directiva 2002/47/CE de 06 de junho do mesmo ano.

14 FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: direitos reais / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosendal – 13. Ed,ver.,ampl. e atual. – Salvador:/Ed.Juspodivm,2017. P. 528

15 PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. – 22 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014. Pg. 527

16 Art. 2º, n.º 2: “são modalidades de contratos de garantia financeira, designadamente, a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro, que se distinguem consoante tenham, ou não, por efeito a transmissão da propriedade com função de garantia”.

Por meio do Decreto supramencionado procedeu-se à consagração legal de uma nova modalidade de penhor financeiro, qual seja, da alienação fiduciária em garantia, no entanto restrita aos contratos de garantia financeira.

Assim, “a possibilidade de as partes convencionarem a transmissão da propriedade a título de garantia resulta de expressa imposição da directiva agora transposta e constitui um dos aspectos mais inovadores do regime aprovado. Com a consagração de uma nova forma de transmissão da propriedade, ainda que a título de garantia, é alargado o *numerus clausus* pressuposti pelo artigo 1306º do Código Civil, o que permitirá o reconhecimento da validade das alienações fiduciárias em garantia e o fim da insegurança jurídica que resultava da necessária requalificação desses acordos como meros contratos de penhor” (preâmbulo do Decreto-lei n.º 105/2004 de 08/05).

VII. CONCLUSÃO

O presente estudo possibilitou uma análise panorâmica do instituto da Alienação Fiduciária.

Inicialmente abordou-se a matéria quanto a sua evolução histórica, conceito e natureza jurídica. Adiante se tratou do instituto propriamente dito, suas peculiaridades, elencando seus requisitos e promovendo um comparativo da aplicabilidade deste instituto no Direito Português e no Direito Brasileiro.

Foi possível constatar que no Direito Português a Alienação Fiduciária reduz-se aos contratos de garantia financeira, apresenta garantia de posse relativamente a títulos dessa natureza.

Conquanto no Direito Brasileiro o Instituto possui uma aplicabilidade mais ampla, perpassando o mercado mobiliário, atingindo bens móveis e imóveis. Pode-se inferir que a Alienação fiduciária no Brasil, trata-se da garantia real mais utilizada, e em razão disso, sobrepujando a própria Hipoteca, já quase em desuso, restringindo-se a garantia de bens imóveis.

Nessa esteira há que se ressaltar a importância da garantia real da Alienação Fiduciária nos dias atuais, a qual vem norteando a maior parte das relações de consumo do Brasil que envolvem questões relativas à posse, com garantia posterior da propriedade.

Isto porque as relações são dinâmicas e necessitam de celeridade o que as garantias reais de outrora, já não podem oferecer.

Assim, a Alienação Fiduciária apresenta-se como uma resposta rápida e eficaz ao Credor, de forma a proporcionar segurança jurídicas à relações.

Logo, a alienação fiduciária, da mesma forma que se tornou no Brasil um instituto de grande relevância, uma vez que confere poder de compra a praticamente todos os seguimentos sociais existentes no país, pode trazer grandes contribuições à realidade portuguesa, facilitando o adimplemento de créditos na relação credor/devedor.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ARAUJO, Caroline. Desenvolvimento Histórico da Alienação Fiduciária. Disponível em: <https://carolineanj.jusbrasil.com.br/artigos/391732961/desenvolvimento-historico-da-alienacao-fiduciaria>. Acesso em 25 de outubro de 2017

- BRASIL. Lei 9.514 DE 20 DE NOVEMBRO DE 1997. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9514.htm. Acesso em 20 de novembro de 2017.
- DINIZ, Maria Helena. Código Civil Anotado. 8.ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 356.
- FARIAS, Cristiano Chaves de. Curso de direito civil: direitos reais / Cristiano Chaves de Farias, Nelson Rosenvald – 13. Ed, ver., ampl. e atual. – Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz, Aline de Miranda Valverde. Alienação fiduciária em garantia de bens imóveis: possíveis soluções para as deficiências e insuficiências da disciplina legal. **Civilista.com**. Rio de Janeiro, a. 4, n.1, 2015. Disponível em: < <http://civilista.com/alienacao-fiduciaria-em-garantia-de-bens-imoveis/> >. Acesso em 24.10.2017.
- MIRANDA, Pontes de. Tratado de Direito Privado. Parte Geral. Tema I: Introdução. Pessoas Físicas e Jurídicas. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 123
- PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. – 22 ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- Portugal. DECRETO-LEI N° 105 DE 08 DE MAIO DE 2004. Disponível em: <http://www.cmvn.pt/pt/Legislacao/LegislacaoComplementar/IntermediacaoFinanceira/Pages/Decreto-Lei-n-%C2%BA-1052004,-de-8-de-Maio.aspx?v=>. Acesso em 15 de janeiro de 2018.
- SICCARDI, Fabiana Peixoto. Alienação Fiduciária em garantia de bem imóvel: uma análise do instituto. 2008. 81f. Monografia –

Faculdade de Direito. Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

- TARTUCE, Flávio. Manual de Direito Civil. Volume Único. São Paulo: Editora Método, 2015, p. 835.
- ULPIANO; BEVILÁCQUA apud MIRANDA, Maria Bernadete. Teoria Geral dos Contratos. Disponível em: <http://www.direitobrasil.adv.br/artigos/cont.pdf>. Acesso em 17 de janeiro de 2018.





O NECESSÁRIO FORTALECIMENTO

**DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS: ÊNFASE NA QUESTÃO
DOS REFUGIADOS - PRINCÍPIO DE NON-REFOULEMENT**

**THE NECESSARY STRENGTHENING OF INTERNATIONAL:
ORGANIZATIONS EMPHASIS ON THE QUESTION OF
REFUGEES - PRINCIPLE OF NON-REFOULEMENT**

RESUMO

O papel das organizações internacionais no mundo está eivado de dificuldades e entraves. A complexidade das relações internacionais consiste, principalmente, na existência de numeras barreiras legislativas, culturais, econômicas, políticas, jurídicas, e sociais entre os diversos países do mundo. Aliado a isso, existem ainda atuais intolerâncias das mais variadas espécies, em especial relevo, as religiosas; divergências políticas, diferentes formas de Governo e Estado, tudo conluindo para uma necessidade real de fortalecimento destas organizações em prol de um mundo melhor, mais justo, solidário e equilibrado. O presente trabalho dispôs-se a estudar qual é o real papel das organizações internacionais, especialmente em relação a situação dos refugiados, levando-se em conta o princípio de *non-refoulement* (*não devolução*) bem como as dificuldades encontradas por estas organizações na realização das tarefas que lhe são incumbidas, no objetivo de avaliar o quanto a verdadeira paz e solidariedade estão distantes do ideal necessário para o mundo.

Palavras-chave: Organizações Internacionais; Política; Formas de Estado e Governo; Solidariedade Internacional; Refugiados.



Ronaldo Texeira Boden Graduado pela Universidade Ceuma, Pós-graduado em Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Santa Cruz do Sul, Pós Graduado em Direito Civil e Processo Civil pela Universidade Ceuma, Advogado e Aluno do Curso Pós Graduação Conducente ao Mestrado pelo Centro de Estudos Constitucionais e Gestão Pública e Universidade Portucalense.

ABSTRACT

The role of international organizations in the world is fraught with difficulties and obstacles. The complexity of international relations consists mainly of the existence of numerous legislative, cultural, economic, political, legal, and social barriers among the various countries of the world. Allied to this, there are still current intolerances of the most varied species, especially the religious ones; political differences, different forms of government and state, all of which lead to a real need to strengthen these organizations for a better, fairer, more solidary and balanced world. The present study was designed to study the real role of international organizations, especially in relation to the situation of refugees, taking into account the principle of *non-refoulement* and the difficulties encountered by these organizations in carrying out of the tasks entrusted to it, in order to evaluate how true peace and solidarity are far from the ideal necessary for the world.

Keywords: International Organizations; Policy; Forms of State and Government; International Solidarity; Refugees.

Sumário: 1. Introdução; 2. Contexto Histórico: Paz e Guerras; 3. O Necessário Fortalecimento da Organizações Internacionais – Ênfase na questão dos refugiados e Princípio de *non-refoulement*; 4. Conclusão.

1. INTRODUÇÃO

O debate acerca das organizações internacionais, passa primordialmente por uma análise histórica dos principais acontecimentos do século XX, em especial as duas grandes guerras.

A Primeira Guerra Mundial, catastróficamente, causou um tombo incalculável no parque industrial europeu, e o potencial agrícola sofreu uma queda de 30%¹. O velho continente, antes visto como território próspero de capital, indústria e comércio, viu-se em crise, atolado em dívidas, observando a gradativa desvalorização das suas moedas.

Após o apocalíptico acontecimento, os países, sobretudo aqueles que participaram diretamente do conflito, arrasados social e economicamente, sentiram a necessidade da criação de organismos cujas finalidades estariam diretamente relacionadas com manutenção da ordem e paz.

Estas são as razões pelas quais se pode afirmar, que, historicamente, foi com o fim da I Guerra Mundial (1918) que se iniciaram os debates acerca das organizações internacionais. Assim, surgiu inicialmente a Sociedade das Nações², através da assinatura do Tratado de Versalhes³, com o objetivo de instituir a paz e o equilíbrio mundiais, mas, que, infelizmente fracassou ante a forte indústria bélica, causadora direta da não menos grave II Guerra Mundial, provando a história, que, seria necessário muito mais que simples diálogos entre os países para que conflitos entre nações fossem evitados.

1 SOUSA, Rainer Gonçalves. *Os resultados da Primeira Guerra Mundial*. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/os-resultados-primeira-guerra-mundial.htm>> Acesso em: 18 out. 2017.

2 Sociedade das Nações (do Francês, *Société des Nations*), também conhecida como Liga das Nações (do Inglês, *League of Nations*), foi uma organização internacional, idealizada em 28 de abril de 1919, em Versalhes, nos subúrbios de Paris, onde as potências vencedoras da Primeira Guerra Mundial se reuniram para negociar um acordo de paz. Sua última reunião ocorreu em abril de 1946.

3 *Sociedade das nações*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Sociedade_das_Na%C3%A7%C3%B5es> Acesso em: 18 out. 2017.

Desta forma, houve uma necessidade mais intensa no sentido de garantir uma evolução do sistema internacional, com a criação de normas e leis, aprimorando as relações entre os Estados, visto que, a sociedade de uma forma geral, precisava ser reconstruída e a paz mundial recuperada.

Por isso, é que o conceito de organizações internacionais não pode afastar-se da ideia de paz. Mas aí surge o questionamento: o que é paz e como alcança-la?

Atualmente, o conceito de paz é extremamente delicado e complexo. Isto se dá pela forma através da qual o mundo vem se moldando diante da intensa globalização de culturas, experiência que enfrenta muitas dificuldades, em decorrência das mais variadas cepas de intolerâncias insurgentes neste processo, que vão desde divergências religiosas, sociais, políticas e jurídicas, até disputas territoriais e militares.

Basicamente, o conceito de paz, seria, a princípio, a simples ausência de guerras, onde existe o mínimo de respeito aos direitos fundamentais. Na situação atual do globo, em nossa opinião, não se pode afirmar, portanto, que existe, paz absoluta pelo simples fato de inexistir neste momento um grande conflito mundial, visto que existem regiões como o Oriente Médio e o continente africano, onde se verificam intensos e constantes conflitos armados e guerras civis, motivados por disputas territoriais, militares, religiosas e a mais atualmente, a gravíssima situação dos refugiados.

Assim, principalmente após a II Grande Guerra, os assuntos e conferências relacionados às organizações internacionais ganharam grande relevo, na medida em que nasceram como mecanismos de possíveis soluções para os principais problemas mundiais, como fome, miséria, conflitos, doenças, etc. Nos dias

atuais, o combate a estas mazelas, e tantas outras, é o grande desafio das nações, principalmente a mais desenvolvidas.

2. CONTEXTO HISTÓRICO: PAZ E GUERRAS

Muito se tem discutido acerca do conceito de paz e o que ela representa atualmente na humanidade. O entendimento acerca do que representa a *paz* mostra-se demasiadamente complexo em decorrência das difíceis relações internacionais entre as Nações. E a ideia de paz ou a falta dela, está intimamente ligada aos principais problemas da humanidade, como a situação dos refugiados em todo o mundo, assunto abordado nesse estudo.

Não se pode, com isso, tentar compreender a representação e importância da paz sem antes entender o que são guerras e porque elas são causadas. As guerras existem desde os primórdios da humanidade, sofrendo modificações, ao longo dos séculos, apenas em relação a forma de realização e obviamente, às armas utilizadas.

No mundo antigo, ante a inexistência de leis que regulamentassem as relações entre os Estados, a guerra representava simplesmente a lei do mais forte, o que resultava na imposição pura, onde o maior e bem armado ou dotado de maior estrutura bélica, sobrepunha e subjugava o mais fraco. Essa filosofia era muito mais uma atribuição do poder dos Estados, que sempre buscavam, a todo custo, formar impérios, sendo a guerra, em sentido geral, parte de uma rotina normal e universalmente aceita.

Nesse contexto histórico e cultural, nem mesmo o surgimento das religiões ajudou, pelo contrário, como um contrassenso, causou um maior número de guerras e aumentou a gravidade de

outras, ao passo a intolerância religiosa mostrou-se um grande veículo promovedor de discórdias e conflitos⁴.

Com o decorrer do tempo, a sociedade evoluiu e o Direito tentou acompanhá-la. Já no mundo moderno, pós duas grandes guerras, a preocupação com a dignidade da pessoa humana foi, aos poucos, galgando relevância entre os beligerantes, primeiro com a Liga das Nações e posteriormente, com Organização das Nações Unidas - ONU⁵, que passaram a traçar algumas condutas sugestivas de amparo das vítimas, por exemplo. Neste momento, o conceito de paz passou a ser considerado dentro do campo do Direito Internacional, e ainda que de forma prematura, possibilitou a criação de normas tácitas, a fim de elucidar as tentativas de resolução pacífica dos conflitos, muito embora não existissem ainda, nesse momento histórico, sanções para o descumprimento de tais normas, o que tornava sua observância muito mais opcional a obrigacional.

No entanto, o conceito atual de guerra ou a situação de guerra, também constitui tema de grande complexidade dentro do estudo do Direito Internacional. Doutrinariamente, pode-se afirmar que existem duas correntes mais atuantes sobre o assunto: 1) a *subjetivista* (Strupp), defensora do entendimento que a guerra ocorre quando existe o "*animus belligerandi*", que

4 "Com o nascer das religiões, cresceu o número de conflitos armados, que visavam a cada qual, impor aos desiguais o seu pensamento religioso, fundamentavam assim a guerra no sagrado e justificavam-na como uma vontade divina, que era realizada inconscientemente pela coletividade". (GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra. Coleção Clássicos do Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2005, p.95-96. ISBN 8574294349).

5 "Organização internacional com o objetivo de facilitar a cooperação em termos de direito e segurança internacional, desenvolvimento econômico, progresso social, direitos humanos e da paz mundial". *O que é ONU?*. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/onu>> Acesso em: 10 out. 2017.

por si só cria a guerra; 2) a *objetivista* (Despagnet) julga que a simples prática de atos relacionados à guerra cria o estado de guerra, independentemente da intenção. A maioria dos autores, entretanto, (Rousseau, Accioly) vem ponderando que a guerra só existe quando há a reunião dos dois elementos: o objetivo e o subjetivo.

A doutrina tradicional sobre o assunto, traça o entendimento sobre as causas das guerras, que passa por dois conceitos, *Jus Bello* e *Jus Ad Bellum*⁶.

Beira, assim, a ligeira impressão de que o mundo parece não *viver* sem guerras, principalmente por ter causas políticas, econômicas e tecnológicas como principais. Nos dias atuais, no entanto, mesmo sob o ponto de vista político, não há mais espaço para a concepção de normalidade do estado de guerra, tal como ocorria na Idade Média, em que os príncipes e monarcas entendiam os arguciosos combates como atividades costumarias da nação ou Estado.

Milhares de vida perdidas, outros milhões de pessoas severamente feridas, nações falidas, fome, miséria, doenças, tudo resultado de um único conflito armado entre dois os mais países, ou mesmo dentro de um mesmo país, se se considerar ainda a guerra civil, infelizmente tão presente em nossos dias.

6 “Jus in bello é um nome latino que refere-se ao direito da guerra, ao conjunto de normas, primeiro costumeiras, depois convencionais que floresceram no domínio das gentes quando a guerra era uma opção lícita para resolver conflitos entre Estados. Jus ad bellum, o direito à guerra, ou seja, o direito de fazer a guerra quando esta parecesse justa”. (REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.368. ISBN: 1000214509428).

Mas, a evolução histórica das situações de guerra tem mostrado que, a cada novo período, a cada nova geração, cada século que passa, a preocupação com os direitos fundamentais, em especial a dignidade da pessoa humana e a busca incessante pela paz mundial, tem abarcado grande relevo e importância nas relações internacionais, o que só pode ser alcançado plenamente com o fortalecimento das organizações internacionais, cujo o estudo será mostrado no capítulo a seguir.

3. O NECESSÁRIO FORTALECIMENTO DAS ORGANIZAÇÕES INTERNACIONAIS - ÊNSAFE NA QUESTÃO DOS REFUGIADOS E PRINCÍPIO DE *NON-REFOULEMENT*

Como já estudado, após a duas grandes guerras mundiais, houve uma grande preocupação em aprimorar a busca pela paz mundial, sendo este o objetivo primordial das novas relações internacionais no período imediatamente posterior aos dois conflitos.

Nesta busca, entra o papel das organizações internacionais, que teriam, a princípio, a árdua tentativa de assegurar um certo grau e equilíbrio de governança global, numa ótica predisposta a uma concepção hipotética que daria às organizações internacionais a esperança de construírem-se como atores no corro internacional. Assim é que surgiram organizações como a ONU já conceituada,

UNESCO⁷, OMS⁸, OIT⁹, entre várias outras, todas com objetivos específicos previamente traçados, cada uma dentro de suas respectivas áreas de atuação: direitos humanos, economia, comércio, ciência, cultura, comunicação, saúde, relações de trabalho, etc.

-
- 7 “**A UNESCO no mundo e no Brasil.** A Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) foi criada em 16 de novembro de 1945, logo após a Segunda Guerra Mundial, com o objetivo de garantir a paz por meio da cooperação intelectual entre as nações, acompanhando o desenvolvimento mundial e auxiliando os Estados-Membros – hoje são 193 países – na busca de soluções para os problemas que desafiavam nossas sociedades”. UNESCO. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/unesco>> Acesso em: 30 out. 2017.
- 8 “Organização Mundial da Saúde (português brasileiro) ou Organização Mundial de Saúde (português europeu) (em inglês: World Health Organization - WHO) é uma agência especializada em saúde, fundada em 7 de abril de 1948 e subordinada à Organização das Nações Unidas. Sua sede é em Genebra, na Suíça. O diretor-geral é, desde julho de 2017, o etíope Tedros Adhanom. A OMS tem suas origens nas guerras do fim do século XIX (México, Crimeia). Após a Primeira Guerra Mundial, a SDN criou seu *comitê de higiene*, que foi o embrião da OMS”. *Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_Mundial_da_Sa%C3%BAde> Acesso em: 30 out. 2017.
- 9 “OIT foi criada em 1919, como parte do Tratado de Versalhes, que pôs fim à Primeira Guerra Mundial. Fundou-se sobre a convicção primordial de que a paz universal e permanente somente pode estar baseada na justiça social. É a única das agências do Sistema das Nações Unidas com uma estrutura tripartite, composta de representantes de governos e de organizações de empregadores e de trabalhadores. A OIT é responsável pela formulação e aplicação das normas internacionais do trabalho (convenções e recomendações). As convenções, uma vez ratificadas por decisão soberana de um país, passam a fazer parte de seu ordenamento jurídico. O Brasil está entre os membros fundadores da OIT e participa da Conferência Internacional do Trabalho desde sua primeira reunião”. *História da OIT*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang-pt/index.htm>> Acesso em: 30 out. 2017.

Através de entidades como essas, o sentimento de cooperação internacional, já afluído no início do século XX, ganhou força, na medida em que se bombeou a materialização de normas de caráter e abrangência internacional, para que fossem aplicadas tanto em momentos de crise quanto de necessidade.

Desta maneira, têm-se que a real função das organizações internacionais é, sem dúvida alguma, a busca pela paz mundial, através do encontro entre o imaginável para fins do mínimo equilíbrio em escala global. Esta é a razão, pela qual existem atualmente inúmeras organizações internacionais que tratam das mais variadas matérias e assuntos, tendo em vista a complexidade das relações sociais afora dos territórios nacionais e que necessitam de tratativas.

Basta uma leve passada de olhos nos principais acontecimentos do mundo atual, para se perceber o quão é nítida a necessidade de fortalecimento das OI's. Existem problemas e dificuldades das mais variadas: guerras no Oriente Médio, crises financeiras e políticas em muitos países da América do Sul e Central, o terrorismo, crises religiosas, meio ambiente e, mais atual e não menos grave, a questão dos refugiados.

A definição de refugiados foi formalmente considerada na Convenção das Nações Unidas sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951, resultante da Assembleia Geral da ONU de 1950, em Genebra, que estabelece em seu art. 1º, A, que o termo “*refugiado*” aplicar-se-á a qualquer pessoa¹⁰.

10 . “(...) que temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, encontra-se fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade, encontra-se fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele”. *Convenção Relativa ao*

Para fins de Direito Internacional Público, o conceito de refugiados é restrito, não significando qualquer pessoa que esteja fugindo de sua terra natal. Importante mencionar que as razões pelas quais a pessoa necessita retirar-se do seu respectivo país, são, na verdade, o parâmetro para que ela seja ou não enquadrada como refugiada.

Atualmente a situação é grave ao extremo e deve ser tratada na proporção correspondente à gravidade que apresenta, pois representa tragédias inimagináveis, como a morte de centenas de pessoas, inclusive crianças.

A violação de direito humanos, em especial à dignidade da pessoa humana, não tem limites quando o assunto é a situação dos refugiados. Na mídia internacional, a situação vem sendo divulgada como *crise humanitária na Europa*, o que gera o entendimento de que receber refugiados é um problema¹¹.

Contrariamente ao que a opinião pública possa entender, ainda que vítima de um processo indutivo pelo que é divulgado

Estatuto dos Refugiados. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

- 11 “Há um grande equívoco no tratamento desse tema pela grande mídia, cujo foco tem sido mais os discursos convenientes e as posições resistentes de governos europeus, e menos a pressão sobre os países em desenvolvimento e a condição das vítimas dos conflitos armados e de violações massivas de direitos humanos. Nos termos da Convenção de Genebra de 1951 e da política global para refugiados sob amparo do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (Acnur), as soluções para refugiados são de dois tipos: soluções temporárias e duradouras. Elas passam pelo exercício do Direito Internacional dos Refugiados e pela responsabilidade moral de países que contribuíram com a própria crise. E elas passam, também, pelo exercício do princípio da solidariedade internacional”. *Crise humanitária: direito, moralidade e solidariedade*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/internacional/crise-humanitaria-direito-moralidade-e-solidariedade-139.html>> Acesso em: 31 out. 2017.

na mídia, os países que mais recebem refugiados são aqueles considerados em desenvolvimento e que fazem fronteira com os países afetados pelas crises humanitárias. Exemplo disso, são o Líbano e a Turquia em relação à crise na Síria; o Irã em relação às crises do Iraque e do Afeganistão; o Quênia, em relação à crise na Somália; o Equador e a Venezuela em relação à crise da Colômbia, muito embora a grande quantidade de refugiados nos dias atuais seja de sírios¹².

Ressalte-se ainda que, os países acolhedores, sequer participaram para o nascimento das situações de crise dos países afetados, e ainda assim, recebem milhões de refugiados, cumprindo, portanto, com seu papel internacional através do exercício da solidariedade.

Conclui-se, portanto, que a questão dos refugiados ocorre em escala mundial, em vários continentes, e a situação é bem mais grave do que se possa pensar.

Como se vê, muito embora a dramática situação esteja atualmente em evidência, devido principalmente aos conflitos religiosos e territoriais na Ásia, a existência de pessoas necessitadas de asilo ou refúgio em outros países é questão debatida desde o início do século XX com a Sociedade das Nações no período pós I Guerra Mundial, e em 1950 formalizada com mais ênfase pela ONU através da ACNUR.

12 “(...) metade do fluxo anual de refugiados são sírios, devido à fuga da guerra civil em que o país está desde 2011. De acordo com dados de 2016 da ONU, 13,5 milhões de sírios dependem de assistência humanitária, o equivalente a $\frac{3}{4}$ da população do país. Além disso, 70% dessa população não tem acesso à água potável; 1 em cada 3 pessoas não se alimenta com o básico da nutrição necessária; mais de 2 milhões de crianças não vão à escola; 1 em cada 5 pessoas vive em situação de pobreza”. *A crise humanitária dos refugiados*. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/crise-dos-refugiados>> Acesso em: 31 out. 2017.

Por que razão então a situação chegou a esse nível crítico?

Não existe outra justificativa que não seja a falta de atuação das organizações internacionais, não por culpa delas enquanto instituições, mas dos Estados que as compõe, visto que estes, como membros, são os responsáveis diretos pela força e abrangência das atribuições das OI's.

Os Estados parecem preocupar-se muito mais com suas próprias mazelas, que não são poucas, a lançar campanhas e assumir obrigações enquanto sujeitos de direitos internacional.

Vê-se, portanto, nas organizações internacionais o único meio de coibir o surgimento de situações dessa natureza. Mas para isso, é necessário o seu fortalecimento, através de uma atuação mais abrangente, de forma que seus benéficos efeitos sejam estendidos para outras nações, ultrapassando as limitações contratuais fronteiriças dos países signatários das convenções.

E não se faz isso sem se levar em consideração a solidariedade internacional. Esta constitui um princípio basilar do direito internacional, consistente¹³.

Nesse contexto, surgiu o princípio do *non-refoulement* (não devolução), que associado ao Estatuto do Refugiado de 1951, constitui *jus cogens* (norma cogente) a nível internacional, e traduz-se na obrigação que os Estados possuem, independentemente de estarem ou não associados em uma organização internacional ou de serem partes signatárias de um tratado internacional.

13 “(...) na união de interesses ou objetivos entre os países e a coesão social entre eles, baseada sobre a dependência dos Estados e de outros atores internacionais uns dos outros, com o objetivo de preservar a ordem e a mesma sobrevivência da sociedade internacional e com o objetivo de alcançar objetivos coletivos que requerem uma cooperação internacional e uma ação comum”. *ONU Solidariedade Internacional*. Disponível em: <http://www.apg23.org/pt/onu_solidariedade_internacional> Acesso em: 31 out. 2017.

Foi um primeiro e grande passo.

Trata-se de uma norma de caráter imperativo na medida em que os Estados estão proibidos de expulsar um indivíduo que esteja sofrendo em seu país perseguições de ordem moral, religiosa, política, de opinião, social, etc. Desde a Convenção de Viena sobre Direitos dos Tratados¹⁴, artigos 53 e 64, surgida em 1969, a imperatividade acerca de normas internacionais cogentes dever ser primordialmente respeitada: *“é nulo um tratado que, no momento de sua conclusão, conflite com uma norma imperativa de Direito Internacional geral”* e *“se sobrevier uma nova norma imperativa de Direito Internacional geral, qualquer tratado existente que estiver em conflito com essa norma torna-se nulo e extingue-se”*.

14 A Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados (CVDT), adotada em 22 de maio de 1969, codificou o direito internacional consuetudinário referente aos tratados, ao codificar normas costumeiras aceitas e eficazes e buscar harmonizar os procedimentos de elaboração, ratificação, denúncia e extinção de tratados. A Convenção entrou em vigor em 27 de janeiro de 1980. O projeto de Convenção, preparado pela Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas, foi submetido pela Assembleia Geral da ONU à apreciação da Conferência de Viena sobre o Direito dos Tratados, que adotou a Convenção em 1969. Entrou em vigor apenas em 1980, quando atingiu o número mínimo de 35 ratificações, exigida em seu art. 84. Até janeiro de 2013, 113 Estados haviam ratificado a CVDT. Pode-se considerar que os termos da Convenção são aplicáveis aos Estados que não são Partes da mesma, devido ao fato de a CVDT coligir, na essência, o direito internacional consuetudinário vigente sobre a matéria. A Convenção adota como princípios o livre consentimento, a boa-fé e a norma de direito internacional *pacta sunt servanda*. Determina, ademais, que um Estado não pode invocar sua lei interna para justificar o descumprimento de um tratado de que seja parte. O Brasil é parte da Convenção de Viena desde 25 de outubro de 2009, mas a ratificou com ressalvas (Decreto 7030/09). Portugal ratificou-a em 6 de fevereiro de 2004.

Entretanto, contrariamente ao ocorre no direito interno dos Estados, no Direito Internacional Público, não existe hierarquia entre as fontes. Isto significa que, não existe “*nenhum tipo de autoridade superior (v.g., uma Constituição) que subordine os Estados à sua vontade, de modo a tornar efetivas suas decisões*”¹⁵. Desta forma, o mundo ainda conta muito com a boa vontade dos Estados quando o tema é solidariedade internacional.

É que a solidariedade, como a própria palavra sugere, representa uma atitude íntima, onde o Estado avalia a conduta de agir ou não em determinada situação, visto que sua nobreza está diretamente ligada a sua voluntariedade.

Assim, em prol da dignidade da pessoa humana e do direito à vida, bens que merecem a maior e mais abrangente guarda e proteção, vê-se a real necessidade de cada vez mais impor responsabilidades aos países. São necessários mecanismos que imponham maior coercibilidade aos Estados em relação a sua responsabilidade internacional enquanto sujeitos de direito internacional, principalmente no que se refere a obediência às normas de caráter imperativo.

O princípio de *non-refoulement* (“não-devolução”) está expressamente previsto no Estatuto do refugiado de 1951¹⁶, nos arts. 32,1, primeira parte¹⁷.

15 MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

16 *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.

17 Art. 32 – Expulsão.1. **Os Estados Contratantes não expulsarão um refugiado que se encontre regularmente no seu território** senão por motivos de segurança nacional ou de ordem pública.

O Brasil ratificou o Estatuto dos refugiados¹⁸, e editou, em 1997, a Lei n. 9.474, a qual traz em seu art. 1º o conceito de refugiado¹⁹.

Portugal, por sua vez, aderiu ao referido Estatuto através do Decreto-Lei n.º 43 201, de 1º de outubro de 1960, alterado pelo Decreto-Lei n.º 281/76, de 17 de abril, publicado no Diário da República n.º 91/76²⁰.

18 LEI Nº 9474/1997 sobre o Estatuto dos Refugiados (“D.O.U.” de 23/07/1997). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm> Acesso em: 08 out. 2017.

19 Art. 1º - Será reconhecido como refugiado todo indivíduo que: I - **devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas** encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país; II - não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior; III - **devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país.**

20 “Artigo 1.º É aprovada, para adesão, a Convenção relativa ao estatuto dos refugiados, assinada em Genebra a 28 de Julho de 1951, e cujo texto em francês e respectiva tradução são os que seguem anexos ao presente decreto-lei. Art. 2.º No que respeita às obrigações assumidas pelo Governo Português em virtude da Convenção, a expressão «acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951», que figura no seu artigo 1.º, secção A, será compreendida como referente aos acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951 na Europa, devendo fazer-se a declaração respectiva no momento da adesão, conforme a alínea (1), secção B, do mencionado artigo 1.º

Art. 3.º A adesão por parte de Portugal à citada Convenção faz-se com as reservas seguintes, que devem ser declaradas nos termos do n.º 1 do artigo 42.º da mesma Convenção:

a) Em todos os casos em que a Convenção confere aos refugiados o tratamento mais favorável concedido aos nacionais de um país estrangeiro, esta cláusula não será interpretada de maneira a compreender o regime concedido aos nacionais do Brasil, país com que Portugal mantém relações de carácter

Como se vê, pelo menos, teoricamente, os avanços acerca das tratativas para a grave situação dos refugiados são consideráveis. No entanto, quando esta teoria é colocada na prática, verificam-se imediatamente as diversas dificuldades insurgentes, como cautela dos Estados em receber refugiados, seja por questões de segurança nacional, seja por questões de soberania, o que gera o receio de que a aceitação dessas pessoas pode gerar dissidências políticas.

A questão é complexa, porém nunca deve ser esquecido que a dignidade da pessoa humana e o direito à vida, ambos assegurados na Declaração Universal dos Direitos do Homem, são princípios básicos inerentes a todos os cidadãos do mundo, constituindo, portanto, valores fundamentais da sociedade internacional.

4. CONCLUSÃO

Não restam dúvidas de que é através das organizações internacionais que situações como a dos refugiados podem ser amenizadas ou evitadas, dando maior ênfase à solidariedade internacional, para que aquelas, ajam cada vez mais na prevenção das calamidades humanas, ao invés de atuar sempre após os acontecimentos, como vem ocorrendo.

Mas para isso, é necessário dizer que, atualmente, não existe um mecanismo que imponha coercibilidade aos Estados enquanto sujeitos de direitos e obrigações internacionais, principalmente em relação às normas cogentes, de observação obrigatória, como o já

especial.

- b) Quanto às disposições da Convenção que se referem a dispensa de reciprocidade, ficam ressalvados os princípios de ordem constitucional relativos à matéria”. DECRETO-LEI N° 281/76 (D.R. n.º 91/1976, *Série I de 1976-04-17*) Disponível em: < <https://dre.tretas.org/dre/92132/decreto-lei-281-76-de-17-de-abril> > Acesso em: 10 out. 2017.

comentado princípio da não devolução referente a situação dos refugiados.

A essa ausência de coercibilidade, ressalva-se, apenas as consequências em relação às infrações contratuais, levando-se em consideração a natureza contratual de muitas das organizações internacionais, que quando muito, resultam em pressões políticas ao Estado infrator, que acabam sendo resolvidas pela diplomacia.

O próprio conceito de *refugiados* precisa evoluir para abranger inclusive as pessoas que, mesmo não sendo vítimas de perseguições diretas, necessitam de ajuda humanitária em decorrência de outras razões, como catástrofes naturais.

O que se precisa compreender é que quando o assunto é a paz mundial, o que está em jogo é o bem maior que um ser humano pode ter: a vida, acompanhada da dignidade da pessoa humana, e isto é inegociável. A proteção, portanto, precisa, estar garantida.

Não se pode mais conceber no mundo atual um cenário jurídico-internacional capitulado como *terra de ninguém*. O fenômeno da globalização é uma realidade presente nos dias atuais, acompanhado de transformações culturais, sociais, políticas, jurídicas, ideológicas, ambientais, etc.

As organizações internacionais, desde seu surgimento, vêm levantando a todo momento a bandeira branca da paz e da esperança de dias melhores diante deste tenso convívio no mundo internacionalizado. A união de diferentes Estados, na intensa busca de objetivos únicos e específicos, sempre pondo como principal matéria os direitos humanos, é a árdua tentativa de garantir o mínimo de dignidade a situações de gravidade internacional, ou mesmo internas de países frágeis economicamente.

E isto não é possível sem a elevação do princípio da solidariedade e que o Direito acompanhe essa necessidade. É preciso que este princípio seja posto no patamar que merece, de modo de a tão sonhada dignidade da pessoa humana se sobreponha aos interesses meramente privados principalmente dos Estados mais ricos do mundo.

Mas, o que se veem são as dificuldades encontradas pelas organizações internacionais, em relação a força de suas atuações, decorrentes da influência que países fortes economicamente impendem sobre as decisões que são tomadas. E a força econômica, no terraço internacional, significa força política e bélica. Essa é a principal razão da existência da crise atual na ONU.

É necessário que os calorosos discursos nas mais variadas assembleias gerais sejam carregados de informações verossímeis e condizentes com a realidade dos países declarantes, sob pena de tornar as reuniões - onde assuntos graves como a situação dos refugiados é levantada - em verdadeiros celeiros de visitas rotineiras e meramente curriculares, na medida em que a impressão atual é a da declaração desamarrada, sem confirmação oficial de dados.

Assim, a disputa de forças no cenário internacional vem impedindo que as atribuições das organizações internacionais alcancem a equidade necessária para resolução dos principais problemas atuais existentes no mundo e longe de serem equitativas, tem representado interesses, via de regra, dos Estados historicamente mais influentes e economicamente mais fortes. A igualdade dos membros signatários, princípio que regeu a formação de muitas organizações internacionais, ofusca-se diante do poder diretivo de países de maior peso econômico.

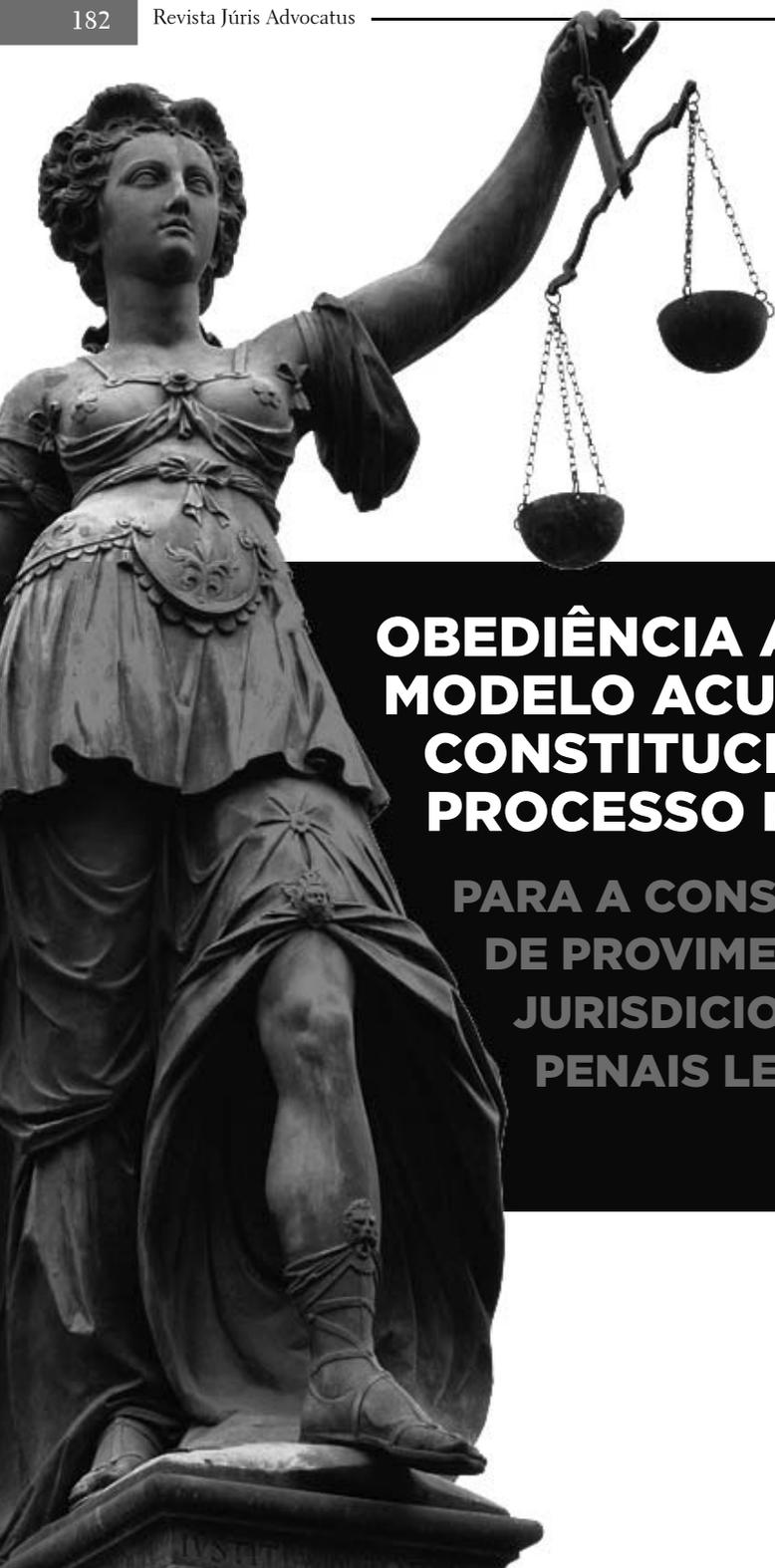
Resta a esperança de dias melhores através da criação de mecanismos jurídicos-coercitivos sob o ponto de vista

internacional, onde a diplomacia e a soberania, pudessem ceder cada vez mais espaço ao fortalecimento da responsabilidade internacional dos Estados por seus atos, e, talvez, desta forma, os velhos ideais da Revolução Francesa, *liberdade, igualdade e fraternidade*, ressurgiriam como realidade internacional.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- A crise humanitária dos refugiados. Disponível em: <<http://www.politize.com.br/crise-dos-refugiados>> Acesso em: 31 out. 2017.
- *Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados*. Disponível em: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf>. Acesso em: 10 out. 2017.
- COSTA JÚNIOR, Emanuel de Oliveira. *A guerra no direito internacional*. Revista **Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 8, n. 114, 26 out. 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/4415>>. Acesso em: 24 out. 2017.
- *Crise humanitária: direito, moralidade e solidariedade*. Disponível em: <<https://www.cartacapital.com.br/internacional/crise-humanitaria-direito-moralidade-e-solidariedade-139.html>> Acesso em: 31 out. 2017.
- DECRETO-LEI Nº 281/76 (D.R. n.º 91/1976, Série I de 1976-04-17) Disponível em: <<https://dre.tretas.org/dre/92132/decreto-lei-281-76-de-17-de-abril>> Acesso em: 10 out. 2017.
- *Fundo Monetário Internacional*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/119-fundo-monetario-internacional>> Acesso em: 30 out. 2017.
- GENTILI, Alberico. *O Direito de Guerra. Coleção Clássicos do Direito Internacional*. Ijuí: Unijuí, 2005, p.95-96. ISBN 8574294349.

- *História da OIT*. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/conheca-a-oit/hist%C3%B3ria/lang-pt/index.htm>> Acesso em: 30 out. 2017.
- LEI nº 9474/1997 sobre o Estatuto dos Refugiados (“D.O.U.” de 23/07/1997). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9474.htm> Acesso em: 08 out. 2017.
- MAZZUOLI, Valério. *Curso de Direito Internacional Público*. 9ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015. ISBN: 9788520358061.
- *O que é ONU?*. Disponível em: <<https://www.significados.com.br/onu>> Acesso em: 10 out. 2017.
- *ONU Solidariedade Internacional*. Disponível em: <http://www.apg23.org/pt/onu_solidariedade_internacional> Acesso em: 31 out. 2017.
- *Organização Mundial do Comércio*. Disponível em: <<http://www.itamaraty.gov.br/pt-BR/politica-externa/diplomacia-economica-comercial-e-financeira/132-organizacao-mundial-do-comercio-omc>> Acesso em 30out. 2017.
- *Organização Mundial da Saúde*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Organiza%C3%A7%C3%A3o_Mundial_da_Sa%C3%BAde> Acesso em: 30 out. 2017.
- REZEK, Francisco. *Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva, 2005, p.368. ISBN: 1000214509428.
- *Sociedade das nações*. Disponível em: <https://pt.wikipedia.org/wiki/Sociedade_das_Na%C3%A7%C3%B5es> Acesso em: 18 out. 2017.
- SOUSA, Rainer Gonçalves. *Os resultados da Primeira Guerra Mundial*. Disponível em: <<http://mundoeducacao.bol.uol.com.br/historiageral/os-resultados-primeira-guerra-mundial.htm>> Acesso em: 18 out. 2017.
- UNESCO. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/agencia/unesco>> Acesso em: 30 out. 2017.



OBEDIÊNCIA AO MODELO ACUSATÓRIO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO PENAL

**PARA A CONSTRUÇÃO
DE PROVIMENTOS
JURISDICIONAIS
PENAS LEGÍTIMOS**

RESUMO

Todo o presente trabalho desenvolver-se-á sob o reconhecimento de três premissas fundamentais para a obtenção de um processo penal democrático: legitimidade adquirida a partir da obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal que implica na concessão plena dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial – co-dependentes, indissociáveis e conexos – que compõem a sua base principiológica uníssona durante todo o iter procedimental para a construção de provimentos jurisdicionais penais legítimos; participação efetiva das partes, em que o contraditório não se limita ao dizer e contradizer – contraditório estático –, mas se baseia em um diálogo permanente desenvolvido entre os sujeitos processuais em posição de igualdade e em simétrica paridade de armas entre as partes em que figuram como co-construtoras, corresponsáveis, juntamente com o juiz, da construção dos provimentos jurisdicionais penais; conscientização, na medida em que, para que haja a construção da legitimidade dos provimentos jurisdicionais penais na construção do Estado Democrático de Direito e efetiva participação das partes no processo penal, se faz necessário, de antemão, que a “comunidade jurídica”, em particular, tenha rompido com quaisquer entendimentos



Grazielle Barbosa Viera Cruz Graduada em Direito pela UNICEUMA e especialista em Ciências Criminais pela PUC Minas e Mestranda em Ciências Jurídico Políticas (Direito Público) pela Universidade Portucalense.

pertencentes ao ciclo inquisitório e seus paradigmas autoritários-totalitários-absolutistas adotado pelo Código de Processo Penal, o qual vai de encontro às razões de ser democráticas, e exerça cada vez mais em suas práticas e cotidianos forenses a opção pela prevalência do ciclo acusatório adotado implicitamente pela Constituição Federal, o qual promulga pela proteção e garantia dos direitos fundamentais inerentes a todos sem distinção.

Palavras-chave: Legitimidade; Participação; Conscientização; Provimentos Jurisdicionais; Processo Penal; Acusatório.

ABSTRACT

All this work develop will be under the recognition of three basic premises for obtaining a democratic criminal procedure: legitimacy gained from the obedience to the Model Constitutional Accusatory of Criminal Procedure which implies the full concession of constitutional principles of adversarial, of wide argument, the decisions reasons and impartial third party - co-dependent, indivisible and related - that make up its principled unison basis throughout the inner procedural to build legitimate criminal court provisionses; effective participation of the parties, where the adversarial not limited to say and contradict - static contradictory - but is based on an ongoing dialogue developed between procedural subjects on an equal footing and symmetric parity of arms between the parties in listed as co-builders, co-responsible, together with the judge, the construction of the criminal court provisionses; awareness, in that, so there is the construction of the legitimacy of the criminal court provisionses in building the democratic rule of law and effective participation of the parties in criminal procedure, it is necessary, beforehand, that the "legal community", in particular, has broken with any understandings pertaining to the inquisitorial cycle and its

authoritarian-totalitarian-absolutist paradigms adopted by the Code of Criminal Procedure, which goes against the reasons to be democratic, and engaged increasingly in their forensic practices and everyday the choice of prevalence accusatory cycle implicitly adopted by the Federal Constitution, which promulgates the protection and guarantee of fundamental rights inherent to all without distinction.

Keywords: Legitimacy; Participation; Awareness; Court Provisionses; Criminal Procedure; Accusatory.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho visa demonstrar que em tempos pós-constitucionalistas imbuídos de reflexões acerca da evolução jurídica rumo à humanização universal do Direito, em especial, do Direito Penal e Processual Penal, o Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal deve obrigatoriamente ser obedecido, pois é o único modelo compatível com os paradigmas democráticos que tem em sua essência, a proteção e garantia efetiva dos direitos fundamentais inerentes ao homem.

Segundo Galuppo¹ “Os Direitos Fundamentais são os direitos que os cidadãos precisam reciprocamente reconhecer uns aos outros, em dado momento histórico, se quiserem que o direito por eles produzidos seja legítimo, ou seja, democrático. Ao afirmarmos tratar-se dos direitos que os cidadãos precisam reconhecer uns aos outros, e não que o Estado precisa lhes atribuir, tocamos no próprio núcleo do Estado Democrático de Direito, que, ao contrário do

1 GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. Jurisdição constitucional e direitos fundamentais. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 236-237.

Estado Liberal e do Estado Social, não possui uma regra pronta e acabada para a legitimidade de suas normas, mas reconhece que a democracia é não um estado, mas um processo que só ocorre pela interpretação entre a autonomia privada e a autonomia pública que se manifesta na sociedade civil, guardiã de sua legitimidade”.

Para tanto, o Modelo Acusatório adotado implicitamente pela Constituição Federal, ao estabelecer uma base principiológica uníssona constituída pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial, determina um caminho legítimo de processo penal – devido processo penal constitucional – a ser percorrido, devendo ser respeitados e garantidos todos os referidos princípios constitucionais, uma vez que se constata a interdependência entre os mesmos e a necessidade de coexistirem para a construção de um processo penal democrático, entendido como instituição constitucionalizada, e, acima de tudo, para a geração de provimentos jurisdicionais penais legítimos contemplados pelo Estado Democrático de Direito.

Almeida² afirma que “A observância do devido processo legal e o exercício, em simétrica paridade, do contraditório e da ampla defesa são assegurados como caminhos para atingir a verdade e a realização da justiça no caso concreto, sendo esta, inclusive, uma exigência do inciso I do art. 3º da Constituição Federal, que impõe a realização da justiça nas relações sociais”.

Assim, na construção do Estado Democrático de Direito a obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal consiste na concessão plena dos princípios constitucionais – do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação

2 ALMEIDA, Cleber Lúcio de. A legitimidade das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito.

das decisões e do terceiro imparcial – que compõem a sua base principiológica uníssona, sendo o processo penal acusatório, aquele compreendido a partir da participação efetiva das partes em simétrica paridade de armas na construção dos provimentos jurisdicionais penais através de um diálogo permanente entre os sujeitos processuais em igualdade de oportunidades, e, não, por meio de um monólogo protagonizado pelo julgador, mas permitindo-se um modelo participativo e policêntrico, em que retira-se o juiz do centro do palco processual e recoloca-o na posição de colaborador da democracia na medida em que reconhece o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais, não devendo, produzir provas de ofício (gestão da prova), mas se manter imparcial, fundamentando racionalmente as suas decisões com base nos argumentos trazidos pelas partes ao processo, respeitando as limitações legais e entendendo, no exercício do seu poder de julgar, que o titular do poder é o povo – princípio constitucional da soberania popular – para a efetiva construção de provimentos jurisdicionais penais legítimos.

Oliveira³ salienta que “No quadro do exercício do Poder Jurisdicional, o Direito realiza sua pretensão de legitimidade e de certeza da decisão através, por um lado, da reconstrução argumentativa no processo da situação de aplicação, e, por outro, da determinação argumentativa de qual, entre as normas jurídicas válidas, é a que deve ser aplicada, em razão de sua adequação, ao caso concreto. Mas não só por isso. A argumentação jurídica através da qual se dá a reconstrução do caso concreto e a determinação da norma jurídica adequada está submetida à garantia processual de participação em contraditório dos destinatários do provimento

3 OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. O processo constitucional como o instrumento da jurisdição constitucional. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, vol. 3, n.º 5-6, p. 165, 1º e 2º sem. 2000.

jurisdicional. O contraditório é uma das garantias centrais do discurso de aplicação jurídica institucional e é condição de aceitabilidade racional do processo jurisdicional”.

Anãoobediênciaapelomenosumdosprincípiosconstitucionais que constituem o esquema geral de processo, quais sejam: do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial comprometerá a legitimidade processual, acarretando em provimentos jurisdicionais penais ilegítimos, antidemocráticos, inconstitucionais, incompatíveis com um Estado Democrático de Direito.

Flaviane Barros⁴ vem dizer que “Nesse modelo, cada princípio que constitui a base principiológica uníssona guarda singular dependência e conexão com os demais princípios. Logo, a violação ou inobservância de um desses princípios, significa o desrespeito aos demais”.

É importante ressaltar que para a construção de um processo penal democrático devem ser observadas em sua plenitude não somente as garantias constitucionais do Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal que se fundamenta em uma base principiológica uníssona – contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e terceiro imparcial –, como devem ser assegurados, no ambiente processual, todo e qualquer princípio constitucional pertencente a um Estado Democrático de Direito, respeitando-se sempre o princípio constitucional da Presunção de Inocência que prima pela liberdade como direito fundamental perquirido por um Direito Penal Democrático.

4 BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. vol.1, p. 331-345.

Para Barros⁵, “portanto, o processo penal como microssistema que é, além de se adequar aos princípios constitucionais de uma base principiológica uníssona, deve levar em conta a presunção de inocência e a garantia das liberdades constitucionais do cidadão, previstas no art. 5º da Constituição da República de 1988. Logo, deve-se pensar o processo penal não só o conformando aos princípios do contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e terceiro imparcial, de uma forma geral, mas o especializando através da presunção de inocência e as garantias de liberdades individuais do cidadão. Isto porque, como o processo é garantia constitutiva dos direitos fundamentais, no processo penal, ele se coloca como garantia do direito fundamental de liberdade do cidadão”.

Concluir-se-á o presente trabalho destacando a necessidade urgente da quebra do ciclo inquisitório e de seus paradigmas autoritários-totalitários-absolutistas, alheios ao interesse democrático, e que isso somente será possível, através da conscientização jurídica e social acerca da necessária democratização do processo, procedimento e provimentos jurisdicionais penais proveniente da obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal e consequente concessão plena dos princípios constitucionais que fundamentam a sua base principiológica uníssona – do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial –, apta a proporcionar essenciais mudanças de comportamento que deverão ser exercitadas nas práticas e cotidianos forenses da “Comunidade Jurídica Constitucionalizada”, condizentes com o neoconstitucionalismo e neoprocessualismo contemporâneos

5 BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2008, vol. 1, n.º 6, p.131-148.

para a construção da legitimidade processual, a qual ensejará na construção de provimentos jurisdicionais penais legítimos a partir da garantia constitutiva dos direitos fundamentais os quais deverão encontrar no pronunciamento do juiz, a sua âncora.

2 MELHOR DEFINIÇÃO DE PROCESSO

O exercício constante de releitura da legislação infraconstitucional à luz dos princípios constitucionais que regem a Constituição Federal assim como a revisitação crítica e reflexiva da teoria do processo como relação jurídica em que o processo se resume a uma perspectiva centralizadora do juiz em relação às partes, e em que os provimentos jurisdicionais penais se encontram exclusivamente nas mãos do juiz, para passar a ser entendido como garantia efetiva de direitos fundamentais, em que a construção dos provimentos jurisdicionais penais dar-se-á a partir do diálogo desenvolvido ao longo do processo em igualdade entre os sujeitos processuais, oriundos da lógica do fenômeno de constitucionalização do Direito Penal e Processual Penal em que vivencia os “tempos pós-constitucionalistas”, mostram-se imprescindíveis para a necessária democratização do processo, do procedimento – devido processo penal constitucional – e dos provimentos jurisdicionais penais, fundamentais em um Estado Democrático de Direito, que busca na construção do processo penal democrático, a legitimidade dos provimentos jurisdicionais penais a partir da obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal e, conseqüentemente, a concessão da plenitude dos princípios que o compõem.

Pensando e agindo assim, chegaremos à melhor definição de processo, isto é, àquela que se adequa às exigências dos paradigmas democráticos, que tem na Teoria do Processo como Procedimento em Contraditório de Elio Fazzalari, na Teoria Constitucionalista e na Teoria Neo-Institucionalista do processo de Rosemiro Pereira Leal, a sua razão de ser.

Logo, ter-se-á que processo é uma “instituição constitucionalizada em que o processo só pode existir em um Estado Democrático de Direito, através de sua institucionalização no texto constitucional, protetora dos princípios do contraditório, ampla defesa, isonomia, direito ao advogado e livre acesso à jurisdiicionalidade”⁶; uma “metodologia de garantia dos direitos fundamentais” (BARACHO, 1997, p. 105-123) que permite um modelo participativo e policêntrico com o objetivo de legitimação da jurisdição por meio da soberania popular democrática em prol da construção de provimentos jurisdicionais penais legítimos, garantidos através da obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal a qual consiste na concessão plena dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial, caracterizados como indissociáveis e co-dependentes que constituem a sua base principiológica uníssona, para a efetividade de um devido processo penal constitucional condizente com o neoconstitucionalismo e neoprocessualismo contemporâneos.

Baracho⁷ “[...] o processo, como garantia constitucional, consolida-se nas constituições do século XX, através da consagração de princípios de direito processual, com o reconhecimento e a enumeração de direitos da pessoa humana, sendo que esses se consolidam pelas garantias que os torna efetivos e exequíveis”. (BARACHO, 1999, p. 90)

6 LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 4ª ed. rev. e ampl, Porto Alegre: Editora Síntese. 2001 e 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. ISBN 9788530933494.

7 BARACHO, José Alfredo de Oliveira. Teoria geral do processo constitucional. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 1999, vol. 2, n.º 3-4, p.90.

Permitir-se entender o processo dessa forma, é romper com a Teoria do Processo como Relação Jurídica entre o juiz e as partes ou Teoria Instrumentalista do Processo e com o modelo inquisitório de processo penal proposto pelo Código de Processo Penal, incompatíveis com os paradigmas de um Estado Democrático de Direito, em que “tal teoria sustenta-se na noção de direito subjetivo, como poder de alguém sobre a conduta de outrem, que portanto somente pode se caracterizar pela posição do juiz de “poder-dever” e das partes como sujeição. Logo, o vínculo subjetivo entre os sujeitos do processo, que justifica o processo desde Bülow(1868), se faz por meio da subordinação das partes ao juiz, que se coloca como super-parte da relação jurídica”⁸

Assim, “O papel do juiz como “super-parte” e a relação jurídica entre o sujeito ativo e o sujeito passivo no processo foram importados ao instrumentalismo processual de Dinamarca em que o processo era definido como um instrumento da jurisdição que tinha como objetivo realizar os escopos metajurídicos e a pacificação social”⁹

Jacinto Nelson de Miranda Coutinho¹⁰ aponta que a marca característica do sistema inquisitório remete à extrema

8 BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2008, vol. 1, n.º 6, p.131-148.

9 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, vol. 8, n.º 16, p. 121, p. 147-161, 2º sem. 2005.

10 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo, MALAN, Diogo (coord.). Processo penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da constituição da república de 1988. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p.255.

concentração de poder nas mãos do juiz, que, no sistema inquisitório, em primeiro lugar, recolhe a prova e/ou determina sua produção, sendo o acusado mero objeto de investigação cuja prisão figura como regra.

“Dessa forma, o princípio inquisitório concentra nas mãos do juiz todo o conhecimento adquirido na investigação, sendo que o julgador acumula as funções de acusar, defender e de julgar. O procedimento inquisitório acaba por excluir as partes, proporcionando que o juiz, de modo solitário, construa todo o saber que será, ao final, anunciado como a verdade real”.¹¹

Nessa perspectiva antidemocrática e inconstitucional, o processo penal e a consequente geração dos provimentos jurisdicionais penais dar-se-ão sob o olhar exclusivo do juiz – solipsismo judicial –, excluindo a participação das partes na construção das decisões judiciais penais.

Tal entendimento não se faz possível na busca por um processo penal democrático que encontra na Constituição Federal o seu amparo.

Portanto, pensar o processo enquanto concentração política e como elemento de violação de direitos fundamentais pertencentes à visão do processo como relação jurídica e ao modelo inquisitório de processo penal proposto pelo Código de Processo Penal é ir de encontro à visão de processo como instituição constitucionalizada e legitimadora dos direitos fundamentais inerentes ao homem pertencentes ao modelo acusatório de processo penal proposto implicitamente pela Constituição Federal.

11 MARQUES, Leonardo Augusto. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz. Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.º 183, p. 147, julho/setembro 2009.

“ [...] falam que o processo é instrumento da jurisdição, sem observarem que a jurisdição hoje é função fundamental do Estado e este só se legitima, em sua atividade jurisdicional, pelo processo. É, portanto, o processo validador e disciplinador da jurisdição e não instrumento desta”.¹²

3 MODELO ACUSATÓRIO CONSTITUCIONAL DE PROCESSO PENAL

A percepção de que a teoria do processo como relação jurídica e seus escopos metajurídicos não seriam compatíveis com a Democracia, são primeiramente apresentados no Brasil por Gonçalves (1992), utilizando-se da teoria do processo como procedimento realizado em contraditório, formulada por Fazzalari (1992) (BARROS, 2008, p. 131-148).

O autor italiano distinguiu o processo do procedimento em que este é o gênero daquele que é espécie os quais se entrelaçam para a concretude do mesmo interesse democrático, ou seja, ambos se reconhecem em virtude do cumprimento ao princípio do contraditório como gestor de uma decisão judicial bem fundamentada.

Assim, o contraditório será a possibilidade de desenvolver um debate endoprocessual em simétrica paridade de armas entre as partes e em igualdade de oportunidades entre os sujeitos processuais para a construção compartilhada dos provimentos jurisdicionais penais.

12 LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 4ª ed. rev. e ampl, Porto Alegre: Editora Síntese. 2001 e 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p.66. ISBN 9788530933494.

Segundo Barros¹³ “Além de permitir a compreensão do processo para além do processo jurisdicional, pois não mais se liga à existência de um vínculo subjetivo entre o juiz e as partes, mas da existência do procedimento em contraditório”, se faz necessário, ainda, ao se analisar o processo no contexto do paradigma do Estado Democrático de Direito, compreendê-lo a partir do fenômeno pós-constitucionalista de constitucionalização do Direito Penal e Processual Penal em que o processo é definido como garantia constitutiva de direitos fundamentais, demonstrando como os princípios constitucionais formadores da base principiológica uníssona do Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal se inter-relacionam.

A partir do modelo constitucional de processo, proposto inicialmente por Andolina e Vignera e, no Brasil, consagrado por José Alfredo de Oliveira Baracho por meio da elaboração da Teoria Constitucionalista do Processo em que o processo foi aprimorado no sentido da necessidade de se reafirmar a imprescindibilidade de obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal adotado implicitamente pela Constituição Federal, formulou-se uma Teoria Geral do Processo, baseada neste modelo democrático que se funda em uma base principiológica uníssona (contraditório, ampla argumentação, fundamentação das decisões e do terceiro imparcial) indissociáveis e co-dependentes, ou seja, o Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal seria um esquema geral de princípios presentes em qualquer processo. A violação de um princípio significaria o desrespeito aos demais.

13 BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2008, vol. 1, n.º 6, p.131-148.

“Processo é cláusula inderrogável de resistência jurídica com raízes na soberania popular (única fonte legítima de poder) na construção da Constituição, porque não seguida a principiologia do processo constituinte, não se pode falar em legitimidade legislativa na geração da norma constitucional. O legislador, nas Sociedades Políticas Democráticas de Direito, uma vez eleito submete-se aos princípios do processo, como instituição jurídica balizadora da soberania popular e da cidadania, cujos fundamentos, se não assentados juridicamente, de forma legal, preexistente e básica, como única fonte do poder constituinte, assumem significações conjunturais antagônicas ao Estado democrático de Direito”.¹⁴

Assim, a obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal consiste na concessão plena dos princípios constitucionais que compõem a sua base principiológica uníssona quais sejam: do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial que têm como característica intrínseca a interdependência entre eles para a construção de provimentos jurisdicionais penais legítimos a partir da construção da legitimidade processual pelo devido processo penal constitucional.

Da relação Constituição e Processo, verifica-se a conexão, a co-dependência entre os princípios constitucionais do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial que compõem a base principiológica uníssona do Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal.

14 LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria Geral do Processo: primeiros estudos. 4^a ed. rev. e ampl, Porto Alegre: Editora Síntese. 2001 e 10^a ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 71. ISBN 9788530933494

Del Negri¹⁵ vem dizer que “A ligação necessária entre Processo e Constituição resultou em um dos movimentos mais significativos, com repercussão em teses constitucionalistas, que levaram o Processo a ocupar o centro das garantias constitucionais. [...] Dentro dessa experiência, resultante do movimento constitucionalista, o professor mineiro José Alfredo de Oliveira Baracho se destaca em estudo pioneiro no Brasil, e no mundo, ao se dedicar a importante pesquisa que demonstrou como o Processo passou a se consolidar como garantia constitucional para que não houvesse nenhum prejuízo aos Direitos Fundamentais [...], confirmando, de vez, os princípios de direito processual e a expressão Direito Processual Constitucional”.

A presença significativa da relação de conexão entre os princípios constitucionais que constituem a base principiológica uníssona do Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal, alicerce para a construção de um processo penal democrático, se estende à compreensão do processo a partir da conexão entre a Teoria Constitucionalista do Processo e a Teoria Neo-institucionalista do Processo de Rosemiro Pereira Leal em que o processo é elevado ao patamar constitucional, digno de um Estado Democrático de Direito, pois o processo é a própria garantia efetiva dos direitos fundamentais a partir da necessária obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal e concessão plena dos princípios constitucionais formadores de sua base principiológica uníssona, adotado implicitamente pela Constituição Federal.

“A contribuição da Teoria Constitucionalista, fez com que o processo passasse a ser garantia constitucional assim como os princípios do contraditório e da fundamentação das decisões, por

15 DEL NEGRI, André. Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática. Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 101. ISBN 9788589148184.

isso, a Constituição Federal de 1988 é um marco, que constitui o Estado Democrático de Direito”.¹⁶

Apesar da Constituição Federal não fazer menção expressa à adoção do modelo acusatório de processo penal, em razão da lógica-democrática de proteção e garantia constitutiva dos direitos fundamentais, podemos indubitavelmente assegurar que o Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal é o único modelo compatível com os valores traçados no texto fundamental.

Nesse sentido, Geraldo Prado¹⁷ afirma que se aceitarmos que a norma constitucional que assegura ao Ministério Público a privatividade do exercício da ação penal pública, na forma da lei, a que garante a todos os acusados o devido processo legal, com ampla defesa e contraditório, além de lhes deferir, até o trânsito em julgado da sentença condenatória a presunção da inocência, e a que, aderindo a tudo, assegura o julgamento por juiz competente e imparcial, pois que se excluem as jurisdições de exceção, com a plenitude do que isso significa, são elementares do princípio acusatório, chegaremos à conclusão que, embora não o diga expressamente, a Constituição da República o adotou.

Soma-se à concessão plena dos princípios constitucionais formadores da base principiológica uníssona que fundamentam o Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal a necessidade urgente de quebra do ciclo inquisitório, reinante no

16 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, vol. 8, n.º 16, p. 121, p. 121, 2º sem. 2005.

17 PRADO, Geraldo. In Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais. Rio de Janeiro: Lúmen Jurídica, 1999, p. 171. ISBN 857387029X.

processo penal brasileiro e em que pertence o modelo inquisitório de processo penal proposto pelo Código de Processo Penal, através do efetivo exercício do ciclo acusatório em que pertence o Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal nas práticas e cotidianos forenses da “comunidade jurídica” a qual, através da conscientização acerca da necessária democratização e humanização do processo, procedimento e provimentos jurisdicionais penais para a construção da legitimidade processual e conseqüente construção de provimentos jurisdicionais penais legítimos, a partir do entendimento do processo como elemento legitimador da jurisdição no Estado Democrático de Direito, reafirmar-se-á a sua essência de garantia constitutiva dos direitos fundamentais.

Assim, a “Comunidade Jurídica Constitucionalizada”, em que pertencem o Estado e o povo, conscientes acerca da proteção e garantia dos direitos fundamentais inerentes a todos amparados pela Constituição Federal, passarão a atuar como “colaboradores da democracia” na medida em que ambos deverão empreender esforços na construção do Estado Democrático de Direito.

“O Estado deverá esforçar-se para, no exercício de suas funções, respeitar as limitações legais e entender que o poder é popular; o povo deverá esforçar-se para envolver-se de forma consciente na defesa de seus direitos, como principal partícipe da atividade jurisdicional”¹⁸

18 BARROS, Renata Furtado de. O Processo no Estado Democrático de Direito: elemento legitimador da jurisdição. DEROMA JR., Antônio Edson. (Org.). O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: a quebra de paradigmas frente às necessidades sociais. Raleigh, Carolina do Norte, EUA: LULU PUBLISHING, 2012, vol. 1, p. 215-245. ISBN 9781105832482.

Segundo os ensinamentos de Aury Lopes Júnior (LOPES JÚNIOR, 2010c, p. 154-155; 2010a, p. 60-61), o sistema acusatório é marcado por configurar-se em um processo de partes, no qual há a completa dissociação entre a atividade de acusar e a tarefa de julgar, assim a iniciativa probatória compete exclusivamente às partes, mantendo-se o juiz como um terceiro imparcial e proporcionando tratamento isonômico às partes que atuam em contraditório, sendo o acusado sujeito de direitos e não mero objeto do processo. O processo acusatório, em regra é oral e público e não há nenhuma tarifação da prova, primando a sentença pelo livre convencimento fundamentado do julgador. Já ainda o duplo grau de jurisdição, pela possibilidade das decisões serem impugnadas por meio dos recursos e a coisa julgada que visa atribuir segurança à decisão.

José de Assis Santiago Neto¹⁹ afirma que, ao juiz compete a tarefa de julgar e garantir os direitos fundamentais dos sujeitos processuais, principalmente o direito de participação da construção do provimento jurisdicional. O Ministério Público, parte artificialmente criada pela Constituição para possibilitar a adoção do processo acusatório, compete exclusivamente a tarefa de acusar, que não pode ser substituída, suplementada ou complementada pelo julgador. Já à defesa (exercida pelo próprio acusado e pelo defensor técnico) deve competir a tarefa de atuar ativamente da construção do provimento, porém, sem descuidar da presunção de não culpabilidade que favorece ao acusado.

Não há espaço, no paradigma do Estado Democrático de Direito, para um juiz que produza provas de ofício, que substitua o

19 SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 163-164. ISBN 9788584402700.

papel designado à acusação pela Constituição Federal – o exercício da atividade de acusar pertence exclusivamente ao membro do Ministério Público – e nem um juiz justiceiro.

Deve se fazer presente um juiz imparcial que possibilite o diálogo, em igualdade, entre os sujeitos processuais se atendo aos argumentos trazidos ao debate, fundamentando de forma racional as suas decisões, reconhecendo o seu papel de garantidor dos direitos fundamentais e respeitando o exercício dos demais papéis de cada participante no processo – o acusado de defender-se e o Ministério Público de acusar – em que figuram, o juiz e as partes, como protagonistas na construção dos provimentos jurisdicionais penais em colaboração conjunta para a efetividade da democratização processual.

Só assim, teremos a geração de provimentos jurisdicionais penais legítimos, ou seja, democráticos, que tem a legitimidade processual construída a partir do devido processo penal constitucional para a proteção da lógica-democrática que se perfaz no respeito às garantias processuais para o reconhecimento e fruição dos direitos fundamentais.

Em contrapartida, havendo a violação de pelo menos um princípio constitucional que compõe o esquema geral de processo restará comprometida a legitimidade processual e a consequente geração de provimentos jurisdicionais penais legítimos uma vez que os princípios constitucionais do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial, se apresentam como co-dependentes e indissociáveis, ocasionando na geração de provimentos jurisdicionais penais ilegítimos, ou seja, antidemocráticos, os quais terão a ilegitimidade adquirida a partir da não obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal e do não respeito à

integralidade dos princípios constitucionais que fundamentam a sua base principiológica uníssona, sendo, portanto, considerados inconstitucionais, inaceitáveis e incompatíveis com um Estado Democrático de Direito.

Dias²⁰ “Essa conexão demonstra que se houver supressão do contraditório, haverá a violação dos demais princípios, pois a decisão será construída somente pelo juiz, fundamentada por argumentos desse único intérprete (solipsismo judicial) e às partes não será garantida a ampla argumentação, já que elas não precisarão preparar os argumentos para se defenderem de forma ampla uma vez que não construirão a decisão, logo, a fundamentação da decisão também será desrespeitada”.

Segundo as lições de Cléber Lúcio de Almeida²¹ temos que, o diálogo entre os sujeitos do processo será fator de legitimação da decisão judicial quando e na medida em que permitir chegar à verdade e à justiça no caso concreto, segundo os ditames das regras e princípios constitutivos do direito vigente (o processo não pode significar construção participada da decisão judicial e desconstrução da ordem jurídica democraticamente instituída).

“A decisão judicial perde legitimidade na medida em que se distancia do verdadeiro, do justo e das regras e princípios constitutivos do direito vigente, ainda que atenda ao requisito formal do respeito

20 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, vol. 8, n.º 16, p. 121, 2º sem. 2005.

21 ALMEIDA, Cleber Lúcio de. A legitimidade das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/professor/professores.asp>>. Acessado em: 08/02/2010.

ao devido processo legal e de garantia do exercício, em simétrica paridade, do contraditório e da ampla defesa”.²²

3.1 Devido Processo Penal Constitucional e os Princípios Constitucionais do Contraditório, da Ampla Argumentação, da Fundamentação das Decisões e do Terceiro Imparcial

O Devido Processo Penal Constitucional significa que a Constituição Federal ao adotar implicitamente o Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal determinou um caminho legítimo de processo penal a ser percorrido, que levará à aquisição da legitimidade processual e, conseqüentemente, à construção de provimentos jurisdicionais penais legítimos, através da obediência a esse “proceder”, pois somente dessa forma é que finalmente experimentaremos a plenitude do interesse democrático proveniente da Constituição Federal, ou seja, teremos, de fato, alcançado a democratização e a humanização primordiais ao processo, ao procedimento e aos provimentos jurisdicionais penais.

“Logo, em termos de Estado Democrático de Direito em que o processo é garantia constitutiva de direitos fundamentais, o devido processo penal constitucional somente pode ser entendido como modelo constitucional de processo, entendido como base principiológica uníssona, consubstanciada pelos princípios do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial”.²³

22 ALMEIDA, Cleber Lúcio de. A legitimidade das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito. Disponível em: <<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/professor/professores.asp>> . Acessado em: 08/02/2010.

23 BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2008, vol. 1, n.º 6, p.131-148.

O princípio constitucional do contraditório que teve como precursor Elio Fazzalari ao defender a perspectiva do processo como procedimento realizado em contraditório abandona definitivamente a visão do “contraditório estático” ligado ao entendimento do contraditório como mero dizer e contradizer, elevando-o ao patamar de “contraditório dinâmico”, ou seja, aquele desenvolvido de forma permanente ao longo do diálogo processual promovido pelos sujeitos processuais em posição de igualdade, sem qualquer relação de submissão ao Estado-juíz, em simétrica paridade de armas entre as partes as quais participam de maneira ativa na construção dos provimentos jurisdicionais penais, figurando como corresponsáveis e co-construtoras das decisões judiciais penais.

O conceito de processo para Fazzalari²⁴ é: espécie de procedimento em contraditório entre as partes, em simétrica paridade, na preparação do provimento jurisdicional. É “uma estrutura técnico-jurídica de atos lógico-temporais realizada em contraditório”.²⁵

“Quando este processualista define o processo como o procedimento realizado em contraditório entre as partes, ou seja, aquele procedimento em que as partes participam, em igualdade de condições, da elaboração do provimento final, não concebendo, portanto, o juiz como único responsável pelo provimento final, vez que autor e réu intervêm em simétrica paridade na formação do convencimento, ele revela que as partes são também, em certo sentido tão autores da sentença quanto o juiz. Isto indica, por sua

24 FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova, Cedam, 1992, p. 90. ISBN 881317652X

25 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 4ª ed. rev. e ampl, Porto Alegre: Editora Síntese. 2001 e 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 246. ISBN 9788530933494.

vez, que o sentido da norma jurídica e a definição de qual norma regula um determinado caso só se revelam plenamente quando os envolvidos participam desse discurso de aplicação. Portanto, não se pode legitimamente, em um processo constitucional, prescindir-se das partes envolvidas (ou seja, de todos aqueles sobre quem se aplicarão as conseqüências da decisão) na revelação do sentido da Constituição”.²⁶

Para Fazzalari o processo deixa de ser um meio de exercício da jurisdição, para a emissão de sentenças, e passa a ser mais do que uma mera sequência de ritos, ordenados em prol da vontade e convencimento do juiz (LEAL, 2011, p. 69).

“Procedimento sem norma de comando estrutural é um amontoado de atos não jurídicos sem qualquer legitimidade, validade e eficácia”.²⁷

O contraditório democrático abrange a participação efetiva das partes na construção da decisão como também no controle do exercício da atividade jurisdicional que se encontra limitada aos argumentos trazidos pelas partes ao conhecimento do julgador que deve se manter imparcial, participando das provas utilizadas no processo – afastando a ideia de um juiz inerte –, contudo, não lhe sendo permitida a iniciativa probatória a qual fica ao encargo exclusivo do órgão de acusação, devendo o juiz, nesta perspectiva democrática, sempre fundamentar as suas decisões de maneira racional, utilizando-se de argumentos jurídicos debatidos pelas partes para que o provimento jurisdicional penal seja legítimo.

26 GALUPPO, Marcelo Campos. O que são direitos fundamentais? In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 63.

27 28 LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 4ª ed. rev. e ampl, Porto Alegre: Editora Síntese. 2001 e 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 69. ISBN 9788530933494

“Se o juiz fundamenta sua decisão em argumentos não-jurídicos, ou em argumentos não utilizados pelas partes, ocorre a violação do princípio da fundamentação da decisão e, conseqüentemente do contraditório, visto que as partes não participaram na construção do processo; da ampla argumentação, já que o tempo processual foi insuficiente para que as partes construíssem de forma efetiva a argumentação a ser utilizada na preparação de sua ampla defesa; do terceiro imparcial, uma vez que ao decidir com base em argumentos pessoais, o juiz passa a ser o único intérprete do direito, reforçando o seu subjetivismo e atingindo a sua imparcialidade”.²⁸

A essência do processo, para Fazzalari, é o contraditório, no qual devem se basear todas as decisões processuais, fundamentalmente democráticas. Se não há processo, ou seja, se não há procedimento em contraditório, não há democracia e a sociedade estaria fadada a viver uma ditadura estabelecida pelo exercício da jurisdição antidemocrática, exercida pelo Estado, sem levar em consideração o interesse do povo e seus direitos.²⁹

O processo se legitima pela presença do princípio constitucional do contraditório. É essencial que o diálogo democrático exista entre os participantes do processo para que os provimentos jurisdicionais penais não sejam impostos, baseados na interpretação exclusiva do juiz, em argumentos metajurídicos ou em convicções pessoais, a fim de serem evitadas as decisões judiciais surpresas.

28 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, vol. 8, n.º 16, p. 121, 2º sem. 2005.

29 BARROS, Renata Furtado de. O Processo no Estado Democrático de Direito: elemento legitimador da jurisdição. DEROMA JR., Antônio Edson. (Org.). O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: a quebra de paradigmas frente às necessidades sociais. Raleigh, Carolina do Norte, EUA: LULU PUBLISHING, 2012, vol. 1, p. 215-245. ISBN 9781105832482.

“Fazzalari, ao distinguir Processo e procedimento pelo atributo do contraditório, conferindo, portanto, ao procedimento realizado pela oportunidade de contraditório a qualidade de Processo, não fê-lo originariamente pela reflexão constitucional de direito-garantia. Sabe-se que hoje, em face do discurso jurídico constitucional das democracias, o contraditório é instituto do Direito Constitucional e não mais uma qualidade que devesse ser incorporada por parâmetros doutrinários ou fenomênicos ao procedimento pela atividade jurisdicional”. (LEAL, 2009, p. 83)

As partes, essenciais na construção dos provimentos jurisdicionais penais, devem participar ativamente na elaboração dos provimentos jurisdicionais penais com o poder de influenciar as decisões.

A percepção do juiz como uma figura superior, como preza a teoria da relação jurídica, ratifica o pensamento de imposição da jurisdição sem a legitimidade trazida pelo contraditório. A partir da valorização do contraditório, como elemento essencial para a existência do processo, Fazzalari consegue explicar a importância das partes para a elaboração do provimento final processual. Não há qualquer subordinação das partes em relação ao juízo, uma vez que, por meio do contraditório, elas são essenciais para a conclusão processual (BARROS, 2012, p. 215-245).

“Nessa perspectiva, caso as partes consigam participar, de forma democrática e isonômica da jurisdição, tem-se “processo”, contudo, os provimentos jurisdicionais que violam o contraditório das partes, não seriam “processo”, mas somente, procedimentos sem contraditório”.³⁰

30 BARROS, Renata Furtado de. O Processo no Estado Democrático de Direito: elemento legitimador da jurisdição. DEROMA JR., Antônio Edson. (Org.). O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: a quebra de paradigmas frente às necessidades sociais. Raleigh, Carolina do Norte, EUA: LULU PUBLISHING,

“O processo   um procedimento, mas não qualquer procedimento;   o procedimento de que participam aqueles que são interessados no ato final, de caráter imperativo, por ele preparado, mas não apenas participam; participam de uma forma especial, em contraditório entre eles, porque seus interesses em rela o ao ato final são opostos”.³¹

O princípio constitucional da ampla argumenta o   a afirma o do princípio constitucional do contraditório reafirmando a conexão existente entre tais princípios, ou seja, um princípio torna-se base de sustenta o para o outro demonstrando a dependência entre os mesmos e a indissociabilidade marcante.

A ampla argumenta o   a garantia do tempo necessário para a efetiva constru o de argumentos a serem utilizados pelas partes, no processo³².

“A ampla argumenta o garante às partes o direito   prova para demonstrar qualquer fato relevante para a reconstru o do caso concreto, ao direito   assistência técnica do advogado para garantir a possibilidade de argumenta o técnica, ao tempo de reflexão da parte para a argumenta o final das partes para que possa demonstrar qual norma adequada ao caso no espaço procedimentalizado do processo”.³³

2012, vol. 1, p. 215-245. ISBN 9781105832482.

31 GONÇALVES, Aroldo Plínio. Técnica processual e teoria do processo. Rio de Janeiro: AIDE, 1992, p. 68. ISBN 8532100716.

32 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. Fundamentos Constitucionais da Jurisdi o no Estado Democrático de Direito. In: Marcelo Campos Galuppo. (Org.). Constitui o e Democracia. Belo Horizonte: Fórum, 2009, vol. 01, p. 277-309.

33 BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamenta o das decisões a partir do modelo constitucional de processo. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2008, vol. 1, n.   6, p.131-148.

O princípio constitucional da fundamentação das decisões garante às partes o controle das decisões proferidas pelo juiz.

Portanto, o juiz, no paradigma do Estado Democrático de Direito, deve estar vinculado à fundamentação das decisões com base em argumentos jurídicos, ou seja, utilizando-se dos argumentos trazidos pelas partes ao processo, limitando-se a eles.

Os provimentos jurisdicionais penais devem ser produtos da construção da discussão democrática promovida entre os sujeitos processuais ao longo do processo penal democrático sob pena de restar comprometida a legitimidade processual, acarretando na consequente formação de provimentos jurisdicionais penais ilegítimos em que foram baseados na interpretação única e subjetiva do juiz.

A norma do art. 93, IX da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 exige que o princípio da fundamentação das decisões seja observado pelos magistrados em toda e qualquer decisão, sob pena de nulidade.³⁴

“Art. 93, IX Todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as decisões, sob pena de nulidade, podendo a lei limitar a presença, em determinados atos, às próprias partes e a seus advogados, ou somente a estes, em casos nos quais a preservação do direito à intimidade do interessado no sigilo não prejudique o interesse público à informação”. (Redação dada pela Emenda Constitucional n° 45, de 2004)

34 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, vol. 8, n.º 16, p. 121, p. 147-161, 2º sem. 2005.

“Insero no conceito de direito democrático (em sua aplicação ou justificação), o processo assegura um espaço de participação política a seus sujeitos. Não se presta, tão-somente, ao exercício jurisdicional do Estado. Os cidadãos (no processo judicial) ou seus representantes (no processo legislativo) utilizam-no para fim diverso à jurisdição: nesse aspecto, o processo é meio de implementação da democracia, permitindo uma comunidade de intérpretes do direito”.³⁵

Ronaldo Brêtas de Carvalho Dias³⁶ preleciona que, na atualidade, sempre enfatizado no âmbito do direito processual constitucional, referido princípio impõe aos órgãos jurisdicionais do Estado o dever jurídico da fundamentação de seus pronunciamentos decisórios, com o objetivo principal de afastar o arbítrio e as intromissões anômalas ou patológicas das ideologias, das subjetividades e das convicções pessoais dos agentes públicos julgadores (juizes) ao motivarem as decisões proferidas nos processos, quando decidem as questões neles discutidas, permitindo que as partes exerçam um controle de constitucionalidade da função jurisdicional e de qualidade sobre tais decisões, afastando-lhes os erros judiciários, por meio da interposição de recursos.

Assim, verifica-se a imprescindibilidade dessa garantia constitucional para a consolidação do Estado Democrático de Direito

O princípio constitucional do terceiro imparcial liga-se à ideia de que, na construção do processo penal democrático em que pertence um Estado Democrático de Direito, a presença de um

35 ARAÚJO, Marcelo Cunha de. O novo processo constitucional. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003, p. 120-121. ISBN 9788576040019.

36 37 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, vol. 8, n.º 16, p. 121, p. 147-161, 2º sem. 2005..

juiz imparcial, ou seja, que formule as suas decisões baseadas na ampla discussão das questões trazidas pelas partes ao processo, é imprescindível, a fim de se evitar, por antecipação, qualquer tipo de decisão que se baseie no “primado da hipótese sobre os fatos” – que o juiz decida antes mesmo de conhecer.

Logo, a exigência de um terceiro imparcial não significa a neutralidade do juiz, que deve participar das provas produzidas pelas partes no processo, contudo, sem se apropriar do papel da iniciativa probatória, a qual deverá ficar ao encargo exclusivo da acusação.

“A justificação se faz dentro de um conteúdo estrutural normativo que as normas processuais impõem à decisão (“devido processo legal”), em forma tal que o julgador lhe dê motivação racional com observância do ordenamento jurídico vigente e indique a legitimidade das escolhas adotadas, em decorrência da obrigatória análise dos argumentos desenvolvidos pelas partes, em contraditório, em torno das questões de fato e de direito sobre as quais estabeleceram discussão. Portanto, a fundamentação da decisão jurisdicional será o resultado lógico da atividade procedimental realizada mediante os argumentos produzidos em contraditório pelas partes, que suportarão seus efeitos. [...] No processo, as “razões de justificação (argumentos)” das partes, envolvendo as “razões de discussão (questões)”, produzidas em contraditório, constituirão “base” para as “razões da decisão”, e aí encontraremos a essência do dever de fundamentação, permitindo a geração de um pronunciamento decisório participado e democrático”.³⁷

37 DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, vol. 8, n.º 16, p. 153-154, 2º sem. 2005.

3.2 Conexão entre os princípios constitucionais do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial

A conexão entre os princípios constitucionais formadores da base principiológica uníssona do Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal decorre da lógica-democrática de indissociabilidade entre eles, proposta pela Constituição Federal e por um Estado Democrático de Direito, assim definida: a fundamentação das decisões pressupõe a existência de um contraditório efetivo que pressupõe a existência de uma ampla argumentação que pressupõe a existência de um terceiro imparcial para que seja pressuposta a legitimidade processual e a efetiva construção de provimentos jurisdicionais penais legítimos.

“Deste modo, a fundamentação da decisão é indissociável do contraditório, visto que garantir a participação dos afetados na construção do provimento, base da compreensão do contraditório, só será plenamente garantida se a referida decisão apresentar em sua fundamentação a argumentação dos respectivos afetados, que podem, justamente pela fundamentação, fiscalizar o respeito ao contraditório e garantir a aceitabilidade racional da decisão. [...] Ao se exigir que a construção da decisão respeite o contraditório e a fundamentação, não mais se permite que o provimento seja um ato isolado de inteligência do terceiro imparcial, o juiz na perspectiva do processo jurisdicional. A relação entre estes princípios é vista, ao contrário, em sentido de garantir argumentativamente a aplicação das normas jurídicas para que a decisão seja produto de um esforço re-constutivo do caso concreto pelas partes afetadas”.³⁸

38 BARROS, Flaviane de Magalhães. A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2008, vol. 1, n.º 6, p.131-148.

O modelo inquisitório proposto pelo Código de Processo Penal, conforme verificaremos em manifestação da promotoria da Comarca de Belém/PA, serviu de base para o provimento jurisdicional penal proferido pelo juiz da 9ª Vara Penal da Comarca de Belém/PA em não obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal em que foram violados os princípios constitucionais do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial quando, em razão de decisão judicial que condenou o acusado para além do pedido formulado pelo Ministério Público em face do recurso de apelação interposto pela defesa, a promotoria apresentou contrarrazões pleiteando, em razão do único modelo de processo penal garantista e democrático – modelo acusatório –, a alteração da imputação típica, em que retirou-se a causa de aumento de pena – arbitrada pelo juiz-inquisidor –, adicionando a sua causa de diminuição.

O órgão de acusação reconheceu que houve violação ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal e a necessidade de refletir o processo penal como garantia constitutiva dos direitos fundamentais, a fim de que, de posse da conscientização sobre tal entendimento, seja finalmente e definitivamente, quebrado o ciclo inquisitório majoritariamente presente nas práticas e cotidianos forenses da comunidade jurídica brasileira.

“Agora, portanto, com a nova redação do art. 156, tudo resta expresso; e muito claro, sem sofisma. O juiz é o gestor da prova. Se as partes não provarem, cabe a ele fazê-lo; e isso é uma constante. Ou melhor: cabe a ele fazê-lo, coadjuvado pelas partes, como mostra Jorge de Figueiredo Dias com todas as letras (Direito processual penal. Coimbra: Coimbra, 1974, p. 191 e ss.). O *in dubio pro reo* vira um desafio psíquico: se o juiz não conseguir provar ser o réu inocente, condena-o. É o *in dubio pro reo* às avessas; mas

nada anormal sendo o sistema inquisitorial, por sinal, como se sabe, programado para ser assim. Na antessala fica, porém, a CR, suas regras e princípios”.³⁹

PROMOTORIA DE JUSTIÇA CRIMINAL DE BELÉM

9º PROMOTOR DE JUSTIÇA

**Excelentíssimo Senhor Juiz de Direito da 9ª Vara Penal da
Comarca de Belém, PA**

Contrarrazões em Apelação

Recorrente: C. A. de S.

Processo n. 0000121-81.2008-814.0401

O MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, através da Promotora de Justiça, a final assinada, no uso de suas atribuições legais, vem, respeitosamente, perante Vossa Excelência, nos autos acima epigrafados, apresentar CONTRARRAZÕES AO RECURSO DE APELAÇÃO interposto pela Defesa, da decisão que condenou o apelante pela prática do crime descrito na Exordial Acusatória, requerendo seja a presente peça encaminhada à instância superior, para apreciação.

Deferimento.

Belém, 12 de agosto de 2015.

ANA CLAUDIA BASTOS DE PINHO

PROMOTORA DE JUSTIÇA

CONTRARRAZÕES AO RECURSO DE APELAÇÃO

Recorrente: C. A. de S.

Recorrido: Justiça Pública

³⁹ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Reformas parciais do processo penal: breves apontamentos críticos. Disponível em: <<http://emporiododireito.com.br/reformas-parciais-do-processo-penal-breves-apontamentos-criticos-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acessado em: 21/05/15.

Autos do Processo n. 0000121-81.2008-814.0401 9ª Vara Penal
da Comarca de Belém-PA

EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

COLENDAS CÂMARA

No dia 04 de julho de 2014, o réu C. A. de S., através de advogada habilitada, interpôs recurso de apelação contra sentença condenatória prolatada pelo juízo a quo, apresentando as respectivas razões, requerendo, em suma, a absolvição por insuficiência probatória ou a desclassificação da conduta para tentativa de furto.

O Ministério Público, mesmo discordando da fundamentação das razões recursais, entende que a Sentença merece ser modificada, alterando-se a imputação típica, conforme consta dos memoriais apresentados pelo Parquet, às fls. 287/290. Vejamos.

SÍNTESE DO PROCESSO

O réu C. A. de S. foi condenado pela prática do crime de roubo majorado pelo concurso de agentes e emprego de arma (art. 157, §2º, I e II do CP), cuja pena em concreto aplicada foi de 05 (cinco) anos de reclusão, conforme fls. 298-308.

O réu interpôs recurso de apelação contra a sentença condenatória, apresentando as respectivas razões, alegando os pontos acima já identificados.

2 - FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

2.1. QUEBRA DO SISTEMA ACUSATÓRIO - VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DISPOSITIVO - O JUIZ NÃO PODE CONDENAR PARA ALÉM DA IMPUTAÇÃO DEDUZIDA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO

No caso vertente, o Ministério Público, por ocasião de seus memoriais apresentados às fls. 287/290, pediu a **CONDENAÇÃO** do recorrente pelo crime de **ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS, NA CONDIÇÃO DE PARTICÍPE DE MENOR IMPORTÂNCIA**.

Isto é, em relação à denúncia, os memoriais da Promotoria retiraram a causa de aumento de pena relativa ao emprego de arma (CP, art. 157, parágrafo segundo, inciso I) e adicionaram a causa de diminuição genérica de pena relativa à participação de menor importância (CP, art. 29, parágrafo primeiro).

Porém, o Magistrado, ao sentenciar, não se fixou na pretensão acusatória agora refinada pelos memoriais. Simplesmente condenou por imputação mais gravosa que aquela definida pelo Ministério Público, em suas alegações finais, depois de avaliar toda a instrução!

Dito de outra forma: a sentença foi além daquilo que definiu o Parquet, como pretensão acusatória! O juiz, portanto, acusou o Apelante por circunstâncias mais gravosas, as quais o próprio órgão de acusação entendeu não estarem presentes. E isso, definitivamente, não cabe, em um processo de garantias!

Assim, garantias como o contraditório, a ampla defesa, a presunção do estado de inocência, o favor rei, a inadmissibilidade de provas obtidas por meio ilícito, a titularidade da ação penal pública pelo Ministério Público, dentre outras, estão a demonstrar exatamente essa preocupação de que a extremidade mais frágil da corda, nessa tensão acusação (Estado)x defesa (réu), fique sempre protegida. Isto faz parte do princípio da isonomia: reconhecer as diferenças, para evitar as desigualdades. Ou seja, reconhecer que o réu é, de fato, o pólo mais fraco e garantir a ele mecanismos de equiparação e de possibilidade real de defesa. E foi exatamente isso que o constituinte fez.

O sistema acusatório – que delineia um modelo de processo penal garantista e democrático – é corolário desse sistema de valores acima exposto. Pelo princípio dispositivo (que funda o sistema acusatório), acusação, defesa e juiz possuem papéis definidos e inconfundíveis. Nesse jogo de equilíbrio, o Ministério Público é o titular exclusivo da pretensão acusatória (em casos de ação penal pública), a Defesa funciona dialeticamente como a antítese da acusação, sendo-lhe assegurados todos os mecanismos legítimos para fazer frente ao Ministério Público, e ao juiz é destinada a tarefa de decidir a causa, bem como as medidas cautelares, garantindo a regularidade do processo, respeitando sua maior característica, qual seja, a imparcialidade.

Em oposição ao modelo acusatório está o modelo inquisitivo (ou inquisitório), no qual o juiz possui o controle sobre a produção da prova, podendo determinar diligências, funcionando como um verdadeiro órgão de acusação. Não há, no modelo inquisitivo, garantia de imparcialidade do julgador nem equidistância em relação às partes.

Em seu livro denominado *Correlação entre acusação e sentença* (Revista dos Tribunais, 2009), o Doutor em Direito Gustavo Badaró, assim se posiciona:

“A regra da correlação entre o fato imputado e o fato constante na sentença implica que o objeto do processo permaneça inalterado, durante todo o desenvolver do iter procedimental. Não pode haver alteração do objeto do processo, considerado em seus momentos extremos. Desde o momento inicial, com a acusação, até o seu término, com a sentença, o objeto do processo não pode, em regra, sofrer alterações”.

“Em síntese, o juiz não pode condenar o acusado, mudando as circunstâncias instrumentais, modais, temporais ou espaciais de execução do delito, sem dar-lhe a oportunidade de se defender da prática de um delito diverso daquele imputado inicialmente, toda vez que tal mudança seja relevante em face da tese defensiva, causando surpresa ao imputado”.

“Toda violação da regra da correlação entre a acusação e sentença implica em um desrespeito ao princípio do contraditório. O desrespeito ao contraditório poderá trazer a violação do direito de defesa, quando prejudique as posições processuais do acusado, ou estará ferindo a inércia da jurisdição, com a correlativa exclusividade da ação penal conferida ao Ministério Público, quando o juiz age de ofício.

Em suma, sempre haverá violação ao contraditório, seja em suas implicações com a defesa ou com a acusação. O desrespeito a princípios tão fundamentais do direito processual, sem dúvida, implicará na ineficácia da sentença que violar a regra da correlação entre acusação e sentença”. Assim, eventual manutenção da decisão a quo seria uma violação clara ao sistema acusatório de processo, definido pela Constituição da república. O juiz, insistindo, não pode condenar por fato mais grave do que aquele definido

pela única instituição que – constitucionalmente – tem o dever de acusar: o Ministério Público.

3 – PEDIDO

Ante o exposto, o Ministério Público requer sejam acatadas, na íntegra, as presentes razões e, via de consequência, provido, **PARCIALMENTE**, o recurso de apelação interposto pela Defesa, para que seja fixada a imputação nos termos exatos descritos nos memoriais de fls. 287/290, isto é **CONDENAÇÃO POR ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS, NA CONDIÇÃO DE PARTÍCIPE DE MENOR IMPORTÂNCIA**. Com isso, necessariamente, haverá alteração na quantidade de pena fixada.

Deferimento.

Belém, PA, 12 de agosto de 2015.

ANA CLAUDIA BASTOS DE PINHO

Promotora de Justiça

Segundo o parecer da promotoria e em análise ao provimento jurisdicional penal que condenou o acusado para além do pedido formulado pelo Ministério Público, percebe-se que o juiz abandonou o papel definido pelo sistema acusatório constitucional, ou seja, o de garantidor dos princípios constitucionais, e assumiu o papel de um juiz-inquisidor, usurpando o papel exclusivo do órgão de acusação, Ministério Público, acumulando, concomitantemente, as tarefas de acusar e julgar.

Para que a legitimidade processual embasada no devido processo penal constitucional formadora de provimentos jurisdicionais penais legítimos seja efetivamente garantida é necessária a obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal, em que os princípios constitucionais pertencentes a sua base principiológica uníssona devem ser concedidos em

sua plenitude, em razão do pleno exercício do contraditório em igualdade de oportunidades entre os sujeitos processuais e em simétrica paridade de armas entre as partes, senão, do contrário, se as decisões judiciais encontrarem fundamento em argumentos do quadro mental paranoico das interpretações solipsistas dos juízes, fortaleceremos o modelo inquisitório e sua razão de ser antidemocrática, inconstitucional, formador de provimentos jurisdicionais penais ilegítimos.

O provimento jurisdicional penal que condenou o acusado é incompatível com um processo penal democrático proveniente de um Estado Democrático de Direito, pois não foi gerado a partir do contraditório, uma vez que a condenação não se limitou aos argumentos trazidos pelas partes ao processo, não zelando pelo princípio da correlação entre acusação e sentença, onde as mesmas não participaram da construção da decisão e nem influenciaram no pronunciamento jurisdicional, tornando-se, a decisão judicial, uma surpresa aos afetados por ela, configurando, em consequência, flagrante atentado ao princípio constitucional da ampla argumentação.

Houve manifesto atentado ao princípio constitucional da fundamentação das decisões em que o juiz se fundamentou em argumentos metajurídicos, típicos do modelo inquisitório e seus paradigmas autoritários-totalitários-absolutistas; a decisão judicial violou o princípio constitucional do terceiro imparcial, pois a sentença proferida pelo juiz foi um “ato isolado de inteligência”, em que figurou como o único intérprete no processo.

A decisão, objeto de estudo é, portanto, inconstitucional, uma vez que “desconsiderou, ao seu embasamento, os argumentos produzidos pelas partes no iter procedimental, [...] logo, não será

sequer pronunciamento jurisdicional, tendo em vista que lhe faltaria a necessária legitimidade”.⁴⁰

Conclui-se, pela ilegitimidade do provimento jurisdicional penal oriunda da não obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal, sendo o provimento jurisdicional penal considerado, segundo o entendimento do processo penal democrático, ilegítimo, antidemocrático, inconstitucional, inaceitável e incompatível com a essência de um Estado Democrático de Direito.

4 BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA NECESSÁRIA E URGENTE QUEBRA DO CICLO INQUISITÓRIO PROPOSTO PELO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL

Como vimos ao longo do presente trabalho, a Constituição Federal fez a clara opção pelo modelo acusatório constitucional de processo e, mais do que isso, assegurou que tal modelo é o único modelo que comporta os paradigmas democráticos. Portanto, o modelo inquisitorial em que a gestão da prova se encontra nas mãos do juiz, é completamente incompatível com a razão de ser democrática de garantia constitutiva dos direitos fundamentais.

“Cumpre ressaltar que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu, de forma indubitável, o sistema acusatório, com explícita separação das funções de julgar e acusar, atribuindo ao órgão acusador o ônus da prova, com o conseqüente afastamento da gestão da prova das mãos do juiz”.⁴¹

40 LEAL, Rosemiro Pereira. Teoria processual da decisão jurídica. São Paulo: Landy, 2002, p. 105. ISBN 858773167X.

41 FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011, p. 01. ISBN 9788562741357.

Quando o juiz tem a iniciativa probatória acaba comprometendo gravemente o princípio constitucional do terceiro imparcial, ou seja, será desde sempre, influenciado psicologicamente pela busca incessante da verdade real e confirmação de seus pré-diagnósticos desde sempre antecipados, fomentando o “quadro mental paranoico” designado por Franco Cordero.

Sobre esse “quadro”, preleciona Jacinto Nelson de Miranda Coutinho: “O mais importante, contudo, ao sistema acusatório – é bom que se diga desde logo –, é que da maneira como foi estruturado não deixa muito espaço para que o juiz desenvolva aquilo que Cordero, com razão, chamou de “quadro mental paranoico”, em face de não ser, por excelência, o gestor da prova pois, quando o é, tem, quase que por definição, a possibilidade de decidir antes e, depois, sair em busca do material probatório suficiente para confirmar a “sua” versão, isto é, o sistema legitima a possibilidade da crença no imaginário, ao qual toma como verdadeiro. (COUTINHO, 2003, p. 25)

Assim, segundo os ensinamentos de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho⁴² acerca do sistema inquisitório, temos que, a característica fundamental do sistema inquisitório, em verdade, está na gestão da prova, confiada essencialmente ao magistrado que, em geral, no modelo em análise, recolhe-a secretamente, sendo que “a vantagem” (aparente) de uma tal estrutura residiria em que o juiz poderia mais fácil e amplamente informar-se sobre a verdade dos factos – de todos os factos penalmente relevantes, mesmo que não contidos na acusação –, dado o seu domínio único

42 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Direito alternativo. In Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito. Rio de Janeiro: ADV, p. 33-45. 1994. Apud NETTO, José Laurindo de Souza. Processo Penal: Sistemas e Princípios. Curitiba: Juruá, 2003, p. 25-26.

e onipotente do processo em qualquer de suas fases. [...] Afastado do contraditório e sendo o senhor da prova, sai em seu encaixe guiado essencialmente pela visão que tem (ou faz) do fato.

O Código de Processo Penal brasileiro de 1941 que propõe o modelo inquisitório foi elaborado a partir de um contexto histórico de repressão, fruto de uma ditadura militar, de base autoritária.

Somente por esta única razão, de essência antidemocrática, em que há a supressão de direitos fundamentais, não deveria mais sequer existir nos tempos atuais de conquista democrática proveniente de um Estado Democrático de Direito, em que a tutela da liberdade deve ser preservada. Assim, a lógica democrática, ou seja, a de garantia dos princípios constitucionais, é que deve conduzir indistintamente todos os processos jurídicos, em particular, o Processo Penal.

Essa conquista democrática nos permite refletir os valores humanos a partir de um “novo” e necessário patamar de consciência humana em que a garantia dos direitos fundamentais a todos os indivíduos, acusados ou não, é uma obrigação diária e indiscutível, pois garante um processo pautado na certeza do respeito à própria condição humana.

Com base nesse entendimento, Paulo Rangel⁴³ afirma que, o sistema inquisitivo, assim, não guarda compatibilidade com os direitos constitucionais que devem prevalecer em um Estado Democrático de Direito e, em vista disso, deve ser afastado das legislações contemporâneas que tem o escopo de assegurar ao cidadão as mínimas garantias em apreço à honra da pessoa humana. Portanto, não nos resta dúvida de que o ciclo inquisitório deve ser necessariamente e urgentemente rompido para a construção

43 RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 47. ISBN 9788537502624.

de um processo penal constitucional democrático, a partir da necessária obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal e consequente concessão plena dos princípios constitucionais do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial para a efetividade da formação de provimentos jurisdicionais penais legítimos.

Se um destes princípios é violado, todos os demais serão, desconstituindo a legitimidade processual que obrigatoriamente deve estar presente em todos os processos oriundos de um Estado Democrático de Direito.

Logo, o sistema inquisitório proposto pelo Código de Processo Penal e escolhido politicamente e ideologicamente como sistema processual penal brasileiro, “O sistema processual penal brasileiro é, na essência, inquisitório, porque regido pelo princípio inquisitivo, já que a gestão da prova está, primordialmente, nas mãos do juiz, o que é imprescindível para a compreensão do Direito Processual Penal vigente no Brasil”⁴⁴ (COUTINHO, 2003, p. 25), não é apenas nitidamente contrário aos ideais democráticos – através do referido sistema cultivamos a manutenção do paradoxo existencial – a supremacia constitucional vencida pela teimosia da “lei infraconstitucional” –, como, se continuar reinando e embasando os provimentos jurisdicionais penais, seremos merecedores do título de “obstaculizadores da democracia”, desfavorável ao essencial bem-estar processual e ao respeito à integridade dos direitos fundamentais.

44 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. O papel do novo juiz no processo penal. Direito alternativo. In Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito. Rio de Janeiro: ADV, p. 33-45. 1994. Apud NETTO, José Laurindo de Souza. Processo Penal: Sistemas e Princípios. Curitiba: Juruá, 2003, p. 25-26.

5 CONCLUSÃO

A busca por um processo penal democrático significa a adoção de mudanças de comportamento executadas nas práticas e cotidianos forenses provenientes da conscientização dos participantes diretos do processo e da sociedade como um todo, acerca da imperiosa proteção e garantia dos princípios constitucionais corolários de um Estado Democrático de Direito que encontra na supremacia constitucional a tranquilidade de um processo penal justo pautado no respeito à soberania popular – entender o processo dessa forma, é desconstruir a imagem do processo pautado sob o autoritarismo, a repressão que inclui a restrição ou a supressão de direitos fundamentais, a coercibilidade advinda do poder usado de forma arbitrária – percebida inúmeras vezes quando o poder estatal resolve abandonar o ciclo acusatório constitucional e aplicar o ciclo inquisitório proposto pelo Código de Processo Penal –, em que se privilegia a figura do juiz em detrimento da soberania popular e construir um processo penal constitucional a partir do diálogo jurídico em que todos os participantes do processo têm vez e voz.

Portanto, se faz imprescindível na construção dos provimentos jurisdicionais penais, o entendimento de que devemos colaborar com a democracia formadora de provimentos jurisdicionais penais legítimos, e não, ir de encontro aos seus propósitos democráticos, sobretudo, o de concessão plena dos princípios constitucionais, base para todos os processos penais oriundos de um Estado Democrático de Direito.

Logo, o poder punitivo do Estado-juiz encontra limite na Constituição Federal. E, por esta razão lógica e necessária, somente

através da obediência ao Modelo Acusatório Constitucional de Processo Penal, adotado implicitamente pela Constituição Federal, e, portanto, o único modelo de processo penal compatível com as razões de ser democráticas, que, ao estabelecer um caminho de processo penal a ser percorrido – devido processo penal constitucional –, o fez em prol de um processo penal substancial, isto é, de um processo penal que garanta efetivamente os direitos fundamentais inerentes a todos os indivíduos, sejam estes acusados ou não, começando pelo respeito a todos os princípios constitucionais que compõem a sua base principiológica uníssona, quais sejam: do contraditório, da ampla argumentação, da fundamentação das decisões e do terceiro imparcial, a fim de que alcancemos não apenas alguns provimentos jurisdicionais penais legítimos isolados, mas, obtenhamos, de fato, a construção de provimentos jurisdicionais penais legítimos em cadeia, que tenham a legitimidade adquirida através da democratização e da humanização do Direito Penal e Processual Penal, originárias do inexorável processo de conscientização do ser humano como humano, essência de um Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Cleber Lúcio de. *A legitimidade das decisões judiciais no Estado Democrático de Direito*. Disponível em: <<http://direito.newtonpaiva.br/revistadireito/professor/professores.asp>>. Acessado em: 08/02/2010.
- ARAÚJO, Marcelo Cunha de. *O novo processo constitucional*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003. ISBN 9788576040019

- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Processo Constitucional*. Rio de Janeiro: Revista Forense, jan./mar. 1997. vol. 337, p. 105-123.
- BARACHO, José Alfredo de Oliveira. *Teoria geral do processo constitucional*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, 1999, vol. 2, n.º 3-4, p. 89-154.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. *A fundamentação das decisões a partir do modelo constitucional de processo*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, 2008, vol. 1, n.º 6, p.131-148.
- BARROS, Flaviane de Magalhães. O modelo constitucional de processo e o processo penal. In: OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; MACHADO, Felipe Daniel Amorim. (Org.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo democrático brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009. vol.1, p. 331-345.
- BARROS, Renata Furtado de. O Processo no Estado Democrático de Direito: elemento legitimador da jurisdição. DEROMA JR., Antônio Edson. (Org.). *O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO: a quebra de paradigmas frente às necessidades sociais*. Raleigh, Carolina do Norte, EUA: LULU PUBLISHING, 2012, vol. 1, p. 215-245. ISBN 9781105832482
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O papel do novo juiz no processo penal. Direito alternativo*. In Seminário Nacional Sobre o Uso Alternativo do Direito. Rio de Janeiro: ADV, p. 33-45. 1994. Apud NETTO, José Laurindo de Souza. *Processo Penal: Sistemas e Princípios*. Curitiba: Juruá, 2003, p. 25-26.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Um devido processo legal (constitucional) é incompatível com o sistema do CPP, de todo inquisitorial. In: PRADO, Geraldo, MALAN, Diogo (coord.). *Processo penal e democracia: Estudos em homenagem aos 20 anos da Constituição da República de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *Reformas parciais do processo penal: breves apontamentos críticos*. Disponível em: <<http://emporiadodireito.com.br/reformas-parciais-do-processo-penal-breves-apontamentos-criticos-por-jacinto-nelson-de-miranda-coutinho/>>. Acessado em: 21/05/15.
- DEL NEGRI, André. *Controle de constitucionalidade no processo legislativo: teoria da legitimidade democrática*. Belo Horizonte: Fórum, 2003. ISBN 9788589148184.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *A garantia da fundamentação das decisões jurisdicionais no Estado Democrático de Direito*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, vol. 8, n.º 16, p. 121, p. 147-161, 2º sem. 2005.
- DIAS, Ronaldo Brêtas de Carvalho. *Fundamentos Constitucionais da Jurisdição no Estado Democrático de Direito*. In: Marcelo Campos Galuppo. (Org.). *Constituição e Democracia*. Belo Horizonte: Fórum, 2009, vol. 01, p. 277-309.
- FARIA, André Luiz Chaves Gaspar de Moraes. *Os poderes instrutórios do juiz no processo penal: uma análise a partir do modelo constitucional de processo*. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2011. ISBN 9788562741357.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di diritto processuale*. Padova, Cedam, 1992. ISBN 881317652X
- GALUPPO, Marcelo Campos. *O que são direitos fundamentais?* In: SAMPAIO, José Adércio Leite. *Jurisdição constitucional e direitos fundamentais*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003. p. 63.

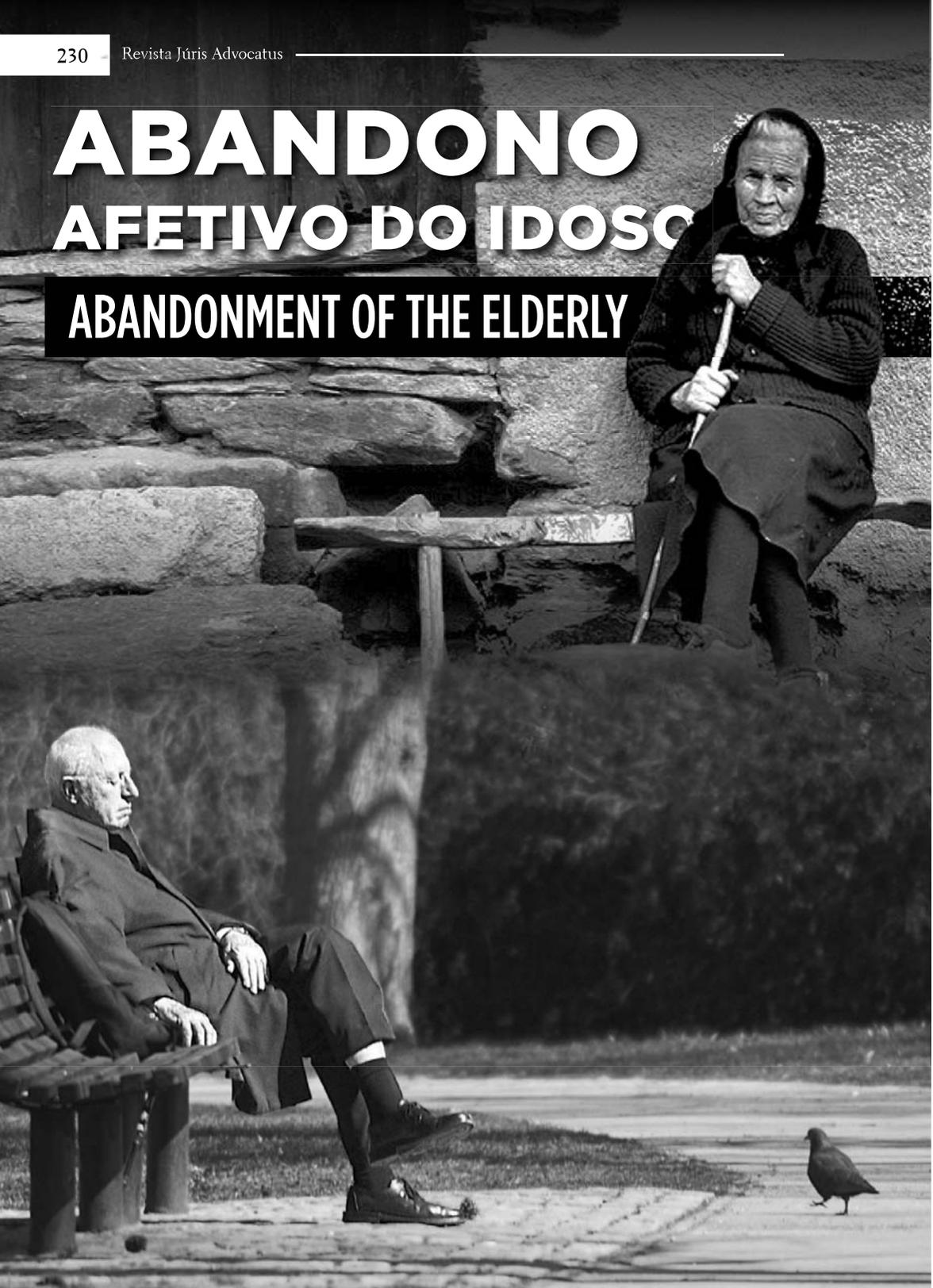
- GONÇALVES, Aroldo Plínio. *Técnica processual e teoria do processo*. Rio de Janeiro: AIDE, 1992. ISBN 8532100716.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria processual da decisão jurídica*. São Paulo: Landy, 2002. ISBN 858773167X
- LEAL, Rosemiro Pereira. Modelos processuais e constituição democrática. MACHADO, Felipe Daniel Amorim, OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. (Coords.). *Constituição e processo: a contribuição do processo ao constitucionalismo brasileiro*. Belo Horizonte: Del Rey, 2009.
- LEAL, Rosemiro Pereira. *Teoria Geral do Processo: primeiros estudos*. 4ª ed. rev. e ampl, Porto Alegre: Editora Síntese. 2001 e 10ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011. ISBN 9788530933494.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010a, vol. 1. ISBN 9788537509265.
- LOPES JÚNIOR, Aury. *Introdução crítica ao Processo Penal (fundamentos da instrumentalidade constitucional)*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010c. ISBN 9788537507865
- MARQUES, Leonardo Augusto Marinho. A exclusividade da função acusatória e a limitação da atividade do Juiz. *Inteligência do princípio da separação de poderes e do princípio acusatório*. Revista de Informação Legislativa, Brasília, n.º 183, p. 141-153, julho/setembro 2009.
- OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. *O processo constitucional como o instrumento da jurisdição constitucional*. Revista da Faculdade Mineira de Direito, Belo Horizonte, vol. 3, n.º 5-6, p. 161-169, 1º e 2º sem. 2000.

- PRADO, Geraldo. In *Sistema Acusatório – A Conformidade Constitucional das Leis Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 1999, p. 171. ISBN 857387029X
- RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 14ª ed. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2008, p. 47. ISBN 9788537502624.
- SANTIAGO NETO, José de Assis. *Estado Democrático de Direito e Processo Penal Acusatório: a participação dos sujeitos no centro do palco processual*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 163-164. ISBN 9788584402700



ABANDONO AFETIVO DO IDOSO

ABANDONMENT OF THE ELDERLY



RESUMO

Cuida-se no presente artigo de uma abordagem acerca do instituto do abandono afetivo ao idoso e da marginalização deste perante não só a sociedade, como também, no seio familiar. Embora valores como afeto e amor sejam subjetivos e incalculáveis, o cuidado dos filhos para com os pais idosos se trata de um dever constitucionalmente estabelecido e não apenas de mera faculdade, necessitando, inclusive, de amparos imateriais. Faz-se um breve registro acerca das legislações afetas aos idosos ao longo do ordenamento jurídico brasileiro, objetivando sua maior qualidade de vida. Analisam-se, ainda, as consequências que a ausência de afeto pode causar na saúde física e psicológica do idoso, bem como, o direito destes ao recebimento de indenização no caso do ato ilícito de omissão, que servirá também para fins pedagógicos ao agente agressor.

Palavras-chave: idoso; omissão; abandono; dever; afeto.

ABSTRACT

This article deals with the approach of the institute of the affective abandonment to the elderly and the marginalization of this before not only the society, but also within the family.



Bárbara Marques - Inscrita na Ordem dos Advogados do Brasil, seccional maranhão sob o número 14.062. Graduada em Direito pela Universidade CEUMA, Pós-Graduada lato sensu em Direito Processual pela PUC de Minas Gerais e Mestranda em Ciências Jurídico Políticas (Direito Público) pela Universidade Portucalense. Palestrante de programas como OAB nas escolas. Vice-Presidente da Comissão de Educação da OAB/MA - 2017-2018 Procuradora de Prerrogativas da OAB/MA - 2018 Secretária-geral da Comissão de Jovens Advogados da OAB/MA - 2016-2017.

Although values such as affection and love are subjective and incalculable, the care of the children towards the elderly parents is a constitutionally established duty and not just a mere faculty, even requiring immaterial amparo. A brief record is made of the laws that affect older people throughout the Brazilian legal system, aiming at their higher quality of life, as well as analyzing consequences that the absence of affection can cause in the physical and psychological health of the elderly, as well as , their right to receive compensation in the case of an unlawful act of omission, which will also serve for pedagogical purposes to the aggressor agent..

Key-words:. old man; omission; abandonment; to owe; affection.

1. INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas, devido entre outros fatores à globalização, ao desenvolvimento tecnológico, a implantação de políticas públicas de saúde e avanços da medicina, com a descoberta de curas e até mesmo erradicação de muitas doenças fatais, houve considerável redução nas taxas de mortalidade e, por conseguinte o aumento da população idosa em comparação as demais faixas etárias, não apenas em países considerados desenvolvidos, onde a população em sua maioria é composta por idosos, a exemplo de países europeus, como também em países emergentes.

Conforme dispõe o artigo 01 da Lei 10.741/03¹, também conhecida como estatuto do idoso, uma pessoa é considerada idosa quando conta com mais de 60 anos de idade.

De acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e

1 BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. *Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03, out. 2003.

Estatística – IBGE², a expectativa de vida do brasileiro aumentou 30,3 anos entre 1940 e 2016, sendo, atualmente, de 75,8 anos, contando com um acréscimo de 3 meses e 11 dias com relação ao ano de 2015, que era de 75,5 anos. Segundo Gama³, “em 2015, haverá 2 milhões de pessoas idosos no mundo e cerca de 80% destas viverão em países que atualmente são classificados como em desenvolvimento ou emergentes”.

Contudo, apesar da conquista de longevidade, é lamentável a situação de muitos idosos no País, que por inúmeras vezes são considerados inúteis, marginalizados e mal tratados não só pela sociedade em geral, mas por quem se espera a proteção e amparo, ou seja, no âmbito familiar. É cada vez mais frequente denúncias de maus tratos a idosos, ou que estes sejam abandonados em asilos, que não contam com a infraestrutura necessária para garantir o bem estar do ser humano na fase mais delicada de sua vida, quando necessita de mais cuidados.

Diante deste cenário, visando prevenir situações de abandono e garantir bem estar e proteção, o legislador brasileiro estipulou ao longo do ordenamento jurídico, diversos dispositivos assegurando direitos aos idosos, entre eles, o dever de cuidado dos pais pelos filhos, previsto, inclusive, em nossa Carta Maior, devendo sua violação ser punida, não apenas no âmbito penal, como também no âmbito civil.

2 INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFICA E ESTATÍSTICA. *Expectativa de vida do brasileiro*. 2016. Disponível em: < <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos.html> > . Acesso em: 05/06/2018.

3 GAMA, Vasco Lopes da *Ser idoso hoje, ser idoso ontem*. 20 de novembro de 2013. Disponível em: < <http://comunicar-preciso.blogspot.com/2013/11/ser-idoso-hoje-e-ser-idoso-ontem.html> > . Acessado em: 25/06/2018.

Desta feita, este artigo realizará uma análise acerca do instituto do abandono afetivo inverso, abordando os principais dispositivos que preceituam o dever de cuidado dos filhos, ou demais responsáveis, para com os idosos, zelando por seu bem estar, saúde física e psicológica, convivência familiar e dignidade, bem como, a necessidade de punição no caso de omissão desse dever.

2. PROTEÇÃO JURÍDICA DO IDOSO

Devido ao aumento da população idosa no País, e com o intuito de evitar situações de desrespeito e abandono, o legislador viu a necessidade de resguardar os direitos destes, de maneira mais específica, em diversos dispositivos legais, inclusive, em nossa Carta Maior, assegurando-lhes não apenas o princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa humana, como também, todas as demais garantias fundamentais asseveradas por esta.

A Constituição Federal⁴ brasileira prevê especificamente em seu artigo 229 o dever dos pais no sustento, amparo e criação dos filhos menores e concomitantemente o dos filhos maiores de amparar e cuidar dos pais durante sua velhice, carência e enfermidade. Não obstante, o artigo 230 do mesmo diploma legal, estipula não ser apenas dever dos filhos o amparo aos pais idosos, como também, de toda a família, sociedade e do Estado, de maneira solidária, assegurando a participação destes na comunidade, defendendo a sua dignidade e bem estar.

Visando garantir meios para assegurar os direitos estabelecidos constitucionalmente aos idosos, com a participação efetiva destes

4 BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.

na sociedade, no ano de 1994 foi instaurada a Lei 8.842⁵, conhecida como Política Nacional do Idoso, possuindo como principais diretrizes:

Art. 4º Constituem diretrizes da política nacional do idoso:

I - viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso, que proporcionem sua integração às demais gerações; **II** - participação do idoso, através de suas organizações representativas, na formulação, implementação e avaliação das políticas, planos, programas e projetos a serem desenvolvidos;

III - priorização do atendimento ao idoso através de suas próprias famílias, em detrimento do atendimento asilar, à exceção dos idosos que não possuam condições que garantam sua própria sobrevivência;

IV - descentralização político-administrativa;

V - capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços;

VI - implementação de sistema de informações que permita a divulgação da política, dos serviços oferecidos, dos planos, programas e projetos em cada nível de governo;

VII - estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais do envelhecimento;

VIII - priorização do atendimento ao idoso em órgãos públicos e privados prestadores de serviços, quando desabrigados e sem família; **IX** - apoio a estudos e pesquisas sobre as questões relativas ao envelhecimento.

5 BRASIL. Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994. *Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05, jan. 1994.

Parágrafo único. É vedada a permanência de portadores de doenças que necessitem de assistência médica ou de enfermagem permanente em instituições asilares de caráter social.

Ainda, em 2003 foi alcançada importante conquista aos direitos das pessoas idosas, tendo sido sancionada a Lei 10.741/03⁶, também conhecida como Estatuto do Idoso, que assim como a Constituição Federal, responsabiliza solidariamente a família, a sociedade e o Estado pelo amparo, cuidado e proteção destes, enfatizando, inclusive, a proteção contra o abandono, podendo quem o cometer ser punido criminalmente. Frisa-se que este é composto principalmente por regras de cunho moral, que demonstram a importância do convívio familiar e também visam garantir direitos como à vida, à liberdade, ao respeito e dignidade, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à cultura, dentre outros.

Contudo, não obstante tais regramentos, estes não possuem verdadeira eficácia na prática, visto que, contamos com um Estado despreparado, desprovido de políticas públicas de inclusão às pessoas idosas, que muitas vezes ainda são consideradas como peso e marginalizadas perante a sociedade.

3. O ABANDONO AO IDOSO

O amparo e o cuidado dos filhos com os pais idosos não se trata de uma faculdade, sendo um dever constitucionalmente estabelecido, devendo tal omissão ser punida tanto na esfera civil quanto criminalmente. Ademais, importante destacar o que preceitua o artigo 99 da Lei 10.741⁷:

6 BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. *Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03, out. 2003.

7 BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. *Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03, out. 2003.

Art. 99. Expor a perigo a integridade e a saúde, física ou psíquica, do idoso, submetendo-o a condições desumanas ou degradantes ou privando-o de alimentos e cuidados indispensáveis, quando obrigado a fazê-lo, ou sujeitando-o a trabalho excessivo ou inadequado:

Pena – detenção de 2 (dois) meses a 1 (um) ano e multa.

§ 1o Se do fato resulta lesão corporal de natureza grave:

Pena – reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

§ 2o Se resulta a morte:

Pena – reclusão de 4 (quatro) a 12 (doze) anos.

O crime de abandono material encontra previsão no Código Penal⁸ brasileiro, em seu artigo 244 e dispõe que aquele que deixar de prestar subsistência ao ascendente inválido ou maior de 60 anos, não lhe proporcionando os recursos necessários ou lhe faltando com o pagamento de pensão alimentícia sem justa causa, ou deixando de socorrer este quando enfermo, pode sofrer pena de detenção de 1 a 4 anos e multa.

Segundo Rogério Grecco⁹:

A solidariedade é um dos valores fundamentais da sociedade e todos, juntamente com o Estado, devem se preocupar com todos, deixando de lado seus sentimentos egoístas e se preocupar com aqueles que estão ligados a nós por meio de uma relação de parentesco, no qual, presume-se, que haja relação de proximidade.

8 BRASIL. Decreto Lei n° 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31, dez. 1940.

9 GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial: introdução a teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*, 8ª ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. ISBN: 978-85-7626-463-7. p. 697.

Assim, o abandono material ocorre quando os filhos, sem qualquer justificativa, deixam de arcar com as necessidades básicas dos pais, tal como, a obrigação de prover alimentos, prevista no artigo 1696 do Código Civil brasileiro¹⁰, contudo, importante destacar, que o dever de cuidado dos descendentes para com os ascendentes não se restringe apenas à esfera material, devendo haver, portanto, a assistência imaterial.

O abandono afetivo ou imaterial se caracteriza quando existe uma violação do dever de cuidado dos filhos para com os pais idosos na esfera afetiva, no amparo e no cuidado psíquico destes, de maneira que estes se sintam discriminados, oprimidos, rejeitados, abandonados, entre outros sentimentos angustiantes, capazes de priva-los de um convívio familiar saudável.

Ressalta-se que o artigo 4º do Estatuto do Idoso¹¹ aduz que nenhum idoso será objeto de qualquer negligência, discriminação, violência, crueldade ou opressão, seja por ação ou omissão, coibindo, desta feita, qualquer perigo a integridade física ou mental.

Frisa-se que os abusos psicológicos decorrentes do abandono afetivo, não causam apenas transtornos inimagináveis na esfera mental dos idosos, como também, é capaz de desencadear diversos malefícios em sua saúde física, chegando, muitas vezes a acarretar sua morte, estando tal fato ligado intimamente com o princípio constitucional basilar da dignidade da pessoa humana.

10 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11, jan. 2002.

11 BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. *Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03, out. 2003.

4. DA RESPONSABILIDADE CIVIL E DO DEVER DE INDENIZAR

Embora incontestado o fato de que carinho e amor são sentimentos incapazes de serem substituídos por valores pecuniários, atualmente, faz-se necessário que o Estado atue de maneira severa a fim de coibir tais ações ou omissões, punindo os agentes não apenas na esfera penal, como também, na patrimonial.

Os filhos possuem o dever constitucionalmente estabelecido de cuidado e amparo aos pais, seja na esfera material ou imaterial, podendo a omissão deste dever causar prejuízos inimagináveis e até mesmo irreparáveis à saúde tanto física quanto psicológica do idoso.

A responsabilidade civil se configura no dever de alguém de reparar danos que ocasionou a outrem, seja de ordem moral ou patrimonial, restaurando, assim, o equilíbrio ao status quo. De acordo com Carlos Roberto Gonçalves¹² “a responsabilidade pode resultar da violação tanto de normas morais como jurídicas, separada ou concomitantemente. Tudo depende do fato que configura a infração, que pode ser, muitas vezes, proibido pela lei moral ou religiosa, ou pelo direito”.

O Código Civil brasileiro adota, como regra geral, a teoria da responsabilidade civil subjetiva, ou seja, para que haja a obrigação do reparo do dano, deve-se provar a culpa ou o dolo do agente para a ocorrência deste, possuindo como pressuposto a prática de um ato ilícito.

12 GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 7ª ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN: 978-85-02-14860-4. p. 21.

A responsabilidade civil encontra respaldo no ordenamento jurídico brasileiro, nos artigos 186 e 925 do Código Civil¹³, nestes termos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Nesse sentido, a responsabilidade civil pelo abandono afetivo aos idosos, com o dever de indenizar, se configura no momento em que os responsáveis legalmente pelo amparo destes, deixam, comprovadamente, de provê-lo, ocasionando, assim, prejuízos na esfera psicológica do idoso, privando-o de um convívio familiar saudável, fazendo com que este sinta sentimentos de abandono, saudade, humilhação, frustração e angústia capazes de gerar prejuízos inclusive em sua saúde física.

Desta feita, caso haja a comprovação do ato ilícito, qual seja, o abandono imaterial do filho para com os pais idosos, estes gozam do direito de serem indenizados pelos prejuízos decorrentes dessa omissão, ainda que estes sejam incalculáveis.

13 BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11, jan. 2002.

5. CONCLUSÃO

Não obstante os avanços tecnológicos e na medicina, que influenciaram de maneira significativa na melhoria da qualidade de vida da população, com a conseqüente queda na taxa de mortalidade e aumento do crescimento de idosos no país, em comparação com as demais faixas etárias, é comum nos dias de hoje nos depararmos com idosos vivendo em condições de extrema miserabilidade, como moradores de rua, ou abrigados em asilos superlotados e sem qualquer estrutura física.

E durante a velhice que necessitamos de maiores cuidados, devido a toda situação de fragilidade imposta, principalmente, por conta da idade avançada, contudo, embora o legislador brasileiro tenha se preocupado em assegurar ao longo de todo o ordenamento jurídico os direitos das pessoas idosas, estes não são efetivados na prática, visto que contamos com um Estado atrasado e ausente em políticas públicas, o que contribui para a marginalização dos idosos e para que estes sejam vistos como um peso para seus familiares, de quem se espera cuidado e amparo.

Garantir o bem estar, amparo e cuidado aos idosos não se trata de uma faculdade dos familiares, e sim de um dever constitucionalmente estabelecido. Importante destacar, que além dos cuidados na esfera material, tais como alimentação e moradia, como também, os da esfera imaterial ou afetiva, já que esta é tão importante quanto no que tange a garantir condições para um envelhecimento digno.

O abandono efetivo, ou seja, a omissão dos filhos, ou responsáveis, do dever constitucional de prestar o amparo imaterial aos idosos, pode causar transtornos inimagináveis na esfera psicológica destes, fazendo com que experimentem de sentimentos avassaladores, como a humilhação, vergonha, tristeza e angustia, privando-os até mesmo de um convívio familiar

saudável, o que pode desencadear diversas doenças e até mesmo levar ao óbito.

Nesse sentido, embora não exista legislação específica para esta situação, no caso de omissão do dever de cuidado afetivo para com o idoso, de maneira a causar danos a sua saúde mental ou física, este possui o direito de ser indenizado.

Por fim, importante ressaltar, que os prejuízos ocasionados pela omissão do dever de cuidado e afeto são incalculáveis e que embora não possam ser substituídos por valores em pecúnia, se faz necessário que sejam punidos de maneira rigorosa tais atos ilícitos, não apenas no sentido de indenizar a vítima pelo dano sofrido, mas como meio disciplinar ao agressor e espelho para a sociedade de maneira geral, para que os idosos sejam cada vez mais acolhidos no seio familiar e tenham sua dignidade respeitada.

BIBLIOGRAFIA

- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal: Centro Gráfico, 1988.
- BRASIL. Lei nº 10.741, de 01 de outubro de 2003. *Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 03, out. 2003.
- BRASIL. Lei nº 8.842, de 04 de janeiro de 1994. *Dispõe sobre a política nacional do idoso, cria o Conselho Nacional do Idoso e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 05, jan. 1994.
- BRASIL. Decreto Lei nº 2.848, de 07 de dezembro de 1940. *Código Penal*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31, dez. 1940.

- BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. *Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11, jan. 2002.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFICA E ESTATÍSTICA. *Expectativa de vida do brasileiro*. 2016. Disponível em: <<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/18469-expectativa-de-vida-do-brasileiro-sobe-para-75-8-anos.html>>. Acesso em: 05/06/2018
- GAMA, Vasco Lopes da. *Ser idoso hoje, ser idoso ontem*. 20 de novembro de 2013. Disponível em: <<http://comunicar-preciso.blogspot.com/2013/11/ser-idoso-hoje-e-ser-idoso-ontem.html>>. Acessado em: 25/06/2018.
- GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal: parte especial: introdução a teoria geral da parte especial: crimes contra a pessoa*, 8ª ed. Vol. 2. Rio de Janeiro: Impetus, 2011. ISBN: 978-85-7626-463-7
- GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito Civil Brasileiro: Responsabilidade Civil*. 7ª ed. Vol. 4. São Paulo: Saraiva, 2012. ISBN: 978-85-02-14860-4.

A large, stylized number '30' in a bold, black, sans-serif font. The '0' is a solid circle, and the '3' is a thick, curved shape. Inside the '0' is a circular emblem featuring a five-pointed star with a smaller star in the center, surrounded by a wreath and a banner at the bottom with the text 'REPÚBLICA FEDERAL DO BRASIL'.

anos

1988 ★ 2018

CONSTITUIÇÃO





VARIA

O NASCIMENTO DO CECGP: OUTUBRO DE 2013

O CLAMOR DAS RUAS E A REFORMA POLÍTICA



Estudantes e professores participaram ativamente do seminário: sucesso de público



Francisco José Pinto, Ricardo Caldas, Silvânia e Sergio Tamer, Leopoldina Barros, Ilmar Polary,
Liviane Vasconcelos, Thereza e Raul de La Iglesia

Matéria reproduzida da edição nº 1 da Revista Júris - março/abril de 2014

O SEMINÁRIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

promovido pelo CECGP, em outubro de 2013, em homenagem aos 25 anos de promulgação da Constituição brasileira, promoveu amplo debate sobre a reforma política no Brasil.

A matéria abaixo foi publicada na edição nº 01 da Revista Júris de março/abril de 2014

Algo precisa mudar em nosso sistema político partidário-eleitoral, se considerarmos que ele entrou claramente em descompasso com os anseios da população brasileira. Para analisar o movimento que desde o ano passado tomou conta das ruas no Brasil, e debater sob o ângulo dos direitos sociais, civis e políticos, os 25 anos da nossa Constituição, o CECGP convidou expressivas personalidades jurídicas do Maranhão e promoveu um amplo debate com a sociedade. Destaque, ainda, para o cientista político, professor da UnB, Ricardo W. Caldas, que proferiu instigante palestra relacionada ao tema central do Seminário. Nomes consagrados do meio jurídico em nosso Estado abrilhantaram o Seminário de Direito Constitucional promovido pelo CECGP.

Sob a coordenação do seu diretor-presidente, professor e advogado Sergio Tamer, proferiram palestras e debates durante todo o dia do evento os professores, mestres e doutores: João Batista Ericeira, Nelson Moraes Rêgo, Ilmar Polary, Francisco José Pinto, José Carlos Sousa Silva, Paulo Roberto Barros Ramos, Carlos Lula, Roberto Veloso, Tereza de La Iglesia e Ricardo Caldas. O encontro, organizado no Hotel Holliday Inn teve boa afluência de estudantes e profissionais de diversas áreas do conhecimento que ao final receberam certificados de participação firmados pelo CECGP em parceria com o curso de Direito da UEMA.

O NASCIMENTO DA REVISTA JÚRIS:

APRESENTAÇÃO DA EDIÇÃO Nº 1 EM MARÇO
DE 2014 NO AUDITÓRIO DA OAB-MA

REVISTA JURIS FOI LANÇADA EM SÃO LUÍS COM GRANDE ACEITAÇÃO NO MEIO JURÍDICO E ACADÊMICO.



A mesa de abertura da solenidade de lançamento da Revista Juris, no auditório da OAB, contou com a presença do presidente da CAAMA, Dr. Gerson Nascimento, da representante da AMPEM, promotora Karina Freitas Chaves, do presidente da AMAd, João Batista Ericeira, do representante do Tribunal de Justiça, desembargador Jamil de Miranda Gedeon Neto, do presidente do CECGP, Dr. Sergio Tamer, do representante da OAB-MA, conselheiro federal Raimundo Ferreira Marques, do representante da Academia Maranhense de Letras e da Academia Maranhense de Letras Jurídicas, desembargador Lourival Serejo e do representante da Escola da Magistratura do Trabalho da 16ª Região, juiz diretor do Forum da Justiça do Trabalho, Paulo Mont'Alverne Frota. ■

DIRETORIA DA AMAd TOMA POSSE NO
LANÇAMENTO DA REVISTA

Matéria reproduzida da edição nº 2 da Revista Júris - junho/julho de 2014

A SEDE DA OAB FOI PALCO DE DOIS SIGNIFICATIVOS EVENTOS:



A REVISTA JURIS E A INSTALAÇÃO DA AMAd

A primeira edição da Revista Juris conta com publicações especiais das catedráticas em direito das Universidades Portucalense e de Salamanca, respectivamente, as professoras Manuela Magalhães e Ángela Figueruelo. Juristas maranhenses como o juiz federal Roberto Veloso, o desembargador Lourival Serejo, o juiz Nelson Moraes Rêgo, a promotora Ana Luiza Ferro e os advogados João Batista Ericeira e José Carlos Sousa Silva, publicam importantes e inéditos trabalhos. O professor Ilmar Polary, coordenador do núcleo de gestão pública, escreve um alentado trabalho sobre “Gestão Profissional Empreendedora nas Organizações Públicas”. A revista traz, ainda, a coluna “Ponto Jurídico” com notícias comentadas, além de entrevistas com grandes nomes do setor acadêmico e administrativo maranhense. A Revista Juris tem 121 páginas, moderna diagramação e impressão de alta qualidade, e foi lançada sexta-feira, dia 4 de abril, às 17 horas, no auditório da OAB, em evento que contou ainda com uma palestra do professor João Batista Ericeira e a instalação da AMAd. A Revista Juris é uma publicação do Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública – CECCP.

Temos a satisfação de agradecer a presença de todos e de recebê-los para este evento que se reveste de significante importância não somente para a advocacia maranhense como também para a toda classe jurídica e administrativa do Estado.

“

O professor e advogado Sergio Tamer fez uma breve saudação aos presentes, falando dos objetivos institucionais do CECGP – Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública, e da importância da Revista Juris na valorização da produção acadêmica e profissional da comunidade jurídica do Estado.

”

inquietação dos cidadãos neste início do século 21.

O CECGP tem, portanto, duas linhas importantes de ação. De um lado, o fomento à análise da realidade jurídica e sociopolítica nacional e internacional, prestando atenção à todas aquelas questões relativas ao Direito brasileiro e às instituições de países Ibero-americanos. Nesse sentido, nos propomos a manter uma intensa agenda para pôr em conexão a comunidade acadêmica do Maranhão e do Brasil com a sociedade civil, através de foros de debate, jornadas, conferências,

Além do lançamento da Revista Juris teremos neste ato a posse da diretoria da AMAd-Associação Maranhense de Advogados e uma palestra, em seguida, do professor João Batista Ericeira sobre os 25 anos da Constituição.

O que é o CECGP? - O Centro de Estudos Constitucionais e de Gestão Pública possui a missão institucional de contribuir para a valorização democrática que resguarde os princípios essenciais da Constituição e dos direitos humanos e ofereça, por meio de estudos e debates, respostas para a



seminários e outras atividades que sirvam para pesquisar e analisar a atualidade jurídico-política do País, e da comunidade Ibero-americana. (Aqui incluída a área de gestão pública).

Vale lembrar que já promovemos em 18 de outubro passado o seminário “O Clamor das ruas e a reforma política” com a presença do cientista político Ricardo Caldas, da Universidade de Brasília, evento organizado em comemoração aos 25 anos da Constituição. Para o próximo dia 10 está agendada a realização de um debate, no auditório de O Imparcial, sobre os 50 anos da operação civil-militar de 1964, sob o contexto e a ótica maranhenses.

Por outro lado, o CEEGP tem a missão de realizar ciclos e cursos de ensino especializados em relação ao caráter, evolução e funcionamento dos sistemas sociais, políticos, constitucionais e administrativos, tanto em sua dimensão nacional como internacional. Para tanto, já iniciamos a formação de um fundo documental e bibliográfico sobre

Direito Constitucional, Teoria do Estado e da Constituição, Ciência Política, História das Ideias Políticas, História Política do Brasil e do Maranhão, e matérias conexas de Direito Público, incluindo aqui o Direito Administrativo e a Ciência da Administração. Esses ciclos de estudos e cursos de especialização já estão sendo programados para o segundo semestre.

Para melhor organizar suas ações e dar sequência à sua missão e objetivos, o CEEGP criou três coordenadorias com seus núcleos especializados: (1) Direitos Humanos; (2) Ciência Política; e (3) Gestão Pública, a cargo, respectivamente, dos professores, mestres e doutores: Nelson Moraes Rêgo, João Batista Ericeira e Ilmar Polary – a quem muito agradeço e os cumprimento pelo prestígio que emprestam a esse projeto acadêmico.

Entendo que um dos grandes desafios que as democracias tem hoje, sobretudo nos estados sociais e democráticos de direito, está focado em garantir, promover e assegurar os direitos sociais, esse importante ramo dos direitos humanos. Como isso requer um ação efetiva do Estado por meio de um elevado e bem executado custeio, a gestão pública ganha em nossos estudos do CEEGP uma preponderância especial. Há alguns anos Bobbio já dizia que tínhamos passado da fase de proclamar direitos para a ingente tarefa de garantir direitos. E nesse terreno, o Brasil costuma confundir políticas públicas de direitos sociais básicos com mero assistencialismo social.

Lembro aqui que uma intensa mobilização de jovens por todas as partes do mundo começou a inquietar os sistemas políticos e sociais neste início de século, inclusive no Brasil. Um dos responsáveis por esta insurgência foi um dos redatores da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948. **Stéphane Hessel** fez parte da

Resistencia francesa e escapou da morte em um dos campos de concentração nazista, com o nome trocado. Morreu ano passado, em fevereiro de 2013, aos 96 anos. Ao escrever um pequeno livro-manifesto, em 2010, sob o título original “Indignez-vous!” e traduzido em Espanhol com prólogo de José Luis Sampedro, em 2011, sob o título “¡Indignaos!” – **Stéphane Hessel** - que na época tinha 93 anos de idade - deu origem a um forte movimento internacional que ultrapassou todas as fronteiras culturais, religiosas e ideológicas: o movimento dos **indignados**.

Escreveu **Hessel** em 2010, três anos antes de sua morte:

“Quando alguém te indigna como a mim me indignou o nazismo, te convertes em alguém militante, forte e comprometido. Passas a formar parte dessa corrente da história, e a grande corrente deve seguir graças a cada um. Essa corrente tende para maior justiça, maior liberdade, mas não para essa liberdade incontrolada da raposa no galinheiro. Esses direitos, cujo programa contém a Declaração Universal de 1948, são universais. Se te encontras com alguém que não se beneficia deles, compadece-te e ajuda-lo a conquistá-los.”

Hessel nos deixou a lição de que a indiferença é a pior das atitudes. Que é preciso revitalizar a solidariedade. E para aqueles que farão o século 21 ele deixou a mensagem de que “Criar é resistir. Resistir é criar”.

Dessa maneira, meus amigos, promover e publicar estudos - que fazem parte da missão institucional do CECGP - fez com que nascesse hoje a REVISTA JURIS. E estamos imbuídos dos mesmos princípios que nortearam a Declaração Universal dos Direitos Humanos para cuja redação final tanto contribuiu esse herói da Resistencia francesa. Não vamos ficar indiferentes diante da falta de efetividade

dos direitos sociais, carência que decorre tanto da falta de políticas públicas quanto de políticas públicas ineficientes. Revitalizemos a solidariedade! Como Hessel, também estamos indignados!

Muito agradeço os primeiros doutrinadores e colaboradores da Revista Juris, o desembargador Lourival Serejo, o juiz federal Roberto Veloso, a promotora de justiça Ana Luiza Ferro, o juiz estadual Nelson Moraes Rêgo, os advogados João Batista Ericeira e José Carlos Sousa Silva, o promotor José Augusto Cutrim Gomes e o administrador Ilmar Polary - todos com importantes matérias publicadas na Revista.

Faço agora uma saudação especial aos ilustres membros do **Conselho Editorial**: Ana Luiza Ferro, Aldy Mello Filho, Carlos Lula, Carlos Henrique Vieira, Francisco José Pinto Silva, Gabriela Silva Macedo, Ilmar Polary, James Magno A. Farias, Jhonatan Almada, João Batista Ericeira, José Carlos Sousa Silva, José Augusto Cutrim, Karla Adriana Vieira, Lourival Serejo, Mário Macieira, Nelson de Moraes Rêgo, Paulo Roberto Ramos, Paulo Velten, Raimundo Palhano, Raimundo Ferreira Marques, Roberto Veloso, Ricardo Caldas, Tereza de La Iglesia. Dois professores estrangeiros fazem parte do Conselho: a catedrática de direito constitucional da Universidade de Salamanca, Ángela Figueruelo, e a catedrática de direito constitucional da Universidade Portucalense, Maria Manuela Magalhães, ambas com artigos publicados especialmente para a Revista Juris.

A revista JURIS terá uma periodicidade bimestral, portanto, com seis edições ao ano, a um custo de capa de 22,50 e assinatura anual de somente 90,00. Ela foi inteiramente concebida e impressa no Maranhão, com diagramação moderna para que a leitura dos trabalhos acadêmicos e científicos pudessem se tornar ainda mais atraentes.

Sua circulação está voltada para o público da área jurídica, advogados, promotores, juízes, defensores públicos, estudantes, professores e bacharéis, mas também gestores públicos, executivos de empresas e profissionais das áreas de ciências políticas, econômicas e sociais. Sua tiragem inicial será de 12 mil exemplares. E as assinaturas poderão ser feitas no próprio site do CECCP.

Quero agradecer a todos os anunciantes, atuais e futuros, que acreditaram e acreditam no potencial mercadológico da Revista Juris e à equipe do CECCP que muito contribuiu para que este lançamento se tornasse uma realidade.

E para finalizar, lembro aqui o poeta Fernando Pessoa que em seu poema épico *Mar Português* escreveu: “Deus quer, o homem sonha, a obra nasce”.

Este é um sonho de muitos. A Revista Juris, a AMAd... passam agora a existir com as bênçãos de Deus e o apoio de todos vocês.



**VNiVERSiDAD
D SALAMANCA**

CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

*DE SALAMANCA, A CATEDRÁTICA
DE DIREITO CONSTITUCIONAL,
ÁNGELA FIGUERUELO, EMITE UMA
MENSAGEM DE SAUDAÇÃO AO
NASCIMENTO DA REVISTA JURIS*





**Escola de
Pós-Graduação
Internacional**

 **SVT** | **FACULDADE**
ENSINO SUPERIOR

...: www.cecgp.com.br :...

Rua Edmundo Calheiros, 606 - MA Ed. Cidade de São Luís,
São Francisco, São Luís - MA, 65076-090 - (98) 3235-6467



30

anos
1988 ★ 2018
CONSTITUIÇÃO

SVT | FACULDADE
ENSINO SUPERIOR

GRADUAÇÃO E PÓS GRADUAÇÃO

AULAS PRESENCIAIS

CORPO DOCENTE:
Nota máxima na avaliação do MEC!



**FAÇA O VESTIBULAR
AGENDADO**

AV. CASTELO BRANCO, 605
E RUA EDMUNDO CALHEIROS, 606
ED. CIDADE DE SÃO LUÍS. - SÃO FRANCISCO - SÃO LUÍS - MA
WWW.CECGP.COM.BR