



UNIO
EU LAW JOURNAL

VII Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas

Coordenação Científica

Alessandra Silveira
Carlos Aymerich Cano
Rogério Gesta Leal

Coordenação Editorial

Maria Inês Costa



INFORMAÇÕES EDITORIAIS

VII Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro
sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas

Coordenação Científica:

Alessandra Silveira, Carlos Aymerich Cano, Rogério Gesta Leal

Coordenação Editorial:

Maria Inês Costa

Autores:

Alessandra Silveira | Amanda Nunes Lopes Espiñeira Lemos | André Viana Custódio
Andreia Barbosa | Betieli da Rosa Sauzem Machado | Carla Luana da Silva
Cecília Bojarski Pires | Daniel Silva | Carlos Amorim | Carlos Aymerich Cano
Caroline Muller Bitencourt | Gabriela de Souza Graeff
Isadora Hörbe Neves da Fontoura | Jaime Rodríguez-Arana Muñoz
Janriê Rodrigues Reck | Jéssica Mello Tahim | Johana Cabral | Jorge Renato dos Reis
José Antonio Blanco Moa | José Manuel Busto Lago | Luiz Egon Richter
Luz María Puente Aba | Manuel Protásio | Marcela Araujo Jantsch
Mônia Clarissa Hennig Leal | Pedro Froufe | Priscila de Freitas | Rogério Gesta Leal
Rosana Helena Maas | Ricardo Hermany | Suzéte da Silva Reis
Thaís Muliterno | Tiago Cabral

Edição:

Pensamento Sábio - Associação para o conhecimento e inovação
Universidade do Minho . Escola de Direito

Esta publicação é financiada por fundos nacionais através da FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, I.P., no âmbito do Financiamento UID/05749/2020.

ISBN: 978-989-53342-9-2 | DOI: 10.21814/1822/80930

Braga, novembro de 2022



ÍNDICE

<i>APRESENTAÇÃO</i>	5
<i>A resposta da União Europeia à guerra na Ucrânia e o futuro da integração</i>	6
Alessandra Silveira, Pedro Froufe, Carlos Amorim & Tiago Cabral	
<i>Riscos e possibilidades do ativismo judicial na democracia</i>	17
Rogério Gesta Leal	
<i>O direito (fundamental) à boa administração pública: um panorama no direito brasileiro</i>	24
Mônia Clarissa Hennig Leal & Rosana Helena Maas	
<i>Lei e conciencia: que podemos fazer pola administración pública</i>	33
Jaime Rodríguez-Arana Muñoz	
<i>O instinto de sobrevivência de uma União Europeia movida por crises – em especial, a crise do Estado de Direito e a proteção dos recursos próprios da União</i>	38
Andreia Barbosa	
<i>Riesgos penales para el derecho humano al agua potable y al saneamiento</i>	46
Luz María Puente Aba	
<i>As concesións hidroeléctricas en Galicia: análise e comparativa internacional</i>	54
José Antonio Blanco Moa	
<i>A solidariedade como instrumento de concretização da dignidade humana em obediência ao processo de constitucionalização do direito privado, a partir das intersecções jurídicas entre o público e o privado derivadas do constitucionalismo contemporâneo: o processo de desjudicialização para fins de concretização da dignidade de algumas situações não abrangidas pela legislação codificada</i>	64
Jorge Renato dos Reis	
<i>O direito à educação de crianças e adolescentes em situação de refúgio no Brasil: os desafios pela barreira da linguagem</i>	71
André Viana Custódio & Johana Cabral	
<i>Desafíos actuales de la tutela de datos de carácter personal</i>	82
José Manuel Busto Lago	
<i>Sistemas de compensación sin culpa (SCSC) de los daños causados por las vacunas</i>	95
Carlos Aymerich Cano	
<i>Os desafios do Direito Administrativo ante a subjetividade maquínica em um contexto de sindemia e catástrofes ambientais</i>	102
Janriê Rodrigues Reck & Caroline Muller Bitencourt	
<i>Garantia de efetivação do trabalho decente no cenário pós-pandemia</i>	112
Suzéte da Silva Reis	

<i>O Estado Democrático de Direito versus ideologia autoritária de governo: desafios jurídico-administrativos e financeiros para enfrentamento da COVID-19 – apontamentos sobre o caso brasileiro</i>	121
Luiz Egon Richter	
<i>O federalismo brasileiro sob uma (re)leitura a partir da COVID-19: a subsidiariedade e os reflexos da pandemia no Estado brasileiro</i>	132
Ricardo Hermany & Betieli da Rosa Sauzem Machado	
<i>Breves reflexões sobre o potencial disruptivo das ações coletivas e descentralizadas para produção e consumo coletivo de energia nas Smart Cities</i>	141
Cecília Bojarski Pires	
<i>A regulamentação do autoconsumo de energia elétrica no Brasil e em Espanha</i>	144
Thaís Muliterno	
<i>O combate ao greenwashing na União Europeia</i>	152
Daniel Silva	
<i>Intersecções jurídicas entre o público e o privado e seus reflexos no loteamento de acesso controlado quanto à possível limitação aos direitos fundamentais de locomoção (direito de ir e vir) e da intimidade da vida privada e ao direito à cidade</i>	162
Marcela Araujo Jantsch	
<i>A influência da União Europeia na América Latina em termos de políticas digitais: proteção de dados pessoais como garantia constitucional</i>	170
Amanda Nunes Lopes Espíneira Lemos	
<i>A atuação dos partidos políticos em sede de controle concentrado de constitucionalidade diante de crises democráticas: (re)afirmação das instituições no Estado democrático de direito</i>	174
Gabriela de Souza Graeff	
<i>O direito fundamental ao trabalho às vítimas de violência doméstica após o prazo previsto na lei n.º 11.340 de 2006: uma análise acerca da possibilidade da criação de uma garantia provisória de emprego</i>	181
Isadora Hörbe Neves da Fontoura	
<i>A constituição de um componente curricular alinhado a um programa de Estado à política pública educacional ao incremento da participação e deliberação do cidadão na gestão pública: esboço de um novo modelo aos currículos escolares</i>	187
Carla Luana da Silva	
<i>Princípio constitucional da solidariedade como instrumento efetivador da dignidade da pessoa humana: educação inclusiva no ensino superior para pessoas com neurodiversidade, deficiência física e sensorial</i>	195
Priscila de Freitas	
<i>Os mecanismos de comando e controle da política de pescas comum europeia</i>	200
Jéssica Mello Tahim	
<i>A necessidade de um novo paradigma do Direito Internacional do Ambiente</i>	211
Manuel Protásio	

APRESENTAÇÃO

Os textos publicados neste e-book correspondem às comunicações apresentadas no VII SEMINÁRIO INTERNACIONAL HISPANO-LUSO-BRASILEIRO SOBRE DIREITOS FUNDAMENTAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS – cujos trabalhos decorreram entre os dias 2 e 6 de maio de 2022 nas instalações da Universidade da Coruña (Espanha) e Universidade do Minho (Portugal), segundo a parceria que as une há vários anos por empenho da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC, Brasil).

Os textos foram ordenados tendo em conta a sequência dos debates nos distintos painéis temáticos realizados naquelas duas universidades.

Na Galiza a interação dos oradores foi orientada para a proteção dos direitos fundamentais nas relações públicas e privadas, mas também para a efetividade dos controlos exercidos sobre as administrações públicas, e ainda para a tutela da intimidade e da privacidade em ambientes de risco.

No Minho os oradores foram convidados a deslindar os novos desafios herdados da pandemia – sejam os desafios jurídico-constitucionais para a prossecução do interesse público, ou ainda os desafios jurídico-administrativos para o desenvolvimento de políticas públicas, e finalmente os desafios jurídico-económicos para os setores público e privado.

Ademais, como tem sido habitual, em ambas as universidades houve espaço para a discussão de trabalhos elaborados por jovens investigadores, através do *workshop* “Teses e Antíteses” – especialmente vocacionado para a pesquisa hispano-luso-brasileira de estudantes de pós-graduação.

De qualquer forma, e independentemente do que estava programado desde meados de 2021, os oradores não puderam ignorar que em fevereiro de 2022 a guerra convencional retornou ao continente europeu – e em plena era digital. Por esta razão, o texto de abertura deste e-book foi especialmente redigido pelos anfitriões portugueses que se encarregaram da publicação dos textos daquele encontro anual – e aborda a resposta da União Europeia à guerra na Ucrânia e o futuro do processo de integração.

Isto porque diante da irrupção do desconhecido que a guerra acarreta, à Academia cumpre encetar esforços de modo a impedir que se destruam as infraestruturas morais e intelectuais – e sempre perspetivando a salvaguarda do legado jurídico-político ocidental mais precioso: Estado de direito, democracia e direitos fundamentais.

Os coordenadores

A resposta da União Europeia à guerra na Ucrânia e o futuro da integração

*Alessandra Silveira, Pedro Froufe, Carlos Amorim e Tiago Cabral**

A guerra voltou ao continente europeu e a União Europeia (UE) está envolvida, tomou partido. E ainda bem que o fez porque esta é a sua obrigação à luz do direito internacional e do dever de proteger quem está a ser agredido. Pela primeira vez na história da integração europeia, a União está a ajudar a financiar um esforço de guerra, a fim de socorrer um Estado terceiro que está a ser agredido – e com o qual a UE tem um acordo de associação.

A UE tem-no feito através do Mecanismo Europeu de Apoio à Paz, um instrumento em vigor desde 22 março de 2021, criado por um ato jurídico europeu, a Decisão 2021/509 do Conselho da UE. Trata-se de um Mecanismo para o financiamento das ações da UE no âmbito da política externa e de segurança comum – tendentes a preservar a paz, prevenir conflitos e reforçar a segurança internacional. E no âmbito de tal Mecanismo, a UE tem adotado medidas de assistência à Ucrânia, tendentes a apoiar as capacidades e a resiliência das suas forças armadas, a fim de defender a integridade territorial e a soberania do país, bem como proteger a população civil contra a agressão militar russa em curso.

E por que razão os europeus apoiam tal iniciativa? Porque entendem que a história do amanhã está hoje a ser escrita nos campos de batalha da Ucrânia. A UE tem afetado recursos financeiros para apoiar o fornecimento de equipamento militar através dos seus Estados-Membros – nomeadamente equipamento com capacidades letais para fins defensivos, bem como equipamento de proteção individual, além de caixas de primeiros socorros e combustível. Este apoio é apenas uma parte dos esforços europeus para ajudar a Ucrânia a defender-se. A UE e os seus Estados-Membros estão decididos a dar seguimento a este apoio – têm-no feito desde o início da guerra e continuarão até o fim.

De resto, em Portugal este apoio é impressionante – porventura só os próprios ucranianos e os polacos (que estão na fronteira do cenário de guerra) rejeitam mais a invasão russa do que os portugueses. Qual a explicação para tamanha rejeição à invasão, se os portugueses estão geograficamente localizados no polo oposto ao cenário de guerra? Porventura a memória recente da guerra colonial portuguesa até a década de 1970, bem como a presença de uma vasta comunidade ucraniana em Portugal – a maior, até recentemente – o possa explicar. Praticamente não há um português que não tenha um vizinho, colega, amigo ou familiar ucraniano.

* Docentes da Escola de Direito da UMinho. Investigadores do JusGov – Centro de Investigação em Justiça e Governação. Alguns excertos deste texto foram previamente publicados em língua inglesa no blog *Thinking & Debating Europe* (UNIO – *EU Law Journal*) desde o início da guerra na Ucrânia.

E por que razão a UE concede armamento a um Estado terceiro perspetivando a paz? Porque infelizmente a força para conquistar a paz também depende dos resultados na frente de batalha. E para os “*senhores da guerra*” do Kremlin, a invasão só termina quando os ucranianos se renderem ao imperialismo russo. Para Putin só existem duas categorias de Estado: o soberano e o conquistado. Na visão imperial de Putin, a Ucrânia só se enquadra na última categoria.

Claro que os europeus querem a paz, mas desde que a Rússia cesse imediatamente a sua agressão militar no território da Ucrânia; desde que retire imediata e incondicionalmente todas as forças e equipamento militar de todo o território da Ucrânia; desde que respeite plenamente a integridade territorial, a soberania e a independência da Ucrânia dentro das suas fronteiras internacionalmente reconhecidas.

Estamos todos a vivenciar uma guerra que pretende subverter a ordem internacional nascida da Segunda Guerra Mundial e suas instituições – e que está a provocar inúmeras vítimas civis bombardeadas aleatoriamente, com a utilização de armas de fragmentação proibidas pelo direito internacional. Este é o momento de falarmos e de nos posicionarmos. Este é o momento em que a unidade transatlântica é mais importante do que nunca. E por isso a UE adotou um pacote de sanções sem precedentes em apoio ao direito da Ucrânia de se defender – e de existir.

Certamente que o apoio da UE não se limita à disponibilização de armamento – está a acolher os milhões de seres humanos em fuga, bem como a apoiar os Estados-Membros que os acolhem. A Rússia chegou a tomar cerca de 20% do território ucraniano – e a estratégia é sempre a mesma: destruição das cidades para expulsar as populações. Os resistentes têm de sobreviver em caves e abrigos sem energia, água, alimentos ou medicamentos – como ratos em bueiros, nos quais as crianças vão perdendo primeiro os dentes, depois os sonhos e finalmente a vida.

Face à invasão militar da Ucrânia pela Rússia – uma invasão injustificada que não surgiu na sequência de uma provocação –, a solidariedade europeia traduziu-se em ajuda humanitária direta, em ajuda de emergência no domínio da proteção civil, na prestação de apoio na fronteira, na concessão de um estatuto jurídico que permite às pessoas em fuga beneficiarem de proteção imediata na UE.

Assim tem sido porque a guerra na Ucrânia deve ser compreendida numa dimensão que está muito para além das imagens chocantes e desumanas que vamos assistindo praticamente em direto – “*ao vivo e a cores*”, como se diz no Brasil. De que dimensão estamos a falar? Há algum tempo tem sido divulgado o ideário de alguns pensadores influentes em Moscovo e obreiros de uma certa visão conservadora e czarista da tradicional “*mãe Rússia*” – nomeadamente Aleksandr Dugin e Andreiy Kortunov, os ideólogos da nova Rússia.

Dos escritos e das declarações destes pensadores russos deduz-se um desconforto com os quadros mentais e institucionais do denominado “*Ocidente*” – no fundo, com a visão pós-Iluminista que nos vai norteando. Uma rejeição do “*modo de vida europeu*”. O que é isto? Um quadro de valores em que a liberdade individual, a democracia, os direitos humanos, o Estado de direito (e a independência do poder judicial em que ele assenta) são desvalorizados. E esse é o verdadeiro confronto que subjaz à guerra na Ucrânia – e que, no fundo, motiva a agressão russa.

O que está na base da agressão aos ucranianos são as distintas cosmovisões que ambicionam por oposição à opressão russa. Apesar de todas as fragilidades do Estado de direito, este valor ocidental permite-nos ter garantias de limitação dos excessos e dos erros do poder político, designadamente através de instituições democráticas e de

tribunais independentes – algo que uma visão pré-Iluminista e contrária à democracia de base liberal não permite.

A história da integração europeia é feita de momentos de guerra, manifestações de irracionalidade coletiva e de permanente reação e superação de tais momentos. De resto, a própria Europa, “*filha da mitologia e da guerra*”, foi sendo construída como um palco de violentas e avassaladoras guerras e, simultaneamente, de virtuosas e grandes conquistas. O sucesso da integração europeia, nos mais de 70 anos já percorridos, pode ilustrar-se pelo facto de estarmos dramaticamente surpreendidos pela guerra desencadeada pela Rússia contra a Ucrânia.

De resto, a integração europeia nasce dos escombros da Segunda Guerra Mundial, tentando enterrá-los definitivamente. O seu grande mérito foi, como dizia Jean Monnet, tentar unir Homens, mais do que coligar Estados. Por isso fomos vivendo na ilusão de que a desumanidade e a irracionalidade supremas da guerra estariam definitivamente ultrapassadas no continente europeu e entre Estados soberanos.

Na verdade, dentro dos quadros mentais em que nos fomos moldando, muito por efeito do sucesso da integração europeia, causava-nos menos estranheza a irracionalidade inumana do terrorismo, do que uma guerra entre Estados e uma invasão territorial. A integração europeia e a “*nova ordem*” nascida em reação à Segunda Guerra Mundial pareciam ter traçado um limite inultrapassável à guerra, ao uso da força militar entre (e contra) Estados.

Dentro dos quadros mentais, a integração europeia surge para ultrapassar a guerra, através da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (CECA), criada pelo Tratado de Paris de 1951. Os Pais Fundadores da atual UE quiseram, desde o início, colocar sob uma autoridade administrativa comum os recursos da denominada “*indústria da guerra*” de então. Nesta medida, a guerra na Europa vinha sendo entendida como uma disfunção histórica – que tinha existido, mas que se tinha ultrapassado.

Houve certamente períodos recentes de guerra na Europa – porém não na Europa integrada e não propriamente entre Estados. Foi o caso das virulentas guerras da Bósnia (1992 – 1996) e do Kosovo (1998-1999), onde a OTAN/NATO acabou por assumir um papel determinante (por exemplo, o bombardeamento de Belgrado). No entanto, com alguma propriedade, podemos dizer que esses acontecimentos – e independentemente da violência, insanidade e riscos para a paz europeia que representaram – acabaram por ser exceções que confirmaram a regra. Qual regra? A da convicção ou ilusão do “*fim da guerra*”; a crença ilusória da impossibilidade da guerra na Europa, depois da barbárie do nazismo.

Entretanto, há acontecimentos que promovem reações em cadeia, precipitando desenvolvimentos que acabam por mudar o curso da história. Muitas vezes, os resultados de tais acontecimentos não serão tão disruptivos como aparentam ser, na justa medida em que apenas precipitam mudanças que estavam já em curso de preparação – ou seja, que deveriam inevitavelmente ocorrer mais cedo ou mais tarde. Nesta medida, apenas precipitam aquilo que estava em curso de gestação. Vivemos um dramático momento desses.

A invasão da Ucrânia recolocou a UE perante reminiscências da sua origem, qual seja, a necessidade de assumir, sem tibiezas, uma reação contra uma guerra que, em última instância, a pode atingir. Desde logo porque é destruidora de um Estado que proclama os princípios e os valores adotados pela UE – os quais definem a União como uma “*União de direito*” e são a razão de ser da integração europeia.

Não vamos escarpelizar o conflito, as suas causas diretas ou indiretas. Registamos, apenas, alguns dados que mesmo sendo analíticos, parecem-nos claros e defensáveis com propriedade. Estamos perante um acontecimento tragicamente histórico, num duplo sentido: por um lado, a magnitude desta invasão militar é devastadora (avaliando as imagens e os relatos que nos chegam pelos media) e única (pois pensávamos viver uma era de “fim da guerra” – pelo menos de uma guerra clássica, tradicional, física e inumanamente violenta).

Por outro lado, existiam indícios que poderiam ter-nos permitido, com alguma propriedade, antever a ação em curso. Esses indícios são muito similares aos identificados no período histórico e político de 1938 – ano em que se realizou a Conferência de Munique. Nesta conferência discutiu-se o futuro da Checoslováquia. Na verdade, Hitler suscitou receios gerais na Europa de então (que, recorde-se, tinha assistido à “*integração*” /anexação da Áustria) quando começou a referir-se aos habitantes de origem alemã da região do Sudeto (que integrava a Morávia e a Boémia) afirmando que a sua condição de vida era inaceitável. Hitler sugeriu mesmo uma intervenção militar em território da Checoslováquia, para libertar e proteger os cerca de três milhões de alemães (ou descendentes) que viviam no Sudeto.

Na Conferência de Munique estiveram presentes, para além de Hitler, também Mussolini, Déladier (Presidente do Conselho de Ministros francês) e Chamberlain (Primeiro-Ministro britânico). A própria Checoslováquia não foi convidada e não participou, assim como também não foi convidada a então União Soviética. O objetivo de tal Conferência de Munique foi a satisfação, pela via diplomática, das pretensões de Hitler, garantindo-se por essa via a paz e limitando-se o que já era claro na comunidade internacional: uma intenção/tendência expansionista, sob o prisma territorial, da Alemanha nazi. Foi assinado um Tratado nos termos do qual o Sudeto seria entregue à Alemanha e esta não desencadearia nenhuma ação de guerra.

Todavia, no seguimento da anexação do Sudeto, as pretensões de expansão territorial da Alemanha nazi, ao invés do que tinha sido acordado na Conferência de Munique e do que havia sido pressuposto, não pararam. Hitler fez o contrário daquilo a que se tinha comprometido. Em março de 1939 (toda) a Checoslováquia caiu. Hitler marchou em Praga como fizera em Viena. A Boémia e a Morávia foram integradas no Reich como “*protetorado*” alemão. E a Eslováquia passou a ser um Estado-cliente independente. A agressão militar alterou o mapa da Europa.

Ora, outra das características que tem sido assinalada ao comportamento de Hitler – nesses tempos pré-Segunda Guerra Mundial (1938-1939) – é a sua dissimulação e o facto de nunca revelar expressamente as suas intenções, táticas e objetivos. Era um manipulador de informação e utilizava tal manipulação para facilitar a concretização dos seus objetivos.

Tendo em consideração o cotejo entre elementos e factos do período pré-Segunda Guerra Mundial, e os acontecimentos desencadeados pela Rússia de Putin no contexto da invasão militar da Ucrânia, outro aspeto que releva é a utilização da teoria do “*espaço vital*” (“*Lebensraum*”) para a justificação geopolítica da expansão alemã pelo regime nazi. Essa teoria, formulada por Karl Haushofer, entendia ser necessária uma “*zona de influência*” adjacente à Alemanha nazi para o desenvolvimento económico alemão.

Assim, o conceito de “*fronteira*” não teria uma natureza jurídico-formal, nem as fronteiras corresponderiam a uma delimitação territorial estável, definitiva. Importa realçar que Haushofer tinha sido um militar de alta patente (general) e

Professor da Universidade de Munique, sendo-lhe atribuída a criação da denominada “*geopolítica alemã*” utilizada pelo regime nazi. Com efeito, Karl Haushofer e o seu conceito geopolítico de “*espaço vital*” foram utilizados por Hitler (pelo menos, pela narrativa do Reich) para justificar a expansão/conquista de territórios vizinhos, que se constituiriam como a “*zona de influência*” germânica. Na verdade, na ótica do general Haushofer, a distribuição do poder pelo espaço (ou seja, a geopolítica) deveria contribuir para que a Alemanha se reconstruísse como “*grande potência*”.

Na invasão militar da Ucrânia, agora levada a cabo pelas forças de Putin, podemos encontrar alguns traços que refletem um paralelismo entre a expansão da Alemanha nazi e a expansão/ocupação militar empreendida pela Rússia, no que diz respeito às respetivas “*narrativas da guerra*”. Na busca de um discurso legitimador, os argumentos do Kremlin que foram sendo divulgados recorrem implicitamente à necessidade de ser garantido um “*espaço vital*” à Federação Russa – ainda que por invocadas razões de segurança. Ou seja, na narrativa de Putin, sempre foi alegada a necessidade de proteção da Rússia face à OTAN/NATO, ou seja, a inadmissibilidade, na perspetiva do Kremlin, de a Rússia estar confrontada (ter uma fronteira) com territórios que sejam de Estados integrantes da OTAN/NATO.

Em 2014, a Federação Russa, como é sabido, anexou como subdivisões federais a península da Crimeia e Sebastopol. Isso na sequência do denominado “*Euromaidan*” – a revolução ucraniana (em manifestações de rua) que culminou com a deposição do presidente Viktor Yanukovich (deposição que a Rússia sempre afirmou ter sido um “*golpe de Estado*” – logo, uma deposição ilegítima, pese embora ter sido tomada pelo Parlamento da Ucrânia).

Naquelas regiões (Crimeia e Sebastopol) que são significativamente pró-russas (mesmo etnicamente) houve uma reação popular, tendo sido declarada unilateralmente a respetiva independência relativamente à Ucrânia, na sequência de um referendo unicamente reconhecido pela Rússia. A Crimeia e a cidade de Sabastopol foram anexadas, embora de modo separado: a Crimeia foi anexada como uma República da Federação Russa e Sebastopol como uma cidade federal. A Ucrânia e a comunidade internacional não reconhecem esta anexação; na realidade, quer a moeda, quer o direito ucranianos foram substituídos pelo “*rublo*” e pelo sistema legal russo, embora tal não devesse ter ocorrido à luz do direito internacional.

Merece realce o facto de os acontecimentos então ocorridos – sobretudo a reação popular contra o então presidente Viktor Yanukovich que conduziu à sua destituição pelo Parlamento – terem sido desencadeados pelo adiamento das assinaturas de um acordo de associação e de um acordo comercial entre a UE e a Ucrânia. Com efeito, após o anúncio por Yanukovich de que iria adiar a assinatura de tais acordos com a UE (certamente por influência da Rússia), as ruas de Kiev foram palco de inúmeras manifestações exigindo uma maior aproximação com a União.

Desde 1998 assistia-se a uma aproximação – e com o acordo de associação então adiado, a UE pretendia um aprofundamento das relações políticas com a Ucrânia; e com o acordo comercial, almejava-se promover o maior nível de integração económica possível. Com efeito, o objetivo de ambas as partes era o estabelecimento de uma área de comércio livre, abrindo-se o acesso ucraniano ao mercado europeu, assim como um maior investimento externo.

Voltando à questão da anexação da Crimeia e de Sebastopol, importa notar no modo como Putin sempre se foi pronunciando sobre tal anexação: um regresso da Crimeia à casa da “*pátria Mãe*”. Note-se que esta expressão (em rigor, a “*Mãe Rússia*”)

era uma expressão do czarismo; uma forma de se exprimir e legitimar a visão e o poder autoproclamado imperial da Rússia oitocentista.

Assim, o conceito de “*espaço vital*” da Rússia é um traço característico da narrativa atual do Kremlin – sendo a Rússia também subentendida como um império com reminiscências czaristas (logo, natural e tendencialmente expansionista, sob o prisma territorial e de influência geopolítica).

De qualquer forma, existem outros pontos de contacto entre a narrativa oficial e atual de Vladimir Putin e uma cosmovisão relativamente próxima daquela que foi também seguida (pelo menos, verbalizada) pelo III Reich, em 1938-1939. Putin sempre utilizou como justificação imediata, no que diz respeito à anexação da Crimeia e de Sabastopol, o argumento do auxílio a comunidades russófonas – tal como sucedeu, agora, em relação à intervenção russa em Donbass (região que se divide em duas: Donetsk e Luhansk). Ou seja, a ação da Rússia seria, segundo a narrativa oficial, motivada pelo resgate, pelo apoio e/ou mesmo defesa de cidadãos russos (ou de origem russa). A região do Donbass – que faz fronteira, a leste da Ucrânia, com a Rússia – é especialmente importante no que respeita à extração de carvão. Tal região autoproclamou-se independente em 2014, sem que tal tenha sido reconhecido, até agora, pela comunidade internacional. A “*operação militar*” em curso foi antecedida do reconhecimento de tal proclamação unilateral de independência pela Rússia, sendo esgrimido o argumento do auxílio aos cerca de (estimados) três milhões de cidadãos que aí residem e que falam russo...já não, apenas, em relação Donbass, mas em relação a toda a Ucrânia.

Em síntese, assistimos, atualmente, a dramáticos acontecimentos que, numa primeira observação, podem indiciar o fim de um sonho: vivíamos na ilusão de que o nosso tempo era o tempo do “*fim da guerra*”. Talvez não tenhamos prestado a devida atenção a certos indícios. Alguns elementos detetados no comportamento (bélico e expansionista) e na narrativa oficial da Rússia (principal potência nuclear militar da atualidade) podem, com propriedade, ser entendidos como um revisitar da cosmovisão propalada (e propagandeada) pelo III Reich – que serviu de base argumentativa para os trágicos acontecimentos históricos do século XX europeu.

Apesar de tudo, os escombros da Segunda Guerra Mundial que ainda não foram definitivamente enterrados encontram-se fora do espaço da UE. No entanto, atingem igualmente o projeto europeu, na medida em que põem em causa aquilo que foi, desde logo, o impulso motivacional originário da integração europeia: precisamente o “*fim da guerra*”, a concretização do sonho da impossibilidade histórica e civilizacional da desumanidade da guerra.

O exemplo europeu poderá contribuir determinadamente para que esses restos de escombros do “*tempo da guerra*” sejam não só enterrados, como destruídos definitivamente. É interessante observar que, dando sentido à ideia de que as crises geram sempre oportunidades, desde o fim de 2019 (com a entrada em funções da Comissão liderada por Ursula von der Leyen), a UE tem arrostado crises permanentes (*Brexit* e a deriva populista, pandemia, guerra).

E, no entanto, assistimos também, durante este período e em contexto de crises (ou crise permanente) a avanços decisivos no aprofundamento da integração europeia. Nomeadamente, assistimos à adoção de medidas que, sendo marcadamente federativas, dão resposta (a resposta possível e, para alguns Estados-Membros, a única possível) às disfunções e aos riscos humanos decorrentes das crises – como a assunção de um plano financeiro de combate à crise pandémica e aos respetivos efeitos, com um horizonte estrutural nas economias dos Estados-Membros, assumido supranacionalmente

e diretamente pela Comissão Europeia, para além da ação concertada na compra e distribuição de vacinas em todo o espaço da União.

Mas referiremos apenas duas notas sobre as oportunidades (e os passos já empreendidos) que, deste estado de crise, se geraram para o aprofundamento da integração europeia. Em primeiro lugar e ao contrário do que muitos anteciparam como riscos evidentes para o projeto europeu e para a UE, a guerra na Ucrânia não dividiu (não está a dividir) os Estados-Membros em termos de política externa. Tal como no que, até agora, diz respeito aos efeitos do *Brexit*, ao invés do risco de eclosão de divergências, ou de fragmentação política dentro do projeto europeu, a UE sai reforçada na sua unidade e coesão. Vai-se “*musculando*” efetivamente naquilo que é essencial: adotar uma firme posição de recusa de totalitarismos e do retorno ao “*tempo da guerra*”.

A posição da União, de todos os seus Estados-Membros, tem sido consensual, convictamente homogénea, firme, na defesa de uma posição de princípios (leia-se dos princípios humanistas e democráticos da integração) e reveladora de uma unidade europeia praticamente sem precedentes. Na verdade, a Rússia de Putin caminha para um estatuto de Estado-pária à luz do direito internacional, em grande medida por ação do plano sancionatório e condenatório da guerra, levado a cabo sem hesitações pela UE. Se um dos objetivos estratégicos de Vladimir Putin apontava, também, para a fragmentação da União (e, por conseguinte, para a perda de influência civilizacional de que a Europa integrada dispõe), a resposta política e sancionatória da União foi indubitavelmente em sentido contrário.

Por outro lado, a guerra precipitou – cremos que, agora, irreversivelmente – a construção rápida de uma efetiva política de defesa (militar) europeia. Não apenas a questão da edificação de um Mercado Interno da (indústria) da defesa. Mas também a adoção de medidas consequentes que apontem para a reclamada (por exemplo, pelo Presidente francês, Emmanuel Macron) “*autonomia estratégico-militar*” da União e uma “*soberania europeia*” – no sentido de ter capacidade para, autonomamente, defender os seus cidadãos. O facto de a Alemanha ter já anunciado o objetivo de afetar orçamentalmente 2% do seu PIB à defesa, poderá ser, desde já, o tiro de arranque para esse passo (muito grande) no aprofundamento da atual integração europeia.

Mas então, que futuro nos aguarda em termos de integração europeia?

Atualmente são os próprios objetivos “*existenciais*” da União que estão em perigo. Importa não esquecer que a integração europeia nasceu dos escombros da Segunda Guerra Mundial, com uma motivação que era *conditio sine qua non* da própria sobrevivência da Europa e das suas populações: evitar a guerra. É certo que a história da integração europeia vai-se edificando na superação de crises. No entanto, a Europa integrada ainda não tinha sido confrontada com uma espécie de “*regresso às origens*”, ou seja, ainda não tinha tido a necessidade de lidar com uma guerra que põe em causa a ordem europeia de paz e vai contra os valores e o “*modo de vida europeu*” (solidificado durante as sete décadas de integração). E a guerra na Ucrânia é, sequencialmente, o culminar de um tempo de dificuldades inéditas que começaram com o *Brexit*, passam pela pandemia e pelos seus efeitos, culminando agora na invasão russa à Ucrânia soberana e pró-europeia.

O Conselho Europeu de 23 e 24 de junho de 2022 aprovou o estatuto de “*candidata à adesão*” quer da Ucrânia, quer da Moldova. Antes da concessão de tal estatuto, houve uma cimeira entre a UE e os Balcãs ocidentais, tendo em vista preparar o ambiente e as condições de um outro perspetivado alargamento, envolvendo a Albânia, Bósnia, Sérvia, Macedónia do Norte, Montenegro e Kosovo.

Alguns desses Estados (como Albânia, Macedónia do Norte, Montenegro e Sérvia) já são formalmente candidatos à adesão – e também a Turquia detém tal estatuto. A Geórgia tinha formalmente manifestado a sua vontade de aderir e, conseqüentemente, solicitado o estatuto de candidata. Porém, o Conselho Europeu entendeu que, por enquanto – e, sobretudo, em virtude das poucas garantias de superação relativamente fácil dos problemas ligados à corrupção –, não seria ainda conveniente considerar aquele Estado como candidato, embora fosse entendido dever ser-lhe dada uma “*perspetiva europeia*”.

Importa referir que a adesão de um novo Estado ao “*bloco europeu*” tem regras e insere-se numa dinâmica de consenso e empenho políticos de ambas as partes – ou seja, quer da União, quer do Estado candidato –, sendo certo que tal *animus* ou vontade política firme e consensual acaba por ser decisivo, independentemente do respeito pelos critérios existentes e consagrados normativamente [artigo 49.º do Tratado da União Europeia (TUE)]. Assim, um Estado candidato não terá sucesso se não professar, notória e empenhadamente, os valores que norteiam a integração e que são uma espécie de “*marca identitária*” da União: a democracia, a liberdade, a dignidade humana, a igualdade, o Estado de direito, o respeito pelos direitos humanos e a garantia de proteção das minorias (no fundo, os valores referidos no artigo 2.º do TUE).

Além disso, desde o Conselho de Copenhaga de 1993, existem obrigações para quem pretenda aderir – os denominados “*critérios de Copenhaga*” – sempre reafirmados como condições necessárias para o sucesso de qualquer pretensão de adesão. Esses critérios/condições necessárias passam pela i) estabilidade das instituições do Estado candidato, de modo que o seu funcionamento garanta a efetividade do Estado de direito; mas também pela ii) existência de uma economia de mercado, assente na liberdade económica e na concorrência; e ainda pela iii) capacidade de adaptação da ordem jurídica interna ao direito da União, significando isto que o Estado candidato deverá fazer prova da sua adaptabilidade às exigências do direito da integração – ou seja, assimilar e integrar-se (em termos técnicos e com efetividade) ao chamado acervo jurídico europeu.

A verificação do cumprimento destes requisitos é um processo demorado e rigoroso. A Croácia (último Estado a aderir, em 2013) demorou cerca de uma década a percorrer esse caminho. Claro está que tais regras e tal procedimento para uma adesão bem-sucedida foram construídos e implementados num quadro de vida europeu diferente do atual. São, no fundo, regras e dinâmicas edificadas num pressuposto de normalidade e de estabilidade, num tempo em que a Europa vivia ainda a “*ilusão do fim da guerra*”. Fevereiro de 2022 e a invasão da Ucrânia pela Rússia marcam o começo – ainda não muito perceptível – de uma nova era para a integração europeia.

Esta nova ordem europeia significa que devemos olvidar as regras e os requisitos necessários para se efetivar a adesão de um novo Estado? Ou que se deve facilitar a adesão, *in casu*, da Ucrânia? Não, de modo algum. Simplesmente, o quadro mental e normativo que poderemos ser obrigados a utilizar para admitir, no futuro, a Ucrânia na União, poderá não ser o mesmo com que pensamos o assunto atualmente.... Dito de outro modo, a própria ideia de integração europeia – assente no direito europeu que temos e na história da UE que se processou, sempre evolutivamente, ao longo de 70 anos – poderá alterar-se, mais ou menos radicalmente.

Pela primeira vez na sua história, a União vê-se confrontada com uma crise que a obriga a regressar às suas origens e ao seu impulso político inicial: fazer face à guerra,

reestabelecendo uma nova ordem, promovendo interligações estruturais de paz entre nações e reconstruindo uma Europa sobre os escombros de guerras. A inexistência de uma efetiva e sólida política europeia comum de defesa e segurança (artigo 42.º TUE), por exemplo, pode explicar-se politicamente também por isso mesmo. O foco – num pressuposto de “*era do fim da guerra*” – foi prioritariamente o desenvolvimento económico, a qualidade de vida das populações, a democracia e o Estado de direito. Era, no fundo, o florescimento e o fortalecimento, atualizado e sofisticado, daquilo que foram as sementes civilizacionais lançadas pelo Iluminismo.

Ora, uma nova ordem europeia pós-guerra na Ucrânia poderá introduzir preocupações e objetivos novos para a integração, de cariz prioritariamente geopolíticos, que sejam instrumentais do grande desígnio de se preservar “*o modo de vida europeu*”. A defesa de um espaço de afirmação e “*modo de vida*” europeus poderá implicar uma tendência pró-ativa do movimento da integração. Ou seja, poderá tornar necessário (mesmo premente) não só auxiliar a consolidação das democracias que aderem aos valores europeus (artigo 2.º TUE), como incentivar e participar, ativa e empenhadamente, na própria construção, quase de raiz, dessas comunidades/Estados que anseiam e lutam para serem “*europeus*”.

Isso pode implicar regras e critérios diferentes para se concretizarem as novas adesões (e, inevitavelmente, uma modificação dos Tratados). Ou então, trabalhar-se no sentido proposto por Emmanuel Macron, no seu discurso de 9 de maio de 2022 no Parlamento Europeu em Estrasburgo – qual seja, criarem-se outras organizações que, em conjugação e em complementaridade com a União, formem um espaço europeu de vivência comum e de cooperação política. Por exemplo, uma Comunidade Política Europeia que até possa ser uma antecâmara para a efetiva integração na União. No fundo, uma nova Europa entendida, sobretudo, como uma “*rede europeia*” de relações, um “*networking*” dinâmico, democrático e civilizacional europeu. Uma integração assumidamente a “*várias velocidades*”, para melhor se facilitar a união em torno do que é essencial.

Esta proposta estratégica poderá ser um caminho especialmente adequado para o aprofundamento da integração (ultrapassando-se, neste ponto, impasses) e para a organização da Europa do pós-guerra na Ucrânia. Macron começa por tomar o exemplo da Ucrânia em guerra para explicar a sua proposta. Qualifica a Ucrânia como um verdadeiro Estado-Membro “*do coração*”, dada a sua coragem e capacidade de resistência perante a invasão sofrida. Macron reconhece as aspirações legítimas no que diz respeito à adesão futura não só da Ucrânia, como também de outros Estados como a Moldávia e a Geórgia. No entanto, reconhecendo igualmente o carácter europeu das opções desses Estados (sem dúvida, futuros Estados-Membros), deixa claro que não existem condições materiais que lhes permitam uma efetiva adesão rápida.

Por outro lado, assume o carácter evolutivo e a “*várias velocidades*” da construção europeia. Refere – numa lógica de “*amigo não pode empatar amigo*” – o facto de não ter sido possível, até agora, realizar-se uma reunião entre chefes de Estado e/ou chefes de governo em formato estrito de “*zona euro*”, na medida em que tais reuniões (nomeadamente, em sede de Conselho Europeu) implicam a presença de todos os Estados-Membros. Utiliza uma imagem impressiva para ilustrar o seu ponto de vista: em certos domínios, na União, os Estados-Membros assemelham-se a uma espécie de condóminos que, para se reunirem e deliberarem sobre os assuntos específicos do próprio condomínio, têm que convidar a rua toda!

De resto, para Macron a “*Europa a várias velocidades*” já existe – e pode mesmo ser benéfico assumir-se enquanto tal sob o ponto de vista institucional. O facto de o aprofundamento da integração, no quadro da União, ser primeiramente empreendido por alguns Estados (e não todos!) incentiva os restantes a evoluírem no mesmo sentido.

O certo é que a Europa terá muito provavelmente que reorganizar-se, pressionada pelas consequências da guerra. Deverá reconstruir-se, sob o prisma da defesa dos seus interesses e na perspectiva de ocupar um lugar que lhe permita ter cada vez mais influência, no contexto da política internacional. Por uma questão de defesa, deverá ser um ator político cada vez mais eficazmente influente à escala global. E o interesse europeu de preservação do estatuto de potência democrática e de cidadania deverá resultar de uma dinâmica de interação entre todos os que partilham os mesmos valores (civilizacionais, ambientais, democráticos, de abertura e tolerância e de respeito pelos direitos humanos e pela liberdade individual). Assim, mais do que de um caminho homogéneo percorrido por um “*bloco*” (a União), dever-se-á construir uma “*rede*” de interações entre Estados-Membros e não membros, assim como de organizações que se complementem e se reforcem, interagindo entre si.

Assim, a criação de uma aliança ou organização à luz do direito internacional e com interação com a UE – sendo uma espécie de antecâmara da integração e/ou de espaço de vizinhança solidária – poderia ser um fator de reforço da unidade política e civilizacional europeia. E é nesse sentido que se compreende a proposta de criação de uma Comunidade Política Europeia, incluindo todos aqueles que almejam a integração. Ou mesmo de Estados como o Reino Unido que, apesar do *Brexit*, pretende naturalmente manter um determinado nível de cooperação política e mesmo de integração (sobretudo, comercial) com a UE.

O certo é que em (meros) cinco meses a proposta de Emmanuel Macron tomou corpo – e a primeira reunião da Comunidade Política Europeia teve lugar em Praga (Chéquia) a 6 de outubro de 2022. Estiveram reunidos os chefes de Estado e de governo de 44 Estados europeus – à exceção da Rússia e Bielorrússia – e ficaram agendadas as próximas reuniões com periodicidade semestral. Estiveram a debater uma defesa comum para as infraestruturas críticas da Europa, uma estratégia comum para combater a cibercriminalidade, bem como o estabelecimento de um fundo de resiliência para apoiar a reconstrução da Ucrânia.

Na abertura da sessão plenária daquela primeira reunião, o Primeiro-Ministro checo e anfitrião do encontro explicou que o objetivo da Comunidade Política Europeia era trazer a paz e a prosperidade de volta à Europa. Onde foi mesmo que já ouvimos algo similar? Na declaração Schuman de 9 de maio de 1950, que inaugura o processo de integração europeia a seguir à Segunda Guerra Mundial – o mesmo mote, a mesma força motriz, a mesma alma.

Mas o que efetivamente releva daquela primeira reunião foi a assunção do compromisso, por uma Europa alargada, de que a Ucrânia será apoiada durante o tempo que for necessário. Ou seja, foi a manifestação de unidade europeia, quer quanto à condenação da invasão russa, quer quanto à recusa do reconhecimento dos territórios anexados por Moscovo. Tal anexação deu-se na sequência de referendos inválidos à luz do direito internacional, como bem declarou o Secretário-Geral das Nações Unidas, António Guterres – ainda que a Rússia tenha vetado uma resolução de condenação daquela anexação, apresentada ao Conselho de Segurança das Nações Unidas, numa votação na qual China, Índia e Brasil lamentavelmente se abstiveram.

Não obstante, e como bem disse a Presidente do Parlamento Europeu, Roberta Metsola, no passado dia 19 de outubro – aquando do anúncio dos laureados do prémio Sakharov para a liberdade de pensamento 2022, atribuído ao *“corajoso povo da Ucrânia”* representado pelo seu Presidente, pelos líderes eleitos e pela sociedade civil – *“sabemos todos na Europa que o corajoso povo ucraniano não vai desistir; e nós também não”*.

Riscos e possibilidades do ativismo judicial na democracia

*Rogério Gesta Leal**

1. Notas introdutórias

O tema do ativismo judicial hoje constitui-se em fenômeno político, institucional, acadêmico e até social, haja vista o espectro amplo de relevância e divulgação que tem obtido em todo o Ocidente (para dizer o mínimo). O Poder Judiciário tem sido provocado por múltiplos protagonistas do Mercado, do Estado e da Sociedade para se manifestar sobre assuntos que vão desde a violação de Direitos Humanos e Fundamentais até os atinentes às deficiências de serviços públicos e abusos praticados por agentes econômicos.

Neste contexto em particular, estamos nos referindo ao ativismo judicial como o poder que tem a jurisdição ordinária e constitucional (e estes campos estão cada vez mais fundidos) de, por um lado, tomar decisões que afetam competências e atribuições do Legislativo e do Executivo; e, por outro, definir pautas e agendas de prioridades, demandas e políticas públicas através de processos e procedimentos que tem alargado imensamente as compreensões sobre o que significam normas (princípios e regras) constitucionais e infraconstitucionais, tanto em face da ampliação da legitimidade/legalidade democráticas dos intérpretes da Constituição (no plano político, argumentativo, filosófico e pragmático), como por decorrência do aumento da complexidade que as relações sociais e institucionais apresentam. Tudo isto vai gerando profundas crises de identidade e efetividade entre os poderes do Estado, assim como déficits de fidedignidade da Sociedade e do Mercado em relação a eles.

Nossa intenção neste trabalho, portanto, é propormos a adoção de perspectiva ampliada da atuação do Poder Judiciário a partir da compreensão igualmente oxigenada da Democracia contemporânea e dos seus outros legítimos protagonistas, sob pena do esvaziamento de instâncias importantes de deliberação e decisão política cotidiano.

Como metodologia de abordagem vamos utilizar a hipotético-dedutiva, partindo de algumas premissas teóricas no âmbito do tema eleito, para então avançar com proposições contributivas ao enfrentamento dos desafios que ele apresenta.

2. Qual ativismo judicial?: interpretação e aplicação da norma jurídica

Todo o conceito de ativismo judicial envolve, no mínimo, idiosincrasias mais individuais do que institucionais, influenciadas por concepções de mundo e vida distintos, bem como por ideologias e crenças as mais diversas sobre tais concepções.¹

* Juiz Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (Brasil) e Doutor em Direito. Professor Titular da UNISC. Professor da FMP (Fundação Escola Superior do Ministério Público).

¹ Chad M. Oldfather, "Defining judicial inactivism: models of adjudication and the duty to decide", *Georgetown Law Journal*, vol. 94, Marquette Law School Legal Studies Paper, no. 06-08 (2005): 121, <http://ssrn.com/abstract=877002>.

Mesmo assim, podemos demarcar alguns elementos constitutivos deste fenômeno multifacetário capazes de oportunizar diálogos e práticas de entendimento racional.²

Em primeira linha de argumentação é fácil perceber que o ativismo judicial representa criativo processo de pensamento e decisão vinculante a todos os que se encontram submetidos a determinada jurisdição. Tanto o pensamento como a decisão precisam, todavia, estarem fundados em argumentos lógicos e razoáveis hauridos do sistema jurídico como um todo, passíveis de constatação e controles públicos, notadamente a partir de suas motivações; além do que tais decisões espelham – de forma mais ou menos intensa – certa coerência e integridade para com os precedentes jurisprudenciais que também constituem o sistema jurídico.³

Na perspectiva de Paul Mahoney, o ativismo judicial existe onde os juízes modificam o sentido da lei quando originariamente criada, substituindo a deliberação matriz do processo legislativo que lhe deu vida. Assim, o autor considera inválidas as ações ou decisões de juízes dadas com o propósito de buscar a justiça no caso concreto, ou interpretar a lei no sentido de conformá-la a novas realidades sociais emergentes, não permitindo a correção pelos fóruns adequados para tanto (Legislativo e Executivo, por exemplo).⁴

Outro importante autor indiano, Subhash Kashyap, sustenta que:

*“What has come to be called hyper activism of the judiciary draws its strength, relevance and legitimacy from the inactivity, incompetence, disregard of law and constitution, criminal negligence, corruption, greed for power and money, utter indiscipline and lack of character and integrity among the leaders, ministers and administrators. As a result of this a vacuum was created in which the governmental machinery seemed to be totally helpless with the corruption in legislative and executive fields. The vacuum was filled in by the judiciary.”*⁵

Em outra perspectiva, tem sido debatido no cenário internacional que o ativismo judicial tem se transformado em importante instrumento quando a máquina legislativa chega a impasses em determinados casos – para além, pois, de sua inércia violadora por insuficiência normatizadora, oportunidade em que a jurisdição passa a protagonizar respostas tópicas que se generalizam em face dos efeitos de determinados julgamentos (as ações declaratórias de inconstitucionalidade e constitucionalidade, assim como as ações de descumprimento de preceito fundamental, no Brasil).

No caso específico das ações de descumprimento de preceito fundamental, o ativismo judicial se flexibiliza pela autorização legislativa de origem que lhe permite agir desta forma, assim como no mandado de injunção em que a ausência de disposição jurídica inviabiliza o exercício de direitos. Mas estas são situações autorizadas pelo Estado Legislador a partir de critérios e requisitos previamente atendidos.

² Não vamos tratar aqui da origem espacial e temporal da expressão ativismo judicial, até porque neste ponto há divergências tópicas entre autores, e que não importam para o escopo desta reflexão. Ver o texto de Keenan D. Kmiec, “Origin and Current Meanings of Judicial Activism”, *California Law Review*, vol. 92, (2004): 1441, <http://scholarship.law.berkeley.edu/californialawreview/vol92/iss5/4>, advertindo para o fato de que o surgimento do ativismo judicial não teria ocorrido em 1804, quando o Chief Justice Marshall tratou do caso Marbury x Madison, por caracterizar-se esta decisão como *judicial review* e não *judicial activism*; e que o verdadeiro marco inicial deste ativismo teria ocorrido em 1610, quando o Justice Coke, na Inglaterra, ao julgar o caso Dr. Bonham, utilizou-se de doutrinas do direito natural.

³ Ver nosso texto Rogério Gesta Leal, *A decisão Judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos Direitos Fundamentais* (Chapecó: UNOESC, 2012).

⁴ Paul Mahoney, “Judicial Activism and Judicial Self-Restraint in the European Court of Human Rights: Two sides of the same coin”, *Human Rights Law Journal*, vol. 11, no. 1-2 (1990): 57-88.

⁵ Subhash Kashyap, *The citizen and judicial reforms under Indian polity* (London: Hammick’s Legal Bookshop, 2003), 41. Do mesmo autor ver o livro *Political reforms for good governance – a policy brief* (Florida: W. Gaunt & Co., 2007).

De qualquer sorte, ainda em nível de argumentos de fundamentação da Democracia enquanto regime de governo, devemos lembrar que as bases de sua constituição sempre estiveram ligadas – direta ou indiretamente – a soberania popular e suas manifestações representativas, as quais deram origem constitutiva a organização física e institucional do Estado (legislativo, executivo e judiciário). Nesta estrutura mais objetiva, a cada qual das funções estatais foram dadas competências e atribuições diversas e complementares, relacionadas entre si no que diz respeito ao gerenciamento dos interesses públicos da Comunidade, e equacionadas pela via dos *checks and balances*.

Por certo que estes temas todos não estão enquadrados de forma matemática e inflexível, haja vista que há situações (algumas normatizadas), que autorizam iniciativas diferidas de protagonismo dos organismos estatais, o que é controlado em termos de excessos e insuficiências sobre a necessidade e proporcionalidade destas medidas. Por vezes, como fizemos referência acima, o Poder Judiciário é chamado pelo sistema jurídico para resolver problemas individuais, sociais e institucionais, todavia, cumpre questionar: (i) a natureza deste poder, e se ele é compatível com o conceito de Democracia que temos e queremos; (ii) se é suficiente para justificar e fundamentar o Poder da Jurisdição e seu exercício o fato dela ser prevista por Constituições Democráticas; (iii) ou se temos de insistir com a tese de que estes poderes jurisdicionais só existem para cumprir deveres/fins dentro dos marcos da Democracia que opera com o reconhecimento da legitimidade democrática de outros protagonistas oriundos da vontade popular que lhes institui diretamente.

Analisemos melhor estas questões!

Em primeiro lugar, argui-se que inexistente propriamente poder judicial nas estruturas ocidentais de organização do Estado, mas funções judicantes em nível de *checks and balances*. Todavia, a expressão *poder judicial* tem reiteradamente dois principais sentidos em linguagem jurídica: (i) um sentido funcional, isto é, da totalidade de atos os quais permitem que conflitos sejam julgados, (ii) um sentido orgânico, que implica reconhecer que a totalidade das cortes de justiça representam certas exigências estruturais da própria Democracia.

A tese da ausência do poder judicial, por sua vez, geralmente vem sempre tomada em dois sentidos, no mínimo: (i) o de que inexistente um poder no sentido orgânico do termo quando nos referimos ao Judiciário; (ii) e o de que os juízes exercem funções que não lhes conferem especificamente forma real de poder.⁶ Quando estes dois argumentos falham, torna-se cada vez mais lugar comum recorrer a uma terceira tese: a de que pode existir um poder judicial, eis que a Democracia não é o que um povo vaidoso deseja, e tampouco pode ser genericamente identificada com o poder/vontade de maiorias, razão pela qual a verdadeira Democracia reside igualmente, e por vezes, no poder do Estado Juiz contramajoritário.⁷

Diante destes cenários revela-se importante estabelecermos, sempre, pactos semânticos – e sintáticos – necessários à delimitação do que entendemos por poder judiciário e como ele se projeta em cada realidade ou contexto social e político – espacial e temporalmente. Em França, por exemplo, muitas discussões da teoria constitucional e mesmo da teoria política contemporânea lembram que o título VIII da Constituição vigente refere-se ao judiciário como *autorité judiciaire*, mais do que

⁶ Ver o texto de Michael Troper, “The Judicial Power and Democracy”, *European Journal of Legal Studies*, 1, 2 (2007), <https://cadmus.eui.eu/handle/1814/7714>. Ver também o texto de Cass R. Sunstein, *A Constitution of many minds* (Princeton: Princeton University Press, 2009).

⁷ Ver o texto de Adrian Vermeule, *Judging under uncertainty* (Cambridge: Harvard University Press, 2006).

du pouvoir judiciaire. A despeito disto, se estes termos favorecem em alguma medida a extensão de competências para as Cortes judiciárias, ou mesmo influenciam em sua independência, eles não chegam a formatar possibilidades de ampliação de poderes significativos aos órgãos judicantes.

Se estas questões mais sintáticas não nos ajudam a compreender os fenômenos que levam a eventuais protagonismos excessivos e desequilibradores dos poderes de Estado, temos de levar em conta – para além do Judiciário – as funções institucionais dos poderes da mesma forma constitucionais do Legislativo e Executivo, que possuem competências e atribuições especializadas fundamentalmente em termos de iniciativas. Então é necessário que cada uma destas autoridades desempenhe suas funções institucionais em tempos e espaços específicos, tomando em conta que estes são muito distintos no que diz com a velocidade de processos/procedimentos e respostas, já que demandam distintas formas de legitimidade democrática.

Explicamos, (i) as autoridades legislativas precisam observar ritos e prazos especiais que regulamentam os processos de criação de normas que vincularão a todos (iniciativa de leis, comissões de avaliação, procedimentos de discussão e votação), tudo a ser gestado em tempo e espaços adequados; (ii) as autoridades executivas precisam destas normas autorizadoras para gerar políticas e ações públicas concretizadoras das escolhas/determinações legislativas referidas, as quais igualmente reclamam formas e procedimentos próprios (orçamentos aprovados, editais de licitação, procedimentos de concorrência regulares, contratações públicas a efetivar, execução de obras e serviços); (iii) as autoridades judiciárias precisam observar, sempre, o devido processo legal das demandas que lhes acorrem – dentro de suas competências próprias -, garantir a ampla defesa, o contraditório, o duplo grau de jurisdição, os direitos adquiridos, o que demanda também certos prazos a serem observados.

Eventuais dissonâncias de tempos e espaços no exercício das competências e funções destas autoridades podem gerar – como tem acontecido – tensões entre demandas individuais e sociais e suas respectivas respostas. A equalização destes conflitos – alguns aparentes e outros reais – exige cuidados institucionais muito sensíveis, sob pena de criarmos sinergias negativas entre as autoridades estatais e que afetam as legitimidades democráticas da representação política contemporânea.

Por outro lado, não podemos simplesmente imaginar que as soluções oriundas do ativismo judicial são pacíficas, porque há vários tribunais que tratam da mesma matéria em face dos graus distintos de jurisdição, o que não raro geram distintas compreensões dos conflitos/fenômenos que lhes chegam à decisão; ou seja, no âmbito do próprio Poder Judiciário vamos encontrar formas de decidir diferentes sobre os mesmos temas, partes e casos, e isto ocorre por várias razões, desde aspectos envolvendo a formação política e jurídica dos magistrados, passando por questões eventualmente ideológicas, culturais e mesmo em face de origens e condicionamentos religiosos, étnicos, raciais e de gênero.

Diante destes argumentos, queremos sustentar que não podemos falar em ativismo judicial do Poder Judiciário como um todo, porque isto implicaria comportamentos institucionais uniformes e coesos da fração de poder de Estado que ele representa, e não de alguns de seus órgãos fracionários ou monocráticos. E tal não ocorre, nem mesmo quando contamos com certas estruturas de poder e de hierarquia institucionais estabelecidas para evitar dissensos exagerados em termos de atos jurisdicionais vinculantes (como é o caso, no Brasil, das *sumulas vinculantes*, dos recursos repetitivos,

da repercussão geral, dentre outros),⁸ isto porque a Constituição Federal brasileira garante ao magistrado liberdade para julgar, mas a pergunta que temos de nos fazer é quais os níveis de discricionariedade permitidos a este magistrado em seu ofício que o Estado Democrático de Direito aceita – se é que existem?⁹

Não há dúvidas sobre o fato de que o exercício da jurisdição implica o uso de discricionariedade enquanto condição de eleger, de maneira fundamentada, dentre várias possibilidades de escolhas que se apresentam no ordenamento jurídico, a que traduz maior conveniência e oportunidade para o interesse público em jogo, mas isto é controlado, seja pela via da retratação, fruto da interlocução processual; seja pela via do duplo grau de jurisdição.

Por certo, entretanto, que há situações particulares – e estas se repetem no tempo e espaço cada vez mais – marcadas por fatores e contextos não programáveis, porque decorrentes de variáveis incontrolláveis e inéditas, não previstas pelos atores públicos ordinários que administram interesses públicos e privados.¹⁰ Para além disto, os atos cotidianos de gestão destes interesses, em regra, não são atribuídos a uma autoridade específica ou outra, individualmente, mas a grupos de autoridades que tomam decisões colegiadas (isto ocorre tanto no setor privado como público), até em face da complexidade das demandas e problemas cotidianos a serem solvidos e suas interconexões necessárias com multiníveis de campos e áreas envolvidas direta e indiretamente com aqueles.

Então, diante de demandas complexas e inéditas que envolvem deliberações de pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas, poderemos ter situações que desbordem do autorizado pela ordinariedade normativa vigente, dando vezo a respostas produzidas na flagrância destas, passíveis de serem questionadas sob o prisma da legalidade estrita. Tais comportamentos, por vezes, não são individuais (e mesmo que fossem), mas resultados de manifestações colegiadas, e também aqui o tema da responsabilidade deverá contar com aferição adequada.

3. Possibilidades de contenção da discricionariedade judicial como problema da Democracia contemporânea

Por certo que a opção do positivismo jurídico para tentar conter na medida do possível os níveis de discricionariedade e hiperativismo judicial sempre foi o elaborar, de forma clara e precisa, normas/códigos que reduzissem a necessidade da atribuição

⁸ A Repercussão Geral foi criada pela Emenda Constitucional n.º 45/2004 e regulamentada em 2007. A ferramenta é de uso exclusivo do STF, e impossibilita a análise de recursos extraordinários que não atendam critérios de relevância jurídica, política, social ou econômica, indo além do interesse das partes envolvidas. Além de reduzir a quantidade de recursos no STF – somente entre 2007 e 2010 houve uma queda de 71%, segundo dados da corte – esse filtro também afeta a tramitação nas outras instâncias. Isso ocorre porque os processos sobre o mesmo assunto ficam paralisados nos tribunais aguardando o julgamento da Suprema Corte, que tem efeito multiplicador. Por sua vez, os Recursos Repetitivos foram instituídos no Superior Tribunal de Justiça (STJ) com a Lei n.º 11.672/2008. O objetivo é dar mais celeridade, isonomia e segurança jurídica no julgamento de recursos especiais que tratem da mesma controvérsia jurídica. Esses casos podem ser selecionados por amostragem – cabe ao presidente ou vice-presidente do tribunal de origem admitir um ou mais recursos que melhor representem a questão repetitiva e encaminhá-los ao STJ para julgamento. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br>.

⁹ Para Michel Troper: *“In order to maintain that the role of tribunals is in conformity with democracy, one either should deny that they dispose of a discretionary power, and claim that they limit themselves to the application of a pre-existing law without the ability of expressing ideological preferences or making axiological choices, or one should conceive an organisation in which they are not endowed with such a discretionary power.”* Michael Troper, “The Judicial Power and Democracy”.

¹⁰ Vamos pensar nas situações de surtos de dengue, malária, enchentes, vendavais, incêndios, ou outros acidentes naturais.

de sentido aos seus comandos.¹¹ A sistematização ordenada e integrada de regras e princípios jurídicos garante certo controle decisional demarcando suas possibilidades minimamente gramaticais – o que nunca foi (nem será) suficiente para aprisionar os limites de escolhas dos julgadores, por razões múltiplas de natureza epistêmica e hermenêutica.

Ou seja, a pretensão do sistema jurídico em constituir bases de organização/comportamento social que cubram campos amplíssimos das relações intersubjetivas e interinstitucionais, para além de tentar reduzir suas complexidades, também tem o escopo de mitigar o exercício desmesurado das subjetividades no ato de decidir (no plano jurisdicional, administrativo e parlamentar), porém, isto se cumpre parcialmente, pois já restou evidenciado ser impossível evitar a existência de *lacunas* ou mesmo *contradições* nos sistemas jurídicos vigentes.

Isto ocorre, dentre outras razões e por um lado, por decorrência de que o legislador não pode prever todos os casos de variações relacionais entre fato e norma (principalmente em sociedades de riscos e perigos cada vez mais inéditos e iminentes); de outra banda, códigos normativos, não raro, até em face da complexidade das matérias que tratam, são elaborados com categorias e narrativas vagas e ambíguas, que rendem plurívocas possibilidades interpretativas.¹² Para além disto, as modulações normativas dos sistemas jurídicos, sejam provocadas por eventuais caducidades de suas disposições, sejam decorrentes de embates de interesses sociais, devem ser alvo de monitoramento/alteração legislativa, notadamente em nome da independência, competência e autonomia dos poderes.¹³

Quando a atualização/regeneração (de forma mais conservadora ou inovadora) destes sistemas normativos deixam de ocorrer, seus déficits de legitimidade e eficiência sofrem impactos profundos, gerando tensões e conflitos que, eventualmente orquestrados pelas mídias, mas mesmo assim não sensibilizando o Parlamento, chegam ao Judiciário com apelos retumbantes distinguidos (econômicos, sociais, culturais, étnicos, raciais, de gênero).

Considerações finais

Duas noções aqui podem nos auxiliar a concluir estas reflexões: (1) a de que a Democracia Representativa como modelo tradicional de regime de governo, representa, mais do que o poder do povo, o poder exercitado em nome do povo; (2) a de que este Democracia, mais do que representar o poder do povo mediado pela representação, significa o conjunto de princípios regentes do Estado de Direito, condição de

¹¹ Ver os textos de: (i) Rogério Gesta Leal, *Hermenêutica e Direito* (Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2002); (ii) Leonel Severo Rocha, *Epistemologia Jurídica e Democracia* (Canoas: Editora Unisinos, 1998); (iii) Lênio Luis Streck, *Hermenêutica Jurídica em Crise* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013); (iv) Luigi Mengoni, *Ermeneutica e Dogmatica Giuridica* (Milano: Giuffrè, 2006).

¹² Ver os excelentes textos de: (i) Eduardo A. Zannoni, *Crisis de la razón jurídica* (Buenos Aires: Astrea, 2005); (ii) Jean Cruet, *A vida do direito e a inutilidade das leis* (Lisboa: José Bastos & Cia., 1990); (iii) Luís Alberto Warat, *Senso Comum Teórico: as vozes incógnitas das verdades jurídicas*. In: Introdução Geral ao Direito (Porto Alegre: Fabris, 1994).

¹³ Podemos ter em mente os debates sobre a descriminalização do aborto no Brasil, em que o Congresso Nacional, recentemente, defende que esta matéria seja decidida por ele, e não pelo Supremo Tribunal Federal - STF, haja vista a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF 442, na qual o PSOL pede que o STF declare inconstitucionais os artigos do Código Penal que criminalizam a mulher que realiza ou autoriza um aborto, assim como os profissionais que o fazem. Ver o site <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/direito-e-justica/558279-deputados-defendem-que-congresso-e-nao-stf-decida-sobre-descriminalizacao-do-aborto-no-brasil.html>.

possibilidade para o exercício do poder pelo povo em qualquer situação, pela via da representação ou de forma direta.

A primeira noção toma como referência a possibilidade de os juízes formarem instituição historicamente democrática, constituída a partir da deliberação popular representada, via Constituição, porque a Democracia não demanda da Sociedade como um todo que os cidadãos exerçam o poder por si próprios, ou que o façam por representantes eleitos. Neste ponto, sendo o Judiciário eleito ou provido por concurso público, apresenta-se como instituição que está a serviço da Lei – não do povo; e nesta condição, por certo que tem limites de representação da vontade popular (que pode não ser lícita), mas também tem limites a atribuição de sentido da vontade da Lei (dados pelo próprio sistema jurídico).

Por conta do referido até aqui, o conceito de Democracia contemporânea está muito mais marcado pela ideia de sistema de governo, relações institucionais e sociais informadas por princípios morais, éticos e jurídicos, do que pela ideia demasiadamente generalizante de poder do povo. Tal argumento leva em consideração que esta Democracia não pode ser limitada pela ideia de vontade da soberania popular, uma vez que esta equivale ao que podemos chamar de ideia regulativa, ou tipo ideal, no sentido de que representam, modo geral, ideais a serem perseguidos como petição de princípio ordenador dos sistemas jurídicos, políticos, sociais, econômicos, dentre outros, condizentes à organização e funcionamento das relações humanas e institucionais, a serem dimensionadas objetiva e concretamente no cotidiano do mundo da vida.

Para além disto, e tratando da segunda noção referida, a vontade da soberania popular não pode, sempre, ser plenamente identificada – representada – pela vontade do Parlamento, ou mesmo pela vontade de maiorias, em face de evidenciarem eventuais fragmentos (majoritários) do todo – daí porque falarmos em fundamentos contramajoritários da Democracia. Diante desta dificuldade de delimitarmos com segurança e de forma definitiva esta vontade (geral) popular soberana é que precisamos contar/considerar outros elementos mais diretivos à tais demarcações, como os referidos princípios e regras jurídicas que constituem o Estado Democrático de Direito, sendo os juízes apenas um dos garantidores destes, contando ainda com os demais protagonistas do Parlamento, do Poder Executivo e mesmo da Sociedade.

Se o sistema de justiça, pela via em especial dos juízes, não respeita aqueles limites e, por conta disto, vai instabilizando com variações semânticas e pragmáticas os comandos constitucionais e infraconstitucionais estabelecidos, cria muito mais fissuras do que integridade ao funcionamento da Democracia e das relações de poder que ela envolve.

O direito (fundamental) à boa administração pública: um panorama no direito brasileiro¹

*Mônia Clarissa Hennig Leal**

*Rosana Helena Maas***

1. Introdução

Analisar o direito (fundamental) à boa Administração Pública ganha real importância no Brasil, pois não está presente no catálogo dos direitos fundamentais da Constituição Federal de 1988, apesar de assim ser interpretada no seu ordenamento jurídico. Acerta-se que é um direito que ganha espaço na jurisprudência brasileira (ainda que timidamente e sem contornos definidos), notadamente, aliado ao direito de acesso à informação como sua condição de possibilidade. Ademais, a busca por uma Administração Pública proba, eficiente e moral, torna-se ainda mais possível através da publicização dos atos administrativos, do acesso à informação e da transparência, propiciando uma gestão participativa de programas e projetos, uma boa Administração Pública. Dessa forma, lança-se a seguinte problemática ao estudo: o direito à boa Administração Pública é compreendido como direito fundamental no ordenamento

¹ Este artigo é resultante das atividades do projeto de pesquisa «Teoria da essencialidade (*Wesentlichkeitstheorie*) e discriminação algorítmica: *standards* protetivos em face do Supremo Tribunal Federal e da Corte IDH – proposta de parâmetros de controle», financiado pelo Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico – CNPq (Bolsa de Produtividade em Pesquisa – Processo 309115/2021-3); do projeto de pesquisa “Aprimoramento dos Programas de Humanização dos serviços de saúde com base nos parâmetros de proteção dos grupos vulneráveis fixados pelo Supremo Tribunal Federal e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos”, financiado pelo Ministério da Saúde e pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul – FAPERGS (Edital FAPERGS/MS/CNPq 08/2020, Processo 21/2551-0000108-9); bem como do projeto de pesquisa “A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH”, financiado pela FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor – ARD – Edital 10/2020 – Termo de Outorga 21/2551-0000637-4). A pesquisa é vinculada ao Grupo de Pesquisa “Jurisdição Constitucional aberta” (CNPq) e desenvolvida junto ao Centro Integrado de Estudos e Pesquisas em Políticas Públicas – CIEPPP e ao Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana (ambos financiados pelo FINEP e ligados ao Programa de Pós-Graduação em Direito – Mestrado e Doutorado da Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC). Também se insere no âmbito do projeto de cooperação internacional “Observatório da Jurisdição Constitucional Latino-Americana: recepção da jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos e sua utilização como parâmetro para o controle jurisdicional de Políticas Públicas pelos Tribunais Constitucionais”, financiado pela Capes (Edital PGCI 02/2015 – Processo 88881.1375114/2017-1 e Processo 88887.137513/2017-00).

* Coordenadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

** Professora da Graduação e da Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da UNISC. Coordenadora do projeto de pesquisa “A judicialização da saúde e sua incidência na proteção de grupos em situação de vulnerabilidade: análise dos aspectos relacionados à vulnerabilidade na garantia do direito social à saúde nas decisões do STF e da Corte IDH”, financiado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Rio Grande do Sul - FAPERGS (Auxílio Recém-Doutor – ARD – Edital 10/2020 – Termo de Outorga 21/2551-0000637-4).

jurídico brasileiro? Para dar conta dessa tarefa, o método de abordagem utilizado é o dedutivo e a técnica de pesquisa é a bibliográfica e jurisprudencial (Supremo Tribunal Federal, Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul). Destaca-se que a contribuição desse estudo vem para a melhor compreensão e visualização de alguns aspectos controversos relacionados ao tema, principalmente, tendo em vista a pesquisa realizada, propiciando que, a partir dela, possa-se avançar no estudo do direito (fundamental) à boa Administração Pública.

2. O direito à boa Administração Pública é um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro?

O direito à boa Administração Pública nasce no ambiente do Direito Comunitário Europeu e, após, ganha espaço e é aperfeiçoado pelo Direito Ibero-americano. Todavia, antes, na Europa, pode-se encontrar tal direito na Constituição Italiana de 1942. Também, em 1984, já era invocado pela jurisprudência dos Tribunais Europeus e pelo próprio Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias.²

Na América, a Constituição Uruguaia, de 1952, previa, no artigo 311.º, segundo inciso, que é caso de nulidade dos atos administrativos a inobservância das regras de direito da boa Administração Pública nos seguintes termos: “*cuando la decisión declare la nulidade de acto en interés la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos*”.³

Todavia, tal direito sobressaiu-se quando, no ano de 2000, foi aprovada, em Nice, a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que o converteu de um princípio a ser seguido pela Administração Pública, em um direito humano: “[...] *inovou ao converter o princípio – até então encarado somente sob o viés objetivo – em direito humano, outorgando-lhe também uma dimensão subjetiva possível de exigibilidade*” (grifo do autor).⁴

Tal direito está previsto no artigo 41.º na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia,⁵ prevendo, em síntese, segundo Friedrich e Leal,⁶ três pressupostos

² Daniel Wunder Hachem, “Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária” (tese de doutoramento, Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2014), 263-264. Disponível em: [R - T - DANIEL WUNDER HACHEM.pdf \(ufpr.br\)](#).

³ Augusto Durán Martínez, “Motivación del acto administrativo y buena administración”, *Revista de Derechos Fundamentales & Democracia*, Curitiba, UniBrasil, v. 13, n.º 13 (2013): 18-32. Disponível em: <http://www.revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/>.

⁴ Daniel Wunder Hachem, “Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária”, 264. Disponível em: [R - T - DANIEL WUNDER HACHEM.pdf \(ufpr.br\)](#).

⁵ Segue o artigo 41.º: “*Direito a uma boa administração: 1. Todas as pessoas têm direito a que os seus assuntos sejam tratados pelas instituições, órgãos e organismos da União de forma imparcial, equitativa e num prazo razoável. 2. Este direito compreende, nomeadamente: O direito de qualquer pessoa a ser ouvida antes de a seu respeito ser tomada qualquer medida individual que a afete desfavoravelmente; O direito de qualquer pessoa a ter acesso aos processos que se lhe refram, no respeito pelos legítimos interesses da confidencialidade e do segredo profissional e comercial; A obrigação, por parte da administração, de fundamentar as suas decisões. 3. Todas as pessoas têm direito à reparação, por parte da União, dos danos causados pelas suas instituições ou pelos seus agentes no exercício das respetivas funções, de acordo com os princípios gerais comuns às legislações dos Estados-Membros. 4. Todas as pessoas têm a possibilidade de se dirigir às instituições da União numa das línguas dos Tratados, devendo obter uma resposta na mesma língua*”. Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Disponível em: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf.

⁶ Denise Bittencourt Friedrich e Rogério Gesta Leal, “Fundamentos interlocutivos da boa administração pública: algumas matrizes reflexivas”, em *Direito administrativo e gestão pública II*, org. Denise Bittencourt Friedrich, Giovani da Silva Corralo, Rogério Gesta Leal (Florianópolis: CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015), 272-289.

(não excluindo outros), sendo eles: direito de os cidadãos serem ouvidos nos assuntos públicos, havendo, no caso, uma legitimidade tida como material e não formal, no sentido de que a partir de sua manifestação advenha uma resposta fundamentada do Poder Público em tempo tido como razoável; acesso à informação – não somente de forma tida como indutora –, mas como política pública de transparência e de publicidade dos atos e atividades da Administração Pública, sendo que essa transparência deve se dar de forma clara e de fácil compreensão; e, por fim, dever de motivação dos atos da Administração Pública em todos os seus âmbitos, desde a formulação à (in)execução dos atos, como também prestação de contas, o que permitiria o controle dos mesmos, seja por ilícitos praticados ou por omissões, falta de competência, entre outros. Sendo assim, calcado no acesso à informação, na transparência das decisões, para possibilitar o controle dos atos praticados ou das omissões existentes.

Pode-se dizer, portanto, que a boa Administração Pública se compreende como estruturante do núcleo da cidadania, contribuindo para (re)afirmar o protagonismo do cidadão nas relações com a Administração Pública, marcada pela legitimidade (material e não meramente formal, repete-se, numa participação que seja tida como norte nas decisões públicas a serem tomadas e não apenas para legitimar uma decisão antes já consolidada). Além disso, tal direito busca reafirmar a permanente necessidade de se repensarem as relações entre cidadãos e Estado, entre sociedade e Estado e, de forma mais específica, o direito de acesso às informações administrativas.⁷

Frente a essas bases, aponta-se que o direito (fundamental) à boa Administração Pública precisa, antes de tudo, ser entendido como processo democrático – como resultado de compromissos entre interesses públicos e privados concorrentes entre si – o que vem implicar que as regras desse processo político sejam responsáveis pela sua transparência e honestidade e justificadas através de direitos humanos e fundamentais.⁸

Nesse sentido, o direito à boa Administração Pública pode ser compreendido como correspondente ao dever de observar, nas relações administrativas, a totalidade de princípios constitucionais e suas prioridades, podendo-se conceituar, conforme Freitas,⁹ a um direito fundamental à administração pública, sendo ela “[...] *eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, sustentabilidade, motivação proporcional, imparcialidade, respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas*”.

Assim, conclui-se que o direito à boa Administração Pública configura o somatório de direitos subjetivos públicos, podendo-se verificar que o conceito abrange o direito à Administração Pública transparente, sustentável, dialógica, proba, respeitadora da legalidade, preventiva, precavida e eficaz, em que “*as escolhas administrativas são legítimas se – e somente se – forem sistematicamente eficazes, sustentáveis, motivadoras, proporcionais, transparentes, imparciais e ativadoras da participação social, da moralidade e da plena*

⁷ Leonel Pires Ohlweiler, “A efetividade do acesso às informações administrativas e o direito à boa administração pública: questões hermenêuticas sobre a transparência na administração pública e a Lei n.º 12.527/2011”, em *Acesso à informação como direito fundamenta e dever estatal*, coords. Ingo Wolfgang Sarlet, José Antônio Montilla Martos, Regina Linden Ruaro (Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015), 38.

⁸ Denise Bittencourt Friedrich e Rogério Gesta Leal, “Fundamentos interlocutivos da boa administração pública: algumas matrizes reflexivas”, em *Direito administrativo e gestão pública II*, org. Denise Bittencourt Friedrich, Giovani da Silva Corralo, Rogério Gesta Leal (Florianópolis: CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015), 272-289.

⁹ Juarez Freitas, *Direito fundamental à boa administração pública*, 3. ed. (São Paulo: Malheiros Editores, 2014), 21.

responsabilidade”,¹⁰ o que só se concretiza com o acesso à informação e à transparência dos atos.

Importante se faz destacar, nesse contexto, a crítica trazida por Hachem¹¹, no sentido de que o direito (fundamental) à boa Administração Pública apresenta-se como um “*direito guarda-chuva*”, por abrigar um feixe de direitos fundamentais em que o destinatário é o Estado-Administrador.

O artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia tem-se exibido em um resumo dos direitos fundamentais mais relevantes os quais as pessoas possuem frente à Administração, o que o torna um direito de “*perfil aberto e contornos fluidos*”, no sentido de que se vale dos demais princípios fundamentais da Administração Pública, não possuindo, ele próprio, um conteúdo jurídico completamente autônomo, determinado e diferenciado, o que leva ao risco de que sua utilização não passe do plano da retórica, não acrescentando ao direito constitucional nenhum valor, podendo essa ausência ser considerada como um entrave à sua qualificação como direito fundamental.

Ao prosseguir, é preciso que se compreenda que o direito (fundamental) à boa Administração Pública se relaciona com a totalidade da ordem jurídica constitucional e infraconstitucional, com o dever de agir de forma transparente, de relacionar-se com o cidadão, primando pelo diálogo e permitindo o mais amplo acesso às informações da Administração Pública.¹² Sua pedra basilar está no direito da participação, do acesso à informação, da transparência e da Administração Pública de qualidade e eficiente.

Há de se destacar que, no Brasil, o direito à boa Administração Pública não está no rol dos direitos e garantias fundamentais, apesar de assim ser entendido, por exemplo, na Espanha.¹³ Apesar disso, segundo Hachem,¹⁴ esse direito, no solo brasileiro, vem sendo interpretado como direito fundamental, isso através do caráter aberto do catálogo de direitos fundamentais da Constituição, principalmente frente ao artigo 5.º e seu parágrafo segundo.¹⁵ Sustenta-se que tal direito decorre dos princípios fundamentais do Título I da Lei Maior, tais como: a cidadania e a dignidade da pessoa humana, no artigo 1.º, inciso II e III, respectivamente; dos objetos de construção de uma sociedade, livre, justa e solidária e de promoção de bens de todos, conforme o artigo 3.º, inciso II e IV; e de possuir conexão direta com os princípios regentes da Administração Pública, conforme se verifica no *caput* do artigo 37.º

Podendo-se afirmar que compreende um princípio implícito, pois a Constituição não apenas é formada por princípios expressos; aqueles decorrem das alterações sociais, da adaptação do direito à realidade social. Nesse sentido, tem-se Leal¹⁶ sobre a temática:

¹⁰ Juarez Freitas, *Direito fundamental à boa administração pública*, 21-23.

¹¹ Daniel Wunder Hachem, “Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária”, 267. Disponível em: [R - T - DANIEL WUNDER HACHEM.pdf \(ufpr.br\)](#).

¹² Leonel Pires Ohlweiler, “A efetividade do acesso às informações administrativas e o direito à boa administração pública: questões hermenêuticas sobre a transparência na administração pública e a Lei n.º 12.527/2011”, em *Acesso à informação como direito fundamental e dever estatal*, coords. Ingo Wolfgang Sarlet, José Antônio Montilla Martos, Regina Linden Ruaro, (Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015), 37.

¹³ Lei n.º 19/2013. Lei de Transparência, Acesso à Informação e Bom Governo, 2013. Disponível em: <http://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>.

¹⁴ Daniel Wunder Hachem, “Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária”, 271. Disponível em: [R - T - DANIEL WUNDER HACHEM.pdf \(ufpr.br\)](#).

¹⁵ Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Presidência da República. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>.

¹⁶ Mônia Clarissa Hennig Leal, *A Constituição como princípio: os limites da jurisdição constitucional no Brasil* (São Paulo: Manole, 2003), 43.

[...] a Constituição se encontra imersa num sistema objetivo de costumes, valores e fatos que compõe uma realidade viva e dinâmica, não sendo ela algo separado da sociedade, senão um feixe de normas e princípios que devem refletir não somente o sentimento social, mas também a força presente à consciência de uma época e que, por ser uma ordem racional, deve atuar eficazmente, normativamente, sobre a realidade de que é parte.

No entanto, cabe afirmar que, no Supremo Tribunal Federal,¹⁷ ao pesquisar pela expressão “*boa administração pública*”, utilizando-se os recursos de pesquisa do site, especificadamente (“ ”), onde os termos devem aparecer na exata ordem e com a mesma grafia indicada, encontra-se, sem delimitação inicial de tempo e até setembro de 2022, um acórdão (Recurso Extraordinário 760.931/DF) e doze decisões monocráticas (Medida Cautelar na Reclamação 28711/PI; Petição 5660/PA; Medida Cautelar em Mandado de Segurança 32169/DF; Medida Cautelar em Mandado de Segurança 33078/DF; Recurso Extraordinário 633635/DF; Recurso Extraordinário com Agravo 721364/RS; Habeas Corpus 102819/DF; Habeas Corpus 170907/SP; Medida Cautelar na Ação Cível Originária 3518/DF; e Mandado de Segurança 28212/DF; Recurso Extraordinário 1331266/PR; Ação Direta de Inconstitucionalidade 7058/DF).¹⁸ Contudo, não há pelo Supremo uma orientação sobre o conteúdo e aplicabilidade do princípio da boa Administração Pública. Além disso, não existe uma direção, determinação da configuração desse direito na ordem de direito fundamental.

No Superior Tribunal de Justiça, tem-se o primeiro acórdão a respeito do tema com o Recurso Especial 1139496/SC,¹⁹ de 2009, Ministro Relator Humberto Martins, referente ao caso envolvendo terceira pessoa o qual havia adquirido um automóvel e esse, erroneamente, teve seu certificado emitido sem anotação de nenhum gravame pelo Departamento de Trânsito do Distrito Federal (DETRAN), o que foi feito pelo Departamento posteriormente à venda do veículo. O Tribunal interpretou que houve ofensa ao princípio da boa-fé e ao princípio da confiança, no sentido de que, dessa forma, tem-se como abalada a confiança do administrado com o Poder Público, violando-se, desse modo, o direito fundamental à boa Administração Pública. Assim, o direito fundamental à boa Administração Pública, nessa decisão, teve o seu contexto marcado pelo princípio da boa-fé e da confiança na Administração Pública, no sentido que é direito fundamental do cidadão ter expectativas legítimas dos órgãos públicos em seus negócios, não podendo atribuir-se a ele esse encargo por erro do Poder Público:²⁰

ADMINISTRATIVO – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC – TERCEIRO ADQUIRENTE DE AUTOMÓVEL – CERTIFICADO DE REGISTRO DE VEÍCULO EMITIDO SEM ANOTAÇÃO DE NENHUM GRAVAME – ULTERIOR IMPORTAÇÃO DE RESTRIÇÕES PRETÉRITAS – VIOLAÇÃO DA BOA-FÉ E DO PRINCÍPIO DA CONFIANÇA.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal do Brasil. Jurisprudência. Brasília: Supremo Tribunal Federal, [2022]. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF](#).

¹⁸ A pesquisa mencionada pode ser conferida no seguinte endereço eletrônico do Supremo Tribunal Federal: Supremo Tribunal Federal. Jurisprudência. Brasília: Supremo Tribunal Federal, [2022]. Disponível em: https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search?base=acordaos&pesquisa_inteiro_teor=false&sinonimo=true&plural=true&radicais=false&buscaExata=true&page=1&pageSize=10&queryString=%20%22boa%20administra%C3%A7%C3%A3o%20p%C3%BAblica%20%22&sort=_score&sortBy=desc.

¹⁹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1139496. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 25 jun. 2009. Disponível em: [Pesquisa de jurisprudência - STF \(stj.jus.br\)](#).

²⁰ Com a pesquisa atual realizada, encontraram-se mais 35 decisões monocráticas com a menção da “boa Administração Pública” (utilizando-se o recurso das “”), atrelada muito mais ao “dever de boa Administração Pública”, mas decisão específica sobre o assunto só se observa o acórdão aqui mencionado. A pesquisa não estipulou data de início e foi até setembro de 2022.

1. O recorrente adquiriu um automóvel, sobre o qual não havia qualquer gravame registrado no órgão de trânsito, e na emissão do Certificado de Registro e Licenciamento do Veículo também não constava qualquer observação. Posteriormente, quando a autarquia passou a integrar o Sistema Nacional de Gravame, houve a importação de restrições pretéritas. 2. A situação descrita no acórdão recorrido malfez o princípio segundo o qual se deve proteger terceiros de boa-fé. Abala também a confiança que deve existir entre os administrados e o Poder Público, em última análise, viola o direito fundamental à boa administração pública. 3. Não é concebível que um cidadão que adquire um automóvel e se cerca de todas as providências cabíveis para conhecer da existência de possíveis gravames sobre o bem, que obtém uma certidão oficial de um órgão público no qual é atestado a inexistência de ônus, venha, posteriormente, a ser surpreendido com a importação de restrições pretéritas. Quando agiu desta forma, a administração pública violou uma das dimensões do princípio da confiança - quebrar as expectativas legítimas depositadas nos atos administrativos. 4. Com efeito, a anotação de restrições pretéritas à transferência, uma vez que não constavam no certificado de registro do veículo automotor quando adquirido por terceiro de boa-fé é ato ilegal, imputável à autoridade administrativa, que merece ser extirpado. Aplicação, no caso, da ratio essendi da Súmula 92/STJ, segundo a qual, 'A terceiro de boa-fé não é oponível a alienação fiduciária não anotada no certificado de registro do veículo automotor.' Recurso especial provido.²¹

Prosseguindo, realizou-se, também, uma pesquisa no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, em todas as jurisprudências até o ano de 2021, pela expressão “boa administração pública” (utilizando-se o recurso das “”), sendo que a primeira encontrada que referia à expressão tratava-se de questão atinente a contratos administrativos, notadamente, a permissão de serviço público relacionado a táxi, em que a expressão foi utilizada para remeter a obediência às leis constitucionais e infraconstitucionais.

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. PERMISSÃO PARA EXPLORAÇÃO DE SERVIÇO PÚBLICO. TRANSPORTE DE PASSAGEIROS. TÁXI. PERMISSÃO SEM O DEVIDO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. REVOGAÇÃO PELO PODER PÚBLICO MEDIANTE SIMPLES PORTARIA. É inegável que os atos praticados pela Administração Pública devem obedecer aos princípios constitucionalmente previstos. E os mandamentos da boa administração pública pressupõem licitação como meio de permissão de serviços públicos, conforme reza a legislação constitucional e infraconstitucional. [...]. (Apelação Cível, N.º 70007233489, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em: 28-04-2004).²²

Entre 26 de janeiro de 2011 a 19 de outubro de 2011, em matéria restrita ao direito administrativo, foram encontrados oito acórdãos, tendo todos eles como relator o Desembargador Leonel Pires Ohlweiler. Destaca-se, ainda, que esses casos envolveram a demanda de Execução Fiscal referente a débito de Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) inexistente ao contribuinte, sendo entendido que houve a violação do direito fundamental à boa Administração Pública pelo fato de a Administração deixar de adotar o princípio da eficiência.²³

²¹ Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1139496. Relator: Min. Teori Albino Zavascki. Brasília, DF, 25 jun. 2009. Disponível em: [STJ - Jurisprudência do STJ](#).

²² Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70007233489. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, RS, 28 abr. 2004. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br>.

²³ Ementa de julgado sobre o direito à boa Administração Pública no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul referido acima: “*APELAÇÃO CÍVEL. RESPONSABILIDADE CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. DÉBITO INEXISTENTE. DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO. PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA. DANO MORAL CONFIGURADO. O ajuizamento de ação fiscal em razão de débito de IPTU inexistente, decorrente da desídia do ente público na identificação do correto devedor, constitui-se em ilícito indenizável. Precedentes da Corte. Caso em que a ação executiva foi ajuizada em desfavor de quem não era proprietário do imóvel que gerou o débito de IPTU. Violação do direito*”

Após esse período, foram encontrados mais nove julgados, sendo que o mais atual envolve licitação e contratos administrativos, estando o direito vinculado e aplicado no sentido de evitar o formalismo excessivo ao se exigir em pregão eletrônico de aquisição de gêneros alimentícios alvará sanitário, sendo que tal documento não estava previsto quando do edital.

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. LICITAÇÃO E CONTRATO ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PREGÃO ELETRÔNICO. AQUISIÇÃO DE GÊNEROS ALIMENTÍCIOS. ALVARÁ SANITÁRIO. EXIGÊNCIA DE DOCUMENTO NÃO CONSTANTE DO EDITAL. DESCABIMENTO. FORMALISMO EXCESSIVO. A LEI N.º 12.016/09, QUE DISCIPLINA O MANDADO DE SEGURANÇA INDIVIDUAL E COLETIVO, EM SEU ARTIGO 7.º, INCISO III, DISPÕE QUE, PARA A CONCESSÃO DA LIMINAR DE SUSPENSÃO DO ATO PRATICADO PELA AUTORIDADE COATORA, DEVEM CONCORRER DOIS REQUISITOS: A RELEVÂNCIA DOS FUNDAMENTOS EM QUE SE ASSENTA O PEDIDO E A POSSIBILIDADE DE LESÃO IRREPARÁVEL AO DIREITO DO IMPETRANTE SE DO ATO IMPUGNADO PUDER RESULTAR A INEFICÁCIA DA MEDIDA, CASO FINALMENTE DEFERIDA. CUMPRE RESSALTAR QUE A HABILITAÇÃO DE EVENTUAL EMPRESA LICITANTE FICA CONDICIONADA AO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO EDITAL, EM ATENDIMENTO A UM DOS PRINCÍPIOS BÁSICOS DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO – O DA VINCULAÇÃO AO EDITAL. HIPÓTESE EM QUE O PREGOEIRO DETERMINOU QUE A IMPETRANTE DILIGENCIASSE, PROCEDENDO À JUNTADA DO CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS RELATIVAMENTE AO VEÍCULO REFERENTE AO ALVARÁ SANITÁRIO. OCORRE QUE O RESPECTIVO DOCUMENTO NÃO CONSTA DO EDITAL, SENDO SUA EXIGÊNCIA DESCABIDA E ATO DE FORMALISMO EXCESSIVO, UMA VEZ QUE O RESPECTIVO DOCUMENTO FOI JUNTADO. O FORMALISMO EXCESSIVO DEVE SER EVITADO, SOB PENA DE CONSTITUIR ÓBICE À BOA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. É DE UM RIGOR EXCESSIVO A INABILITAÇÃO DA IMPETRANTE POR NÃO TER JUNTADO, JUNTO COM O ALVARÁ SANITÁRIO, A CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, O QUAL NÃO CONSTA DO EDITAL APELAÇÃO DESPROVIDA (Apelação Cível, N.º 50003877920218210115, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em: 15-06-2022).²⁴

A questão que se deve ter presente é que a jurisprudência – apesar das poucas decisões sobre a matéria – vem comprovar a noção de “guarda-chuva” do direito à boa Administração Pública já referida. Observa-se que, no Superior Tribunal de Justiça,²⁵ o direito aparece atrelado ao princípio da confiança, já no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, ao princípio da eficiência, ou seja, ele não apresenta contornos delineados, o que pode levar a que “tudo” seja entendido como direito fundamental à boa Administração Pública, como também que “nada” seja interpretado dessa forma.

fundamental à boa Administração Pública caracterizada, pois a Administração Municipal olvidou o princípio da eficiência (art. 37.º, “caput”, CF), ao deixar de adotar um eficiente dever de diligência na correta identificação do devedor do tributo municipal. O dano moral resultante do ajuizamento de ação fiscal baseada em débito inexistente caracteriza-se como in re ipsa, prescindindo da comprovação quanto ao efetivo prejuízo. Precedentes da Câmara. APELO PARCIALMENTE PROVIDO”. (Apelação Cível, N.º 70038157913, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Leonel Pires Ohlweiler, Julgado em: 26-01-2011) BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n.º 70038157913. Relator: Leonel Pires Ohlweiler. Porto Alegre, RS, 26 jan. 2011. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br>.

²⁴ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Cível n. 50003877920218210115. Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício. Porto Alegre, RS, 15 jun. 2022. Disponível em: <https://www.tjrs.jus.br>.

²⁵ Superior Tribunal de Justiça. Jurisprudência. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, [2022]. Disponível em: <https://processo.stj.jus.br/SCON/>.

Além disso, esse direito é relativamente novo em solo brasileiro, havendo o entendimento, por parte de Friedrich e Rogéria Leal,²⁶ de que, no atual “*estado da arte*” da Administração Pública no Brasil, está-se, de uma forma geral, muito longe de concretizá-lo, principalmente no que diz respeito ao conceito normativo e teórico da boa Administração, visto que essa opera de forma fechada, em circuitos de poderes institucionais – Executivo, Legislativo e Judiciário – tomados como os únicos espaços legítimos de deliberação e de execução do interesse público, aquilo que ocorreria devido à “*falência do modelo endógeno de representação política tradicional*”, o que emerge a concepção de que o direito de acesso à informação aparece como condição de sua possibilidade. Nesse sentido, encontra-se em Leal e Maas:²⁷

O acesso à informação e à boa Administração Pública são dois direitos que se complementam, visto que se verá que não há uma Administração Pública proba, eficiente, moral, sem permitir o acesso dos seus dados, sem haver a publicização dos atos administrativos. Agindo às escuras, a Administração Pública não estará cumprindo com seu papel no Estado Democrático de Direito, sendo desnecessário dizer que não se pode falar em democracia e em participação popular somente pelo voto; todavia, para que os cidadãos participem, precisam ser informados, ter acesso à informação, saber sobre o que estão decidindo.

Delineado o quadro, força-se a dizer que a ideia de boa Administração Pública vem com o fim de garantir índices minimamente democráticos no exercício do poder, de que, na democracia, as instituições políticas não são de propriedade dos políticos ou de altos funcionários, mas de domínio popular, dos cidadãos, das pessoas de carne e osso.²⁸

Dessa maneira, a maior contribuição a qual se encontra no direito fundamental à boa Administração Pública consiste em reconectar a organização estatal com o ser humano, funcionalizando o Poder Público em favor do cidadão, concretizando os fins para os quais foi criada, ou seja, para a promoção do bem-estar do povo, através de uma atuação responsável, eficaz e direcionada à consecução dos interesses da coletividade: a Administração Pública pela óptica de uma função serviente, isto é, de serviço à sociedade.²⁹

Além disso, observa-se um dever de proteção estatal frente à boa Administração Pública, na ordem de direito objetivo do administrado e da sociedade. De uma garantia de proteção a esse direito.³⁰ Desse modo, chega-se à conclusão de que o direito (fundamental) à boa Administração Pública no Brasil está regrado por princípios democráticos, em que não se concebe uma Administração Pública fechada, que age em sigilo, bem como ao direito de acesso à informação, à participação e à gestão democrática

²⁶ Denise Bittencourt Friedrich e Rogério Gesta Leal, “Fundamentos interlocutivos da boa administração pública: algumas matrizes reflexivas”, em *Direito administrativo e gestão pública II*, org. Denise Bittencourt Friedrich, Giovanni da Silva Corralo, Rogério Gesta Leal (Florianópolis: CONPEDI/UFMG/ FUMEC/Dom Helder Câmara, 2015), 272-289.

²⁷ Mônia Clarissa Hennig Leal, Rosana Helena Maas, *Judicialização da saúde e controle jurisdicional de Políticas Públicas: entre informação e participação* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020), 56. Disponível em <https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2020/Judicializacao-da-saude-e-controle-jurisdicional-de-PP.pdf>.

²⁸ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, *Direito fundamental à boa administração pública*, trad. Daniel Wunder Hachem (Belo Horizonte: Fórum, 2012), 156.

²⁹ Daniel Wunder Hachem, “Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária”, 269. Disponível em: [R - T - DANIEL WUNDER HACHEM.pdf \(ufpr.br\)](https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2020/Dever-de-protecao-estatal-proibicao-de-protecao-insuficiente-e-controle-jurisdicional-de-PP.pdf).

³⁰ Sobre o dever de proteção estatal, bem como da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tem-se a obra Mônia Clarissa Hennig Leal, Rosana Helena Maas, “*Dever de proteção estatal*”, “*proibição de proteção insuficiente*” e *controle jurisdicional de Políticas Públicas* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020). Disponível em <https://www.unisc.br/images/cursos/stricto/ppgd/livros/2020/Dever-de-protecao-estatal-proibicao-de-protecao-insuficiente-e-controle-jurisdicional-de-PP.pdf>.

e transparente, em que o cidadão não seja concebido como mero administrado. É compreendido como direito fundamental, na ordem de princípio implícito, sendo assim verificado na jurisprudência (timidamente) e doutrina pátria.

Conclusão

O direito (fundamental) à boa Administração Pública não integra o catálogo dos direitos fundamentais da Constituição Federal, recebendo tímido olhar jurisprudencial na atualidade. A doutrina o interpreta, frente ao artigo 5.º, parágrafo segundo, da Constituição Federal, como direito fundamental, em virtude do caráter aberto do catálogo de direitos fundamentais da Lei Fundamental. No entanto, apesar das críticas traçadas ao seu perfil aberto, observa-se que para haver uma boa Administração Pública, essa Administração deve cumprir com a totalidade de seus princípios constitucionais, agindo de forma transparente, proba, moral, eficaz, eficiente, respeitando a legalidade, primando pelo diálogo e pela participação dos cidadãos, sendo dever de o Estado zelar pela proteção e garantia desse direito.

Lei e conciencia: que podemos facer pola administración pública

*Jaime Rodríguez-Arana Muñoz**

1. Introducción

A verdade é que estes son os momentos da vida que valen a pena, cando se produce o reencontro con amigos, amigas e persoas que no tempo provocan estes lazos de coñecemento y de amizade tan fondos como os que temos con Rogério Gesta Leal e todos os profesores aquí presentes; e tamén cos profesores da Universidade do Minho. Eu alégrome moito de que estas Xornadas que se iniciaron entre Coruña e Santa Cruz do Sul anos atrás agora ampliáanse, fortalécense, van máis alá do Dereito Administrativo e outras ciencias xurídicas. E isto é grazas ao magnífico traballo do profesor Carlos I. Aymerich Cano pola banda da Coruña, a quen todos temos que estar moi agradecidos.

Cando o profesor Rogério Gesta Leal me propuxo o tema para que participara nestas Xornadas... O tema: “*Lei, conciencia, liberdade e que podemos facer pola Administración Pública nestes tempos*”... É un tema de Filosofía do Dereito, de Filosofía moral e política, de Dereito Público dende logo, pero é un tema que agora, en tempos de pandemia, pandemia que está poñendo a proba a solidez das categorías do Dereito, que está poñendo a proba a solidez do Estado de Dereito, que está poñendo a proba a solidez das institucións democráticas. É un bo momento para pensar estas cousas.

Eu coñezo e sigo con moito interese os traballos do Doutorado de Políticas Públicas e Dereitos Fundamentais de Santa do Cruz do Sul. Participei en varias sesións nesa universidade tan querida para min, onde estaban moitos dos profesores e das profesoras que están hoxe aquí, porque o tempo pasa, pero aumenta o afecto; e iso é algo propio de persoas que se reúnen para traballar, para pensar e para compartir en espazos que van máis alá da ciencia e das propostas académicas para aprender uns e outros no trato de amizade.

E entón, cando Rogério me falou da temática, eu lembrei – dos meus tempos de estudante de Dereito – unha serie de libros que nese momento eran os libros que profesores de Historia das ideas políticas nos falaban, por exemplo, de Touchard: *Historia de las ideas políticas*,¹ de Sabine: *Historia de la teoría política*.² Son libros que marcan a vida das persoas, dos estudantes, dos xuristas... E penso que falar destas cousas, hoxe en día, é unha maneira tamén de render tributo á importancia que ten o pensamento na universidade, o pensamento no Dereito, o pensamento crítico, o

* Catedrático de Dereito Administrativo da UDC. Coordinador do Grupo de Investigación ‘Dereito Público Global’ da UDC. Presidente do Foro Iberoamericano de Dereito Administrativo (FIDA).

¹ Jean Touchard, *Historia de las ideas políticas* (Madrid: Editorial Tecnos, 2006).

² George H. Sabine, *Historia de la teoría política* (Madrid: Fondo de Cultura Económica de España, 2017).

pensamento aberto, o pensamento plural, o pensamento dinámico... máis alá de que as facultades convértanse moitas delas – esta non – en transmisión de coñecementos mecánicos e automáticos de descrición de normas, pero sen unha perspectiva de coñecemento da realidade xurídica para melloralala e para perfeccionala.

2. Lei

Que pensamento, que ideas podemos ter agora respecto do concepto de *Lei*? Pois temos dúas grandes correntes de dúas persoas chamadas Tomás: un Hobbes e outro de Aquino, que teñen dúas dimensións sobre o que é a Lei moi pertinentes, moi interesantes. Para un, o importante é que a Lei é a ordenación racional por parte de quen ten a competencia para o ben común; e para o outro, a Lei é a expresión do poder, da vontade do poder. Entón, cando hoxe pensamos nos parlamentos, que son os espazos propios de elaboración da Lei; e somos galegos e aprendemos – sobre todo do profesor Meilán Gil – a facernos preguntas, porque é unha maneira socrática de intentar comprender a realidade. Preguntas... Hoxe os nosos parlamentos son espazos onde prima a razón – o ben común – ou son espazos onde a lei é un instrumento de dominación dun sobre outros?

Por exemplo, outro autor, co que eu traballei moito e agora lle rindo homenaxe, é Enrique Rivero Ysern. Xuntos escribimos un libro chamado *La responsabilidad del Estado legislador: Fundamentos y principios*,³ que é unha esexese dun libro de León Duguit sobre a responsabilidade do Estado no seu famoso traballo *Sobre las transformaciones del Derecho Público*,⁴ onde se expoñen cousas tan importantes como a soberanía e a responsabilidade. Se hoxe, en tempos de pandemia, temos regresado á idea da inimputabilidade, irrecorribilidade e irresistividade, que son conceptos do Antigo Réxime, pero que agora aparecen nalgúns escenarios, non digamos, por exemplo, no espazo do Dereito que chamamos Administrativo Global, onde moitos suxeitos dese universo global, cando emiten as disposicións, moitas de elas son con pretensión de irrecorribilidade ou inapelabilidade.

A mesma idea de soberanía, que nós recibimos, por exemplo, dese poder ilimitado do Estado de León Duguit, nestes tempos empezouse a albiscar e a colixir que a soberanía onde está realmente inscrita é na dignidade da persoa, máis alá de que a soberanía estea no pobo, como conxunto, está no pobo representado en cada momento por cada persoa que é a que é soberana, porque a soberanía ten esa dimensión. Son cuestións que agora en tempos de pandemia axudan a pensar.

Outro tema tamén en relación coa Lei, e con nós os administrativistas, porque ás veces a Lei invade o espazo do Regulamento; será porque o lexislador quere blindarse e que os contidos ordinarios do Regulamento, como son máis resistibles xuridicamente a outros tribunais, e se elevamos a materia do Regulamento a Lei, podemos blindar o contido do poder executivo.

Outra cousa que tamén agora en tempos de pandemia está á nosa consideración: houbo restricións, limitacións de dereitos, mesmo de dereitos fundamentais. E outro autor que temos estudado – Lorenz von Stein, construtor e fundador do Estado policía.⁵ Porque, dalgunha maneira, nalgúns estados, o parlamento non xoga o papel

³ Enrique Rivero Ysern y Jaime F. Rodríguez-Arana Muñoz, *La responsabilidad del Estado legislador: Fundamentos y principios* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2022).

⁴ León Duguit, *Sobre las transformaciones del Derecho Público* (Granada: Editorial Comares, 2007).

⁵ Manuel García Pelayo, “La teoría de la sociedad en Lorenz von Stein”, *Revista de Estudios Políticos*, 47 (1949): 43-90.

que ten que xogar como espazo para a restrición e limitación dos dereitos fundamentais e resucitan estas ideas do poder executivo con capacidade omnímoda mesmamente de invadir o espazo propio dos dereitos fundamentais e as liberdades públicas.

3. Conciencia

Se imos ao tema da *conciencia*, que é un tema que nin sequera me atrevo a meterme nel porque é complicado; pero si penso – cando falamos da soberanía e falamos da persoa – na dignidade da persoa, esa dignidade que converte ao ser humano en soberano, é o poder do poder. E, non obstante, tantas veces as persoas son obxecto de mercado, son obxecto de control, manipulación – vese en moitas partes do mundo –, porque a dignidade da persoa ten tal carácter xurídico, non soamente filosófico, ético – que o ten, evidentemente –, pero ten tal forza xurídica que se levanta, que se ergue, omnipotente, todopoderosa e soberana fronte a calquera embate do poder por ignorala, ou peor, por laminala.

Esa expresión das conviccións profundas das persoas que están por riba do Estado e do poder, e, por exemplo, aparece o dereito de resistencia, aparece a obxección de conciencia. Son temas clásicos do Dereito que teñen una gran importancia, porque a unha persoa non se lle pode dobregar no máis íntimo e profundo das súas conviccións. Non obstante, no taboleiro global, encontramos en moitas partes do mundo laceracións, vexacións, humillacións, lesións, contravencións desa liña da persoa que se produce –precisamente– impedindo a expresión máis xenuína e auténtica da súa liberdade.

4. Que podemos facer pola Administración Pública?

Nós somos profesores, explicamos Dereito Administrativo, Administración Pública ás veces; e neste país temos unha Constitución que di – con toda claridade e dignidade – no artigo 103.º que a Administración serve obxectivamente ao interese xeral.⁶ Algúns autores falan da triloxía constitucional da Administración Pública, sinalando servizo, obxectividade e interese xeral; son as tres referencias constitucionais para comprender o que é a Administración. E para min, nos meus traballos sobre a boa administración sempre están moi presentes, porque unha boa administración está ao servizo da comunidade, da sociedade; non ao servizo dos políticos e dos funcionarios.

Isto tamén nos leva a pensar sobre a profesionalización da Administración Pública. Cando ingresan as persoas na administración, ou ingresan con criterios de mérito, de capacidade, de idoneidade, etc... ou as administracións poden converterse en axencias de colocación de partidos políticos ou de poderes executivos ou de grupos de presión... Este é un tema importante. Tamén é un tema importante que a progresión, a promoción na carreira administrativa – mesmamente – tamén estea presidida polo mérito, a capacidade e a idoneidade. Este é un punto moi importante. Nós temos un amigo común: Carlos E. Delpiasso Rodríguez, profesor uruguaio que coñecen tamén os profesores e as profesoras sobre todo do Brasil, e que di con gran forza e con gran

⁶ Cortes Xerais, Constitución Española, *Boletín Oficial del Estado*, 311, de 29 de decembro de 1978. Dispoñible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>. Artigo 103.º: “1. A Administración Pública serve con obxectividade os intereses xerais e actúa de acordo cos principios de eficacia, xerarquía, descentralización, desconcentración e coordinación, con sometemento pleno á Lei e ao Dereito. 2. Os órganos da Administración do Estado son creados, rexidos e coordinados de acordo coa lei. 3. A lei regulará o estatuto dos funcionarios públicos, o acceso á función pública de acordo cos principios de mérito e capacidade, as peculiaridades do exercicio do seu dereito á sindicación, o sistema de incompatibilidades e as garantías para a imparcialidade no exercicio das súas funcións.”

solemnidade: “*Se a Administración Pública non serve, non serve*”. E xa está dito todo, xa poderíamos rematar aquí. Porque é a esencia da Administración.

Pero claro, que podemos esperar da Administración? Que sexa máis obxectiva, é dicir, que razoe mellor as súas decisións, sobre todo no eido, no marco das potestades discrecionais. Eu adoito dicir que canto máis intensa e extensa é a discrecionalidade, máis intensa e extensa é a obriga de motivar as decisións; e claro, os estándares – en parámetros de motivación – que hoxe un estado social e democrático de dereito son exixibles, pois teñen que ser coñecidos polos funcionarios e polos políticos.

E tamén queremos unha Administración – ou eu penso nunha Administración – na que estea ben separado o campo técnico do campo político, por iso hai países que pouco a pouco van sacando fóra das mesas de contratación aos políticos, van sacando fóra dos comités de selección de persoal aos políticos, porque teñen que estar los que coñecen a materia. Evidentemente, cando se vai facer unha actividade de contratación o unha declaración de intereses xeral, ten que estar na cuestión política, como é lóxico e natural, esa obxectividade.

Reflexión conclusiva

Quero rematar co termo de *interese xeral*, un concepto que nós aquí en Coruña escoitamos moitísimo. Eu escoiteino xa cando era alumno de José Luis Meilán Gil en Santiago de Compostela, hai xa bastantes anos, precisamente glosando ese artigo da nosa Constitución, o artigo 103.^o

El falaba moito dun concepto de interese xeral aberto – máis alá do interese público – que dun concepto que se pode circunscribir ou restrinxir ao interese dos funcionarios, ao interese dun ente público. El falaba moito dese concepto máis francés de *interese social*, interese de todas e cada unha das persoas en canto a membros da comunidade, porque é verdade que tampouco o interese xeral é a suma dos intereses das persoas, se non que é esa referencia á comunidade, é esa referencia que – teño que dicilo en alta voz, porque é así – ten un sentido participativo. E eu aprendino no Brasil: digamos que as miñas consideracións sobre a participación social da Administración Pública, non soamente en proceso de elaboración das normas administrativas, senón como algo incrustado no corazón mesmo do Dereito Administrativo dun estado social e democrático de dereito; Vostedes teñen moito percorrido, por máis que ultimamente parece que foron para atrás, pero agora poden seguramente volver cara adiante. Entón, esa consideración do interese xeral aberto e participado é fundamental.

Aquí temos unha sentenza, que Meilán Gil tamén gustaba moito de comentar, do 7 de febreiro de 1984,⁷ onde di que o *interese xeral* é un concepto que non se define unilateralmente polos poderes públicos, senón a través dunha acción intercomunicada entre axentes sociais e poderes públicos. E é moi relevante para entender, non soamente a parte que vostedes estudan das políticas públicas, tamén a análise das políticas públicas, a definición das políticas públicas, a implementación das políticas públicas, a avaliación das políticas públicas, etc... Pero se non está a presenza cidadá...

Porque ao final a democracia está baseada na limitación do poder, que lamentablemente neste mundo no que vivimos cada vez está máis concentrado, pero

⁷ Tribunal Constitucional - Sala Primeira (1974). Sentenza do 7 de febreiro de 1984: recurso de amparo número 267/1982. Dispoñible en: <https://vlex.es/vid/1-lotc-u-2-3-4-24-c-15034681>.

non só politicamente, está tamén economicamente, financeiramente, mediaticamente, academicamente, etc...; a tendencia á concentración do poder e o temor reverencial o pluralismo, lembran a importancia dos valores e principios constitucionais. E o pluralismo e un valor superior do noso ordenamento xurídico que é algo realmente moi significativo que reflicte unha maneira de entender moitas cousas.

Ese interese xeral, que é aberto e participado, que é motivado, e tamén – como dicía Meilán Gil – está indistinguiblemente vinculado á protección, defensa e promoción da dignidade humana. De maneira que, que podemos facer nós pola Administración do futuro? Pois explicar nas clases o que debe ser, porque nós – na universidade – estamos no que debe ser, non estamos na real realidade; pero gustaríanos que a real realidade fora o que debe ser e iso é o que temos que falar cos alumnos.

Tamén está claro que hai un dereito fundamental á boa administración. A boa administración é tamén unha obriga dos poderes públicos, é un principio reitor que impregna a actuación da Administración, e é un dereito fundamental das persoas. E, para mellorar a Administración, as persoas temos que ter unha conciencia máis intensa e comprometida coa esixencia á Administración pública de que cumpra os estándares propios e específicos do que é unha Administración constitucional, dun Estado chamado social e democrático de dereito.

E remato xa cunha anécdota que escoite fai moito tempo sobre a Administración, cando estaba dedicado a tarefas de formación de funcionarios, e que escoitando a un profesor inglés na súa palestra, el referíase a un debate do parlamento inglés, do século XIX, entre dous grandes oradores e dous grandes políticos do seu momento: Gladstone e Disraeli, que estaban a falar sobre a Lei e a Administración. E o debate era moi interesante porque un dicía que a Lei ten tal potencia, tal capacidade transformadora, que cando se publica nun Boletín Oficial do Parlamento provoca a adhesión mecánica, automática, inquebrantable das vontades para o seguimento dos mandatos, e un pouco de inxenua, pero que tamén é lóxico que se propoña. E o outro dicía que se a Lei é importante, moi importante, só faltaría, pero tanto ou máis que a Lei é que os países teñan un corpo de persoas profesionais con capacidade real de que os mandatos da Lei sexan realidade cotiá. Por iso é tan importante, tan relevante, traballar para unha boa administración.

E con estas palabras remato esta intervención, e agradezo moito a Rogério Gesta Leal e a Carlos I. Aymerich Cano por ter contado comigo para esta sesión. Deséxovos o mellor dos éxitos, e que como sempre estas Xornadas culminen con grandes aportacións, grandes comentarios. Un saúdo a todas as persoas que nos escoitan dende Brasil, dende a Universidade do Minho. Moitas grazas a todos e moi bo seminario!

O instinto de sobrevivência de uma União Europeia movida por crises – em especial, a crise do Estado de Direito e a proteção dos recursos próprios da União

*Andreia Barbosa**

0) Delimitação da abordagem

A presente exposição é fruto da nossa intervenção, a 5 de maio de 2022, no VII Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas, sob o repto «Novos desafios jurídico-constitucionais para a prossecução do interesse público em virtude da pandemia».

O objeto da nossa intervenção não foi exclusivamente centrado na esfera «pandémica», tendo antes se estendido até uma outra crise, potenciada por fatores distintos, mas também ela muitíssimo desafiadora: a crise democrática. Na verdade, e apesar das evidentes diferenças, tanto na crise pandémica como na crise democrática suscitam-se questões que apresentam um tronco comum, assente numa dimensão valorativa, de princípio, no sentido de melhor aferir que orientação seguir nas respostas às situações de emergência, desde logo do ponto de vista jurídico-constitucional, europeu e nacional. Por outro lado, de entre as variadíssimas componentes associadas a estas dimensões, o foco foi centrado na componente fiscal, em especial, na forma como os comportamentos fiscalmente abusivos atentam contra a concretização do Estado de Direito.

Considerando a brevidade que marcou a exposição oral, também o seu reflexo escrito não assume ensejos de concretização detalhada da temática – a abordagem aqui empregue é propositadamente sintética.¹ O que se pretende é sugerir uma abordagem sistematizada e coerente para a compreensão do tema.

1) As crises que «não matam, mas moem» – uma União Europeia resiliente

A União Europeia tem sofrido várias crises nos últimos dez anos: passou pela crise do euro; pela crise dos refugiados; pelo *Brexit*; e, claro está, pela crise pandémica. Aliás, a União Europeia parece que tem vindo a ser movida por crises e por um

* Docente na Escola de Direito da Universidade do Minho e na Faculdade de Economia da Universidade do Porto. Doutora em Ciências Jurídicas Públicas, mestre em Direito Tributário e licenciada em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

¹ Para uma reflexão mais completa a este propósito, *vide* o nosso «The New Conditionality Regime (Regulation (EU, Euratom) 2020/2092) – The Rule of Law as a meta-principle and the emergence of a Law of execution in tax matters», *Jean Monnet Network on EU Law Enforcement*, Working Paper Series No. 1/22, 2022. Disponível em: <https://jmn-eulen.nl/wp-content/uploads/sites/575/2022/05/WP-Series-No.-01-22-The-Rule-of-Law-as-a-meta-principle-and-the-emergence-of-a-Law-of-execution-in-tax-matters-Andreia-Barbosa.pdf>.

natural instinto de sobrevivência e de reconhecimento que o projeto de integração europeia atingiu níveis tais que reclamam uma atuação normativa concertada, sendo estas crises perspectivadas não como crises existenciais da União Europeia, mas sim como crises que testam os limites e as fronteiras dos seus valores. Hoje vive-se numa crise de Estado de Direito.

Concretamente no que respeita à crise pandémica, e procurando cumprir com o mote deste Seminário, a sua emergência permitiu, na esfera fiscal, revalidar algumas conclusões a que já se havia chegado: que os impostos são usados como instrumentos de reação em situações de crise, num efeito que não é, necessariamente, de aumento da carga fiscal. Na verdade, a pandemia serviu de fundamento para o alívio de obrigações fiscais, apesar de também ter revelado de forma evidente que os Estados e a União Europeia não dão resposta às prestações sociais necessárias sem os recursos financeiros que assim o permitam e sem uma adequada gestão dos mesmos. O Regulamento (UE, Euratom) n.º 2020/2092, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2020, relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União, assim o demonstra.

A pandemia provocada pelo vírus SARS-CoV-2, quando se instalou na União, ela própria foi usada para testagem do nível em que as nossas democracias são suficientemente resilientes a fatores que desafiam os limites e as fronteiras dos valores europeus, sobretudo centrados ao nível da livre circulação e da liberdade de cada um.² A crise pandémica, a par de outros acontecimentos (em particular, a par da crise de refugiados) levou ao surgimento de movimentos populistas, que já estavam em curso na Europa, e acentuaram aquilo que nalguns Estados tem sido um fenómeno claro de erosão de valores, associada a uma perda de confiança por parte de muitos cidadãos no próprio funcionamento da democracia. A diminuição do «grau de satisfação» com a democracia por parte dos cidadãos tem vindo a ser acentuada e é com base nesta perda da vitalidade democrática que os movimentos populistas mais recentes se alimentam para avançar com uma conceção de *democracia iliberal*, que esgota a democracia no processo eleitoral, na escolha daqueles que assumem o poder, numa leitura que contrapõe a vontade do povo às «elites» que, teoricamente, o assumem (ao nível executivo, jurisdicional e até, nos próprios *media*). Os movimentos populistas concebem os instrumentos próprios de uma democracia liberal pensados para assegurar os mecanismos de *checks and balances* e de fiscalização de poder como formas de as aludidas «elites» o controlarem contra a dita vontade do povo. Trata-se, esta, de uma conceção muito pobre de democracia, especialmente quando comparada com aquela que a União Europeia definiu, à luz dos valores bases do processo de integração europeia. Tais valores associam a democracia ao Estado de Direito, à proteção de direitos fundamentais, sedimentando a democracia liberal. Neste sentido, a crise que mais parece ameaçar os pilares da União Europeia corresponde, precisamente, à crise do Estado de Direito, tendo o aludido Regulamento de condicionalidade surgido como um novo nível mais elevado de proteção.

2) A crise do Estado de Direito e a instabilidade do sistema federal

A crise do Estado de Direito na União Europeia será mais facilmente perceptível se se partir do reconhecimento que em causa está uma estrutura federativa.³ Os sistemas

² Vide *Democracy in times of pandemic: different futures imagined*, ed. Miguel Poiars Maduro and Paul W. Kahn, (Cambridge: Cambridge University Press, 2020).

³ Vide Alessandra Silveira, *Cooperação e Compromisso Constitucional nos Estados Compostos – Estudo so-*

federais são instáveis, vivendo num desequilíbrio existencial entre os interesses dos Estados, de cada um dos Estados, e o interesse da federação. E este desequilíbrio manter-se-á enquanto não se decidir onde está, de facto, o poder de criação normativa.

A União Europeia atravessa, ainda, este problema, e tem vindo a conseguir resolvê-lo por via daquilo que as construções doutrinárias vão apontando como sendo a harmonia sistémica entre a ordem constitucional da União e as ordens constitucionais dos Estados, à luz de princípios de tolerância constitucional, de um Direito contrapontual,⁴ no sentido de tirar o melhor partido do pluralismo jurídico existente. O pluralismo constitucional é típico das ordens constitucionais federais, numa harmonia sistémica que pressupõe uma homogeneidade substancial. Sabendo que entre os Estados-Membros tal homogeneidade não reside, desde logo, na religião, na língua ou na etnia, então a homogeneidade poderá assentar no acordo sobre questões essenciais que, no caso da União Europeia, muito bem se poderá reconduzir ao acordo quanto à elevação do Estado de Direito a meta-princípio, enquanto condição de acesso à própria União, já que é um dos seus pilares fundadores (artigo 2.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia – TFUE).

Avançando, desde já, com a componente fiscal, o problema subjacente à construção de uma federação fiscal prende-se com uma outra dimensão que cumpre assinalar: em conformidade com o que tem vindo a ser doutrinariamente apontado, há que contar com a resistência dos contribuintes em financiar, por via do seu próprio património, mecanismos de partilha de risco e na possibilidade de se assistir a comportamentos oportunistas dos Estados-Membros que buscam defender os seus interesses contra os dos outros Estados-Membros. Uma efetiva federação teria a oportunidade de reservar para si a competência para reagir contra tentativas de derrubar a solidariedade fiscal. Ora, e se até aqui se podia questionar o poder da União Europeia para o fazer, o Regulamento de condicionalidade surge exatamente como uma forma de a União reservar para si o controlo quanto à forma como os seus recursos são empregues. Parece-nos, portanto, que a adoção deste regulamento representa mais um passo em frente no caminho do federalismo. De qualquer forma, o apoio político dos Estados surge como condição essencial para o efeito e tal apoio ainda está por vir.⁵

3) O Regulamento de condicionalidade e a vitalidade do Estado de Direito

O Regulamento n.º 2020/2092 impõe aos Estados-Membros o respeito pelo Estado de Direito sempre que executem o orçamento da União, à luz dos princípios da boa gestão financeira, consagrados no artigo 317.º do TFUE. As dimensões «boa gestão financeira» e «respeito pelo princípio do Estado de Direito» surgem diretamente associadas, ao constatar-se que as democracias assentes no Estado de Direito são frágeis e que os casos de retrocesso democrático existem, por vezes em expressão de políticas fiscais particularmente suaves em relação a comportamentos ilegais e que são contrários à necessária arrecadação de receita.

bre a teoria do federalismo e a organização jurídica dos sistemas federativos (Coimbra: Almedina, 2007).

⁴ Vide Miguel Pinares Maduro, 'Contrapunctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action', in *Sovereignty in Transition*, ed. Neil Walker (Oxford: Hart Publishing, 2003).

⁵ Assim, vide Nazaré da Costa Cabral, *The european monetary union after the crisis – from a fiscal union to a fiscal capacity* (Oxfordshire: Routledge, 2021).

A União Europeia foi, assim, colocada à prova, no sentido de aferir se dispõe ou não dos meios necessários para corrigir situações de *democratic backsliding*, até porque nem sempre as democracias são capazes de se proteger a si próprias. Estas dificuldades justificaram a adoção de mecanismos de disciplina supranacional, capazes de proteger dimensões de cariz valorativo tidas como essenciais para os Estados-Membros. A Convenção Europeia dos Direitos Humanos disso é exemplo. É como que um novo nível de proteção da democracia e dos direitos humanos, que se revelou necessário perante o nível de integração que já se atingiu: o problema que nasceu no seio de um Estado-Membro é um problema da União Europeia e de todos os restantes Estados-Membros. O Regulamento de condicionalidade surge nesta mesma lógica, procurando promover o Estado de Direito como meta-princípio, que rege e que une todo o ordenamento jurídico europeu, que adota uma teoria pluralista dos valores, convocando atuações estaduais orientadas e limitadas não só por uma lei (no sentido mais amplo e material do termo), mas por uma boa lei (“*good law*”).⁶ E a boa lei, para além do mais, é capaz de ser reconduzida à que é capaz de consagrar soluções jurídicas que reajam adequadamente contra comportamentos fiscalmente discordantes com as exigências decorrentes do Estado de Direito, que pressupõe, para a sua concretização, a existência de recursos financeiros.

4) A proteção dos recursos próprios da União Europeia

À luz do aludido Regulamento de condicionalidade, a boa gestão financeira é associada a uma «*santíssima trindade*», pressupondo:

- i) a atuação das autoridades públicas à luz do princípio da legalidade;
- ii) a investigação e a repressão dos casos de fraude, incluindo a fraude fiscal, de evasão fiscal, de corrupção e de conflito de interesses, ou outras violações do Direito vigente; e
- iii) a sujeição a fiscalização jurisdicional efetiva (por via de Tribunais nacionais independentes e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia) das decisões arbitrárias ou ilegais das autoridades públicas.

De entre as dimensões desta tríade, focar-nos-emos na segunda, diretamente associada à componente fiscal.

Resulta do Regulamento de condicionalidade uma relação clara entre o respeito pelo Estado de Direito e a execução eficiente do orçamento da União Europeia e dos recursos disponíveis (de entre os quais se incluem, precisamente, aqueles que decorrem do Instrumento de Recuperação da União Europeia, criado nos termos do Regulamento n.º 2020/2094, e que surgiu com o propósito de apoiar a recuperação no rescaldo da crise da COVID-19). Ora, parte de tais recursos são provenientes da cobrança de tributos, tal como previsto na Decisão (UE, Euratom) 2020/2053, do Conselho, de 14 de dezembro de 2020, que estabelece as regras relativas à afetação dos recursos próprios da União, a fim de assegurar o financiamento do orçamento anual da União. Valores tão fundamentais para a concretização do projeto europeu – como o equilíbrio das contas, a estabilidade orçamental e a própria sustentabilidade da União –, dependem da existência de recursos financeiros. A concretização e a manutenção do projeto europeu implicam custos e a diminuição injustificada das receitas, por via de comportamentos artificiosos dos contribuintes, pode significar o

⁶ Cf. Joaquim Freitas da ROCHA, “Legal principles and tax procedures”, *PoLaR – Portuguese Law Review*, vol. 5, no. 1, Abril 2021.

irregular funcionamento das instituições da União e pode dificultar a atribuição de prestações sociais. O Estado de Direito pressupõe, para além do mais (e também de acordo com uma lição retomada pela pandemia) que o interesse público associado à concretização de prestações sociais se sobreponha ao interesse individual de poupança fiscal, quando ilegalmente conseguida.

Os comportamentos fiscais abusivos – evasivos ou fraudulentos, que assumem ilegitimamente propósitos de poupança fiscal (no sentido do não pagamento, do pagamento reduzido ou do pagamento diferido de imposto) num quadro de legalidade duvidosa ou de plena ilegalidade –, colocam em risco, como consequência, a concretização do projeto europeu por significarem a frustração da arrecadação da receita fiscal. Assim se justifica a adoção de medidas com os contornos daquelas que se consagram no Regulamento de condicionalidade, no sentido, por exemplo, de suspender pagamentos, quando não são implementados pelos Estados Membros mecanismos capazes de, nos termos do artigo 4.º, n.º 2, alíneas c) e e) do Regulamento, investigar, reprimir, prevenir e sancionar comportamentos fraudulentos, incluindo casos de fraude fiscal, que ponham em causa a execução do orçamento da União ou a proteção dos seus interesses financeiros. Daqui decorre, portanto, que a concretização do Estado de Direito fica diretamente dependente da forma como os Estados Membros são capazes de garantir a construção de um quadro jurídico-tributário que assegure que os comportamentos fiscalmente abusivos dos contribuintes encontram, por parte do ordenamento jurídico, uma resposta que permita implodir com as suas ilegítimas pretensões, numa linha de atuação que passa pela investigação, pela prevenção e pelo sancionar de tais comportamentos.

5) Três nebulosas associadas ao Regulamento de condicionalidade

Cumpre, agora, sinalizar alguns aspetos que, no nosso entender, merecem especial reflexão, sobretudo pela ausência de clareza por parte do legislador europeu.

a) A extensão do Regulamento de condicionalidade – fraude fiscal e evasão fiscal (?)

No Regulamento de condicionalidade não se deixa de notar uma diferença terminológica entre o que consta no seu considerando oito e o disposto nas alíneas c) e e), do n.º 2, do artigo 4.º, diferença essa que pode não se localizar meramente no plano teórico-discursivo. Enquanto no aludido considerando a referência é feita (a propósito da *ratio* subjacente ao diploma) a ambos os casos de «fraude fiscal» e de «evasão fiscal» (na versão em inglês – «*tax fraud, tax evasion*», e na versão em alemão «*Steuerbetrug, Steuerhinterzieh*»), no artigo 4.º a referência reconduz-se, tão só, aos casos (mais graves) de fraude fiscal («*tax fraud*», «*Steuerbetrug*»). Na versão em inglês, em momento algum, e ao contrário do que acontece na versão em português, surge a referência a comportamentos de *tax avoidance* que corresponderiam, em português, aos casos de evasão fiscal.

Poder-se-á, assim, concluir que apenas relevam, para estes efeitos, os casos de fraude fiscal, e já não os de evasão fiscal? Se a resposta for dada em sentido negativo, que relevância assume, então, o disposto no aludido considerando?

A questão é a de saber se o legislador europeu pretenderá reportar-se apenas aos casos em que o conjunto de atos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, praticados num quadro de ilicitude, têm por objetivo atingir um resultado de afastamento, desoneração ou diferimento tributário (fraude fiscal), ou se também

pretenderá abranger os atos voluntários dos sujeitos passivos tributários que, embora praticados num quadro genérico de licitude, são qualificados pelas normas tributárias como anómalos ou abusivos, tendo em vista o fim que pretendem atingir (evasão fiscal). Atentas as consequências advindas da aplicação do Regulamento, esta questão não deveria ficar por resolver, mas as orientações da Comissão relativas à aplicação do Regulamento de condicionalidade não a esclarecem.⁷

Sendo o propósito a “*boa gestão financeira*” e a proteção dos recursos da União, e sabendo-se que em ambos os casos (evasão e fraude fiscal) os objetivos de arrecadação de receita fiscal podem ficar frustrados, concluímos ser mais consentâneo com a *ratio* do diploma considerar que um Estado viola os princípios do Estado de Direito quando não garante a reação adequada quer contra casos de evasão fiscal, quer contra casos de fraude fiscal, numa análise que só parece ser concebível caso a caso, perante a ausência de instrumentos de Direito da União Europeia, de *hard law*, tendentes a fixar um regime comum, uniformizado, quanto aos termos de reação contra estes comportamentos. São, de facto, várias as resoluções, as comunicações e os planos de ação que, neste âmbito, se encontram desenvolvidos, mas em termos de efetivas normas jurídicas o caminho a percorrer é ainda longo.⁸

A este propósito, aliás, parece-nos que o Regulamento de condicionalidade, ao depender da aferição, em concreto, das medidas implementadas por cada Estado-Membro, deveria ser acompanhado de uma espécie de «mecanismo de avaliação ou de monitorização», que identifique critérios objetivos que permitam melhor aferir em que circunstâncias as medidas nacionalmente adotadas não se revelam adequadas a afastar ou a sancionar comportamentos de evasão e fraude fiscais. A identificação de tais critérios poderia ser fruto da própria lógica em que assentam, não raras vezes, outras soluções trazidas pela União Europeia: da mesma forma que os Estados servem de recetores de impulsos supraestaduais, que os leva a proceder de um imperativo *top-down*, também poderão emitir impulsos de *bottom-up*, partilhando as melhores práticas que, internamente, sejam desenvolvidas. Na eventualidade de algum Estado revelar especiais boas práticas no combate a comportamentos fiscalmente abusivos, a União Europeia, nesta lógica de contraponto, deveria absorvê-los e estendê-los, vinculativamente, aos demais Estados-Membros.

De qualquer forma, e à luz da *ratio* do Regulamento de condicionalidade, entendemos que um Estado não atua em concordância com exigências decorrentes do Estado de Direito quando não garante, de forma eficaz, proporcionada e dissuasiva, a investigação, a prevenção e a sanção tanto dos casos de elisão como de fraude fiscal.⁹

⁷ Vide Comunicação da Comissão de 2 de março de 2022 – Orientações sobre a aplicação do Regulamento (UE, Euratom) 2020/2092 relativo a um regime geral de condicionalidade para a proteção do orçamento da União, C(2022) 1382 final, Bruxelas.

⁸ É certo que em 2016 surgiu a Diretiva 2016/1164, que estabelece regras contra as práticas de elisão fiscal que tenham incidência direta no funcionamento do mercado interno. Porém, para além de da mesma decorrer um mero efeito harmonizador, encontra um âmbito de aplicação limitado ao imposto sobre os lucros produzidos por pessoas coletivas.

⁹ No que particularmente respeita à concretização dos comportamentos fraudulentos em matéria de imposto sobre o valor acrescentado (IVA), a Diretiva n.º 2017/1371, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2017 (relativa à luta contra a fraude lesiva dos interesses financeiros da União através do Direito penal) será decisiva para melhor definir os casos em que tais comportamentos não recebem uma resposta adequada de um determinado ordenamento jurídico nacional.

b) A extensão do Regulamento de condicionalidade – impostos indiretos e impostos diretos (?)

O nível de proteção que o Regulamento de condicionalidade garante no combate aos comportamentos fiscalmente abusivos pode ser entendido, na prática, como detentor de um âmbito limitado.

Na tentativa de definir o alcance do disposto no artigo 4.º do Regulamento de condicionalidade (com a epígrafe «Condições para a adoção de medidas»), justificar-se-á o acionamento das medidas previstas para proteção do orçamento da União quando os referidos comportamentos abusivos possam resultar na não cobrança de impostos que afetem diretamente os recursos necessários para que a União atinja os seus objetivos e implemente as suas políticas. O IVA e os direitos aduaneiros, ambos recursos próprios da União Europeia, correspondem às imposições fiscais que, de forma mais fácil e imediata, se reconduzem a este âmbito. Apesar de em causa estarem impostos que já conhecem, nos seus elementos essenciais, um elevado nível de harmonização (de uniformização, aliás, no caso dos direitos aduaneiros)¹⁰, as diferenças entre os ordenamentos jurídicos em termos de reação contra comportamentos abusivos (especialmente através da respetiva cobrança coerciva e da criminalização de comportamentos) criam uma falta de confiança mútua entre as administrações e minam a igualdade de condições para os operadores económicos na União Europeia.

A referência que aqui é feita apenas ao IVA e aos direitos aduaneiros também se justifica à luz do artigo 22.º, n.º 4, do Regulamento (UE) 2017/1939, do Conselho, de 12 de outubro de 2017 (que dá execução a uma cooperação reforçada para a instituição da Procuradoria Europeia). Nos termos do aludido preceito, a Procuradoria Europeia não é competente em matéria de infrações penais relacionadas com impostos diretos nacionais, inclusive infrações a elas indissociavelmente ligadas, e a estrutura e o funcionamento da administração fiscal dos Estados Membros não são afetados pelo Regulamento.

Se assim é, então dificilmente se conseguirá justificar a extensão do Regulamento de condicionalidade no sentido de nele fazer incluir os comportamentos fiscalmente abusivos em matéria de tributação direta. No entanto, sendo abstratamente possível associar a solução que está definida no Regulamento de condicionalidade apenas aos recursos próprios da União Europeia, tal conclusão é de difícil aceitação, perante o reduzido impacto prático que o diploma poderá ter. Desde logo, os comportamentos fiscalmente abusivos em sede de IVA e de direitos aduaneiros caminham de mãos dadas com infrações enquadráveis no domínio da tributação direta, as quais reiteradamente são cometidas pela apresentação de declarações ou de documentos falsos ou incompletos em matéria de IVA. A título de mero exemplo, no caso de operações simuladas, em «fraude carrossel», o operador económico pode não só reclamar ilegalmente o reembolso de IVA, como também deduzir da base tributável para efeitos de imposto sobre os seus rendimentos as despesas relacionadas com a compra simulada. Nestes casos, as infrações fiscais (em sede de tributação sobre o consumo e sobre o rendimento) estariam associadas a uma mesma declaração fiscal falsa ou incorreta. Nestes casos, ambas as infrações parecem estar «indissociavelmente interligadas», nos termos do n.º 3, do artigo 22.º, do Regulamento (UE) 2017/1939. Trata-se, de qualquer forma, de uma expressão que não conhece densificação legal, o que é difícil de conciliar com os requisitos de legalidade, segurança e certeza jurídicas em matéria tributária.

¹⁰ A propósito, vide o nosso *Direito Aduaneiro Multinível* (Lisboa: Petrony, 2022).

c) A sobreposição do controlo político em relação ao controlo jurisdicional

Parece-nos questionável, ainda, a ausência de um mecanismo de análise de natureza jurisdicional (e não estritamente política), que permita avaliar se tais violações ao Estado de Direito (a ausência de controlo e de repressão de comportamentos fiscalmente abusivos) realmente existem. A avaliação do cumprimento das exigências decorrentes do Estado de Direito, nomeadamente no domínio fiscal – particularmente exigente em matéria de legalidade – deverá ser concretizada jurisdicionalmente e não politicamente.

Assim sendo, não deveria o Conselho ter a possibilidade, mesmo antes de decidir sobre a aplicação das medidas, de questionar perante o Tribunal de Justiça da União Europeia se a medida interna cumpre os requisitos do Regulamento de condicionalidade? O facto de o Regulamento não prever um controlo jurisdicional – nem em matéria fiscal nem em outras – parece contrariar o fundamento sobre o qual foi estabelecido. Os requisitos de legalidade e de representatividade em matéria tributária são compatíveis com uma «expertocratic base»? A possibilidade de intervenção do Tribunal de Justiça – meramente *a posteriori* – será compatível com tais requisitos?

6) Conclusões

Mantendo a brevidade de termos, alinham-se as seguintes conclusões:

- i) Apesar de diametralmente distintas, as várias crises que têm afetado a União Europeia têm em comum a circunstância de trazerem novos desafios jurídico-constitucionais para a prossecução de um interesse público que pode ser supranacionalmente localizado – assim sucedeu com a crise pandémica e assim sucede com a crise do Estado de Direito;
- ii) O cumprimento dos requisitos decorrentes do Estado de Direito pressupõe a existência de recursos financeiros, os quais, em grande medida, resultam da cobrança de impostos;
- iii) A proteção dos recursos próprios da União Europeia é essencial para garantir a realização do projeto europeu;
- iv) O Estado de Direito não é compatível com esquemas fiscais abusivos – nem com a fraude fiscal, nem com a evasão fiscal – que frustram a prossecução do interesse público supranacionalmente relevante;
- v) O Regulamento da condicionalidade, apesar das limitações que o afetam ao nível da sua extensão e do controlo jurisdicional, potencia a construção de uma federação fiscal efetiva;
- vi) Os termos de reação contra os comportamentos de fraude e de evasão fiscais deveriam conhecer um maior nível de harmonização entre os Estados-Membros da União Europeia;
- vii) A União Europeia deveria desenvolver uma abordagem comum no que diz respeito à aplicação da legislação fiscal e os Estados-Membros devem estar comprometidos no sentido de uma interação e de um desempenho das administrações fiscais de tal forma eficiente como se fossem uma só e da proteção dos interesses financeiros da União.

Riesgos penales para el derecho humano al agua potable y al saneamiento

*Luz María Puente Aba**

1. El derecho humano al agua potable y al saneamiento

El reconocimiento formal de un derecho humano al agua, y la concreción de su contenido, tuvo lugar con la Resolución 64/292 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 28 de julio de 2010, donde se establece que “*el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos*”.¹

La consideración del derecho al agua potable y al saneamiento como un derecho humano requiere, entre otras cuestiones, que los Estados cuenten con mecanismos legales para garantizar su protección como un derecho justiciable, de tal modo que los individuos puedan cuestionar situaciones en las que existan interferencias en su disfrute.² Si bien esto implica fundamentalmente determinadas obligaciones en el marco del Derecho administrativo (regulación de la gestión y distribución de agua potable, establecimiento de normas medioambientales en relación con el funcionamiento de industrias, etc.) y también del ordenamiento civil (como por ejemplo la exigencia de reparación e indemnizaciones), también el Derecho penal puede constituir una pieza fundamental en la garantía de las condiciones necesarias para el disfrute de este derecho. No se trata de configurar este derecho humano, de perfiles tan específicos, directamente como un bien jurídico penalmente protegible, ya que realmente estamos ante un interés vital cuyo riesgo o lesión deriva de diversas formas de comportamiento que afectan ya a otros bienes jurídicos objeto de protección por las normas penales. Precisamente este breve trabajo pretende analizar desde qué perspectivas se puede atentar contra este derecho humano, y qué conductas delictivas pueden suponer un ataque al disfrute del agua potable y del saneamiento.

2. La afectación de la calidad y salubridad del agua potable

Uno de los principales y más evidentes riesgos para el derecho al agua potable deriva de los ataques a la calidad y la salubridad del agua destinada al consumo humano.

* Profesora de Derecho penal en la Universidad de A Coruña. Doctora en Derecho por la Universidad de A Coruña. Diplomada en Criminología por la Universidad de Santiago de Compostela.

¹ Ya la Observación General n.º 15 (2002) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, sobre “Cuestiones sustantivas que se plantean en la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, se refería al “derecho humano al agua” como condición indispensable para vivir dignamente y previa a la realización de otros derechos humanos. En esta línea se manifestó también, con posterioridad a la Resolución 64/292, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, en una Resolución de 30 de septiembre de 2010 sobre los derechos humanos y el acceso al agua potable y el saneamiento.

² Vid. ONU, “Manual práctico para la realización de los derechos humanos al agua y al saneamiento”, elaborado por Catarina de Albuquerque, Relatora especial de la ONU, 2014, 9 (Justicia).

Los comportamientos delictivos que más inciden en esta cualidad del agua son indudablemente los constitutivos de delitos contra el medio ambiente (arts. 325.º y siguientes del Código penal español). El agua constituye un elemento fundamental del medio ambiente,³ que puede verse gravemente afectado por actividades contaminantes. Simplemente acudiendo a la descripción típica del art. 325.º CP, figura básica en la categoría de los delitos medioambientales, observamos que se incluyen las aguas terrestres, subterráneas y marítimas, y además algunas de las modalidades de conducta enunciadas implican por definición la afectación del agua (destacadamente, la referencia a vertidos, pero también otras como depósitos o aterramientos).⁴ El origen de estos comportamientos contaminantes⁵ puede ser múltiple; proceden, esencialmente, de actividades industriales, agrícolas o ganaderas. De hecho, si examinamos la práctica de los tribunales españoles en la aplicación de los delitos medioambientales, puede apreciarse que la gran mayoría de las sentencias vienen referidas a casos de vertidos a aguas terrestres (ríos, lagos) o de filtraciones a aguas subterráneas (fundamentalmente, debido a depósitos de materiales contaminantes).⁶

Ciertamente, la afectación esencial del agua destinada al consumo humano proviene de la contaminación de las aguas terrestres y subterráneas.⁷ No obstante, resulta interesante comprobar cómo también la contaminación de las aguas marinas puede llegar a tener repercusiones en la calidad del agua que va a consumir el ser humano. Este hecho puede analizarse desde dos perspectivas.

Por un lado, es importante tener en cuenta que el agua marina puede ser el origen del agua potable destinada al consumo humano. Si bien ello no ocurre en todos los países, en España una de las vías de obtención de agua potable es la desalación del agua marina, que se ha mostrado además especialmente útil en tiempos de sequía. Por otro lado, la contaminación del agua del mar puede terminar afectando al agua destinada

³ Lorezno Morillas Cueva, “El agua como objeto de protección penal en su vertiente ambiental”, in *Estudios de Derecho Ambiental*. Libro Homenaje al Profesor Miquel Prats Canut, ed. Gonzalo Quintero Olivares, Fermín Morales Prats (Valencia: Tirant lo Blanch, 2008), 1067-1090; Carlos Suárez Mira Rodríguez, “La protección del medio ambiente en la Constitución Española”, in *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, coords. Patricia Faraldo Cabana, Luz María Puente Aba (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011). También, Jesús María Silva Sánchez, Raquel Montaner Fernández, *Los delitos contra el medio ambiente* (Barcelona: Atelier, 2012), 55-76.

⁴ Sobre estos conceptos véase, entre otros, Jesús María Silva Sánchez, Raquel Montaner Fernández, *Los delitos contra el medio ambiente* (Barcelona: Atelier, 2012). También Álvaro Mendo Estrella, *El delito ecológico del artículo 325.1 del Código Penal* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2009), 65 y ss. y Esperanza Vaello Esquerdo, “Los delitos contra el medio ambiente”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, n.º 7 (2005): 23 y ss.

⁵ Estamos ante un delito común, de tal modo que no se exige ninguna condición para ser sujeto activo. Vid. Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), cit., 429; Norberto Javier de la Mata Barranco, “Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio y delitos contra el ambiente”, in *Derecho Penal Económico y de la empresa*, ed. Norberto Javier de la Mata Barranco, Jacobo Dopico Gómez-Aller, Juan Antonio Lascaraín Sánchez, Adán Nieto Martín (Madrid: Editorial Dykinson, 2018), 666; o Luz María Puente Aba, “Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, in *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, coords. Patricia Faraldo Cabana, Luz María Puente Aba (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 238.

⁶ Así, pueden citarse las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: 8 de abril de 2008 (n.º 141/2008), 19 de abril de 2010 (n.º 289/2010), 1 de febrero de 2011 (n.º 47/2011, caso “Huerta Bicho”), 8 de noviembre de 2011 (n.º 1162/2011, caso “El Garrut”), 25 de mayo de 2016 (n.º 453/2016), 13 de junio de 2016 (n.º 516/2016), 15 de diciembre de 2016 (n.º 941/2016) o 14 de junio de 2018 (n.º 289/2018). En la doctrina puede verse Carlos Martínez-Buján Pérez, *Derecho Penal Económico y de la Empresa* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013), 427.

⁷ Puede verse extensamente el concepto de aguas terrestres o subterráneas con referencias a la normativa española en Elena Górriz Royo, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2015), 49 y ss.

al consumo humano, pues la expansividad de los agentes contaminantes en un medio como el agua determina la posibilidad de perjudicar a otros elementos como la tierra y las aguas terrestres. Como ejemplo paradigmático en España hay que citar el “*caso del Prestige*”,⁸ ya que la contaminación de las aguas marítimas terminó afectando a la costa (no solo española, sino también portuguesa y francesa), es decir, a zonas terrestres, con la consiguiente posibilidad de afectar también a las aguas terrestres y subterráneas.

En cualquier caso, incluso algunas formas de contaminación que no van dirigidas específicamente al agua, pueden terminar afectando a este elemento. Esta posibilidad podría plantearse a raíz del examen de supuestos como el primer caso de delito medioambiental que llegó al Tribunal Supremo, el denominado “*caso Cercs*”:⁹ se trataba de un supuesto de emisiones contaminantes a la atmósfera procedentes de una central térmica, que superaban ampliamente los límites establecidos reglamentariamente por la normativa estatal; así, efecto directo de tales emisiones fue la grave contaminación de grandes masas boscosas de la zona donde se hallaba ubicada la central, de modo que resultaron afectadas alrededor de 30.000 hectáreas de terreno. Quedó probado que la incidencia de las emisiones conllevaba un grave y potencial peligro para la vida vegetal de la zona; en este caso concreto no pudo llegar a probarse un efecto lesivo sobre la salud de las personas del lugar, el ganado o el curso de las aguas, no obstante, es evidente que la contaminación de las aguas podría llegar a constituir un efecto de la lluvia ácida, en el caso de que dentro de las hectáreas de terreno afectadas hubiera lagos o ríos, o se pudieran llegar a producir filtraciones a las aguas subterráneas.

Resulta llamativo que una buena parte de las condenas por delitos medioambientales contra el agua son por comportamientos imprudentes.¹⁰ Ello se debe a que en general el autor del delito no pretende directamente contaminar el agua, sino que su objetivo es minimizar los costes derivados de una gestión empresarial respetuosa del medio ambiente, o cuando menos simplificar las tareas de administración de la empresa. La contaminación suele provocarse por la salida incontrolada de determinadas sustancias o materiales de la sede de la empresa (v.gr. residuos industriales, purines, combustible, etc.), afectando a las aguas presentes en el medio natural donde llegan a ser depositados. En cualquier caso, debe tenerse presente la fina línea que separa los comportamientos meramente imprudentes de las actuaciones llevadas a cabo con “*dolo eventual*”, esto es, de aquellos supuestos en los que el sujeto, si bien no tiene como objetivo directo contaminar, no tiene ningún fundamento objetivo para excluir la posibilidad de que su concreta actuación determinará la polución de las aguas. Es muy importante analizar el concreto ánimo con el que actúa el autor del delito, puesto que las sanciones imponibles serán de muy diferente gravedad según se actúe de forma dolosa o imprudente.

Además de esta primera categoría de delitos que inciden en la calidad y salubridad del agua, estos elementos también pueden verse afectados por otra clase de comportamientos, consistentes en la introducción de agentes tóxicos en el agua

⁸ Vid. SAP A Coruña de 13 de noviembre de 2013 y STS de 14 de enero de 2016 (n.º 865/2015). Vid. también Carlos Martínez-Buján Pérez, “Las posibles responsabilidades penales en el ‘caso Prestige’”, *Ambiente y Derecho*, 1 (2003): 11-32.

⁹ Vid. STS de 30 de noviembre de 1990. Caso también analizado por Norberto Javier de la Mata Barranco, “Delitos contra el urbanismo y la ordenación del territorio y delitos contra el ambiente”, cit., 659 y ss.

¹⁰ Sobre la posibilidad de cometer los delitos contra el medio ambiente de forma imprudente puede verse extensamente Elena Górriz Royo, *Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente*, cit., 429 o Eduardo Ramón Ribas, “Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, in *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, coords. Patricia Faraldo Cabana, Luz María Puente Aba (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 358-368.

directamente destinada al consumo de la población, con el consiguiente riesgo o la efectiva producción de daños en la salud de las personas. En estos supuestos en que no hay introducción de agentes contaminantes en el agua como elemento natural, sino que se genera la toxicidad del agua ya en la fase final de acceso a la población, nos encontramos ante la posible comisión de un delito contra la salud pública (arts. 359.º ss. CP). De hecho, pueden citarse algunos posibles ejemplos específicos, relacionados con el envenenamiento de agua destinada al consumo humano.

En primer lugar, cabe citar como ejemplo un caso de contaminación de agua embotellada con aguas fecales, que provocó un brote de gastroenteritis en un elevado número de personas que consumieron esta agua; no llegó a los tribunales sino que se resolvió a través de una investigación llevada a cabo por las autoridades sanitarias, en la que se determinó la causa de la toxicidad (las aguas fecales), pero no quedó totalmente claro cómo había llegado al agua. Finalmente la empresa comercializadora indemnizó a los sujetos perjudicados y la empresa envasadora de esa partida de botellas (procedentes de un manantial en Andorra) cerró sus puertas a raíz de este suceso.¹¹ En segundo lugar, se plantean casos de posible toxicidad del agua corriente, cuyo contenido puede verse alterado por agentes tóxicos naturales, susceptibles de causar daño a la salud. En esta línea, por ejemplo, en 2014 se denunció un caso de presunta contaminación del agua corriente con arsénico natural, que podía suponer un riesgo para la salud humana.¹²

3. Los ataques al agua potable desde una perspectiva económica

Las actuaciones delictivas que afectan al acceso al agua potable pueden provenir de una perspectiva diferente al daño medioambiental o al perjuicio para la salud: el ataque al agua como mercancía de consumo. Se trata de comportamientos que no afectan (en principio) a la salubridad del agua, pero sí a su accesibilidad y, en suma, al justo reparto y equilibrio de un bien absolutamente de primera necesidad y cuya disponibilidad es limitada. Si bien, obviamente, la ejecución de delitos medioambientales o contra la salud pública puede suponer la obtención de beneficios económicos, aquí se hará referencia a la realización de conductas que no se dirigen a alterar aquellas características del agua que la hacen apta para consumo humano, sino que precisamente buscan el aprovisionamiento de este bien esencial reduciendo los gastos que le son inherentes.

Así, la realidad nos muestra casos de sustracción de agua destinada al consumo humano; dadas las particularidades propias de la distribución de este bien, la conducta implicará una cierta complejidad técnica, puesto que exigirá una conexión subrepticia y fraudulenta a los canales de distribución de agua, en cualquiera de sus fases. Esta actuación puede llevarse a cabo con el objetivo de obtener gratuitamente agua corriente para uso doméstico (lo cual puede venir acompañado de un acceso fraudulento a la energía eléctrica), pero será relativamente más frecuente la obtención de agua para otros usos que exigen el empleo de mayores cantidades de agua, y que por lo tanto “*compensan*” el riesgo y las dificultades de llevar a cabo este acceso ilícito. Por citar algunos ejemplos, los tribunales españoles han enjuiciado supuestos de

¹¹ Vid. El Periódico, “Restos fecales humanos causaron el brote de gastroenteritis por agua envasada Eden”, 25 de abril del 2016, <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20160425/agua-eden-intoxicacion-restos-fecales-5083365>.

¹² Vid. El País, “El Seprona acusa a Aquagest de ocultar contaminación de agua en Ourense”, 27 de marzo del 2014, https://elpais.com/ccaa/2014/03/27/galicia/1395948205_343730.html.

obtención ilegal de agua, ya sea para uso doméstico y privado¹³ o conjuntamente para consumo doméstico y para usos agrícolas y empresariales.¹⁴

La obtención indebida de suministro de agua puede ser en perjuicio de otra persona física o jurídica privada (v.gr. otra empresa, un vecino), o también puede articularse el mecanismo defraudatorio en una fase del suministro de agua previa a su llegada a una vivienda o a la sede de una persona jurídica. En ambos casos podemos identificar la afectación de un interés colectivo, teniendo en cuenta que el agua es un bien de primera necesidad cuya disponibilidad es limitada, de tal modo que su sustracción no solo podría alterar las posibilidades de acceso a ella, sino que también podría determinar oscilaciones al alza en su precio (sobre todo en casos más extremos, como por ejemplo en situaciones de sequía).

Cabe hacer un último apunte en relación con la posibilidad de que estos comportamientos, si bien con un objetivo primordial o directamente económico, afecten asimismo a la salud pública. De hecho, Naciones Unidas e INTERPOL han señalado que gran parte de la delincuencia económica en relación con la gestión del agua implica la obtención de beneficios a costa de la reducción de gastos propios del tratamiento, lo cual evidentemente puede derivar en riesgos para la salud.¹⁵

4. Comportamientos de corrupción que contribuyen a los ataques contra el agua potable

La corrupción, definida como “*abuso de poder para obtener ganancias privadas, tanto en el sector público como en el sector privado*”,¹⁶ también va a estar presente en determinadas actuaciones de la Administración pública que se refieren tanto al proceso de gestión del agua destinada al consumo humano, como a la autorización y control de actividades privadas que implican un riesgo para la calidad del agua o para su accesibilidad.

Dentro de las diversas categorías de delitos que se han venido exponiendo, el ámbito donde hay mayor espacio para la verificación de estos comportamientos es el de los delitos medioambientales.¹⁷ Efectivamente, al ser necesaria la intervención administrativa para prevenir o autorizar la realización de actividades con impacto en el medio ambiente, en muchos supuestos será fundamental alguna forma de colaboración, o de mera negligencia, por parte de autoridades o funcionarios públicos, para llevar a cabo conductas constitutivas de delitos medioambientales.

Es significativo que el Código Penal contemple un delito específico de prevaricación en materia medioambiental (art. 329.º CP), castigando tres tipos de conductas,

¹³ Vid. SAP Almería de 3 de septiembre de 2015 (n.º 345/2015).

¹⁴ Vid. SAP Murcia de 4 de junio de 2015 (n.º 163/2015) o STS de 11 de noviembre de 2011 (n.º 1169/2011). En este último supuesto (caso “Las Cañas”), además, se constató un daño medioambiental al haberse producido la destrucción de la vegetación y de los elementos naturales cercanos al arroyo. Un análisis de este fallo jurisprudencial puede verse en Mertxe Landera Luri, “Evolución jurisprudencial en los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (Título XVI Capítulo III del Código Penal): una crónica (SSTS 2011)”, cit., (2012): 244 y 245.

¹⁵ Vid. Interpol, UN, “Strategic Report: environment, peace and security. A convergence of threats”, 2016, 32.

¹⁶ Cfr. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité Económico y Social Europeo: Lucha contra la corrupción en la UE (COM(2011) 308 final, 6-6-2011) (4, nota 1), que toma tal definición de corrupción del “Programa mundial de las Naciones Unidas contra la corrupción”.

¹⁷ Vid. el informe Interpol, UN, “Strategic Report: environment, peace and security. A convergence of threats”, 2016, 22-23, poniendo de manifiesto que la corrupción está estrechamente ligada con los delitos contra el medio ambiente, puesto que constituye una forma de facilitar su comisión.

algunas de las cuales no tendrían cabida en el tipo genérico de prevaricación (art. 404.º CP): informar favorablemente la concesión de licencias ilegales que autoricen el funcionamiento de industrias o actividades que lleven a cabo actos de contaminación constitutivos de delitos medioambientales; silenciar la infracción de normativa medioambiental con ocasión de la realización de inspecciones en este ámbito, u omitir directamente la realización de inspecciones obligatorias; y resolver o votar a favor de la concesión de licencias ilegales.¹⁸

Este precepto, si bien abarca la sanción de una amplia gama de comportamientos ilícitos llevados a cabo por autoridades o funcionarios públicos, puede devenir ineficaz si tenemos en cuenta la evolución que experimenta la normativa administrativa en materia de autorización y control de las empresas susceptibles de producir contaminación. Así, conviene aquí señalar la incidencia de la adaptación de las diferentes normativas estatales al Derecho emanado de la Unión Europea, que puede modificar las premisas sobre las que se fundamenta la definición de esta figura delictiva. Esta modalidad de prevaricación se fundamenta en determinados tipos de actividades administrativas: fundamentalmente la concesión de autorizaciones y licencias, y también otros comportamientos como la emisión de informes previos a ellas o la realización de inspecciones. Es interesante señalar la progresiva pérdida de centralidad de la exigencia de autorización o licencia previa para el desempeño de una actividad empresarial, que en muchos casos deja de ser necesaria y viene sustituida únicamente por la necesidad de que el empresario realice una comunicación previa o una declaración responsable a la Administración. Este nuevo sistema de comunicaciones previas y declaraciones responsables se va consolidando a partir de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, que implican un cambio de modelo al sustituir, en relación con determinadas actividades, la necesidad de solicitar y obtener una licencia administrativa por la mera comunicación o declaración de la actividad por parte del administrado. Este cambio generará obviamente la dificultad de apreciar un delito de prevaricación en los actos sujetos a este nuevo régimen, puesto que en estos supuestos la Administración no tiene que resolver ni votar a favor de la concesión de una autorización, sino que la mera presentación de la comunicación previa constituirá título habilitante para la realización de una actividad, y la Administración simplemente está facultada para declarar completa la documentación presentada o para requerir la subsanación de posibles deficiencias. Por lo tanto, habrá que estar atentos a la necesaria coordinación entre la definición de las infracciones penales y la normativa administrativa en esta materia, de tal manera que el incumplimiento por parte de las autoridades de sus obligaciones de control no pueda escapar a la sanción penal.

La gran mayoría de estos comportamientos delictivos constitutivos de corrupción son de carácter intencional, y se parte de una connivencia entre la Administración y la empresa de tal modo que se autoriza o se tolera que la actividad empresarial

¹⁸ Sobre este tipo penal puede verse María-Ángeles Fuentes Loureiro, “El delito de prevaricación medioambiental. Cuestiones problemáticas en el marco de la inspección”, in *La proyección de la corrupción en el ámbito penal: análisis de una realidad transversal*, dir. Luz María Puente Aba (Granada: Comares, 2017), 203 y ss; también, Patricia Faraldo Cabana, “Los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente”, in *Ordenación del territorio, patrimonio histórico y medio ambiente en el Código penal y la legislación especial*, coords. Patricia Faraldo Cabana, Luz María Puente Aba, (Valencia: Tirant lo Blanch, 2011), 325 y ss.

produzca desechos contaminantes.¹⁹ No obstante, también sería factible verificar comportamientos negligentes por parte de la Administración, que en una dejación de funciones lleva a cabo una gestión defectuosa que redundaría en la contaminación de elementos naturales. Así, por ejemplo, fue objeto de denuncia el presunto abandono, por parte de la Administración, de la antigua mina de Bolidén en Aznalcóllar,²⁰ lo cual parecía determinar que restos de minerales tóxicos de la mina se filtrasen en los acuíferos.

Aquí, realmente, las autoridades o agentes públicos competentes no serían autores de un delito de prevaricación, no solo porque no existe en el Código Penal español la prevaricación administrativa imprudente, sino también porque en muchos casos no se verifica una actuación concreta consistente en el dictado de una resolución o la emisión de un informe, sino que se trata simplemente de una deficiencia en la gestión de determinadas actividades o instalaciones. En cualquier caso, es evidente que sí se estaría cometiendo un delito contra el medio ambiente, considerando que la actuación de las autoridades o agentes públicos provoca la contaminación, teniendo en cuenta especialmente que el Código Penal configura de forma muy amplia los delitos contra el medio ambiente, castigando en su figura básica (art. 325.º del CP) causar o provocar, de forma directa o indirecta, un acto de contaminación.

En suma, dado que la garantía esencial del acceso universal al agua potable y al saneamiento corresponde a las Administraciones públicas como instancias reguladoras de la prestación de este derecho,²¹ es fundamental evitar que en su seno se desarrollen comportamientos corruptos que acabarán redundando no solo en la dificultad o imposibilidad de acceso al agua, sino incluso en un riesgo o daño para la salud de las personas.²²

5. Otros comportamientos delictivos que pueden afectar al agua potable: el terrorismo y la cibercriminalidad

En los casos analizados con anterioridad, nos encontrábamos ante comportamientos delictivos cuyo objeto directo de ataque es el agua, ya sea como elemento natural que se ve contaminado o envenenado, ya sea como bien de consumo que pretende obtenerse de modo fraudulento. Sin embargo, dada la importancia y presencia del agua en la vida humana, puede considerarse que no siempre aparecerá como el objetivo o fin último del comportamiento delictivo, sino que puede constituir un medio para la comisión de determinados delitos.

En primer lugar, esta posibilidad puede afirmarse en relación con los delitos de terrorismo, examinando no solo el posible “*modus operandi*” de los comportamientos constitutivos de esta categoría delictiva, sino también la definición de este concepto en la Directiva (UE) 2017/541 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo. Sin entrar a analizar aquí las

¹⁹ Vid. STS de 8 de noviembre de 2011 (n.º 1162/2011).

²⁰ Causante, en abril de 1998, de uno de los más importantes desastres ecológicos en España, que afectó al parque natural de Doñana. El impacto contaminante de la riada tóxica fue enorme, y arrasó 4.386 hectáreas en 62 kilómetros de cauce del río Guadamar, principal afluente del río Guadalquivir. Vid. [El desastre que amenazó Doñana | Sociedad | EL PAÍS \(elpais.com\)](#).

²¹ Vid. ONU, “Relator especial de la ONU sobre el derecho humano al agua potable y al saneamiento”, Informe anual. Consejo de Derechos Humanos de la ONU, 2017.

²² Vid. Interpol, UN, “Strategic Report: environment, peace and security. A convergence of threats”, 34; ONU, “Manual práctico para la realización de los derechos humanos al agua y al saneamiento”, elaborado por Catarina de Albuquerque, Relatora especial de la ONU, 2014, 38 (Servicios).

diversas modalidades ni los posibles diferentes conceptos de terrorismo, cabe apuntar que la Directiva señala de forma expresa como posible modalidad de acto terrorista, “*la perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural básico cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas*”.

De este modo, una modalidad de actuación terrorista dirigida a tales objetivos puede consistir en el envenenamiento de las aguas destinadas al consumo de la población. Centrándonos en la jurisprudencia de nuestros tribunales,²³ un posible caso de estas características fue detectado en 2011, fecha en la que fue detenido un individuo sospechoso de intentar envenenar el agua contenida en tanques de almacenamiento destinados a abastecer viviendas, hoteles y campings. La alarma saltó cuando se detectaron sus manifestaciones en redes sociales y foros de Internet en los que defendía la lucha terrorista y mostraba su intención de envenenar el agua destinada al consumo humano en determinadas zonas del Sur de España. Finalmente fue condenado por el delito de enaltecimiento del terrorismo en relación con sus manifestaciones en defensa de los actos terroristas, pero no se encontró prueba alguna de que la amenaza de envenenar el agua fuera a ser realmente ejecutada.²⁴ En cualquier caso, al margen de las vicisitudes de este supuesto concreto, lo cierto es que cabe plantear el uso del agua potable como medio para causar daños a las personas; realmente, estamos aquí de nuevo ante los casos ya analizados de envenenamiento del agua.

Es evidente que, por definición, los actos terroristas implican una intencionalidad clara y directa del autor del delito. Se trata además de una hipótesis peculiar puesto que, al contrario que en los supuestos analizados anteriormente, el móvil económico (obtención de beneficios, ahorro de costes) no es elemento definidor de estos comportamientos delictivos. Se trata, por lo tanto, de otra amenaza a la seguridad y salubridad del agua, que procede de otra perspectiva nueva y diferente a las que tradicionalmente se han venido identificando en este ámbito.

En segundo lugar, cabe hacer referencia a otra forma de afectar al derecho humano al agua y al saneamiento, particularmente en relación con el aspecto de accesibilidad: teniendo en cuenta que los procedimientos de gestión y tratamiento del agua se encuentran informatizados, sería posible encontrar aquí una variada gama de manifestaciones de la denominada “*cibercriminalidad*”. Así, los ataques a los sistemas informáticos empleados en la gestión del agua pueden presentar modalidades y objetivos muy diversos: cabe poner como ejemplos la sustracción de datos, o la toma de control del propio sistema con el objetivo de pedir un rescate económico o incluso sin esta intencionalidad. Asimismo, las manipulaciones informáticas también pueden constituir una parte esencial de la dinámica de ejecución de los delitos descritos en los apartados anteriores, como por ejemplo los fraudes en la distribución y pago del agua corriente, o también como una modalidad comisiva de los delitos de terrorismo.

²³ Según Interpol, UN, “Strategic Report: environment, peace and security. A convergence of threats”, 2016, 34, existe el problema de la utilización del agua en el desarrollo de conductas con finalidades de terrorismo. Así, como posibles ejemplos de este uso, señala la posibilidad de controlar embalses y emplearlos para provocar inundaciones de poblaciones, o de envenenar el agua destinada al ganado o al consumo humano.

²⁴ SAN de 12 de julio de 2013 (n.º 24/2013).

As concesións hidroeléctricas en Galicia: análise e comparativa internacional

*José Antonio Blanco Moa**

1. A importancia do recurso

A enerxía hidroeléctrica é unha das principais fontes de xeración eléctrica en España. Esta viviu unha relativa estabilidade na súa aportación ao mix eléctrico do país nas últimas décadas. Se en 1990 significaba o 17% do total, en 2020 produciu algo máis do 13%. Nestes anos moveuse sempre en cifras cerca do 15%, salvo naqueles onde as condición climatolóxicas non acompañaron. Isto sucedeu nos anos especialmente secos, como por exemplo no 2005, onde a súa aportación se reduciu ao 7,83%.¹

Ademais, en España en 2020 existían 20.409 MW de potencia instalada, o que o converte no cuarto país europeo con maior potencia instalada, só por detrás de Noruega (32.995 MW), de Francia (25.508 MW) e de Italia (22.593 MW). Mentres, inmediatamente debaixo de España atópanse países coma Suíza (16.881 MW), Suecia (16.478), Austria (14.597 MW), Alemaña (11.022 MW) e Portugal (7.193 MW).²

En cambio, a importante capital do recurso non se debe só a estes datos. Esta derívase da incapacidade que existe na actualidade para almacenar grandes cantidades de enerxía eléctrica. En cambio, as presas hidroeléctricas, se ben non son unha batería de enerxía eléctrica como tal, poden converter con relativa sinxeleza e rapidez esa auga acumulada en electricidade. Do mesmo xeito, unha vez construída a infraestrutura (a presa ou o salto, por exemplo) os seus custos de explotación son moi baixos e trátase dunha enerxía relativamente limpa, se ben é certo que pode ter incidencia no ecosistema dos ríos nos que se instale. Ademais, esta fonte de xeración tamén lle outorga unha gran flexibilidade ao sistema, xa que se pode conectar e desconectar do mesmo con facilidade.

2. Regulación

A enerxía hidroeléctrica en España explótase a través da figura da concesión. A regulación esencial ao respecto é de carácter estatal. Tal regulación atópase en:

O Real Decreto Lexislativo 1/2001, de 20 de xullo, polo que se aproba o texto refundido da Lei de Augas (TRLA en adiante).

* Profesor de Dereito Público de la Universidade de A Coruña.

¹ Todos estes datos atópanse en aberto na páxina web da International Energy Agency: <https://www.iea.org/>.

² Estes datos pódense atopar no informe da International Hydropower Association: “2021 Hydropower Status Report Sector trends and insights”, 2021, 31, (en liña) https://assets-global.website-files.com/5f749e4b9399c80b5e421384/60c37321987070812596e26a_IHA20212405-status-report-02_LR.pdf.

O Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, polo que se aproba o Regulamento de Dominio Público Hidráulico (RDPH en adiante).

No ámbito galego débese citar a Lei 9/2010, de 4 de novembro, de Augas de Galicia, así coma o Plan Hidrolóxico da demarcación de Galicia – Costa, que foi aprobado polo Real Decreto 11/2016, de 8 de xaneiro e o Plan Sectorial Hidroeléctrico das Bacías Hidrográficas de Galicia – Costa foi aprobado por acordo do Consello da Xunta de 29 de novembro de 2001.

Ademais, aínda que se trata de normativa derogada na actualidade, tamén se deben ter en conta determinados preceptos. Os máis relevantes son:

A Lei de Augas de 13 de xuño de 1879 e a súa antecesora, a Lei de Augas de 3 de agosto de 1866.

O Real Decreto de 14 de xuño de 1921 e a súa modificación operada polo Real Decreto de 10 de novembro de 1922.

A Lei 29/1985, de 2 de agosto, de Augas.

O réxime de concesións para a explotación da enerxía hidroeléctrica xa se introducía nas citadas Leis de Augas de 13 de xuño de 1879 e de 3 de agosto de 1866, continuando en vigor, con diversos cambios, ata a actualidade. Unha das cuestións máis relevantes que se variou foi o prazo das concesións. Así, as dúas Leis de Augas do século XIX establecían prazos de concesións a perpetuidade, posto que cando foron redactadas as explotacións hidroeléctricas eran practicamente inexistentes e non existía previsión algunha sobre o seu futuro auxe.

Isto foi corrixido polo Real Decreto de 14 de xuño de 1921, que na súa exposición de motivos recoñecía esta falta de previsión por parte da normativa anterior. A través desta norma o prazo máximo de explotación das concesións hidroeléctricas pasou a ser de 65 anos, tras os cales reverterían ao Estado, aínda que, as concesións outorgadas con anterioridade a tal precepto foron respectadas en todos os seus dereitos. Pouco despois da entrada en vigor desta norma variouse a través do Real Decreto de 10 de novembro de 1922, que aumentou o prazo máximo a 75 anos que, nalgunhas circunstancias, tales coma a realización dun encoro que regulase o caudal, podía chegar a alcanzar os 99 anos.

Esta regulación mantívose vixente ata a Lei 29/1985, de 2 de agosto, de Augas, onde se optou novamente polo prazo de 75 anos para as concesións, aínda que sen posibilidade de aumentalo ata 99 anos. Ademais, nesta norma tamén se decidiu variar a fórmula en relación cos aproveitamentos anteriores, que ata o momento eran respectados nos seus dereitos. Para iso, na súa disposición transitoria primeira dispúxose que os titulares das concesións en virtude da normativa anterior poderían seguir desfrutando dos seus dereitos *“durante un prazo máximo de setenta e cinco anos a partir da entrada en vigor da mesma, de non fixarse no seu título outro menor”*.

Esta modificación foi levado ata o Tribunal Constitucional, pero este na súa sentenza 227/1988, de 29 de novembro, avalou a modificación normativa, considerando que o novo prazo fixado era un *“razoable e suficiente, a efectos da amortización das obras necesarias para a normal utilización da concesión, máis aínda se se ten en conta a posibilidade de prórroga que o art. 57.6 da propia Lei impugnada prevé”*. Esta prórroga do artigo 57.6 da Lei de Augas de 1985 estableceuse para o caso de que para a normal utilización dunha concesión fose absolutamente necesaria a realización de determinadas obras e podía ascender a dez anos. En cambio, non se pode exceder o prazo de 75 anos fixado nin tan sequera contando esta prórroga de dez anos, polo que se a concesión xa fora outorgada polo límite de tempo máximo non

se pode acceder a tal prórroga. Isto foi o criterio establecido polo Tribunal Supremo en sentenzas tales como a de 25 de outubro de 2013 (recurso de casación número 559/2012) ou a de 19 de marzo de 2014 (recurso de casación número 620/2012).

Con posterioridade, a Lei de Augas de 1985 foi substituída polo actual TRLA, pero esta nova norma non introduciu variacións significativas no ámbito das concesións hidroeléctricas. De feito o RDPH, que naceu coma o Regulamento que desenvolvía a Lei de Augas de 1985, continuou vixente tras a substitución desta norma polo TRLA.

Nesta normativa (artigo 53.4 TRLA) establécese que tras a finalización do prazo da concesión *“reverterán á Administración competente gratuitamente e libres de cargas cantas obras foran construídas dentro do dominio público hidráulico para a explotación do aproveitamento, sen prexuízo do cumprimento das condicións estipuladas no documento concesional”*. Isto é complementado co parágrafo segundo do artigo 89.4 RDPH, onde se establece que se en tal momento a Administración hidráulica considerase posible e convinte a continuidade do aproveitamento, pode esixir do concesionario a entrega dos bens obxecto de reversión en condicións de explotación. Mentres que se entende que non é viable ou e contrario ao interese público o continuar coa explotación, poderá esixir a demolición do construído en dominio público. Así pois, tras acabar o prazo da concesión ou vencer por calquera outra razón (por exemplo por renuncia expresa do concesionario), salvo que se decida demoler a instalación, esta pasará a mans da Administración competente.

En caso de que a Administración competente desexe que o aproveitamento hidroeléctrico se continúe explotando pode optar, segundo o artigo 165 bis RDPH, por tramitar o *“correspondente contrato de servizos ou o concurso público de explotación do aproveitamento”*. Sobre a posibilidade de realizar un contrato de servizos non existe máis regulación que a citada. Mentres, en canto á posibilidade de realizar un concurso público, o artigo 133 RDPH establece brevemente o contido mínimo dos pregos. Esta, xunto con algún outro precepto de carácter procesual, é practicamente a única regulación existente sobre as posibles novas explotacións da enerxía hidroeléctrica.

Mentres, no ámbito galego, a lexislación principal atópase na Lei 9/2010, de 4 de novembro, de Augas de Galicia e nas normas específicas da demarcación Galicia – Costa, que é enteiramente galega, que se regula esencialmente a través do seu Plan Hidrolóxico que foi aprobado polo Real Decreto 11/2016, de 8 de xaneiro, así como pola a Orde de 29 de xaneiro de 2016. Estas normas complementan á normativa estatal con previsións, maiormente, de carácter ambiental e organizativo. Ademais, tamén existen outras bacías internacionais ou interautonómicas, como son as de Miño – Sil, a Cantábrica e a do Douro, que se atopan parcialmente en terreo galego. Pese a todo isto, no ámbito autonómico non existe regulación específica algunha respecto ao modelo de concesións, as súas características esenciais e a reversión destas.

3. A situación existente en Galicia

En Galicia, partindo de datos do Inega, existen uns 4.138 MW de potencia hidroeléctrica instalada. Isto significa en torno ao 20% do total da potencia hidroeléctrica existente en España. Dentro destaca esencialmente o sector da gran hidroeléctrica, que presenta un 92% do total da potencia instalada galega. Observando os datos que ofrece o INEGA³ sobre as centrais hidroeléctricas apréciase

³ Estes datos pódense atopar en liña na páxina web do Inega: http://www.inega.gal/sites/default/descargas/enerxia_galicia/centrais_grande_hidraulica.pdf e en http://www.inega.gal/sites/default/descargas/enerxia_galicia/centrais_minihidraulicas.pdf.

a existencia dun oligopolio tamén presente no sector eléctrico estatal e galego, non só no hidroeléctrico. No caso da hidroeléctrica galega entre o grupo Iberdrola e o grupo Naturgy controlan boa parte do sector. A primeira destas compañías opera uns 1.928,57 MW de potencia instalada en grandes centrais e outros 8,59 MW en mini hidráulica, o que lle outorga o 46,8% do total da potencia instalada galega. Mentres, Naturgy conta con 1.346,02 MW en grandes centrais e con 42,36 MW nas pequenas centrais, o que lle da un control sobre o 33,6% da potencia total instalada. Así, entre ambas compañías controlan máis do 80% do sector de produción hidroeléctrico galego. Se a isto lle sumamos o control por parte de Endesa dun 9,2% dos recursos hidroeléctricos galegos, esta participación acérase ao 90%. Estas son todas compañías enteiramente privadas, salvo no caso de Endesa, da que o seu principal accionista é a compañía ENEL, que é unha empresa na que o Estado italiano conta cunha moi significativa participación, aínda que inferior á metade do capital social.

Ao estudar os datos existentes sobre as concesións hidroeléctricas resulta dificultoso en moitas ocasións coñecer a data na que deben finalizar xa que o organismo público supervisor ou ben descoñece o dato ou non o publica. Pese a iso, non en todos os caso é así, servindo como exemplo a Confederación Hidrográfica do Cantábrico, que tamén afecta parcialmente ao territorio galego e que publicou os datos relativos as centrais hidroeléctricas baixo o seu dominio e á finalización das concesións existentes, se ben en Galicia só conta con catro centrais, todas elas mini hidráulicas.

En cambio, noutras Confederacións Hidrográficas que operan no ámbito galego aprécianse certos problemas na xestión destes recursos. No caso de Augas de Galicia (o Organismo de bacía da demarcación hidrográfica de Galicia – Costa) tratáronse de solucionar con axuda de medios externos, posto que en marzo de 2016 publicou a licitación dun contrato de servizos para o *“apoio e asistencia técnica na xestión de aproveitamentos hidroeléctricos e da súa adecuación á planificación hidrolóxica no ámbito territorial da demarcación hidrográfica de Galicia – Costa”* (clave OH-188.365), volvendo a licitar outro contrato similar en 2020. Este tipo de contratos significan un recoñecemento implícito da existencia dun problema por parte da Administración á hora de xestionar estes recursos, que posiblemente se puidese solucionar dotando de máis medios a estas Administracións, en lugar de externalizar a xestión, xa que iso pode crear novos problemas.

Como se indicaba, ademais da Confederación Hidrográfica de Galicia – Costa, no ámbito galego tamén resultan parcialmente competentes as Confederacións Hidrográficas Cantábrica, do Douro e do Miño – Sil. Nesta última atópanse moitas das centrais hidroeléctricas máis importantes, como é o caso por exemplo, da de Belesar, a central galega con maior potencia instalada. Nela tamén se externalizou boa parte da xestión hidroeléctrica, xa que o organismo celebrou en 2017 un contrato de servizos de asistencia técnica para a realización de estudos de viabilidade e pregos de concurso de expedientes de extinción e reversión de concesións de augas de aproveitamentos para uso hidroeléctrico e en 2019 outro moi semellante. A través destes contratos realizáronse diversos estudos sobre a viabilidade para a súa explotación futura de varias centrais hidroeléctricas. Os que constan publicadas pola Demarcación Hidrográfica do Miño-Sil e se sitúan en Galicia son os referentes á central de Enviande no municipio de Chantada, á de Vilasouto en O Incio, á de Castadón-Hervedeiro en Pereiro de Aguiar, á de A Bomba en Ramirás e Cartelle e á de Castro Caldelas en A Teixeira. Estes aproveitamentos hidroeléctricos versan sobre

pequenas centrais todos eles e recoméndase con menores ou maiores condicionantes a continuación da explotación en todos eles. Ademais, do seu estudo despréndense aspectos interesantes.

No caso da central de Enviande resulta destacable que se comezou co procedemento de extinción da concesión existente en outubro de 2016 e non foi ata novembro de 2018 que se rematou con tal procedemento (BOE número 272, de 10 de novembro de 2018, páxinas 67991 a 67992). Na resolución que acorda a extinción do dereito tamén se preveu *“iniciar os trámites correspondentes, en virtude do establecido nos artigos 132 e 165 bis do RDPH, para convocar o correspondente concurso público de explotación do aproveitamento, así como, para realizar as actuacións que se consideren necesarias a fin de evitar o previsible deterioro das instalacións pola interrupción da actividade unha vez concluído o procedemento de extinción”*. Isto levou a que case dous anos despois, en agosto de 2020, se formalizase un contrato público para realizar labores de mantemento, posta a punto e explotación desta central xunto coa de El Pelgo, situada xa na provincia de León.

Por outra parte, en canto á presa de Vilasouto débese destacar que a súa explotación hidroeléctrica, por distintos problemas de xestión da concesionaria, nunca foi levada a cabo, se ben tras diversas prórrogas o 9 de maio de 2016 a Confederación Hidrográfica do Miña-Sil declarou a extinción do dereito, tras máis de 20 anos desde o seu outorgamento.

En canto á central de Castadón-Hervedeiro, estaba a ser explotada mediante concesión outorgada o 16 de novembro de 1990, por un prazo de 25 anos. O procedemento de extinción da concesión non se comezou ata o 7 de xuño de 2019, que non finalizou ata o 20 de xaneiro de 2021 (BOE número 83, de 7 de abril de 2021, páxinas 21520 a 21521).

Mentres, no relativo á central de A Bomba, a Confederación Hidrográfica do Norte, o 11 de outubro de 2006, acordou iniciar o expediente de extinción da concesión. Así, o 3 de outubro de 2007 declarouse a súa caducidade por estar paralizada por un prazo superior a 3 anos e comezáronse os trámites a efectos da reversión do aproveitamento. A pesar diso, na data de emisión do informe (xuño de 2018) aínda non se volveu a explotar esta central que en tal informe se considera como *“potencialmente viable”*. Na actualidade tampouco consta que a Confederación Hidrográfica do Miño – Sil publicase un contrato público para a xestión da central nin que o estea a facer mediante medios propios.

Por último, ao observar o caso da central hidroeléctrica de Castro Caldelas aprécianse problemas semellantes aos anteriores. Neste caso, a Confederación Hidrográfica do Norte aprobou a acta de Recoñecemento final e autorizou a explotación do aproveitamento o 11 de decembro de 1992. Tendo en conta que a concesión tiña unha duración de 25 anos, esta finalizou o 11 de decembro de 2017. A pesar diso, o expediente de extinción do dereito non se iniciou ata o 9 de xuño de 2020. Respecto ao mesmo, a Comisión Permanente do Consello de Estado, nun Ditame realizado en sesión celebrada o día 13 de xaneiro de 2022 (número de expediente: 868/2021), considerou que resultaba procedente declarar extinguida a concesión. Do mesmo xeito, a proposta de resolución de 16 de setembro de 2021 tamén declaraba isto procedente e, ademais, indicaba que *“deberá considerarse o período comprendido entre 11 de decembro de 2017 e a fecha na que recaia a resolución do presente expediente, a efectos de valorar o beneficio económico obtido polo titular como consecuencia do desfrute do aproveitamento que incorreu en causa de extinción”*

por finalización do prazo da concesión, reservándose a Administración as accións que procedan, así como as tendentes a garantir que o concesionario entregue os bens obxecto de reversión en perfectas condicións de explotación, conforme ao establecido no artigo 89.4 do Regulamento do Dominio Público Hidráulico". Na actualidade non consta publicada no BOE resolución definitiva, se ben é de prever que esta seguirá o establecido na proposta de resolución e no Ditame Comisión Permanente do Consello de Estado.

Así pois, se ben esta é unha breve mostra, xa que se trata de pequenas centrais hidroeléctrica, atópanse uns problemas comúns a todas elas. Nestes problemas destacan os retrasos entre a reversión da concesión á Administración que a tutela e a nova explotación da mesma, independentemente do modelo da nova explotación que se utilice. Estes retrasos, que en ocasións superan a década, fan que a central hidroeléctrica pase boa parte da súa vida útil nunha situación de importante inseguridade xurídica, polo que urxe conseguir evitalos ou diminuílos.

4. Comparativa internacional

No panorama internacional o ecosistema de explotación dos recursos hidroeléctricos que existe en España e en Galicia non tende a ser moi repetido.

Portugal

No caso de Portugal é no único dos principais produtores de enerxía hidroeléctrica de Europa (o noveno con máis potencia instalada)⁴ no que atopamos grandes paralelismos co caso español. Estas semellanzas danse tanto na regulación coma na estrutura do mercado. Así, na regulación portuguesa tamén se prevén concesións cun prazo máximo de 75 anos e procedementos de adxudicación en concorrencia. Isto regúlase a través da Lei 58/2005, de 29 de decembro, de augas e do Decreto – Lei 226-A/2007, de 31 de maio, que establece o réxime de utilización dos recursos hídricos. Nestas, ademais da figura principal de adxudicación das concesións a través dunha licitación, tamén prevé a posibilidade de que os aproveitamentos hidroeléctricos sexan "*directamente atribuída por decreto – lei ás entidades públicas empresariais e ás demais empresas públicas*".

Pola súa parte, no relativo á estrutura do mercado é novamente similar ao caso español e galego, xa que en Portugal a xestión deste recurso tamén está en mans do sector privado. En cambio, a diferenza do caso existente tanto en Galicia coma en España, onde se pode falar dun oligopolio, no caso portugués estamos ante un monopolio da antiga empresa pública portuguesa EDP, que controla a totalidade da hidroeléctrica do país.⁵ Esta empresa, ademais, presenta unha particularidade semellante á de Endesa, posto que ten como principal accionista a empresa China Three Gorges, que é unha empresa pública na que todo o seu capital social está en mans dun terceiro Estado, neste caso China.

Noruega

Pola súa parte en Noruega, que é o país con maior potencia hidroeléctrica instalada en Europa, o modelo de explotación é distinto. Neste país, para explotar os recursos hidroeléctricos precísase dunha licenza, que non esta sometida a un procedemento de concorrencia para a súa obtención nin conta cun prazo máximo limitado pola norma, aínda que a obtención de tales licenzas está limitada ás empresas públicas, a pesar de que ata o ano 2008, os operadores privados podían obter licenzas

⁴ International Hydropower Association, "2021 Hydropower Status Report Sector trends and insights", 2021, cit., 31.

⁵ International Energy Agency, "Portugal 2021. Energy Policy Review", 2021, 142.

por un período de tempo que non podía superar os 60 anos. En cambio, a través dunha modificación legislativa levada a cabo en 2008 introduciu o principio de que os recursos hidroeléctricos de Noruega pertencen ao público en xeral e deben ser administrados para o mellor interese público. Isto debíase conseguir mediante unha estrutura de propiedade baseada na titularidade pública a nivel central, comarcal ou municipal. Así pois, tras isto, a regulación norueguesa optou por favorecer só a explotación pública do recurso e as novas licenzas para os aproveitamentos dos saltos, así como a renovación das existentes pasaron a poder outorgarse soamente a operadores públicos.⁶ Pese a iso, os operadores privados poden posuír instalacións de produción de enerxía que non requiran de licenza, isto é, determinadas instalacións hidroeléctricas a pequena escala. Ademais tamén poden participar nas empresas públicas e, incluso, permitiuse aos titulares das concesións seguir explotando os saltos mediante un aluguer limitado a un período de 30 anos.

En consonancia con isto os principais operadores principais do sector son compañías públicas, entre as que destacan Statkraft Energi AS, Agder Energi Vannkraft AS e E-co Energi AS, que controlan case a metade da potencia hidroeléctrica instalada, se ben Statkraft ten unha posición predominante. Ademais, en torno á metade da capacidade de xeración está en compañías públicas baixo o control dos municipios e condados.⁷

Francia

Pola súa parte, en Francia destaca esencialmente a gran compañía eléctrica pública do país: EDF. Esta, segundo datos da Internacional Energy Agency, en 2020 contaba co 80% do total da potencia hidroeléctrica instalada no país.⁸ En canto á regulación existente no país, o modelo de explotación é o de concesións para a gran hidroeléctrica e autorizacións para as pequenas explotacións, sendo o seu prazo máximo de 75 anos e revertendo de xeito gratuito á Administración tras a finalización deste prazo. Estas concesións pódense outorgar a través dun concurso público, pero a lexislación francesa tamén prevé a figura das empresas de economía mixta que aparecen previstas no artigo L. 521-18 e seguintes do Código da Enerxía francés. Esta forma de explotación do recurso consiste en realizalo mediante unha compañía onde o Estado ou determinadas Administracións locais posúen entre o 34% e o 66% do capital social e tamén entre o 34% e o 66% dos dereitos de voto nos órganos deliberantes, sen que se poida baixar dese mínimo nin subir do máximo durante a vida da empresa. Mentres, o operador privado é elixido mediante un procedemento de licitación pública.

Italia

Mentres, en Italia os aproveitamentos do recurso realízanse a través de concesións cunha duración máxima de 40 anos, aínda que coa posibilidade dunha prórroga de 10 anos. Tras este prazo prodúcese a reversión de xeito gratuito á Administración. En cambio, a normativa italiana (na que destaca o Decreto legislativo 79, de 16 de marzo de 1999, sobre a aplicación da Directiva 96/92/CE sobre normas comúns para o mercado interior da electricidade, tamén coñecido como Decreto Bersani) reconece que en caso de que o concesionario execute e asuma o custo de obras e

⁶ Ole Gunnar Austvik, “Norway: small state in the great European energy game”, en *New Political Economy of Energy in Europe: Power to Project, Power to Adapt*, coord. Jakub M. Godzimirski (Londres: Palgrave Macmillan, 2019), 154-155.

⁷ E. Eylands Brandsaas, “Law on Renewable Energy in the European Union and the effects on the EEA States Norway and Iceland” (Disertación Dout., Háskóli Íslands, Reykjavík, 2012), 63-64.

⁸ International Energy Agency, “France 2021. Energy Police Review”, 2021, 130.

investimentos durante a concesión, sempre que estivesen previstos no título da mesma ou fosen autorizadas pola Administración, gozará do dereito a unha compensación polo valor non amortizado ao reverter a concesión. Tal compensación debe pagala o concesionario sucesor.⁹

Por outra parte, a normativa italiana establece que as concesións se poden outorgar a: a) operadores económicos identificados mediante a realización de licitacións con procedementos públicos; b) empresas con capital público-privado mixto nas que se elixa o socio privado mediante a realización de ofertas con trámites públicos; c) Explotalas mediante determinadas formas de colaboración público-privada. Pese a posibilidade de optar por calquera destes tres sistemas na práctica téndese a optar polo primeiro sistema. Por outro, por imperativo legal, o Estado italiano requiriu recentemente ás distintas rexións do país para que desenvolvesen a súa propia normativa ao respecto, na que, entre outros aspectos, poden elixir o modelo de explotación do recurso entre as tres opcións sinaladas.

En canto á estrutura do mercado o sistema eléctrico italiano tamén presenta un certo carácter de oligopolio no sector eléctrico, mentres que no hidroeléctrico destaca especialmente a compañía ENEL, que historicamente contou cunha posición próxima á de monopolio apoiándose nunha, que se conserva parcialmente, que primaba ao concesionario saínte.¹⁰ Nesta compañía o Estado italiano é propietario do 23,6% do capital social. Historicamente foi a empresa estatal que exerceu unha posición de monopolio en diversos campos do sector eléctrico, se ben a finais dos 90 foi privatizada, quedándose o Estado italiano cunha importante participación no capital social.

Alemaña

No caso de Alemaña hidroeléctrica non ten unha importancia global no país tan relevante, xa que esta fonte de produción aporta menos do 5% do total do mix eléctrico. Aínda así, é o oitavo europeo país con máis potencia instalada. Nel resalta o seu mercado carácter descentralizado, onde a regulación máis relevante do sector é de carácter rexional. Dentro das rexións de Alemaña destacan os Estados ou Länder de Baden-Württemberg e, sobre todo, de Baviera, xa que son os que máis potencia hidroeléctrica instalada conteñen. Nestes Länder o sistema previsto para a explotación do recurso é o de permisos e licenzas por un prazo de 30 anos, pero sen que exista un procedemento estándar concesión pública en concorrencia, tal e como se observa na Lei de augas de Baviera de 25 de febreiro de 2010 e na Lei de augas de Baden-Württemberg de 3 de decembro de 2013, respectivamente, en relación coa Lei federal de recursos hídricos de 31 de xullo de 2009.

En canto á estrutura do mercado de produción, débense salientar, en primeiro lugar, que, ao igual que noutros países europeos, viviuse unha liberalización e privatización do sector, sobre todo a partir da década dos 90.¹¹ Neste mercado conviven empresas de carácter privado como E.ON ou RWE (aínda que este último ten entre os seus accionistas á cidade de Dortmund, se ven esta ten unha pequena participación), con empresas públicas como é o caso de EnBW (controlada por entes rexionais), con outras empresas públicas estranxeiras como poden ser Vattenfall (propiedade do

⁹ Maria Alessandra Sandulli, "The italian system of hydroelectric concessions", *Rivista Italiana di Antitrust*, n.º 2 (2015): 39-40.

¹⁰ Ilaria Eleonora Nino, "Le concessioni idroelettriche tra tutela della concorrenza e tutela dell'ambiente" (Disertación Dout., Università di Napoli "Federico II", Napolés, 2014), 22.

¹¹ Torsten Brandt, "Liberalisation, privatisation and regulation in the German electricity sector", en *Privatisation of Public Services and the Impact on Quality, Employment and Productivity*, Duesseldorf, 2006.

Estado sueco), Statkraft (propiedade do Estado noruegués) ou Verbund (compañía pública austríaca).

Canadá

Este tipo de modelo descentralizado que se observaba en Alemaña tamén se observa no caso de Canadá, un dos países con maior potencia hidroeléctrica instalada no mundo. Neste país a regulación pode diferir totalmente dunha provincia a outra, posto que o Estado apenas conta con competencias no sector eléctrico. As provincias con maior potencia hidroeléctrica son as de Québec e Columbia Británica e ambas contan con dúas compañías de carácter público e propiedade da propia provincia (Hydro-Québec e BC Hydro respectivamente) que actúan como axentes do goberno provincial. Estas teñen unhas amplísimas potestades e unha posición cerca do monopolio, sendo o puntal esencial no que se establece o sistema eléctrico de ambas provincias. No caso de Québec as explotacións hidroeléctricas de Hydro-Québec non contan cun prazo de tempo determinado e outórganse en base a unha norma especial para a empresa, a Lei de Hydro-Québec. Pese a iso, esta compañía permite a actividade doutras empresas, especialmente no ámbito da hidroeléctrica de pequena escala, tendo estas que solicitar unha licenza que non está sometida a un proceso de concorrencia. Mentres, no caso de Columbia Británica, aínda que tamén existe a Lei de BC Hydro, esta compañía e as demais que desexen operar no sector deben tramitar licenzas que terán un prazo máximo de duración de 40 anos, se ben se poden renovar e non se precisa dun concurso público para a súa obtención.

Estados Unidos

Por último, cómpre mencionar o caso de Estados Unidos, que é outro país cunha importante potencia hidroeléctrica instalada. Alí o sector hidroeléctrico está maioritariamente baixo control público. Da potencia hidroeléctrica instalada total, as axencias federais, entre as que destacan o Corpo de Enxeñeiros do Exército de Estados Unidos, a Oficina de Recuperación (*Bureau of Reclamation*) e a Autoridade do Val de Tennessee, posúen, aproximadamente, o 49% do total. Pola súa parte, outras entidades públicas ou propiedade dos consumidores contan co 24% da capacidade instalada. Mentres, as compañías privadas controlan o 27% restante.¹² Neste país, tal e como se dispón na Lei Federal da Enerxía (a norma de cabeceira do sector), a forma de explotación do recurso é a través dunha licenza que ten unha duración máxima de 50 anos e se outorga por orde de chegada en lugar de mediante concurso público. A Comisión Federal de Regulación da Enerxía é a axencia federal que se encarga de emitir permisos preliminares, licenzas ou exencións de licenzas, segundo o caso, a todos aqueles proxectos hidroeléctricos que non sexan realizados polo propio Goberno federal, con independencia de quen posúa ou administre a superficie da terra circundante, xa sexa federal, estatal ou privada. Polo tanto, a xestión e control do recurso atópase centralizada nesta axencia.

Conclusiones

O réxime de explotación dos recursos hidroeléctricos tanto en España coma en Galicia é o de concesións en mans de empresas privadas cun marcado carácter de oligopolio. En cambio, noutros países, tanto da contorna europea coma de ámbito internacional, existen outros modelos nos que é habitual observar unha

¹² Charles R. Sensiba, Michael A. Swiger, and Sharon L. White, “Deep decarbonization and hydropower”, *Environmental Law Reporter, News & Analysis*, vol. 48 (2018): 10.312.

maior implicación do sector público na xestión do recurso. Nalgúns destes países coma Alemaña ou Canadá esta xestión atópase amplamente descentralizada, cunha importante actividade a nivel rexional ou local.

No caso español e galego o momento actual resulta propicio para planificar o futuro do sector hidroeléctrico e realizar os cambios normativos que resulten oportunos. Isto derívase da existencia dunha proximidade temporal no vencemento de diversas concesións, o cal facilitaría e axilizaría a adopción de cambios no modelo actual. Tendo en conta a importancia da enerxía hidroeléctrica, crise xeopolítica e enerxética que existe en Europa a raíz do conflito de Ucraína, a lexislación pouco exhaustiva que existe e o descoido, xeralmente por falta de recursos, das Administracións encargadas de tutelar o mesmo, acreditado en casos tales coma nos que os procedementos de reversión se iniciaron anos despois de que a concesión xa vencese, semella oportuna a reflexión sobre o sistema existente.

A solidariedade como instrumento de concretização da dignidade humana em obediência ao processo de constitucionalização do direito privado, a partir das intersecções jurídicas entre o público e o privado derivadas do constitucionalismo contemporâneo: o processo de desjudicialização para fins de concretização da dignidade de algumas situações não abrangidas pela legislação codificada

*Jorge Renato dos Reis**

1. Introdução

A partir do entendimento que se vive no Brasil, de um sistema jurídico principiológico, onde os princípios constitucionais norteiam toda a exegese jurídica, há necessidade, por parte dos operadores do direito, de uma maior compreensão do princípio constitucional da solidariedade, a fim de se verificar a sua condição de princípio constitucional e, em consequência, dessa sua condição principiológica constitucional, como instrumento concretizador dos demais princípios e direitos fundamentais e, muito especialmente, da dignidade humana, princípio matriz da Constituição Pátria.

Para que seja possível, portanto, a concretização do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, entendido, então, como eixo central do constitucionalismo contemporâneo, a partir das intersecções jurídicas entre o público e o privado, verificou-se a necessidade de utilização do, também, princípio constitucional da solidariedade como instrumento realizador desta dignidade, a partir de sua vivência em todas as relações interpessoais.

A pessoa humana, nas suas relações interpessoais, no processo de constitucionalização do direito privado, em obediência a um constitucionalismo contemporâneo, deve entender-se credora dos direitos fundamentais em especial de dignidade, mas também, em razão da reciprocidade, entender-se devedora de deveres fundamentais de respeito aos direitos fundamentais das demais pessoas. A pessoa humana, partícipe das relações interpessoais, deve efetivar a dignidade alheia, não em razão de uma eventual virtuosidade que pode ainda não possuir, mas em razão da sua condição de cidadã e, portanto, devedora de respeito às normas jurídicas, e, portanto, também, ao princípio constitucional da solidariedade, instrumento de concretização da dignidade humana, no exercício de uma cidadania solidária.

A aplicação do princípio constitucional da solidariedade sustenta-se, nas relações entre particulares, em especial na teoria dos deveres fundamentais, pois que estes estão

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

em correlação com os direitos fundamentais¹ e norteiam a interação dos seres humanos em comunidade no sentido do reconhecimento do outro como igual titular de direitos.

Assim, na medida em que há a positivação expressa do princípio da solidariedade no artigo 3.º da Constituição Federal, ela ultrapassa a sua qualificação como mero valor fundante dos princípios e direitos fundamentais e fixa-se no seu *status* de norma jurídica. Desta forma, o direito contemporâneo, vivenciado no fenômeno das intersecções jurídicas entre o público e o privado e, em consequência, no constitucionalismo contemporâneo, possui como seu norte de proteção a pessoa humana. Tal entendimento determina que haja uma despatrimonialização e, conseqüente personalização, de todo o sistema jurídico a fim de alcançar seu fim maior, o qual está centrado como princípio *mater*, que é a dignidade humana.

A solidariedade, afastando-se do seu conceito equivocado de caridade e evoluindo do conceito cristão de fraternidade, passou à sua atual compreensão como instituto jurídico, previsto constitucionalmente, no artigo 3.º, da Constituição Federal. Nesta condição passou a ser estudada como instrumento concretizador da dignidade humana, haja vista que “*complementa e aperfeiçoa a liberdade e a igualdade*”.² Por óbvio, que para tanto, há necessidade de conferir à solidariedade força normativa fundamentada nos espaços de liberdade e igualdade constitucionais.

Essa concepção de solidariedade tem sua origem na filosofia do direito, sendo que, atualmente, se manifesta num direito não violento, plural, dialógico, que tem relação direta com a ideia de jurisdição mínima, através da desjudicialização de procedimentos e de métodos alternativos de resolução de conflitos e de responsabilidade social.

Nesse sentido, o Brasil tem vivido, por força de uma legislação administrativa do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), uma farta desjudicialização de procedimentos que permitam à vivência da dignidade plena àquelas pessoas que, eventualmente, estejam ao desabrigo da normalidade do direito formal dos códigos. Apesar do próprio coordenador da “*Comissão Revisora e Elaboradora do Código Civil*”, Prof. Miguel Reale, de qualificar o Código Civil pátrio como “*a constituição do homem comum*”,³ também refere à necessidade de “*novas leis aditivas, as quais devem ser objeto de legislação especial*”,⁴ a fim de manter os procedimentos legais em consonância com a atualidade da vida das pessoas a quem se destina toda a legislação oriunda do sistema normativo jurídico brasileiro.

2. A dogmática jurídica privada brasileira contemporânea como forma de demonstração da solidariedade como concretização da dignidade da pessoa humana

Diante da dificuldade da vivência da solidariedade no mundo contemporâneo, necessário se faz que ela seja interpretada no seu status de norma jurídica constitucional e, portanto, de cunho obrigacional, para que a pessoa humana, nas suas relações interpessoais, num processo de constitucionalismo contemporâneo e, muito especialmente, de constitucionalização do direito privado, entenda-se credora dos

¹ José Casalta Nabais, *Por uma liberdade com responsabilidade: Estudos sobre direitos e deveres fundamentais* (Coimbra Editora, 2007).

² Alenilton da Silva Cardoso, *Princípio da Solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo* (São Paulo: Ed. Ixtlan, 2014).

³ Miguel Reale, *História do Novo Código Civil* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005).

⁴ Miguel Reale, *Estudos Preliminares do Código Civil* (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003).

direitos fundamentais em especial da dignidade, mas também, em razão da reciprocidade, entenda-se devedora dos deveres fundamentais.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria tem buscado atualizar-se às novas necessidades oriundas dos novos direitos das pessoas. Neste aspecto, é possível citar a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) quando do julgamento do Recurso Extraordinário n.º 898.060-SC, na repercussão geral de tema 622, que abarcou o valimento da multiparentalidade, referindo que “*a paternidade socioafetiva, declarada ou não em registro público, não impede o reconhecimento do vínculo de filiação concomitante baseado na origem biológica, com os efeitos jurídicos próprios*”. A multiparentalidade não se baseia apenas no reconhecimento da relação afetiva já construída de fato, mas também garante segurança jurídica para quem tem na sua realidade uma relação paterna ou materna afetiva e biológica em concomitância. Assim, esta relação de dupla maternidade ou paternidade passa a garantir direitos fundamentais à vida, alimentação, saúde, esporte, lazer e ao pleno desenvolvimento físico, mental e espiritual para concretizar o sobreprincípio da dignidade da pessoa humana.⁵

A socioafetividade surge como elemento de ordem cultural, tendo em vista que ainda inexistindo de ascendência genética, a filiação socioafetiva constitui uma relação de fato que deve ser reconhecida e amparada juridicamente, tendo-se por pai aquele que desempenha o papel de protetor e educador e que reconhece socialmente essa filiação.

Nesse mesmo aspecto do direito civil, visando garantir que seja concretizada a dignidade da pessoa humana, o direito à identidade de gênero, o princípio da igualdade e da vedação de discriminações odiosas da privacidade, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI. 4.275, deu interpretação conforme a Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica ao artigo 58.º da Lei 6.015/73, o qual dispõe que o prenome será definitivo, admitindo-se a sua substituição por apelidos públicos e notórios.

A questão da identidade de gênero refere-se diretamente à dignidade da pessoa humana. Portanto, a marginalização das pessoas transgêneros e não binárias, resultante de um estranhamento aos padrões sociais, fere veementemente os seus direitos fundamentais, bem como o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.⁶

O ministro da suprema corte brasileira Edson Fachin, ao realizar a fundamentação do seu voto, cita a Opinião Consultiva 24/17 da Corte Interamericana de Direitos Humanos tratando de “*Identidade de Gênero e Igualdade e Não Discriminação a Casais do Mesmo Sexo*”, onde estabelece como sendo obrigação do Estado questões relativas à alteração de prenome, à identidade de gênero e relativas aos direitos de casais homossexuais.⁷

O ministro Fachin também esclarece que o direito fundamental à igualdade de gênero encontra aporte no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no princípio da igualdade, no da vedação de discriminações odiosas e no da privacidade.⁸

Nesses casos, tem-se decisões do Supremo Tribunal Federal que refletem a nova dogmática jurídica contemporânea, onde se pode perceber que há uma evidente preocupação com a concretização da dignidade da pessoa humana e com o princípio

⁵ Jeferson Luciano Canova, “Em nome dos pais: a multiparentalidade nas famílias recompostas como efeito da parentalidade socioafetiva” (Dissertação Mestrado, Universidade Estácio de Sá, 2011), 185 f.

⁶ Brasil, Supremo Tribunal Federal, “Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275/DF”. Julgada em 1 de março de 2018. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br>.

⁷ Corte Interamericana de Direitos Humanos, “Opinião Consultiva OC-24/2017 de 24 de novembro de 2017, solicitada pela República de Costa Rica: identidade de gênero, e igualdade e não discriminação a casais do mesmo sexo”. San José da Costa Rica, 2017. Disponível em: <http://www.corteidh.org>.

⁸ “Ação Direta de Inconstitucionalidade 4275/DF”, 26.

da solidariedade. Antes dessas importantes decisões, quando havia omissão quanto à possibilidade de reconhecimento de vínculo de multiparentalidade e quando havia omissão quanto à possibilidade de pessoas transgêneros alterarem seu sexo e prenome sem necessidade de cirurgia de transgenitalização, diretamente no balcão de um Ofício de Registro Civil, a dignidade humana dessas pessoas era claramente violada.

As decisões supracitadas são apenas dois exemplos dessa mudança de paradigma, que vem se refletindo em todo âmbito jurídico brasileiro. A jurisdição constitucional possui uma natureza mais aberta, visando sempre a concretização dos direitos fundamentais, da dignidade da pessoa humana e do próprio princípio da solidariedade. Nesta lógica, os tribunais brasileiros passam a refletir a realidade social e a evidenciar um novo posicionamento dos brasileiros nas suas próprias relações interpessoais, onde há cada vez menos espaço para o preconceito e é cada vez mais evidente a preocupação com questões que digam respeito à dignidade humana, instrumentalizada pela solidariedade, como as questões de igualdade de gênero e de multiparentalidade já referidas.

Nos itens seguintes ver-se-á algumas dessas inovações legislativas administrativas, que, em obediência às decisões citadas, fundamentam-se no princípio da solidariedade, procurando efetivar a dignidade das pessoas que estão ao desabrigo da legislação formal comum, ou mesmo de situações não contempladas pela codificação civilista pátria.

3. O casamento entre homossexuais como prática legal

O Código Civil brasileiro, em seu artigo 1723.º, dispõe: “*É reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*”.

Em ampliação do conceito legal, o Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), no ano de 2011, reconheceu, como entidade familiar, a união estável entre casais do mesmo sexo. Ou seja, os homossexuais passaram a ter os mesmos direitos previstos às demais pessoas que vivam em união estável como entidade familiar, nos termos do Código Civil (Lei 10.406/2002) e da Lei da União Estável (Lei 14.383/2022).

Em consequência da referida decisão do STF, o CNJ, em 14 de maio de 2013, editou a Resolução n.º 175, a qual regulou a celebração do casamento civil e a conversão da união estável em casamento entre pessoas do mesmo sexo pelos cartórios de registro civil de pessoas naturais em todo o Brasil.

Desde então, é possível, no Brasil, que os homossexuais possam ter os seus relacionamentos reconhecidos pela legislação e, em consequência, por todos os órgãos públicos e pela própria sociedade, o que lhes permite o direito à sucessão patrimonial, a assunção de direitos e obrigações, enfim, o que lhes permite a vivência de direitos e obrigações jurídicas patrimoniais e deveres de cuidado entre si, da mesma forma que as pessoas heterossexuais os possuem.

4. Paternidade e maternidade ou filiação socioafetiva através de requerimento junto ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais

A paternidade e/ou maternidade socioafetiva fundamentam-se não em laços consanguíneos ou biológicos, ou seja, não se baseia em vínculo de sangue entre as pessoas, mas é fundamentada unicamente no afeto. Trata-se dos casos em que a parentalidade não tem sua origem na consanguinidade ou mesmo na adoção, mas no afeto ou amor.

A parentalidade socioafetiva deve resultar de uma comprovada relação voluntária de paternidade e/ou maternidade, que pode ser realizada diretamente em um cartório de registro civil de pessoas naturais, desde que o filho seja maior de 12 anos. Para os casos de menores desta idade, obrigatoriamente deverão recorrer à via judicial. Inicialmente o provimento n.º 63, de 14 de novembro de 2017, da Corregedoria do CNJ permitia a todos, independentemente da idade, o reconhecimento na forma extrajudicial nos Cartórios de Registro Civil de Pessoas Naturais. Entretanto, posteriormente, o provimento n.º 83 de 14 de agosto de 2019, também da Corregedoria do CNJ, alterou diversos dispositivos do provimento anterior e restringiu a forma extrajudicial aos maiores de 12 anos. Tais alterações ocorreram, por certo, para evitar que a maternidade ou filiação socioafetiva fosse utilizada como adoção “*a brasileira*”, ou seja, sem obedecer às regras formais para esta forma de paternidade.

O reconhecimento voluntário extrajudicial é possível somente para a filiação socioafetiva unilateral, ou seja, somente é possível para o pai ou a mãe socioafetivo. Não é permitido que ambos, pai e mãe, tenham o reconhecimento de forma extrajudicial, ou seja, para que haja a inclusão de mais de um ascendente socioafetivo o pedido terá que tramitar de forma judicial.

A parentalidade socioafetiva pode ser reconhecida judicial ou extrajudicialmente sem necessidade do reconhecimento de eventual relação da criança com seus pais biológicos. É permitido, igualmente, ao filho, sem que haja a necessária concordância dos pais biológicos, o requerimento de retificação de seu nome para o fim de incluir o sobrenome do padrasto ou da madrasta ou mesmo exclusão de algum dos seus sobrenomes.

A partir das alterações realizadas no procedimento extrajudicial, pelo provimento n.º 83 do CNJ, passou a ser obrigatório o parecer favorável do Ministério Público (MP) para o devido registro, pelo registrador civil, da parentalidade socioafetiva. Antes há a instrução do pedido com a juntada da documentação necessária à comprovação da relação afetiva alegada. Em caso de o parecer ser desfavorável o registrador estará impedido de realizar o registro, determinando-se seu arquivamento, ou, em caso de processamento do pedido de dúvida, encaminhando ao juiz corregedor.

A partir da possibilidade jurídica da parentalidade socioafetiva permitiu-se igualmente a multiparentalidade, ou seja, quando os avós e netos, irmãos e irmãs, tios e sobrinhos, mantenham direitos inerentes à sua parentalidade, haja vista que conservam as relações familiares já existentes antes do registro da socioafetividade. Não há, portanto, nenhum rompimento familiar, mas exatamente o inverso, há o acréscimo de relações familiares.

5. Alteração do prenome e do sexo no registro de nascimento de pessoas transgêneros e não binárias

A partir do provimento n.º 16, de 22 de abril de 2022, da Corregedoria Geral de Justiça (CGJ) do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), está permitido no estado do Rio Grande do Sul, a alteração de prenome e de sexo no registro de nascimento de pessoas transgênero e não binária maiores de 18 anos, sem necessidade de recorrer ao Poder Judiciário, como era até então, podendo fazê-lo, de forma extrajudicial, diretamente a um Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais, a fim de adequar o prenome e o sexo à sua identidade autopercebida.

O mesmo provimento igualmente autorizou, sem necessidade de autorização judicial, o registro de nascimento de filho biológico de pessoa identificada como

transgênero ou não binária, após esta pessoa ter formalizado a averbação de prenome e de gênero no seu registro de nascimento, verificada pelo registrador mediante a apresentação da respectiva certidão de inteiro teor desta condição. No registro de nascimento do filho constará como genitores ou genitoras da criança conforme for declarado pelo ou pela requerente.

Conclusão

A partir do momento que as pessoas passarem a aplicar a vivência da solidariedade nas suas relações interpessoais, não porque são virtuosas, e sim porque estão cumprindo as normas constitucionais, as quais todos estão subordinados, não haverá mais a necessidade de uma ação ostensiva por parte dos tribunais para a concretização de direitos.

É importante pontuar que quando se aborda o conceito de relações interpessoais, não estão sendo consideradas apenas aquelas relações de direito privado, como as relações civilistas, por exemplo. Neste aspecto, também são englobadas as relações de afeto, aquelas não jurídicas, pois não há como separar o mundo do direito do mundo dos fatos.

Na medida em que há a positivação expressa do princípio da solidariedade no artigo 3.º da Constituição Federal brasileira, ela ultrapassa a sua qualificação como valor fundante dos direitos fundamentais, como ocorre com a fraternidade e fixa-se como norma jurídica. E como norma jurídica tem poder cogente a fundamentar um agir, autônomo, livre, mas solidário, preocupado com igual dignidade do outro que compartilha de uma vivência em comunidade e, portanto, também, credor desta dignidade e, acima de tudo da felicidade, determinando, desta forma, que todas as pessoas sejam, ao mesmo tempo, credoras e devedoras do agir solidário voluntário realizador da felicidade.

O reconhecimento do direito do outro por todos os membros da sociedade é fator decisivo para a construção de um ambiente que promova justiça e segurança, e neste aspecto a vivência da solidariedade é o caminho para a plena promoção da dignidade da pessoa humana.

Quando se planeja uma sociedade justa é na importância que se dá à outra pessoa que se encontra a razão. A vida em sociedade acarreta conviver com a diversidade e de tudo aquilo que não se assemelha com o que se é, e é neste aspecto que a solidariedade possui sua base, em reconhecer o outro, mesmo que o outro seja diferente do que se é.

Por fim, a conclusão gira no sentido de que infelizmente, no mundo atual, as condutas humanas não se libertaram totalmente da visão individualista advinda do período liberal, como exemplo disso há o fato do uso cotidiano da terminologia “*indivíduo*” no mundo jurídico e dos fatos. Tal prática necessita ser superada a partir do uso correto do termo “*pessoa*” e não mais o “*indivíduo*”, ou mesmo o “*homem*”, que seria, no mínimo uma discriminação de gênero, e, tampouco “*sujeito*”, haja vista que tal expressão deriva da época que se referia às pessoas que possuíam a condição de sujeito de direito, quando, infelizmente, realmente nem todos eram sujeitos de direito, o que não se coaduna com a atualidade de um Estado Democrático de Direito, onde “*todos*” são sujeitos de direitos e de deveres.

Logo, para que haja a superação completa desses pensamentos individualistas, fundamentadas ainda no egoísmo do “*eu*”, o princípio da solidariedade vem como aporte, norteando como o direito deve se portar com a vivência dos princípios constitucionais e dos direitos fundamentais em todas as relações humanas.

A vivência da solidariedade é concretizada a partir da bilateralidade efetiva dos direitos fundamentais, onde a pessoa possui direitos, mas também, em contrapartida, possui deveres fundamentais para com o outro. Assim, esse viver solidário se dá não pelo altruísmo, e sim pela positividade constitucional. Com a cultura da vivência da solidariedade em todas as relações interpessoais (sejam elas jurídicas ou não), há caminho para que a plena dignidade seja respeitada, e, conseqüentemente, se materializem condições para a felicidade. A felicidade concretiza-se a partir da efetividade dos princípios e direitos fundamentais.

Isto deriva-se da existência dunha proximidade temporal no vencimento de diversas concesións, o cal facilitaría e axilizaría a adopción de cambios no modelo actual. Tendo en conta a importancia da enerxía hidroeléctrica, crise xeopolítica e enerxética que existe en Europa a raíz do conflito de Ucraína, a lexislación pouco exhaustiva que existe e o descoido, xeralmente por falta de recursos, das Administracións encargadas de tutelar o mesmo, acreditado en casos tales coma nos que os procedementos de reversión se iniciaron anos despois de que a concesión xa vencesse, semella oportuna a reflexión sobre o sistema existente.

O direito à educação de crianças e adolescentes em situação de refúgio no Brasil: os desafios pela barreira da linguagem

*André Viana Custódio**

*Johana Cabral***

1. Introdução

No contexto dos movimentos migratórios da atualidade, especialmente nos deslocamentos do tipo forçado – que incluem os refugiados –, sobressaem alguns desafios à população migrante, quando da chegada ao país de destino. O primeiro e principal desafio consiste na barreira da linguagem, a qual afeta desde o migrante adulto – na comunicação com os agentes fronteiriços, na realização do procedimento de reconhecimento da condição de refugiado, na compreensão da cultura local e do funcionamento das instituições do novo país, no acesso à informação e aos meios de subsistência e no exercício dos demais direitos, como o acesso aos serviços públicos de saúde, à assistência social, à previdência social, dentre outros – até mesmo as crianças e os adolescentes migrantes, os quais são igualmente afetados em seu processo de inserção local. No caso de crianças e adolescentes em situação de refúgio, a barreira da linguagem se verifica desde o acolhimento escolar, implicando na violação ao exercício do direito linguístico e do direito à educação – uma educação de qualidade, em igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola.

A presente pesquisa trata do direito à educação em línguas, no contexto de uma política nacional de acolhimento linguístico para crianças e adolescentes em situação de refúgio no Brasil. Tem por objetivo geral analisar os desafios no processo de ensino-aprendizagem da educação formal de crianças e adolescentes em situação de refúgio no Brasil, não-falantes da língua portuguesa, pela barreira da linguagem. Os objetivos específicos, são: apresentar o cenário dos movimentos migratórios no século XXI; contextualizar os fluxos migratórios para o Brasil e a presença das crianças e dos adolescentes, migrantes e refugiadas, no país; e analisar os desafios, no processo de ensino-aprendizagem da educação formal, de crianças e adolescentes em situação de refúgio no Brasil, não-falantes da língua portuguesa, pela barreira da linguagem.

Para tanto, fez-se a delimitação do seguinte problema de pesquisa: considerando o direito social e fundamental à educação, quais são os desafios para o atendimento, no processo de ensino-aprendizagem da educação formal, de crianças e adolescentes em situação de refúgio no Brasil, que não compreendem a língua portuguesa?

A hipótese aventada foi a de que os desafios para o atendimento das crianças e dos adolescentes em situação de refúgio pelo sistema educacional formal brasileiro,

* Professor do PPGD/Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Doutor em Direito.

** Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC. Mestrado em Direito pela Universidade do Extremo Sul Catarinense.

compreendem: a ausência de orientação e formação aos profissionais da educação, para o acolhimento à criança migrante e refugiada na escola – com vistas à interculturalidade; a falta de material didático-pedagógico para o acolhimento em línguas no contexto escolar; e de professores/as habilitados/as ao ensino de PLAc – Português como Língua de Acolhimento, para o suporte ao direito linguístico.

O ensino público brasileiro não está preparado para receber alunos/as migrantes cujas línguas maternas se distanciam da língua portuguesa. Devido à tradição escolar monolíngue, a barreira da linguagem afeta não só a relação dos/as alunos/as migrantes com a escola, mas igualmente com o conteúdo curricular e com os demais colegas. Essa situação propicia a evasão escolar, a patologização dos/as alunos/as em situação de refúgio, frequentemente diagnosticados/as com déficit de aprendizagem, autismo ou problemas fonológicos e, ainda, a distorção idade-série, prejudicando não apenas o processo de inserção local, como também a permanência escolar e, de maneira geral, o pleno exercício do direito à educação.

Na pesquisa, foram utilizados o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa documental e bibliográfica.

Esse estudo se justifica pela importância de que o direito à educação seja gozado, efetivamente, por crianças e adolescentes migrantes e na condição de refugiados no Brasil. Trata-se de direito fundamental, de aplicabilidade imediata e prioridade absoluta. A inserção escolar deve ser feita em atenção à barreira da linguagem, para que o direito linguístico da criança e do adolescente seja preservado e o ensino se dê acompanhado do acolhimento linguístico ao aluno migrante.

2. O cenário dos movimentos migratórios no século XXI

A Organização Internacional para as Migrações estimou a existência, no final do ano de 2020, de 281 milhões de migrantes internacionais, o que representa 3,6% da população mundial. Os movimentos migratórios – e a mobilidade humana, em geral – não são fenômenos recentes, mas têm apresentado mudanças importantes, na medida em que cresce o número de pessoas que são obrigadas a deixar suas casas em busca de proteção da vida ou subsistência.¹

O relatório “*World Migration Report 2022*” aponta que as migrações sofreram transformações ao longo do tempo, sendo impactadas por questões geopolíticas, ambientais, tecnológicas – e sanitárias –, razão pela qual é preciso uma compreensão holística do mundo, bem como do lugar que os seres humanos ocupam no mundo. A pandemia da COVID-19 alterou significativamente a mobilidade humana, nos planos micro e macro. Em termos globais, impôs 108.000 restrições internacionais de viagens, ocasionando a imobilidade de milhões de pessoas. A estimativa é de que a COVID-19 tenha reduzido o incremento no “*estoque de migrantes internacionais*” em cerca de dois milhões. Isso significa que, não fosse a COVID-19, provavelmente o número de migrantes internacionais estaria em 283 milhões de pessoas.²

Os movimentos forçados de pessoas são ocasionados por variados motivos, como: violências, perseguições, guerras, mudanças climáticas, conflitos civis, violação dos direitos humanos, e outros. No final do ano de 2021, havia 89,3 milhões de pessoas

¹ Marie McAuliffe y Anna Triandafyllidou (eds.), *Informe sobre las Migraciones en el Mundo 2022* (Genebra: OIM, 2021). Disponível em: <https://publications.iom.int/books/informe-sobre-las-migraciones-en-el-mundo-2022>.

² IOM, *World Migration Report 2022* (Geneva: IOM, 2021). Disponível em: <https://publications.iom.int/books/world-migration-report-2022>.

deslocadas à força, no mundo. Do total global de deslocados forçados, tem-se que 42% são crianças e adolescentes.³

A temática da migração é complexa. Sua análise demanda um olhar histórico – uma vez que as migrações e os deslocamentos forçados se dão em contextos econômicos, políticos, sociais e de segurança mais amplos e de longo prazo – e contemporâneo, devido à situação mundialmente compartilhada – e ainda ativa – de uma grave pandemia, que desafiou os sistemas sanitários e regulatórios dos países.⁴

Algumas emergências migratórias se destacam, na atualidade, por sua expressividade. É o caso, por exemplo, da Síria, que já vive uma violenta guerra civil há mais de 11 anos, a qual gerou o deslocamento forçado de 6,6 milhões de refugiados, bem como o deslocamento interno de 6,9 milhões de pessoas.⁵

Outra situação emergente, no continente asiático, é a do Afeganistão. O país, o qual passou por repetidas crises humanitárias, tem vivenciado um momento desafiador. Marcado por décadas de conflitos, enfrenta anos de seca, temperaturas congelantes no inverno, colapso econômico, precarização do sistema de saúde, miséria, fome e violência. O Afeganistão reúne 3,5 milhões de deslocados internos. Estima-se que 5,7 milhões de afegãos e de comunidades anfitriãs em países vizinhos estejam necessitando de apoio, em razão dessa emergência migratória.⁶

Mais ao sudeste da Ásia, destaca-se a situação de Mianmar, marcada pela perseguição étnica e religiosa aos Rohingya, minoria muçulmana no país. A violência no país já ocasionou a partida forçada de 1,1 milhão de refugiados. Boa parte tem se refugiado em Bangladesh, sendo que, do total de refugiados Rohingya em Bangladesh, 52% são crianças.⁷ No sudoeste da Península da Arábia está o Iemen, o qual também tem vivenciado anos de conflitos, sendo considerado pelos chefes das Agências da ONU como “*a maior crise humanitária do mundo*”.⁸ O país possui um total de 4 milhões de deslocados internos, além de mais de 20 milhões de pessoas que precisam de ajuda humanitária no país.

No continente africano, também se tem verificado expressivo deslocamento forçado de pessoas. É o caso, por exemplo, da situação do Sudão do Sul, o qual vivencia uma série de conflitos desde a independência do Sudão no ano de 2011. Em dezembro de 2013, um conflito violento retirou quase 4 milhões de pessoas de suas casas, sendo que mais de 2 milhões de pessoas foram forçadas a fugir para outros países, em busca de proteção.⁹ Outra situação existente, trata-se da emergência na República Democrática do Congo, marcado por conflitos armados, violência e pobreza. Apenas entre os anos de 2017 e 2019, o Congo fomentou o deslocamento forçado de cerca de 5 milhões de pessoas. Estima-se que existam mais de 918.000 refugiados e solicitantes de asilo congolezes abrigados em outros países africanos, assim como cerca de 5 milhões de deslocados internos no Congo.¹⁰ Ainda, no movimento forçado do continente africano,

³ UNHCR, *Global Trends: forced displacement in 2021* (Copenhague: UNHCR, 2022). Disponível em: <https://www.unhcr.org/62a9d1494/global-trends-report-2021>.

⁴ Marie McAuliffe y Anna Triandafyllidou, *Informe sobre las Migraciones*.

⁵ ACNUR, “Síria”. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/siria/>.

⁶ UNHCR, “Afghanistan emergency”. Disponível em: <https://www.unhcr.org/afghanistan-emergency.html>.

⁷ ACNUR, “Rohingya”. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/rohingya/>.

⁸ Nações Unidas Brasil, “Iêmem: milhões à beira da fome”, 23 de setembro, 2021. Disponível em: <https://brasil.un.org/pt-br/145725-iemen-milhoes-beira-da-fome-em-maior-crise-humanitaria-do-mundo#:~:text=A%20crise%20no%20I%C3%AAmen%2C%20onde,maior%20crise%20humanit%C3%A1ria%20do%20mundo%22>.

⁹ ACNUR, “Sudão do Sul”. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/sudao-do-sul/>.

¹⁰ ACNUR, “República Democrática do Congo (RDC)”. Disponível em: <https://www.acnur.org/por->

tem-se a situação política de Burundi, que já gerou mais de 333.700 refugiados.¹¹ Ou, ainda, a situação da Etiópia que, em razão dos combates na região do Tigré, gerou cerca de 45.449 refugiados.¹²

Passando para o continente americano, destaca-se a situação do Haiti, marcado pela colonização e extração de suas riquezas, por ditaduras e sucessivos golpes de estado, e por catástrofes ambientais, como a do terremoto de 2010, que agudizou a realidade já delicada da comunidade haitiana, forçando a migração internacional de milhares de pessoas.¹³ Igualmente expressivos são os deslocamentos da América Central, em razão de conflitos armados, violência, atuação de gangues, perseguição política, eventos climáticos e violação dos direitos humanos, os quais atingem principalmente Guatemala, El Salvador, Honduras e Nicarágua. A situação na América Central, gerou a saída forçada de mais de um milhão de pessoas das suas casas, das quais cerca de 470.000 tornaram-se refugiadas.¹⁴

Na América do Sul, ganham destaque os movimentos forçados provenientes da Venezuela. O país tem passado por forte crise política, econômica e social, consubstanciada em expressiva emergência humanitária, que fomentou mais de 6 milhões de migrantes e refugiados espalhados pelo mundo, boa parte em países da América Latina e do Caribe.¹⁵

Por último – mas não menos importante –, trata-se do movimento forçado de ucranianos, devido à invasão Russa no país, em 24 de fevereiro de 2022. A guerra na Ucrânia gerou o deslocamento interno de mais de 7 milhões de pessoas, além de 7.2 milhões de refugiados para fora do país.¹⁶

As análises de mais longo prazo sobre as migrações internacionais revelam que a migração não é um movimento uniforme, e que diferentes corredores migratórios vão se formando na medida em que os eventos acontecem. Os maiores corredores são de países em desenvolvimento para países com economias maiores, como os Estados Unidos, os Emirados Árabes Unidos, a Arábia Saudita e a Alemanha. Além do mais, grandes corredores migratórios podem refletir conflitos prologados, como o da Síria para a Turquia, o qual se configura como o segundo maior corredor migratório do mundo.¹⁷

3. Os fluxos migratórios para o Brasil e a presença de crianças e adolescentes, migrantes e na condição de refugiadas, no país

O Brasil tem se destacado como um país de destino – e acolhimento – a migrantes e refugiados, em um movimento que se incrementa especialmente na última década. Isso porque o Brasil não apenas é signatário da Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951 e do Protocolo Adicional de 1967, como também elaborou suas próprias normativas internas sobre os direitos da população refugiada e migrante no país.

[tugues/republica-democratica-congo-rdc/](https://www.acnur.org/portugues/republica-democratica-congo-rdc/).

¹¹ ACNUR, “Burundi”. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/burundi/>.

¹² ACNUR, “Etiópia”. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/etiopia/>.

¹³ Luís Felipe Aires Magalhães, “O Haiti é aqui: primeiros apontamentos sobre os imigrantes haitianos em Balneário Camboriú – Santa Catarina – Brasil”, *Revista PerCursos*, v. 15, n.º 28 (2014): 227. DOI: 10.5965/1984724215282014223.

¹⁴ ACNUR, “Deslocamento na América Central”. Disponível em: <https://www.acnur.org/portugues/deslocamento-na-america-central/>.

¹⁵ UNHCR, “Venezuela situation”. Disponível em: <https://www.unhcr.org/venezuela-emergency.html>.

¹⁶ UNHCR, “Ukraine emergency”. Disponível em: <https://www.unhcr.org/ukraine-emergency.html>.

¹⁷ IOM, *World Migration Report 2022*.

Assim, os deslocamentos internacionais forçados de pessoas promoveram desdobramentos no cenário brasileiro. A sétima edição do documento “*Refúgio em Números*”, apresenta um pouco das dinâmicas desses movimentos para o Brasil. A partir do tratamento estatístico e da análise feita pelo Observatório das Migrações Internacionais (OBMigra), é possível compreender como se configura o fluxo de pessoas na condição de refugiadas para o país.¹⁸

Antes de passar aos dados dos movimentos de pessoas em situação de refúgio para o Brasil, cabe demarcar o instituto do refúgio no contexto das migrações internacionais. Isso porque, a pessoa que migra para outro país, pode realizar esse movimento voluntariamente ou ser forçada a sair do seu local de origem. No movimento voluntário, tem-se que a pessoa migra em busca de melhores oportunidades de vida. “*De forma geral, o migrante é toda pessoa que cruza uma fronteira nacional de forma espontânea, seja porque deseja experimentar uma nova cultura, seja porque migra em busca de trabalho, para estudar, entre outros motivos*”.¹⁹ Na migração do tipo voluntária – ou espontânea –, se a pessoa quiser, pode retornar, com segurança, para o seu país de origem.²⁰

Na migração forçada, a pessoa é obrigada a deixar o seu país de origem, para que a sua vida ou integridade física sejam preservadas. “*O divisor de águas dos fluxos migratórios parece residir, assim, na contraposição entre o desejo e a violência*”.²¹ O refúgio integra, então, esta segunda forma de mobilidade. O Estatuto dos Refugiados – Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997 – adota, no artigo 1.º, um conceito ampliado de refugiado, visto que a Convenção de Genebra de 1951 estabeleceu cinco categorias fechadas de perseguição, de modo que sobreveio a ampliação do conceito clássico a partir dos instrumentos regionais de proteção, a exemplo do sistema interamericano. Assim, “[n]o plano regional latino-americano, a temática do refúgio requer acompanhamento constante em virtude, justamente, dos desdobramentos evidentes para os países da região, entre eles o Brasil, que figuram como espaços consistentes de origem, trânsito e destino de solicitantes de reconhecimento e outras formas de deslocamento humano forçado que integram uma dinâmica mais ampla de fluxos migratórios mistos que marca a mobilidade humana internacional na contemporaneidade”.²²

De acordo com lei brasileira, refugiado é toda a pessoa 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”.²³

¹⁸ Gustavo Junger, Leonardo Cavalcanti, Tadeu e Oliveira e Bianca G. Silva (orgs.), *Refúgio em Números 2022* (Brasília: OBMigra, 2022), 7.

¹⁹ Fernanda da Silva Lima, “Crise humanitária internacional e os direitos das crianças migrantes ou refugiadas: uma análise da Opinião Consultiva n.º 21 da Corte Interamericana de Direitos Humanos”, *Revista do Direito*, v. 1, n.º 51 (2017): 92. DOI: <https://doi.org/10.17058/rdunisc.v1i51.8303>.

²⁰ André Viana Custódio e Johana Cabral, “O trabalho infantil de migrantes e refugiados venezuelanos no Brasil”, *Revista de Direito Internacional*, v. 18, n.º 1 (2021): 218. DOI: <https://doi.org/10.5102/rdi.v18i1.7116>.

²¹ Julia Bertino Moreira, “A atuação das cátedras Sérgio Vieira de Mello em prol de refugiados e migrantes forçados no Brasil”, in *Migrações internacionais: experiências e desafios para a proteção e promoção de direitos humanos no Brasil*, ed. Giuliana Redin (Santa Maria: UFSM, 2020), 172.

²² Junger et al., *Refúgio em Números 2022*, 46.

²³ Brasil, Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997. Define mecanismos para a implementação do Estatuto

Portanto, a Lei foi considerada inovadora, avançada, tanto por adotar uma definição ampliada de refugiado, quanto por instituir um órgão específico para apreciar e decidir todos os pedidos de refúgio. Este órgão, trata-se do Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), vinculado ao Ministério da Justiça e Segurança Pública.²⁴

As bases de dados consultadas para a elaboração do panorama do refúgio foram: o Sistema de Tráfego Internacional – Medidas de Alertas e Restrições, de sigla STI-MAR, gerido pela Polícia Federal; bem como as bases da Coordenação-Geral do Comitê Nacional para os Refugiados (CG-Conare), as quais propiciaram a obtenção dos dados estatísticos.²⁵

Sobre o relatório, quanto às solicitações de reconhecimento da condição de refugiado no Brasil, tem-se que, no ano de 2021, o Brasil recebeu 29.107 pedidos de reconhecimento. Somados os pedidos de 2021 com os pedidos registrados desde o ano de 2011, chega-se a um montante total de 297.712 solicitações de refúgio na última década.²⁶

Consideradas, portanto, as solicitações de reconhecimento da condição de refugiado de 2021 – consubstanciadas em 29.107 registros –, verifica-se que a expressiva maioria das pessoas eram da Venezuela. Foram 22.856 solicitações, o que corresponde a 78,5% dos pedidos do ano. Em seguida, sobrevieram as solicitações de pessoas provenientes da Angola, com 1.952 solicitações registradas, e do Haiti, com 794 solicitações. No ano de 2021, o Brasil recebeu solicitações de pessoas provenientes de 117 países diferentes.²⁷

Um dado destacado no relatório “*Refúgio em Números*” – 7ª edição, consiste na significativa presença de crianças e adolescentes dentre as pessoas que solicitaram o refúgio em 2021. Ou seja, considerada a distribuição por grupos de idade, verificou-se que a maior parte dos pedidos – mais especificamente 9.214 – eram provenientes de pessoas com menos de 15 anos de idade, especialmente das nacionalidades venezuelana, colombiana e peruana.²⁸ A Venezuela responde por 89% dos pedidos de crianças e adolescentes, revelando “[...] que a significativa incidência de crianças e adolescentes solicitantes de reconhecimento da condição de refugiado, a exemplo de que se verificou no ano de 2020, segue fortemente correlacionada com as dinâmicas de mobilidade internacional forçada venezuelana”.²⁹ Isso revela, também, que é preciso se atentar às particularidades das crianças venezuelanas. A população da Venezuela é composta por povos originários – a exemplo das etnias Warao e E’ñepá.³⁰ Dessa maneira, a pluralidade das crianças migrantes e na condição de refugiadas deve ser sempre considerada pelos gestores das políticas públicas – e nelas, das políticas migratórias – brasileiras.

Por fim, o relatório apontou que, em 2021, o Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE) apreciou 70.933 solicitações, das quais 69% eram de solicitantes haitianos, seguidos de pedidos de venezuelanos, chineses, angolanos e

dos Refugiados de 1951, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm.

²⁴ Junger et al., *Refúgio em Números 2022*.

²⁵ Idem.

²⁶ Idem.

²⁷ Idem.

²⁸ Idem.

²⁹ Idem.

³⁰ Guilherme Otero, Marcelo Torelly e Yssysay Rodrigues, “A atuação da organização internacional para as migrações no apoio à gestão do fluxo migratório venezuelano no Brasil”, em *Migrações Venezuelanas*, org. Rosana Baeninger e João Carlos Jarochinski (Campinas: Nepo/Unicamp, 2018), 42.

cubanos. Verificadas as Unidades Federativas onde os registros foram feitos, sobressai a região Norte, com 72,2% das solicitações apreciadas no ano de 2021, com destaque para o Acre (47,8%), Roraima (14,7%) e Amazonas (9,4%). As demais Unidades Federativas que se destacaram, fora da região Norte, foram o Distrito Federal (10,7%) e São Paulo (10,5%). Do total de pedidos apreciados em 2021, o CONARE reconheceu 3.086 pessoas como refugiadas, sendo 769 reconhecimentos originários e 2.317 reconhecimentos por extensão dos efeitos da condição de refugiados – conforme a previsão do artigo 2.º do Estatuto dos Refugiados.³¹

Uma última informação que permite compreender mais da dinâmica dos fluxos migratórios para o Brasil – especialmente os movimentos forçados de pessoas –, consiste no total acumulado de refugiados. De acordo com o painel interativo das decisões sobre refúgio no país, organizado pelo CONARE – Comitê Nacional para os Refugiados e o ACNUR – Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados, entre janeiro de 1985 a junho de 2022, o Brasil reconheceu 61.731 pessoas como refugiadas. Esses reconhecimentos contemplaram 121 nacionalidades. Dos pedidos deferidos no período, 70% foram deferimentos a pessoas originárias da Venezuela. Destacadas as 7 nacionalidades de maior reconhecimento de pessoas na condição de refugiadas no Brasil, tem-se os seguintes dados:

Reconhecimentos de refúgio no Brasil ³² Janeiro/1985 até Junho/2022	
Nacionalidade	Total
Venezuela	50.002
República Árabe da Síria	3.832
Senegal	3.255
Angola	2.139
República Democrática do Congo	1.641
Haiti	1.381
Cuba	1.078

Verifica-se, portanto, que o Brasil se afigura como país de destino para migrantes e pessoas em situação de refúgio. Reúne variados contingentes de migrantes, de mais de 121 nacionalidades, as quais trazem na origem diferentes motivos para o deslocamento. No acolhimento a pessoas em situação de refúgio, restou comprovada a presença de crianças e adolescentes, especialmente provenientes da Venezuela, as quais responderam por expressiva parcela das solicitações de reconhecimento da condição de refugiados feitas em 2021. Sejam as crianças e os adolescentes da Venezuela, sejam os da Colômbia, do Peru ou de qualquer outra nacionalidade, todos devem ser acolhidos e ter os direitos fundamentais assegurados, com absoluta prioridade, no país.

³¹ Junger et al., *Refúgio em Números 2022*.

³² ACNUR, “Decisões de mérito”. Disponível em: <https://app.powerbi.com/view?r=eyJrJoiZTk3OTdiZjctNGQwOC00Y2FhLTgxYTctNDNIN2ZkNjZmMwVlliwidCI6ImU1YzM3OTgxLTY2NjQtNDEzNC04YTBJLTY1NDNkMmFmODBiZSIsImMiOjh9&pageName=ReportSection>.

4. O direito à educação e a inserção de crianças e adolescentes em situação de refúgio no sistema de ensino brasileiro: os desafios no exercício do direito à educação, pela barreira da linguagem

Crianças e adolescentes integram o grupo de migrantes e refugiados que buscam, no Brasil, a possibilidade de uma vida protegida, de um viver com dignidade. Juridicamente, as crianças e os adolescentes, migrantes ou em situação de refúgio, têm os mesmos direitos que as crianças brasileiras. No entanto, diversas são as barreiras e os desafios no chamado processo de inserção local. A primeira e principal barreira, atestada tanto pelos gestores quanto por pesquisadores do tema, é a da linguagem.³³ *“Ainda que as crianças tenham facilidade para a aquisição de novos conhecimentos, aprender o português é uma missão desafiadora para a criança migrante, o que requer apoio, para que o processo se torne mais fácil”*.³⁴

Ao considerar os fluxos migratórios de pessoas em situação de refúgio para o Brasil – o qual é marcado, expressivamente, por movimentos da Venezuela, da Síria, do Senegal, de Angola, do Congo, do Haiti, da Colômbia e do Peru –, é possível dimensionar os distanciamentos entre as línguas oficiais desses países – fora os variados dialetos que possuem – e a língua portuguesa. O desconhecimento da língua portuguesa afeta direta e substancialmente o acesso aos direitos fundamentais, como o direito à saúde, à educação, à assistência social, ao lazer, à convivência familiar e comunitária, dentre outros.

Dentre os direitos das crianças e dos adolescentes, migrantes e na condição de refugiados, que se encontram no Brasil, está o direito à educação. *“A legislação brasileira determina que estrangeiros têm direito ao acesso à educação da mesma forma que as crianças e os adolescentes brasileiros, conforme expresso pela Constituição Federal (artigos 5.º e 6.º), pelo Estatuto da Criança e do Adolescente (artigos 53 ao 55), pela Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (artigos 2.º e 3.º) e pela Lei de Migração (artigos 3.º e 4.º). Além disso, a Lei dos Refugiados (artigos 43 e 44) garante que a falta de documentos não pode impedir seu acesso à escola”*.³⁵

A educação é um direito social e fundamental, assegurado pela Constituição Federal de 1988. Os direitos sociais fundamentais são direitos subjetivos, com alto grau de importância e caráter prestacional. Eles possuem aplicabilidade imediata – e, nos termos do artigo 227.º, *caput*, do texto constitucional: prioridade absoluta. A educação transforma realidades. É uma ferramenta importante para a interrupção do ciclo intergeracional de pobreza.³⁶

Sobre o direito à educação, o artigo 206.º da Constituição Federal de 1988 dispõe, no inciso I, que o ensino será exercido em igualdade de condições para o acesso e a permanência na escola. Já no inciso VII, do mesmo artigo, assegura a garantia do padrão de qualidade do ensino. Ainda no texto constitucional, o artigo 208.º, ao elencar o dever do Estado com a educação, estabelece, no inciso I, a educação básica

³³ Johana Cabral e Ismael Francisco de Souza, *Políticas públicas de proteção para as crianças na condição de refúgio no Brasil: limites e possibilidades* (Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2019), 230.

³⁴ Johana Cabral e Ismael Francisco de Souza, *Políticas públicas*, 220.

³⁵ Instituto Unibanco, “O papel da gestão no acolhimento de alunos imigrantes”, n.º 38, fev. 2018. Disponível em: <https://www.institutounibanco.org.br/aprendizagem-em-foco/38/>.

³⁶ André Viana Custódio e Rafael Bueno da Rosa Moreira, “A garantia do direito à educação de crianças e adolescentes no contexto das políticas públicas brasileiras”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 5, n.º 1 (2015): 243. DOI: <https://doi.org/10.5102/rbpp.v5i1.3036>.

obrigatória e gratuita dos 4 aos 17 anos de idade, assegurada sua oferta gratuita a todos os que não tiveram acesso na idade própria.³⁷

Os dados sobre a presença de crianças migrantes e em situação de refúgio na educação básica obrigatória brasileira ainda são bastante limitados. Não está publicizada a identificação, por exemplo, do número de crianças na condição de refugiadas nas escolas, nem mesmo informadas as nacionalidades e línguas de origem das crianças migrantes. Tem-se, apenas, a identificação do número de matrículas de alunos estrangeiros na educação básica, até o ano de 2019, a partir de dados divulgados pelo Instituto Nacional de Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep).

Assim, no ano de 2008, havia 34.332 matrículas de alunos migrantes na educação básica. O número de matrículas no ano de 2016, passou para 72.832, sendo que, em 2016, 64% dos alunos de outras nacionalidades encontrava-se na rede pública de ensino.³⁸ Verifica-se que o número de matrículas mais que dobrou, no período. “*Em dados do censo escolar de 2019, as crianças migrantes representavam já cerca de 75 mil matrículas nas escolas brasileiras. Embora elas sejam de diferentes nacionalidades, nota-se que as crianças de países da América Latina – incluindo a Venezuela, a Bolívia, o Perú, o Haiti – são boa parte desses alunos e alunas. Isso, no entanto, não nos permite realmente capturar a diversidade linguística e cultural que essas crianças trazem para as salas de aula no Brasil, já que, entre elas, há também falantes de Warao, Quéchuá, Aymara, e tantos outros idiomas indígenas que são ainda mais invisibilizados dentro do conjunto de migrantes*”.³⁹

Embora o Brasil seja um país rico linguisticamente – vez que possui mais de 200 comunidades linguísticas diferentes⁴⁰ –, o ensino escolar brasileiro ainda é fortemente marcado pela tradição monolíngue.⁴¹ Com a chegada no Brasil de crianças e adolescentes oriundas dos movimentos forçados – a qual se intensificou nos últimos anos – ficou evidente a ausência de uma política linguística pela rede formal de ensino, assim como o despreparo das escolas públicas brasileiras para o acolhimento do/a aluno/a migrante, especialmente quanto à barreira linguística. Ou seja, “[a]s redes de ensino ainda oferecem poucas orientações de caráter pedagógico ou relacionadas ao reconhecimento dos imigrantes aos profissionais das escolas”.⁴²

Portanto, o olhar da escola para o acolhimento intercultural, bem como para a adoção de ações e metodologias para o acolhimento linguístico da criança migrante não faz parte dos processos educacionais. Esse movimento é despertado a partir do ingresso do primeiro estudante migrante ou na condição de refugiado na escola.

A barreira da linguagem e a ausência de políticas linguísticas de acolhimento, então, afetam diretamente o exercício do direito à educação das crianças e dos adolescentes migrantes e em situação de refúgio no Brasil. Uma barreira que incide sobre a relação da criança e adolescente migrante com a escola, da relação com os colegas, da relação da escola com os pais dos alunos migrantes, assim como do próprio professor com sua prática docente. A pesquisa intitulada “*As dimensões da docência no ensino às crianças*

³⁷ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

³⁸ Instituto Unibanco, “O papel da gestão”.

³⁹ Andressa Pellanda e Marcele Frossard, *Crianças e adolescentes migrantes* (São Paulo: Expressão Popular, 2022), 18-19.

⁴⁰ Louis-Jean Calvet, *As políticas linguísticas* (São Paulo: Parábola Editorial, 2007), 8.

⁴¹ Adriana Maria Assumpção e Gabriela de Azevedo Aguiar, “Você precisa falar português com seu filho: desafios para o processo de inclusão de crianças imigrantes em escolas do Rio de Janeiro”, *Revista Iberoamericana de Educación*, v. 81, n.º 1 (2019): 167. DOI: <https://doi.org/10.35362/rie8113541>.

⁴² Dalila Andrade Oliveira, “O imigrante na política educacional brasileira: um sujeito ausente”, *Práxis Educativa*, v. 15 (2020): 6. DOI: <http://doi.org/10.5212/PraxEduc.v.15.13655.004>.

imigrantes e refugiadas: estudo de caso com professoras em Goiânia”,⁴³ evidencia os desafios para as professoras no primeiro contato com alunos e alunas migrantes. Na fala das profissionais – todas com larga experiência docente – sobressaíram expressões como: medo, assustada e preocupada. A presença das crianças e dos adolescentes migrantes na escola estremeceu a própria confiança das profissionais em ensiná-los adequadamente. “Um ponto em comum foi a preocupação das professoras com o fato de não conseguirem se comunicar devido às diferenças linguísticas. A comunicação parece ser um dos núcleos principais de preocupação e, por isso, gera ansiedade”.⁴⁴

A Resolução n.º 1, de 13 de novembro de 2020, emitida pela Câmara de Educação Básica do Conselho Nacional da Educação, dispôs sobre o direito de matrícula a crianças e adolescentes migrantes, refugiados, apátridas e solicitantes de refúgio nas redes públicas de educação básica brasileiras. Essa resolução foi a primeira medida legal, a nível federal, a tratar da presença de crianças e adolescentes migrantes no sistema público de ensino brasileiro⁴⁵, assegurando certos direitos no exercício do direito à educação. Estabeleceu que a matrícula, uma vez demandada, será, de imediato assegurada, sem discriminação, na educação básica obrigatória. Estabeleceu, ainda, que as escolas devem organizar procedimentos para o acolhimento dos estudantes migrantes, mediante a oferta de ensino de português como língua de acolhimento, visando a inserção social àqueles que detiverem pouco ou nenhum conhecimento da língua portuguesa. No entanto, não apresentou as metodologias pedagógicas, tampouco os recursos – materiais, econômicos e de pessoal –, disponíveis para o atendimento, transferindo às unidades escolares a responsabilidade pelo fornecimento da política linguística.

Assumpção e Aguiar,⁴⁶ ao estudarem os desafios no processo de inclusão de crianças imigrantes em escolas do Rio de Janeiro/RJ, elencaram cinco marcos nesse processo de desconhecimento linguístico: silêncio, timidez, desinteresse, repetência, além de “*diagnósticos*” precipitados de necessidades especiais educativas, como déficit de atenção, dislexia e outros. “Uma criança que não entende a língua portuguesa não conseguirá interagir com as crianças brasileiras, o que poderá lhe causar a exclusão social, além do baixo ou nulo desempenho escolar”.⁴⁷

Portanto, para que o atendimento escolar da criança e do adolescente migrante ou em situação de refúgio aconteça de forma significativa – permitindo o real exercício do direito à educação com qualidade e com equidade de acesso e permanência –, é preciso acolhimento linguístico, planejamento pedagógico, bem como metodologias voltadas à interculturalidade.

Considerações finais

Essa pesquisa analisou os desafios no processo de ensino-aprendizagem da educação formal de crianças e adolescentes em situação de refúgio no Brasil. No primeiro momento, foi apresentado o cenário dos movimentos migratórios no século XXI, mormente os deslocamentos forçados de pessoas, motivados por variadas causas,

⁴³ Rômulo Sousa de Azevedo e Cláudia Tavares do Amaral, “As dimensões da docência no ensino às crianças imigrantes e refugiadas: estudo de caso com professoras em Goiânia”, *Inter-Ação*, v. 46, n.º 2 (2021): 767. DOI: <https://doi.org/10.5216/ia.v46i2.67964>.

⁴⁴ Rômulo Sousa de Azevedo e Cláudia Tavares do Amaral, “*As dimensões*”, 767.

⁴⁵ Rômulo Sousa de Azevedo e Cláudia Tavares do Amaral, “Educação para além da matrícula: crianças migrantes, refugiadas e a Resolução n.º 1/2020”, *Revista Teias*, v. 23, no 69 (2022): 135. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistateias/article/view/65969>.

⁴⁶ Adriana Maria Assumpção e Gabriela de Azevedo Aguiar, “*Você precisa*”, 175.

⁴⁷ Johana Cabral e Ismael Francisco de Souza, “*Políticas públicas*”, 220.

como violências, perseguições, conflitos civis, guerras, eventos climáticos e violação dos direitos humanos.

Em seguida, fez-se a contextualização dos fluxos migratórios para o Brasil, bem como da presença de crianças e adolescentes, migrantes e refugiadas, no país. Observou-se que as crianças e os adolescentes integram os fluxos para o Brasil, correspondendo a maior parte dos pedidos de reconhecimento da condição de refugiados de 2021.

Por fim, foram analisados os desafios no processo de ensino-aprendizagem, momento em que se verificou a confirmação da hipótese de pesquisa, no sentido de que os desafios estão relacionados à ausência de um planejamento linguístico pelo sistema formal de ensino, de modo que inexistem qualquer orientação ou formação aos profissionais da educação, para o acolhimento à criança migrante e refugiada na escola, materiais didáticos para o acolhimento em línguas no contexto escolar, tampouco professores/as habilitados/as ao ensino de Português como Língua de Acolhimento, para o suporte ao direito linguístico, violando-se, assim, o exercício do direito linguístico e do direito à educação de crianças migrantes e em situação de refúgio no Brasil.

Desafíos actuales de la tutela de datos de carácter personal

*José Manuel Busto Lago**

1. La responsabilidad civil como instrumento de protección del derecho sobre los datos personales

Uno de los derechos que las normas reguladoras de la protección de datos personales reconocen a los titulares de los mismos cuando éstos son objeto de tratamiento ilícito -entendiendo como tal cualquier tratamiento que vulnere alguno de los derechos de los interesados en su protección y, en particular, el propio derecho a la protección de los datos personales,¹ conforme a la previsions de la norma de la UE o de la norma nacional, en su caso, causando daños o perjuicios a los titulares de aquellos es el derecho a la indemnización. Se erige así la responsabilidad civil extracontractual como instrumento o mecanismo de tutela también en este ámbito, junto con la protección dispensada por las normas administrativas y también las penales para aquellos supuestos de actuaciones ilícitas imputables al responsable o al encargado del tratamiento merecedoras de un mayor reproche por el Derecho y que hayan sido objeto de tipificación expresa. Este mecanismo de protección de los datos personales frente a conductas de vulneración del correlativo derecho subjetivo se contempla también en los arts. 42.º a 45.º de la *Lei* (brasileña) *núm. 13.709/2018, Geral de Proteção de Dados* (en adelante, LGPD), cuya regulación se inspira en la regulación de los datos personales realizada por la Unión Europea (en adelante, UE).

En virtud del derecho a indemnización, el interesado, cuyos datos personales son objeto de tratamiento, que haya sufrido daños y perjuicios patrimoniales o morales (extrapatrimoniales) como consecuencia de una infracción del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE* (en adelante, *Reglamento General de Protección de Datos* o RGPD), o de la Ley Orgánica (española) 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía*

* Catedrático de Derecho Civil. Universidade da Coruña.

¹ La STC, Pleno, 292/2000, de 30 de noviembre, en su F.J. 7.º, declara que «el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. Estos poderes de disposición y control sobre los datos personales, que constituyen parte del contenido del derecho fundamental a la protección de datos se concretan jurídicamente en la facultad de consentir la recogida, la obtención y el acceso a los datos personales, su posterior almacenamiento y tratamiento, así como su uso o usos posibles, por un tercero, sea el Estado o un particular». Este pronunciamiento es reiterado en el F.J. 5.º de la STC 76/2019, de 22 de mayo, que declaró la inconstitucionalidad del apartado 1.º del art. 58.º bis de la LO 5/1985, de 19 de junio, *del régimen electoral general*, incorporado a esta por la DF 3ª.2 de la LO 3/2018, de 5 de diciembre, *de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales*.

de los derechos digitales (en adelante, LOPDPGDD) – y de otras normas de rango legal complementarias, como es el caso del art. 96.º del *Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios* (en adelante, TRLGDCU) en relación con las comunicaciones comerciales destinadas a consumidores y usuarios – tiene derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios que haya sufrido y que el perjudicado podrá hacer valer a través del ejercicio de la acción de responsabilidad civil extracontractual, ejercitada en el procedimiento civil o, en su caso, de manera acumulada al ejercicio de la acción penal.

El RGPD sitúa el epicentro de la responsabilidad en la protección de la integridad de los derechos de los titulares de datos personales sobre el llamado responsable de tratamiento y sobre el encargado de tratamiento, que responden de manera conjunta de cualquier infracción o vulneración de las normas aplicables en orden a la protección de los datos personales, conforme resulta de la previsión de su art. 24.º En efecto, tanto el responsable, como el encargado de tratamiento, durante todo el periodo temporal que se mantenga el tratamiento de datos personales están coobligados a asegurar o garantizar, de conformidad con las obligaciones impuestas por el RGPD, la adopción de las medidas de seguridad técnicas y organizativas adecuadas para evitar cualquier infracción o vulneración de sus normas (*ex* art. 32.º del RGPD). Es el conocido como principio de «*accountability*», que constituye el principio rector de la regulación del RGPD, conforme a la lógica propia de la «*compliance*»: ser responsable de la conformidad y dar cuenta de esta conformidad. Este principio se acoge también en el Derecho de Brasil. En particular, a tenor del inciso X del art. 6.º de la LGPD, no es suficiente con cumplir con los artículos de la Ley, sino que es necesario, además, demostrar la adopción de medidas eficaces y capaces de comprobar la observancia y el cumplimiento de las normas de protección de datos personales, así como la eficacia de estas medidas, de manera que no incumplir la Ley no es suficiente para que los agentes de tratamiento de datos personales no puedan incurrir en infracciones de naturaleza administrativa o en supuestos de responsabilidad civil.

A estos efectos, en el RGPD se prevén instrumentos preordenados a asegurar la adecuación del tratamiento de datos a este principio una vez los datos personales son recogidos, tratados y conservados (*v.gr.*, previsión de registros de conformidad para documentar las acciones realizadas – arts. 30.º y 35.º del RGPD), en su caso con la colaboración del llamado delegado de protección de datos (arts. 35.º y 37.º del RGPD). Tomando en consideración este principio angular de la regulación del RGPD, el responsable y el encargado de tratamiento deben estar, en todo momento, en situación de poder acreditar, ante las autoridades administrativas nacionales competentes (la AEPD o, en su caso, las autoridades administrativas creadas por las CCAA, en el caso español),² el cumplimiento de todas las normas que rigen el tratamiento de datos personales.

La previsión expresa del derecho del titular de datos personales a la indemnización en caso de tratamiento ilícito no es algo novedoso que haya introducido el RGPD, sino que ya estaba previsto en la derogada Directiva 95/46/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos*. En particular, el Cdo. 55 de esta Directiva 95/46/CE preconizaba que

² La *Autoridad Catalana de Protecció de Dats* o la *Agencia Vasca de Protecció de Dats*; ambas con sus competencias circunscritas al tratamiento de datos personales llevado a cabo por Administraciones y organismos públicos.

las legislaciones nacionales debían prever un recurso judicial para los casos en los que el responsable del tratamiento de datos no respetase los derechos de los interesados; al tiempo que señalaba que los daños que pueden sufrir las personas a raíz de un tratamiento ilícito de su datos responsables habrían de ser reparados por el responsable del tratamiento de datos; al tiempo que en el apartado 1 de su art. 23.º, rubricado «responsabilidad», preveía que los Estados miembro dispondrán que toda persona que sufra un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito o de una acción incompatible con las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva, tenga derecho a obtener del responsable del tratamiento la reparación del perjuicio sufrido. A su vez, el art. 19.º, 1 de la derogada LO 15/1999, de 13 de diciembre, *de Protección de Datos de Carácter Personal* – inmediatamente después de que los artículos precedentes estableciesen y regulasen los derechos de acceso, de consulta al Registro General de Protección de Datos, de rectificación, de oposición y de cancelación, así como el procedimiento para ejercitarlos – y en términos similares a los previstos en el art. 17.º, 3 de la por ella derogada LO 5/1992, de 29 de octubre, *de regulación del tratamiento automatizado de datos personales* – si bien, de una forma técnicamente más correcta, al individualizar el derecho a la indemnización frente a la protección de carácter administrativo dispensada por la Agencia de Protección de Datos (AEPD) y extender la legitimación pasiva al encargado del tratamiento –, bajo la rúbrica «derecho a indemnización», establecía que:

«Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados».

Con este precepto, el legislador español daba respuesta a la exigencia que se derivaba de la previsión contenida en el referido art. 23.º de la Directiva 95/46/CE.

2. La responsabilidad civil del responsable y del encargado de tratamiento y el derecho a la indemnización del titular perjudicado en el RGPD

La vigente LOPDPGDD no contiene previsión específica alguna en relación con la responsabilidad civil en la que pueden incurrir, como consecuencia de la causación de daños y/o perjuicios a los titulares de datos personales objeto de tratamiento, los responsables o los encargados de su tratamiento, de manera que ha de estarse a la previsión contenida en el art. 82.º del RGPD, directamente aplicable para regular la cuestión que nos ocupa, haciéndolo de una manera uniforme en todos los Estados miembro de la UE, al tratarse de una norma de aplicación directa, frente la divergencia de las normas nacionales dictadas con ocasión de la transposición de las previsiones del art. 23.º, 1 de la Directiva 95/46/CE. Ha de tenerse en cuenta que el art. 82.º del RGPD no es la única norma del Derecho derivado de la UE que contempla el derecho del titular de datos personales que ha sufrido un daño o un perjuicio como consecuencia de un tratamiento ilícito a ser resarcido. Es el caso del art. 56.º -«Derecho a la indemnización»- de la Directiva (UE) 2016/680, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo*, a tenor del cual, «los Estados miembros dispondrán que toda persona que

haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una operación de tratamiento ilícito o de cualquier acto que vulnere las disposiciones nacionales adoptadas con arreglo a la presente Directiva tenga derecho a recibir una indemnización del responsable o de cualquier autoridad competente en virtud del Derecho del Estado miembro por los daños y perjuicios sufridos».

La regulación del derecho a la protección de datos vigente, el derecho de indemnización del titular o interesado perjudicado y la consiguiente responsabilidad civil del responsable y del encargado de tratamiento está contemplada en el art. 82.º del RGPD. Esta nueva regulación uniforme para el conjunto de los Estados de la UE solventa alguna de las cuestiones no resueltas, al menos de manera expresa, por el derogado art. 19.º de LOPD. En su apartado 1.º, este precepto establece que toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del propio Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o del encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos; y, en particular, en su apartado 6.º, este mismo artículo indica que las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes con arreglo al Derecho del Estado miembro que se indica en el art. 79.º, ap. 2.º Este artículo, al que remite expresamente el art. 82.º, 6 del RGPD, hace referencia a que, con carácter general, las acciones deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento, si bien alternativamente podrán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual, a menos que el responsable o el encargado sea una autoridad pública de un Estado miembro que actúe en ejercicio de sus poderes públicos.

La estimación de una acción indemnizatoria fundada en el art. 82.º del RGPD exige que el actor, en su condición de perjudicado, pruebe la concurrencia de los siguientes presupuestos: la infracción de las normas sobre protección de datos personales previstas en el propio RGPD o en la LOPDPGDD, la imputación de esta infracción al responsable o al encargado de tratamiento de los datos personales, la existencia de un daño o de un perjuicio cuyo resarcimiento se pretende, así como la existencia de una relación causal entre el tratamiento ilícito y el daño o perjuicio cuyo resarcimiento se pretende.

3. Legitimación activa: el titular de los datos personales que ha experimentado el daño o perjuicio

3.1. Acciones indemnizatorias individuales

El art. 82.º, 1 del RGPD atribuye el derecho a recibir una indemnización de daños y perjuicios a «toda persona» que los haya sufrido como consecuencia de una infracción de las previsiones contenidas en el propio Reglamento. El amplio tenor literal del precepto podría conducir a admitir la legitimación activa de cualquier persona, física o jurídica, que haya sufrido un daño o un perjuicio como consecuencia de la referida conducta imputable a un responsable o a un encargado de tratamiento de datos personales, con independencia de la condición de aquélla de titular de los datos personales objeto de tratamiento y cuyo tratamiento ilícito, precisamente ha determinado la causación de los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se pretende. Sin embargo, no parece que esta interpretación amplia resulte amparada por la interpretación sistemática de la

norma, debiendo restringirse la legitimación activa a aquellas personas físicas cuyos datos son objeto de tratamiento y ello por cuanto:

1.º) El RGPD se refiere exclusivamente a las personas físicas como titulares de datos personales (art. 1.º, 1 y 2.º), lo que determina la exclusión de las personas jurídicas de su ámbito subjetivo de aplicación. En particular, la STS, Sala de lo Civil, 68/2016, de 16 de febrero [RJ 2016\563], en relación con un supuesto de pretendida lesión del derecho al honor de una persona jurídica por cesión de sus datos a un fichero de morosos, declara que la normativa sobre la protección de datos de carácter personal sólo es aplicable a las personas físicas.

Sin perjuicio de ello, el art. 78.º, 1 del RGPD sí admite la legitimación activa de las personas jurídicas en relación con el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva frente a una autoridad nacional de control y ello por cuanto, se trata de procedimientos en los que estarán habitualmente involucrados responsables y encargados de tratamiento – e, incluso, delegados de protección de datos – que, con frecuencia, tendrán la naturaleza jurídica de personas jurídicas; al tiempo que la legitimación activa de determinadas personas jurídicas se admite en relación con el ejercicio de acciones colectivas de tutela de conformidad con las previsiones del art. 80.º del RGPD y en el caso de que tengan amparo en las previsiones de los Derechos procesales nacionales, como seguidamente se expone.

2.º) Los arts. 77.º y 79.º del RGPD se refieren exclusivamente a los «interesados» al regular, respectivamente, los derechos a presentar una reclamación ante una autoridad de control y a la tutela judicial efectiva frente a un responsable o a un encargado de tratamiento y lo hacen en línea con la previsión del Cdo. 146 del propio RGPD que alude al derecho de los «interesados» a recibir una indemnización total y efectiva de los daños sufridos.

En relación con el concepto de «interesado» en el RGPD, hemos de estar a la previsión de su art. 4.º, 1, a tenor del cual, «*interesado*» es una «persona física identificada o identificable», respecto de la que se produzca el tratamiento de cualquier información considerada como datos personales, precisando que se considerará como persona física identificable «toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona». Lo cierto es que el término «interesado» utilizado en la versión en español del RGPD, similar al «*interessato*» de la versión italiana y a los de «*personne concernée*» y «*betroffene Person*» de las versiones francesa y alemana respectivamente, no son los técnicamente más correctos, debiendo haberse utilizado la expresión titular de los datos personales, de manera concordante con el término «*data subject*» de la versión en inglés del Reglamento y «titular dos dados» de su versión en portugués.

3.2. La legitimación para la tutela «post mortem»

Sin perjuicio de los supuestos de sucesión procesal que se rigen de conformidad con las previsiones del art. 16.º de la LECiv, merece una particular consideración la cuestión atinente a la legitimación activa para el ejercicio de acciones de protección de los derechos sobre datos personales de personas físicas tras el fallecimiento de éstas y, en particular, la determinación de la posibilidad de su tutela «*post mortem*» y de identificación de las personas que gozan de legitimación activa en estos supuestos, en

particular para el ejercicio de las acciones indemnizatorias. A tenor de la doctrina que resulta de las SSTC 43/2004, de 23 de marzo y 51/2008, de 14 de abril, la muerte de la persona que conlleva la extinción de la personalidad, entendida como idoneidad para ser titular de derechos subjetivos (capacidad jurídica), es compatible con la subsistencia, derivada del principio de la inviolabilidad de la dignidad de la persona (*ex art. 10.º, 1 de la CE*), de un derecho al respeto de los derechos existenciales de la persona, de los que disfruta en vida, incluso tras su fallecimiento (derecho al respeto de la personalidad pretérita). Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, cada vez son más los contenidos digitales, ordinariamente de naturaleza extrapatrimonial, vinculados a datos personales, que son transmisibles «mortis causa», aun cuando, con frecuencia, los prestadores de los servicios de la sociedad de la información (*v.gr., Google, Facebook, Amazon, etc.*) pretendan limitar contractualmente la referida transmisibilidad, planteándose la cuestión relativa la transmisión de su titularidad y, vinculada a ella, la legitimación del ejercicio de los derechos derivados de la misma, habiendo recibido alguna respuesta expresa en leyes autonómicas, como es el caso de la Ley 10/2017, de 27 de junio, *de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del CC de Cataluña*. El art. 96.º, 4 de la LOPDPGDD expresamente dispone la aplicación preferente de las normas de Derecho civil propio de las CCAA en el caso de que existan en relación con las propias previsiones del referido precepto, si bien refiere su ámbito de subjetivo de aplicación, de manera técnicamente incorrecta, a las «personas fallecidas en las comunidades autónomas con Derecho civil, foral o especial, propio», cuando debería referirlo a las personas fallecidas con una vecindad civil correspondientes a una CA con un Derecho civil propio (al ser éste el criterio que ha de tomarse en consideración para determinar el Derecho aplicable).

Respecto de la cuestión que se ha planteado no existe previsión expresa alguna en el RGPD, pero sí en la LOPDPGDD, en cuyo art. 96.º se contiene una previsión sobre el denominado derecho al testamento digital, en el que se regula el acceso a los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas, atribuyendo legitimación para realizar aquel acceso a las personas vinculadas por el fallecido por razones familiares o de hecho, así como a sus herederos y, en su caso al albacea testamentario. Fuera de este supuesto, teniendo en cuenta la naturaleza de los derechos protegidos, concurren razones suficientes para argumentar, sobre la «*eadem ratio*» existente en ambos supuestos, la aplicación analógica, de las previsiones expresas contenidas en el art. 6.º de la LO 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*, que extiende la legitimación activa de las personas que, de acuerdo con su art. 4.º (la designada en testamento, el cónyuge, los ascendientes, los descendientes, los hermanos y, en su caso, Ministerio Fiscal) la tienen para promover la defensa de la memoria de la persona fallecida, a los supuestos de lesiones producidas en vida del titular de los derechos de la personalidad, permitiéndoles el ejercicio de las acciones que la persona que ha padecido la intromisión ilegítima no haya podido ejercitar antes de su fallecimiento (por sí o por su representante legal), por las circunstancias en que la lesión se produjo (párrafo 1.º), y para la continuación en las acciones que ya hubiera entablado (párrafo 2.º). En ambos supuestos (a diferencia de lo que sucede en la defensa de la reputación de una persona fallecida) con el ejercicio o con la continuación de las acciones se pretende la tutela frente a las intromisiones ilegítimas sufridas en vida por el titular de los derechos y se previene el destino que ha de darse a la reparación de los daños que con ellas se le han causado en vida, a cuyos efectos,

el inciso final del art. 9.º, 4 de a LO 1/82 dispone que la indemnización que, en su caso, se establezca para resarcir el daño causado al titular de derecho lesionado, se entenderá comprendida en la herencia del perjudicado.

Si se admiten las premisas precedentes, la legitimación activa para el ejercicio de las acciones para la protección de los derechos derivados de la necesaria tutela de los datos personales de la persona fallecida corresponderá a la persona que el fallecido haya designado, a los familiares (y no a los herederos), con fundamento en el «deber recíproco de protección existente entre los miembros de la familia», y, en defecto de todos ellos, al Ministerio Fiscal. Estas personas ejercitarán la acción frente a las intromisiones o lesiones producidas «post mortem», porque ostentan una legitimación «*ope legis*», vinculada a un derecho, la dignidad protegida de la personalidad pretérita, cuya tutela pretenden con el proceso, apreciándose la independencia de la cualidad de legitimado con la de beneficiario de la indemnización que, en su caso, proceda por la lesión del derecho a la tutela de los datos personales, en tanto que las personas legitimadas, por la voluntad del fallecido o por disposición de la ley, no son, en atención a esta cualidad, destinatarios de la indemnización que, en su caso, se conceda.

3.3. Acciones indemnizatorias colectivas

El art. 80.º del RGPD contempla la posibilidad de que, conforme a las disposiciones de los Derechos nacionales, los titulares de datos personales otorguen mandato a entidades, organizaciones y asociaciones sin ánimo de lucro cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y actúen en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de aquellos interesados en materia de protección de sus datos personales, en orden a que presenten, en su nombre, la reclamación y ejerzan, también en su nombre, los derechos contemplados en los arts. 77.º (presentar reclamaciones ante las autoridades de control), 78.º (tutela judicial efectiva contra una autoridad de control), 79.º (tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado de tratamiento) y el derecho a la indemnización en los términos del art. 82.º del RGPD. El apartado 2.º de este mismo art. 80.º del RGPD prevé también que los Derechos nacionales puedan prever que cualquiera de las referidas entidades -entidades, organizaciones y asociaciones sin ánimo de lucro cuyos objetivos estatutarios sean de interés público y actúen en el ámbito de la protección de los derechos y libertades de aquellos interesados en materia de protección de sus datos personales-, con independencia de la existencia de un mandato del interesado, tengan legitimación para presentar, en ese Estado miembro, una reclamación ante la autoridad de control competente en virtud del art. 77.º del RGPD y a ejercer los derechos contemplados en los arts. 78.º y 79.º, si consideran que los derechos del interesado reconocidos en el propio RGPD han resultado vulnerados como consecuencia del tratamiento realizado. Lo más llamativo de las previsiones del art. 80.º del RGPD radica en que para que las entidades a las que se refiere puedan tener atribuida legitimación activa para el ejercicio de la acción indemnizatoria del art. 82.º del RGPD se exige la concurrencia de un mandamiento expreso conferido por el interesado a favor de la entidad que ejercite, de manera colectiva, la acción que nos ocupa. La pregunta que, de manera evidente e inmediata surge, es la que sigue: ¿significa el distinto ámbito objetivo de los apartados 1.º y 2.º del art. 80.º del RGPD que los Estados nacionales no pueden prever en sus Derechos internos acciones colectivas de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria para el caso de lesiones dañosas en materia de tratamiento de datos personales? La respuesta, a mi juicio, es evidentemente negativa, sin perjuicio de la criticable exclusión de la

previsión expresa de la acción indemnizatoria o de daños en el apartado 2.º del citado art. 80.º del RGPD.

No se ha previsto por el legislador español una acción colectiva de naturaleza indemnizatoria o resarcitoria para los casos de daños o perjuicios causados a una pluralidad de sujetos como consecuencia del tratamiento ilícito de datos personales, al margen de las acciones colectivas de tutela de daños ocasionados a consumidores y usuarios reguladas en los arts. 11.º, 2 y 3 de la LECiv y ello a diferencia de lo que sucede, *v.gr.*, en el Derecho francés, tras la reforma del art. 37.º de la *Loi* núm. 78-17, du 6 janvier 1978, relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés llevada a cabo por la *Ordonnance* n°2018-1125 de 12 de diciembre de 2018. En el Derecho español, sólo una interpretación amplia del art. 6.º, 1, 7.º de la LECiv, en consonancia con la previsión del art. 7.º, 3 de la LOPJ, ampararía el ejercicio de una acción colectiva indemnizatoria prescindiendo de la cualidad de consumidores y usuarios de los sujetos perjudicados, como acontece en todos aquellos casos en los que la acción se funde en el art. 1902.º del CC.

En el Derecho francés, el vigente apartado 2.º del art. 37.º de la *Loi* núm. 78-17, du 6 janvier 1978 dispone que cuando varias personas físicas situadas en una posición similar sufran un daño que tenga como causa común una infracción de la misma naturaleza de las disposiciones del RGPD o de la propia Ley francesa, imputable a un responsable de tratamiento de datos personales o un encargado del tratamiento, puede ejercitarse una acción colectiva ante la jurisdicción civil o ante la jurisdicción administrativa competente en atención a los casos individuales presentados por el actor, previo informe de la *Commission nationale de l'informatique et des libertés*. El ap. 3.º del mismo precepto, precisa que esta acción puede ser ejercitada con la finalidad de hacer cesar la infracción o con la finalidad de imputar la responsabilidad civil a la persona que ha causado el daño, con el propósito de obtener una reparación de los perjuicios materiales y morales sufridos, así como las dos finalidades: cesación e indemnización. En todo caso la responsabilidad sólo puede ser imputada con el fundamento en este precepto en el caso de que el hecho generador del daño sea posterior al 24 de mayo de 2018 (fecha de entrada en vigor del RGPD). El apartado 4.º del art. 37.º de la Ley francesa de protección de datos enuncia los sujetos activamente legitimados para ejercitar la referida acción colectiva, presentado este elenco el carácter de *numerus clausus*:

- 1.º) Las asociaciones válidamente constituidas, con una antigüedad superior a cinco años y que tengan como objeto estatutario la protección de la vida privada o la protección de los datos personales.
- 2.º) Las asociaciones de defensa de los consumidores representativas a nivel nacional y sujetas a la aplicación del art. 811.º, 1 del *Code de la consommation*, cuando el tratamiento de los datos personales afecte a los consumidores.
- 3.º) Las organizaciones sindicales y de funcionarios representativas en el sentido de los artículos L. 2122-1, L. 2122-5 o L. 2122-9 del *Código de trabajo* o del apartado III del art. 8.º bis de la *Loi* n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou les syndicats représentatifs de magistrats de l'ordre judiciaire, en aquellos casos en los que el tratamiento afecte a los intereses de las personas cuyos intereses los estatutos de estas organizaciones contemplen defender. Asimismo, se precisa que cuando la acción colectiva ejercitada pretenda la reparación de los perjuicios causados, se ejercitará en el marco del procedimiento individual de reparación establecido en el Capítulo 1.º del Título

V de la *Loi n.º 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle* y en el Capítulo X del Título VII del Libro VII del *Code de justice administrative*.

La STJUE de 25 de enero de 2018 (asunto C-498/16; *Schrems vs. Facebook*), resuelve la cuestión prejudicial planteada por el *Oberster Gerichtshof* (Tribunal Supremo Civil y Penal de Austria) conociendo, en grado de casación, de la demanda interpuesta por *M. Schrems* frente a *Facebook Ireland Ltd.*, como consecuencia del espionaje masivo de cuentas abiertas en esta red social por parte de los servicios de inteligencia de USA, fundada en la infracción del normativa de la UE en materia de protección de datos personales y ejercitando pretensiones declarativas en relación con la invalidez de varias cláusulas contractuales, de cesación en el uso de sus datos, de información sobre el destino de éstos, de rendición de cuentas y de indemnización de daños y perjuicios, argumentando la competencia territorial en el fuero especial del domicilio del consumidor previsto en el art. 16.º, 1 del Reglamento 44/2001 (vigente Reglamento 1215/2012), si bien el actor (*M. Schrems*) es un jurista especializado en Derecho informático y protección de datos, al tiempo que ejercita la acción agrupando la propia derivada de su relación contractual con *Facebook*, con otras similares que le han cedido otros usuarios austriacos, de otros Estados de la UE e incluso de terceros Estados. Respecto de la primera cuestión planteada, el TJUE considera como consumidor a un experto en la materia que ha convertido el litigio propio en fuente de ingresos como acontece con el Sr. *Schrems*; pero no admite el fuero de competencia territorial especial del consumidor, señalando que éste sólo es aplicable cuando el demandante actúa en defensa de derechos nacidos de su relación contractual con el empresario o profesional, sin que dicho fuero se extienda también a las acciones cedidas por usuarios domiciliados en distintos Estados,³ argumentando sobre el carácter excepcional del fuero tuitivo del consumidor, al tiempo que considera que esta solución es la que mejor garantiza la previsibilidad de la atribución de competencia, es uno de los objetivos perseguidos por el Reglamento «Bruselas-I»: el empresario espera razonablemente que el consumidor con quien contrató le demande ante los tribunales de su domicilio, de manera que la posibilidad de que el conocimiento del asunto acabe en una jurisdicción distinta por el azar de la cesión de acciones resulta sorpresiva y generadora de incertidumbre. El TJUE da así al traste con el intento de *M. Schrems* de construir una especie de «*class action*» similar al sistema del Derecho de los USA, partiendo de los escasos mimbres que, a estos efectos, le brinda la legislación procesal austríaca, utilizando las instituciones jurídicas de la cesión y acumulación de acciones, atribuyéndole el papel de representante y defensor del grupo de afectados por *Facebook*, al igual que acontece con el «*representative plaintiff*» del Derecho USA.

Por su parte, la STJUE de 28 de abril de 2022 (asunto C-319/2020), resolviendo una cuestión prejudicial planteada respecto de la interpretación del art. 80.º, 2 del RGPD, en el marco de un procedimiento seguido frente a «*Meta Platforms*» por infracción de la normativa sobre datos personales, declara este precepto debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que permite

³ Comentando la STJUE de 25 de enero de 2018 Lafuente Torralba apunta a que la razón que subyace en este pronunciamiento radica en el temor al *forum shopping* o admisión de un fuero de conveniencia, en línea con lo apuntado en las conclusiones del Abogado General (M. BOBEK) en el referido asunto. Vid. Alberto José Lafuente Torralba, “Acciones colectivas, protección de datos y redes sociales: reflexiones al hilo de un reciente pronunciamiento de la Corte de Luxemburgo”, en *Acciones colectivas. Cuestiones actuales y perspectivas de futuro*, coords. Teresa Armenta Deu y Silvia Pereira Piugvert (Madrid: Marcial Pons, 2018), 361 y 362.

a una asociación de consumidores ejercitar acciones judiciales contra el presunto infractor de la normativa en materia de protección de datos personales, invocando el incumplimiento de la prohibición de prácticas comerciales desleales, de una ley de protección de los consumidores o de la prohibición del uso de cláusulas nulas.

4. La naturaleza de la responsabilidad civil en el art. 82.º del RGPD

A tenor de la regulación del art. 82.º del RGPD tampoco puede darse una respuesta que no ofrezca dudas acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil que establece a cargo de los responsables y de los encargados de tratamiento de datos personales. Tan es así que, en los primeros estudios publicados sobre esta cuestión se ha sostenido la naturaleza subjetiva⁴ y la naturaleza objetiva de la misma. En esencia, el debate se centra en el significado que haya de atribuirse al apartado 3.º del referido art. 82.º del RGPD, a tenor del cual «el responsable o el encargado del tratamiento estará exento de responsabilidad en virtud del apartado 2 si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios».

A tenor de las previsiones normativas que acaban de ser invocadas, parece poder afirmarse que el RGPD establece un sistema de responsabilidad civil subjetiva con inversión de la carga de a prueba de la culpa, en tanto que, en los casos de causación de un daño o perjuicio al titular de datos personales objeto de tratamiento, cuando haya mediado un incumplimiento de alguna de las previsiones específicas contenidas en el propio RGPD y que, debe hacerse extensivo a las contempladas en las normas nacionales de protección de datos personales; de tal manera que la acreditación por el responsable o, en su caso, por el encargado de tratamiento del cumplimiento de las previsiones legales que rigen su actividad, lo pondrá al amparo de la posibilidad de exigirle responsabilidad civil por los daños y perjuicios que haya padecido el titular de los datos personales. De esta forma, las normas que contemplan y disciplinan la actuación de los responsables y de los encargados de tratamiento de datos personales se erigen en determinaciones normativas de estándares de diligencia de observancia preceptiva, cuyo incumplimiento permite la calificación de la actuación de los referidos sujetos como negligente y, en consecuencia, suficiente para considerar que concurre el título de imputación subjetiva de su responsabilidad civil.

A estos efectos ha de tenerse en cuenta que el art. 82.º del RGPD pone a cargo del responsable y del encargado del tratamiento, a efectos de que puedan exonerarse de responsabilidad civil derivada de un evento dañoso cuya imputación se pretenda, bien que este evento dañoso resulta imputable a un hecho extraño a su esfera de control y de responsabilidad (hecho de un tercero o supuesto de fuerza mayor), bien que han adoptado todas las medidas normativamente exigidas y técnicamente posibles para evitar que se verificase el daño. Suele afirmarse que la razón o argumento que subyace en la inversión de la carga de la prueba de la culpa radica en el hecho de que el tratamiento de datos personales se califica como una actividad peligrosa, en tanto que expone a los titulares de los datos personales objeto de tratamiento a un riesgo, siendo esta actividad aceptada por la utilidad económica y social que conlleva, debiendo ser compensado aquel riesgo en el caso de que resulten vulnerados los derechos de

⁴ Es la tesis propugnada por Eva María Nieto Garrido, “Derecho a indemnización y responsabilidad”, en *Reglamento General de Protección de Datos. Hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, coords. María Álvarez Caro, Miguel Recio Gayo, José Luis Piñar Mañas (dir.) (Madrid: Ed. Reus, 2016), 561, argumentando esencialmente sobre el significado del art. 82.º, 3 del RGPD.

los titulares de los datos personales que son tratado, ordinariamente en beneficio del responsable. En consecuencia, el titular de los datos personales, el interesado que ejercita la acción de responsabilidad civil habrá de acreditar: la existencia del daño o del perjuicio, así como su cuantía; la violación de una norma de tutela de los datos personales –representativa de la conducta antijurídica–, así como la relación de causalidad entre esta conducta y el daño cuyo resarcimiento pretende.

Conforme a las afirmaciones que preceden, el responsable o el encargado del tratamiento, según sea el caso, quedarán exentos de responsabilidad cuando demuestren que no les resultan subjetivamente imputables los daños y perjuicios. En este sentido, el Considerando 146 del RGPD explica que el responsable o el encargado tratamiento deben quedar exentos de responsabilidad si se demuestra que en modo alguno son responsables de los daños y perjuicios, lo que debe entenderse no como una tautología, sino como la posibilidad de exoneración en los supuestos de daños imputables a un tercero, a un evento externo al ámbito de riesgo (fuerza mayor), así como en aquellos casos en los que acrediten haber actuado de manera diligente.

Sin perjuicio de lo anterior, el derecho a indemnización tampoco será exigible si no se ha producido una infracción del RGPD o, en los términos ya expuestos, de la LOPDPGDD, en el sentido de que dicha infracción produzca un daño económico o moral al interesado cuyos datos personales son objeto del tratamiento; esto es, en aquellos casos en los que el daño cuyo resarcimiento se pretenda no pueda calificarse como antijurídico; lo que sucederá también en aquellos casos en los que no haya un tratamiento ilícito de datos personales (*v.gr.*, en aquellos casos en los que se tratan datos anonimizados, sin que sea posible reidentificar a la persona respecto de la que se tratan, de manera que no concurre una conducta ilícita).

En el Derecho brasileño también se debate acerca de la naturaleza de la responsabilidad civil de los agentes de tratamiento de datos personales, considerando que la LGPD de 2018 establece un sistema de responsabilidad civil subjetiva.⁵

En sentido contrario, en la doctrina española sostienen que tanto la responsabilidad civil del responsable del tratamiento, como la del encargado de tratamiento, es objetiva, en tanto que, a su juicio, no se hace depender de la concurrencia de culpa, al no existir ninguna referencia a la misma en las normas examinadas del RGPD.⁶

La indemnización requiere que el interesado pruebe que ha producido un daño, bien sea económico o patrimonial (material) o moral (inmaterial). En relación con el concepto de daño, el Cdo. 146 del RGPD explica que el concepto de daños y perjuicios debe interpretarse en sentido amplio a la luz de la jurisprudencia del TJUE, de tal modo que se respeten plenamente los objetivos del mismo. En el caso de que no se produzca daño o perjuicio alguno, pero sí concorra una vulneración de otras normas del Derecho de la UE o de los Estados miembros en materia de tutela de los titulares de los derechos personales objeto de tratamiento, aunque no fuera aplicable el derecho a indemnización acogido en el art. 82.º del RGPD, sí cabe la posibilidad de que el interesado presente

⁵ Entre otros, Maria Celina Bodin de Moraes e João Quinelato de Queiroz, “Autodeterminação informativa e responsabilização proativa: novos instrumentos de tutela da pessoa humana na LGPD”, *Cadernos Adenauer*, Vol. 3 (2019): 130; y, siguiendo a los anteriores, H. da Silva Lima, “Responsabilidade civil objetiva, subjetiva ou proativa? Pela Lei Geral de Proteção de Dados e suas implicações: contexto brasileiro”, *Revista Jurídica de Daños*, n.º 24 (2021): 8.

⁶ Antoni Rubí Puig, “Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales. El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD”, *Revista de Derecho Civil*, Vol. 5, n.º 4 (2018): 62-63; y Pedro Grimalt Servera, «Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: tutela civil versus tutela administrativa», en *Protección de datos personales* (APDC), coord. Isabel González Pacanowska (Valencia: Tirant lo Blanch, 2020), 364-366.

una reclamación ante la autoridad nacional de protección de datos, si se trata de una conducta tipificada como ilícita, siendo susceptible de una sanción administrativa.

5. La relación del Derecho contractual de consumo con la protección de los datos personales

La digitalización obliga a cohonestar la regulación del Derecho de contratos con otras materias, como son la propiedad intelectual y, en particular, la protección de los datos personales. En el ámbito del Derecho de consumo, el RGPD tiene una aplicación plena y su incumplimiento puede constituir una falta de conformidad (Cdo. 48 de la Directiva 2019/770, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, *relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*), de modo que no cabe duda de la concurrencia del deber del empresario de respetar el RGPD en caso de resolución del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales (art. 119.º, *ter.5*, letra *b*), del TRLGDCU). Además, los datos personales utilizados por el empresario con finalidad comercial pueden ser considerados el precio o la contraprestación de los contenidos o servicios digitales (art. 59.º, 4 del TRLGDCU).⁷

Las anteriores consideraciones suscitan nuevas cuestiones y desafíos en el Derecho contractual a las que ha de darse una respuesta argumentada, como es qué consecuencias tiene la revocación del consentimiento sobre la eficacia del contrato o si el empresario tiene derecho a ser indemnizado en ese caso. Está claro que el equilibrio de intereses puede justificar que el empresario deje de continuar ofreciendo los contenidos y servicios digitales (art. 119.º, *ter.7* TRLGDCU), si bien partiendo del derecho fundamental que subyace en la tutela de los derechos personales, debería articularse mediante un derecho de denunciar o desistir del contrato y no un derecho a resolverlo, con fundamento en la revocación del consentimiento del consumidor al tratamiento de sus datos personales y ello por cuanto, porque esto último supone asumir que tal actuación del consumidor debe calificarse como un incumplimiento de éste, lo que resulta incompatible con su derecho a ejercer libremente la facultad de revocación (*ex* Cdo. 42 y arts. 4.º, 11, 7.º, 3, 7.º, 4 y 21.º del RGPD).

A su vez, el art. 59.º *bis.1*, letra *f*), del TRLGDCU, en su redacción fruto de la transposición del art. 2.º, 1 la referida Directiva 2019/771 eliminó la referencia al precio en la definición de compraventa de bienes, con o sin elementos digitales. Se trata de un evidente error técnico del legislador español puesto que es evidente que del precio no se puede prescindir en la compraventa, con independencia de que sea en dinero o signo que lo represente (art. 1445.º del CC). Por otra parte, si pueden ser objeto de compraventa los contenidos digitales (estén o no incorporados en un soporte duradero), su precio también pueden serlo los datos personales, salvo que estos sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar la prestación o cumplir las obligaciones legales a que está sujeto (arts. 3.º, 1 Directiva 2019/771, 3.º, 1.º *bis* Directiva 2011/83 y 59.4 TRLGDCU). El art. 59.º *bis.1*, letra *f*), del TRLGDCU no alude a esta circunstancia, si bien la norma vigente admite abiertamente que los datos personales pueden ser considerados precio (el art. 119.º *ter.2* TRLGDCU alude expresamente a los “*datos personales como contraprestación*”). El TRLGDCU no aclara

⁷ *Vid.*, entre otros, Ma Nieves Pacheco Jiménez y Mikael Leal Coronado, “Nueva moneda de cambio: nuestros datos personales como pago de contenidos digitales”, Centro de Estudios de Consumo, en <http://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/2961-nueva-moneda-de-cambio-nuestros-datos-personales-como-pago-de-contenidos-digitales>.

sobre si se aplica en la compraventa de bienes tangibles (con o sin elementos digitales), si bien no concurre argumento alguno para impedirlo en tanto que el art. 2.º, 7 de la Directiva 2019/771 señala que es posible el pago mediante representación de un valor, así como con dinero “funcional” (vales y cupones electrónicos y monedas virtuales).⁸ El Cdo. 23 de la Directiva 2019/771 no cualifica a estas últimas de contenido digital y ciñe el valor de las monedas virtuales a su posible función como medio de pago.

⁸ El Cdo. 23 de la Directiva 2019/771 aclara que «las representaciones digitales de valor también debe entenderse que incluyen las monedas virtuales, en la medida en que estén reconocidas por el Derecho nacional. La diferenciación en función de los métodos de pago podría ser motivo de discriminación y ofrecer un incentivo injustificado a las empresas para orientarse hacia el suministro de contenidos o servicios digitales a cambio de representaciones digitales de valor. Sin embargo, dado que las representaciones digitales de valor no tienen otra finalidad que servir como método de pago, no deben ser consideradas por sí mismas un contenido digital o un servicio digital en el sentido de la presente Directiva».

Sistemas de compensación sin culpa (SCSC) de los daños causados por las vacunas

*Carlos Aymerich Cano**

1. Particularidades de los daños vacunales frente al conjunto de los daños médicos

A pesar de los avances científico es difícil probar de forma incontestable que los daños aparecidos después de la administración de una vacuna han sido provocados por ella.

Esto es así porque, con carácter general, los daños vacunales no obedecen a la mala praxis de los profesionales sanitarios ni tampoco a defectos de fabricación (cuestión, por otra parte, cubierta por la normativa específica de seguridad y responsabilidad del fabricante de productos sanitarios) sino a efectos secundarios desconocidos en el momento de autorización de la vacuna.

Por otra parte, al tratarse de medicamentos dispensados en el marco de políticas y medidas de salud pública, las vacunas protegen tanto la salud individual como también la colectiva. Existe, pues, un interés público en su administración efectiva al mayor porcentaje posible de la población.

2. Cronología de los sistemas de compensación sin culpa por daños vacunales

Desde su implantación en la República Federal de Alemania en 1961, seguida de Francia en 1964, actualmente son 26 los Estados que tienen en funcionamiento mecanismos de compensación específicos de los daños vacunales: Estados Unidos y Canadá¹ en el continente americano; China, Japón, Corea del Sur, Vietnam, Tailandia y Nepal, en Asia; Nueva Zelanda, en Oceanía; y Austria, Dinamarca, Finlandia, Hungría, Islandia, Italia, Luxemburgo, Noruega, Rusia, Letonia, Eslovenia, Suecia, Suiza y el Reino Unido, además de los ya citados Alemania y Francia.

Con el antecedente de Québec, el gobierno canadiense aprobó el pasado 1 de de junio de 2021 el *Vaccine Injury Support Programm* (VISP),² un sistema de compensación de los daños graves y permanentes provocados por la administración de cualquiera de las vacunas aprobadas por *Health Canada*. También la iniciativa COVAX,³ impulsada por la OMS junto con otros agentes públicos y privados para

* Profesor Titular de Derecho Administrativo y Secretario General de la Universidade da Coruña. Licenciado en Derecho por la USC y Doctor por la UDC.

¹ Con el antecedente de Québec, el gobierno canadiense aprobó el pasado 1 de de junio de 2021 el *Vaccine Injury Support Programm* (VISP), un sistema de compensación de los daños graves y permanentes provocados por la administración de cualquiera de las vacunas aprobadas por *Health Canada*.

² “Vaccine Injury Support Program (VISP)”. Disponible en: <https://vaccineinjurysupport.ca/en>.

³ Acrónimo de *COVID-19 Vaccines Global Access*.

facilitar el acceso a las vacunas contra el COVID-19 a los países con ingresos medios y bajos, ha establecido un sistema de compensación sin culpa para cubrir los daños graves y permanentes provocados por la administración de las vacunas suministradas a través del programa.⁴

3. Razones para su establecimiento⁵

Aunque cada sistema tiene su origen en la respuesta a un problema específico – repercusión pública de algunos supuestos de daños vacunales, condenas judiciales a las empresas farmacéuticas o, en fin, el incremento de la contestación social a las vacunas – pueden señalarse algunas razones o motivaciones comunes a todos ellos.

En primer lugar, todos los sistemas responden a la preocupación por dar una solución justa a los daños provocados por las vacunas (obligatorias o recomendadas, como parte de programas de salud pública), ya que exceden de los que se hallan cubiertos por los sistemas de seguridad social o de salud. Además, las normas sustantivas y procesales reguladoras de la responsabilidad por daños médicos se muestran inadecuadas para el tratamiento de los daños vacunales sea por su elevado coste, por la lentitud de los procesos, por lo elevado de sus exigencias probatorias, por la dificultad de probar la culpabilidad.

En segundo lugar, estos sistemas tratan de responder a la creciente preocupación social acerca de la seguridad de las vacunas y el consiguiente descenso en las tasas de vacunación. En el caso de los EUA, el NVICP⁶ se estableció en 1986 para responder al creciente rechazo social a las vacunas, a la respuesta insatisfactoria ofrecida desde el derecho de daños tradicional y también a la amenaza de desabastecimiento (o encarecimiento) de vacunas como consecuencia de las indemnizaciones a que los fabricantes tuvieron que hacer frente.

Por último, y en relación con el motivo anterior, debe también indicarse que el establecimiento de estos sistemas responde a la presión y consiguiente protección de los intereses de los fabricantes de vacunas, presentado como la necesidad de no frenar la innovación (lo que podría suceder si los fabricantes de estos medicamentos tuviesen que afrontar indemnizaciones cuantiosas).⁷

4. Características generales

a) Competencia para su establecimiento y gestión

La competencia para el establecimiento y gestión de los SCSC depende de la titularidad de la competencia general en materia de salud pública. Por consiguiente, dependiendo del carácter federal o unitario y, dentro de estos últimos, dependiendo del grado existente de descentralización, la competencia corresponderá a órganos centrales o subcentrales.

⁴ “COVAX AMC Program Protocol”. Disponible en: <https://covaxclaims.com/program-protocol/>.

⁵ Una revisión exhaustiva de los motivos justificativos de la implantación de sistemas de compensación sin culpa de daños vacunales en Michelle M. Mello, “Rationalizing Vaccine Injury Compensation”, *Bioethics*, vol. 22, no. 1 (2008): 32-42.

⁶ Acrónimo de *National Vaccine Injury Compensation Program*.

⁷ La “*Public Readiness and Emergency Preparedness Act*” de 2005, conocida como “*Prep Act*”, promovida por la Administración Bush, formaba parte de un plan de respuesta a una epidemia de gripe (*pandemic influenza*) y respondía a la necesidad de “*proteger a los fabricantes eliminando uno de los mayores obstáculos para la producción de vacunas*” cual era, como es de suponer, su exposición a demandas por daños antela jurisdicción ordinaria.

b) Carácter público o privado del sistema

Con carácter general, los SCSC tienen carácter público, administrativo (en la mayoría de los casos) o judicial y se encomienda a órganos especializados.

En algunos países como Suecia, el sistema tiene carácter privado y es gestionado por compañías aseguradoras contratadas por las empresas farmacéuticas.

c) Daño

La mayoría de los sistemas exigen que el daño sea grave (muerte o lesiones o incapacidad severa o permanente), excluyendo los de carácter leve.

En el caso de los EUA, existe una tabla de daños (VIT, o Vaccine Injury Table) que establece una presunción legal de causalidad para los daños que incluye (relacionados con determinadas vacunas y producidos en un determinado lapso temporal). Esta tabla es periódicamente revisada. La discusión se produce alrededor de los denominados daños “*Off-Table*”, tanto respecto del procedimiento para su inclusión como del tratamiento procesal que reciben.⁸

d) Vacunas cubiertas

Mientras algunos sistemas (así sucede en Nueva Zelanda, Suecia o Québec) no establecen limitación alguna, la mayoría de los SCSC cubre sólo las vacunas recomendadas para la población en general, para determinados colectivos (menores, mujeres embarazadas) o para ciertas profesiones (así sucede con los profesionales sanitarios en Francia).

En todo caso, la tendencia es la de incluir todas las vacunas recomendadas por las autoridades sanitarias, sea cuál sea la edad u ocupación de las personas receptoras.

Con todo, en el caso de los EUA, existe una importante excepción que introduce, además, una dualidad en el sistema: en caso de pandemia, opera un sistema específico (el establecido por la Prep Act de 2005) que supone una exclusión general de responsabilidad para las “*contramedidas*” (incluyendo vacunas) aprobadas para hacer frente a la pandemia y que sólo contempla, de acuerdo con reglas más estrictas que las establecidas para la VICP, compensación por daños vacunales en caso de dolo o “*Willful Misconduct*” (caso en el cual las demandas han de ser admitidas por la jurisdicción ordinaria) o de muerte o daños graves (en cuyo caso la compensación es decidida por el propio Servicio de Salud Pública sin posibilidad de ulterior recurso).⁹

e) Plazos de reclamación

La mayoría de los SCSC prevén establecen un plazo de caducidad para formular la reclamación, contado desde la fecha de administración de la vacuna.

f) Procedimiento

Casi todos los SCSC se desarrollan a través de procedimientos administrativos con participación de órganos o paneles de evaluación especializados. En algunos, como en el NVICP de los EUA, existe un órgano judicial federal especializado.

⁸ Véxase, entre otros, Wayne Rhode, *The Vaccine Court*, (NY: Skyhorse, 2014), en especial el capítulo octavo, “Proving Off-Table Injuries”; y, desde un punto menos crítico, Anna Kirkland, *Vaccine Court: The law and politics of injury* (NY: New York University Press, 2016).

⁹ Este sistema excepcional ha sido activado para el COVID a través de una declaración del Secretario del *Human Health Service* (equivalente al Ministerio de Sanidad) el 10 de marzo de 2020, enmendada ya en 10 ocasiones siempre en el sentido de ampliar el ámbito, objetivo y subjetivo, de la exención de responsabilidad. Junto con estas enmiendas, deben destacarse también las “*Advisory Opinions*” (o declaraciones interpretativas) emitidas por el Consejo General del HHS. Una de ellas, publicadas el 17 de abril de 2020, extiende la exención de responsabilidad a personas o productos que aún no estando incluidas en la declaración de emergencia sanitaria “*podrían pensar razonablemente que sí lo estaban*”. Obviamente, todas las vacunas contra la COVID que han sido objeto de una autorización de emergencia o provisional, están incluidas en esta declaración realizada al amparo de la *Prep Act* de 2005.

Cuando el sistema se ejecuta por medio de órganos y procedimientos administrativos, estas resoluciones pueden ser recurridas judicialmente o incluso, como sucede en el sistema británico, se prevé la posibilidad de presentar reclamaciones judiciales independientes de la solicitud administrativa previa, restando de la eventual indemnización los beneficios obtenidos a través del sistema de compensación sin culpa.

g) Prueba

Sin alterar la regla general de que la carga de la prueba recae sobre quien reclama, la mayoría de los sistemas utilizan como estándar probatorio el de la mayor probabilidad (preponderance of evidence). El mayor rigor que Francia venía exigiendo (prueba clara y convincente) se ha venido flexibilizando a través de la admisión de pruebas indiciarias y presunciones, sancionado expresamente por el TJUE.¹⁰

h) Compensación

Con carácter general, la compensación cubre los gastos médicos (cuando no estén cubiertos por el sistema de seguridad social o sanitario público), lucro cesante (en caso de incapacidad total o parcial) y el pago de cantidades preterdeterminadas en caso de fallecimiento – incluidas compensaciones a las personas que dependiesen económicamente de la fallecida - además de los costes judiciales.

Algunos sistemas incluyen también la indemnización por daños morales y psicológicos (“*Pain and suffering*”).

El importe de la compensación responde, normalmente, a cantidades previamente fijadas para cada tipo de daño y es más reducida que la que resultaría del sistema general de responsabilidad por daño. La mayor rapidez y la ausencia de costas judiciales compensaría ese inferior valor.

Mención especial merece la metodología del cálculo de indemnizaciones contemplado en el apartado 10 del Protocolo de Compensación COVAX, recogido en el siguiente cuadro:

¹⁰ En un caso de responsabilidad de los productores de vacunas, en aplicación de la Directiva 85/374/CEE, la Sentencia del TJUE de 21 de junio de 2017 (as. C-621/15, Sanofi) admite, de acuerdo con determinadas condiciones, sistemas probatorios fundados en indicios o presunciones: “*En el presente asunto, datos como los invocados en el marco del litigio principal, relacionados con la proximidad temporal entre la administración de la vacuna y la aparición de una enfermedad y la inexistencia de antecedentes médicos personales y familiares en relación con dicha enfermedad, así como la existencia de un número significativo de casos registrados en los que tal enfermedad apareció a raíz de la administración de la referida vacuna, parecen a priori constituir indicios cuya conjunción podría, en su caso, llevar al órgano jurisdiccional nacional a considerar que el perjudicado ha dado cumplimiento a la carga de la prueba que le incumbe en virtud del artículo 4 de la Directiva 85/374. Así puede suceder, en particular, si dichos indicios llevan al juez a considerar, por un lado, que la administración de la vacuna es la explicación más plausible de la aparición de la enfermedad, y, por otro lado, que, en consecuencia, teniendo en cuenta todas las circunstancias, dicha vacuna no ofrece la seguridad a la que una persona tiene legítimamente derecho en el sentido del artículo 6 de dicha Directiva, en la medida en que ocasiona un daño anormal y particularmente grave al paciente que, tratándose de un producto de esta naturaleza y habida cuenta de su función, puede esperar legítimamente un alto grado de seguridad.*” (véase, en este sentido, la sentencia de 5 de marzo de 2015, Boston Scientific Medizintechnik, C-503/13 y C-504/13, EU:C:2015:148, apartado 39).

Protocolo Compensación COVAX, aptdo. 10, Pagos

“En caso de que el Panel de Examen o el Panel de Apelaciones apruebe la realización de un Pago, el Administrador, con sujeción a lo dispuesto en el apartado b) del artículo 9, se encargará de calcular la suma a pagar con arreglo a la siguiente metodología:

PIB per cápita de la economía pertinente que puede optar al AMC x 12 x factor de daño resultante de la Vacuna o su administración; y

En caso de que se apruebe un Pago por muerte o Deficiencia, se abonará una suma diaria de US\$100,00 por cada día de Hospitalización o de prolongación de una Hospitalización ya existente, sin exceder el periodo máximo de pago de 60 días.

Donde:

El PIB per cápita de la economía pertinente que puede optar al AMC es el más reciente que haya publicado el Banco Mundial en la fecha en que se apruebe el Pago; y

Los factores de daño resultantes de la Vacuna o su administración son los siguientes:

1,0 en caso de muerte

1,5 en caso de Deficiencia igual o superior al 75%

1,0 en caso de Deficiencia igual o superior al 50% pero inferior al 75%

0,5 en caso de Deficiencia igual o superior al 25% pero inferior al 50%

0,25 en caso de Deficiencia igual o superior al 10% pero inferior al 25%

0,10 en caso de Deficiencia inferior al 10%

1,5 en caso de Lesión congénita o enfermedad que cause una Deficiencia igual o superior al 75%

1,0 en caso de Lesión congénita o enfermedad que cause una Deficiencia igual o superior al 50% pero inferior al 75%

0,5 en caso de Lesión congénita o enfermedad que cause una Deficiencia igual o superior al 25% pero inferior al 50%

0,25 en caso de Lesión congénita o enfermedad que cause una Deficiencia igual o superior al 10% pero inferior al 25%

0,10 en caso de Lesión congénita o enfermedad que cause una Deficiencia inferior al 10%”.

i) Financiación

Con carácter general, la financiación de los SCSC es pública, bien directamente a través de partidas presupuestarias específicas, bien por medio de fondos especiales que se nutren con aportaciones de los fabricantes o de una tasa sobre cada unidad de vacuna vendida.

5. Viabilidad de un SCSC de daños vacunales en el sistema español

En el ámbito de la compensación de los daños causados por la vacunación, el sistema español se aparta del consenso, general y creciente, observable en otros países pues la responsabilidad objetiva de los poderes públicos se convierte en el ámbito sanitario, en virtud de la doctrina jurisprudencial y del artículo 34.º, 1 LRJSP, en una responsabilidad por funcionamiento anormal.

En efecto, aunque una línea jurisprudencial funde en la responsabilidad social la indemnización de los daños imprevisibles provocados por la vacunación recomendada,¹¹ otras sentencias dejan estos daños fuera de la cobertura indemnizatoria pública al considerar que se trata de resultados adversos impredecibles o de daños idiosincráticos.¹² Este estado de cosas resultaría incompatible con la doctrina del TEDH para el caso de que se impusiesen obligaciones de vacunación,¹³ resultando incluso discutible su necesidad en el modelo vigente, de vacunación recomendada oficialmente que opera como condición de ejercicio de ciertos derechos o de acceso a determinados espacios a través de los pasaportes vacunales.

Ciertamente, en el caso español, por ahora, la negativa a la vacunación no ha alcanzado los niveles preocupantes de otros países, pero no por ello debe obviarse la conveniencia, tanto por razones de justicia como en atención a consideraciones de política sanitaria, de ofrecer una cobertura indemnizatoria a todos los daños graves provocados por la inoculación de las vacunas incluidas en el calendario único vacunal.

Las ventajas y características básicas de estos sistemas son las que seguidamente se indican:¹⁴

- La cobertura de todos los daños graves producidos por la administración de vacunas.

¹¹ En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de abril de 2012 y del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 11 de septiembre de 2015. La primera de las citadas, en relación con el caso de un hombre que desarrolla el síndrome de Guillain-Barré tras serle administrada la vacuna contra la gripe, justifica el derecho del afectado a ser indemnizado en la existencia de “una carga social que el reclamante no tiene el deber jurídico de soportar de manera individual, sino que ha de ser compartida por el conjunto de la sociedad, pues así lo impone la conciencia social y la justa distribución de los muchos beneficios y los aleatorios perjuicios que dimanen de la programación de las campañas de vacunación dirigidas a toda la población”. El razonamiento coincide con el utilizado por la CC italiana para justificar la conveniencia de indemnización de todos los daños derivados de la administración de vacunas recomendadas, no obligatorias, ya que en ese caso la recomendación tutela la protección de la salud colectiva: “il mero riscontro della natura raccomandata della vaccinazione, per le cui conseguenze dannose si domandi indennizzo, non consente ai giudici comuni di estendere automaticamente a tale fattispecie la pur comune ratio posta a base delle precedenti, parziali, declaratorie di illegittimità costituzionale dell’art. 1, comma 1, della legge n. 210 del 1992 (analogamente, sia pur in diversa materia, sentenza n. 110 del 2012). Infatti, in caso di complicità conseguenti alla vaccinazione, il diritto all’indennizzo non deriva da qualunque generica indicazione di profilassi proveniente dalle autorità pubbliche, a quella vaccinazione relativa, ma solo da specifiche campagne informative svolte da autorità sanitarie e mirate alla tutela della salute, non solo individuale, ma anche collettiva. All’accertamento in fatto dell’esistenza di raccomandazioni circa il ricorso alla vaccinazione in esame, che certamente spetta ai giudici comuni, deve perciò necessariamente seguire – nell’ambito di un giudizio di legittimità costituzionale – la verifica, da parte di questa Corte, circa la corrispondenza di tali raccomandazioni ai peculiari caratteri che, secondo una costante giurisprudenza costituzionale, finalizzano il trattamento sanitario raccomandato al singolo alla più ampia tutela della salute come interesse della collettività, ed impongono, dunque, una estensione della portata normativa della disposizione censurata” (Sentencia CC n. 268 del 2017).

¹² Sirva como muestra la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2012 o la de la Audiencia Nacional de 17 de mayo de 2017, en relación con los daños causados por la administración de la vacuna del papiloma humano: “las especialidades farmacéuticas – incluidas las vacunas – pueden presentar efectos adversos cuya manifestación efectiva, de producirse, constituye uno de los supuestos en los que la causación del daño viene determinada por la necesidad de evitar un mal mayor, debiendo el administrado soportar el riesgo de los efectos adversos que se consignan en la ficha técnica y el prospecto, y salvo que se aprecie una mala praxis en relación con la situación particular del paciente o la vigilancia y tratamiento de las posibles reacciones lo que en su caso, abriría las puertas a otro tipo de responsabilidades distintas a las derivadas de la autorización del medicamento”.

¹³ Carlos Cano, “Un análisis de la jurisprudencia del TEDH sobre vacunación obligatoria en Aymerich Cano, “Vacunación obligatoria y responsabilidad patrimonial”, *Derecho y Salud*, v. 31 (2021), accesible en <https://www.ajs.es/es/index-revista-derecho-y-salud/volumen-31-extraordinario-2021/vacunacion-obligatoria-y>).

¹⁴ Véase Jennifer Keelan y Kumanan Wilson, “Designing a No-Fault Vaccine-Injury Compensation Programme for Canada: Lessons Learned from an International Analysis of Programmes”, Munk School of Global Affairs, University of Toronto (2011), accesible en <https://munkschool.utoronto.ca/research-articles/designing-a-no-fault-vaccine-injury-compensation-programme-for-canada-lessons-learned-from-an-international-analysis-of-programmes/>).

- Responsabilidad objetiva, centrada en el daño y en las necesidades de la persona afectada en vez de poner el foco en otros elementos como la sanción de la mala praxis sanitaria.
- Frente al efecto disuasorio general, lo que se busca es ofrecer confianza a las personas vacunadas reduciendo, de este modo, los argumentos y el apoyo a las opiniones críticas con las vacunas.
- Procedimiento rápido, gracias a la existencia de una tabla de compensaciones tipo, facilidad probatoria y resolución por órganos especializados.

La caracterización general del sistema español de responsabilidad de la administración como objetivo podría facilitar la implantación de un modelo como el que se propone. Por otra parte, en el ámbito de la administración económica y contractual ya existen órganos específicos de resolución de recursos y, en especial en el segundo, procedimientos rápidos cuyas resoluciones, en los contados supuestos en que son objeto de revisión judicial, suelen ser confirmadas por la justicia.

Varias serían, pues, las decisiones a tomar:

- El sistema debería operar tanto respecto de los daños producidos por las vacunas obligatorias como también para los provocados por las recomendadas, dado que la solidaridad social opera en los dos supuestos (y en ambos concurren también las razones de política de salud pública).
- Su cobertura debe incluir todos los daños graves, sean o no permanentes.
- La prueba del daño debe poder realizarse rápidamente por medio de informes médicos y la determinación del nexo causal con la administración de la vacuna debería poder demostrarse por medio de indicios y presunciones: mayor probabilidad, momento de aparición de los daños, historial médico de la persona lesionada, etc.
- Su funcionamiento debe ser rápido, por medio de tribunales administrativos integrados por personal especializado y con garantías reforzadas de imparcialidad (inamovilidad).
- Y en cuanto a su financiación, ésta deber ser exclusivamente pública, sin perjuicio del retorno vía impuestos o vía precios y, en su caso, de la acción de regreso contra el fabricante.

Os desafios do Direito Administrativo ante a subjetividade maquínica em um contexto de sindemia e catástrofes ambientais

*Janriê Rodrigues Reck**

*Caroline Muller Bitencourt***

1. Introdução

Este trabalho versa sobre os tensionamentos que são gerados no interior do Direito Administrativo tanto por conta de uma subjetividade anarcocapitalista, autoritária e maquínica, como pelos desafios impostos pelo capitalismo do desastre, no qual a sindemia de COVID-19 foi um exemplo. Quer-se demonstrar que existe uma contradição inevitável que se faz cada vez mais intensa entre as necessidades de cooperação necessárias para fazer frente aos desastres provocados pelas interações humanas e a subjetividade contemporânea. A forma egocêntrica com que o sujeito atual interage impede as grandes demandas de cooperação necessárias para a resolução dos problemas que se impõem. O trabalho se delimita espacialmente dentro do contexto da sociedade mundial, e se coloca temporalmente na experiência atual da formação social. Em termos disciplinares, este trabalho transita entre o Direito Público e a Sociologia Crítica.

O problema de pesquisa que move este trabalho é: como entender a subjetividade dominante na sociedade e como esta subjetividade se reflete nos desafios que o Direito Administrativo precisa enfrentar para fazer frente às crescentes catástrofes que tendem a acontecer por conta da ação humana?

A hipótese é a de que a subjetividade dominante é uma subjetividade autocentrada e maquínica, e que, portanto, encontra dificuldades no campo da interação e cooperação. Isto faz com que as necessidades de formulação e implementação das políticas públicas sejam dificilmente alcançadas, já que pressupõem atores que agem de forma minimamente cooperativa. Estas dificuldades do Direito Público se refletem, assim, em uma incapacidade de fazer frente às novas dificuldades que se impõem.

Muito embora seja mais justificável concentrar esforços em encontrar maneiras de sair da situação narrada na hipótese, por outro lado trabalhos críticos, que descrevam a sociedade sem o romantismo otimista, podem estabelecer as bases para aquela superação. Deste modo, o trabalho se justifica socialmente ante a relevância de se pensar meios para tornar mais socialmente eficazes as políticas públicas, como também juridicamente, já que é necessário entender as bases sociais das políticas públicas e do Direito Administrativo.

* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

** Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNISC.

Para a resolução do problema e confirmação da hipótese estabeleceu-se três objetivos gerais, sendo que o primeiro versa sobre uma tentativa de encontrar elementos de leitura da subjetividade contemporânea. O segundo objetivo versa sobre uma descrição do capitalismo do desastre que se coloca em nossa sociedade, principalmente com foco na sindemia. O terceiro objetivo visa conectar o segundo com o primeiro objetivo, estabelecendo, ainda, as relações com o Direito Administrativo, o qual consiste em um ramo do Direito que demanda cooperação para o alcance de objetivos coletivos, sendo que, neste caso, as dificuldades da pós-modernidade parecem óbvias.

A metodologia de trabalho foi tipicamente crítica, a partir da utilização de uma leitura social e psicológica ao mesmo tempo tanto da subjetividade contemporânea (até pelos autores utilizados) como pela leitura dos problemas da sociedade.

2. A subjetividade da contemporaneidade

A proposta deste trabalho visa conectar a forma de subjetividade da contemporaneidade com as políticas públicas e com os desafios que são impostos pela expectativa de cada vez maiores riscos de desastres naturais provocados pela ação humana. A subjetividade é, evidentemente, algo relacionado à personalidade, e, portanto, possui uma dimensão individual. Isto não significa que não seja possível fazer uma hermenêutica da subjetividade de um determinado tempo. Esta hermenêutica é possibilitada tanto pela análise do contexto social da psicogênese, ou seja, do âmbito cultural onde são formadas estas personalidades, como pelos resultados desta mesma personalidade, permitindo, em uma forma especulativa, a formação de um panorama geral.

As observações aqui traçadas se referem mais à subjetividade contemporânea de parte da população brasileira. Entretanto, como os fenômenos são compartilhados na sociedade ocidental, as construções são possíveis de serem generalizadas.

Em outros momentos, identificamos como um traço predominante da sociedade o ressentimento.¹ O ressentimento é entendido como um sentimento que surge ante o fracasso na adequação social, o qual gera uma reação vingativa contra si mesmo e a sociedade. Também se falou em uma subjetividade hiper individualista e vaidosa,² assim como esgotada diante das crescentes demandas de produtividade,³ e desalentada e sem esperança por outro destino. Uma sociedade onde seus membros componentes nutrem destes sentimentos evidentemente estará pouco apta para as exigências necessárias para o enfrentamento de grandes desastres naturais. Estas observações continuam válidas, mas requerem observações adicionais.

Por mais que isto possa ser elaborado a partir de uma tese a parte, pergunta-se: em que sentido as noções de personalidade autoritária da escola de Frankfurt, da psicologia de massas e finalmente da subjetividade maquínica – todas elaboradas em períodos passados – podem ajudar na compreensão da contemporaneidade? A hipótese é a de que estas leituras são atuais porque, em último grau, comprovam que o autoritarismo *pode* levar a uma anomia social. De fato, é uma tese ousada, já que as

¹ Maria Rita Khel, *Ressentimento* (São Paulo: Boitempo, 2020), 44.

² Gilles Lipovetsky, *A Sociedade da Sedução: Democracia e narcisismo na hipermodernidade liberal* (São Paulo: Manole, 2020), 91.

³ Nelson da Silva Júnior, “O Brasil da barbárie à desumanização neoliberal: do ‘Pacto edípico e pacto social’, de Hélio Pellegrino, ao ‘E daí’, de Jair Bolsonaro”, in *Neoliberalismo como gestão do sofrimento psíquico*, orgs. Christian Dunker, Nelson da Silva Jr. e Vladimir Safatle (Belo Horizonte: Autêntica, 2020), 257.

perspectivas dos autores clássicos do autoritarismo o ligam com um excesso de regras e da severidade da sua aplicação, e aqui se advoga que, sob determinadas circunstâncias, a personalidade autoritária pode levar precisamente a uma sociedade anômica, isto é, sem regra alguma. Esta circunstância é justamente a potencialização da personalidade autoritária e de massa de modo que cada um compensa sua fraqueza, ressentimento e fracasso sob a forma de megalomania, dando-se normas ao mesmo absolutas, porque não podem enfrentar limites e contestação, e individuais, já que geradas pelo e para o próprio indivíduo. Não há uma norma coletiva obsessivamente seguida e observada, mas sim um conjunto de normas individuais absolutas.

Com Adorno tem-se a descrição da correlação entre a escolha de ideologias totalitárias e estruturas profundas de personalidade.⁴ A sabidamente complexa descrição da personalidade autoritária por Adorno abrange uma resposta submissa perante idealizações morais. Esta resposta submissa implica ausência de capacidade de julgamento moral, levando à ausência de questionamento e conseqüentemente conservadorismo moral, facilmente observável na contemporaneidade. A divisão de mundo entre fracos e fortes (e a auto inclusão no campo dos fortes) dirige a uma forma de pensamento ao mesmo tempo supersticiosa e estereotipada, estando particularmente susceptível ao descolamento da realidade. Esta divisão fraco-forte também permite a admiração e identificação com um líder observado como “forte” e que seria estereotipado em tal condição, sendo visto sem maiores contradições. Novamente, os populismos acabam se valendo de tal traço da personalidade autoritária. A personalidade autoritária, por outro lado, possui aquilo que Adorno chama de projetividade, isto é, uma crença na existência de um mundo perigoso e selvagem. Este dado é visto como o temor, contemporâneo perante a ciência ou à universidade, locais que seriam tomados por drogas e orgias sexuais.

Por outro lado, este trabalho difere das conclusões de Adorno, até pela distância histórica. Enquanto o indivíduo com personalidade autoritária dos anos 30-50 do século XX busca obsessivamente um sentido pelo compartilhamento obsessivo de normas comuns, o autoritário do século XX faz isso somente em parte. É verdade que busca impor violentamente determinados padrões de comportamento relacionados a formas de afeto – cuja existência tanto lhes falta – mas, por outro lado, o indivíduo autoritário do século XXI é seduzido por uma versão radicalizada do anarcocapitalismo. O antissemitismo está presente em outras formas. Assim como o judeu era temido por ser poderoso, “*dono da economia*”, e, ao mesmo tempo, desprezado por ser “fraco”, na visão do autoritário contemporâneo as minorias cumprem este papel. O gay, por exemplo, é, ao mesmo tempo “fraco” e “desprezível”, merecendo sofrer violência, mas, por outro lado, domina todos os meios de comunicação e é capaz de influenciar diretamente comportamentos (incluindo o de “induzir” o autoritário a comportamentos homoafetivos).

Voltando ao assunto do anarcocapitalismo e a demissão do Direito Administrativo.⁵ As normas não são comuns e impostas por autoridade paternal única como o *Fuher* dos anos 1930. Sua carência é tanta que precisa de diversos pais, daí a razão pela qual eles são seduzidos por uma concepção de economia onde as grandes empresas põem as regras que eles, como fracos, terão de obedecer. Entretanto, sua

⁴ Theodor W. Adorno, *Estudos sobre a personalidade autoritária* (São Paulo: Editora Unesp, 2019), 50.

⁵ Janriê Rodrigues Reck e Caroline Müller Bittencourt, “Direito Administrativo e o diagnóstico de seu tempo no Brasil”, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n.º 75 (2019): 241-264.

concepção de anarcapitalismo é maximizada para não abranger não só o governo das grandes empresas, mas também dos grupos organizados locais, tais como milícias, máfias, igrejas ou clubes sociais. São múltiplos os espaços de convencimento recíproco das fantasias de potência. Nestes espaços, os membros se reconhecem como perfeitos, dotados de virtude e, principalmente, potência. Na maior parte das vezes isto é apenas simbólico, mas pode, por outro lado e mais raramente, descambar para a violência. Em um terceiro nível, finalmente, as carências de potência do autoritário o levam inclusive para o abandono de qualquer grupo. É como se cada um colocasse sua norma individual como a norma a ser cumprida, sendo que eles devem ser imunes a qualquer consciência ou crítica. Esta imunidade permite que eles mantenham sua imagem auto idealizada de puros e elevados, apesar dos mais mesquinhos pensamentos e atitudes.⁶ Este voltar-se para pequenos grupos e para si mesmo gera o que se pode caracterizar como uma sociedade anômica, desorganizada, sem normas comuns. Elas, as normas, existem, mas apenas como expressão de desejo de potência de grupos e pessoas autoritárias.

Este anomia social se conecta com a formação de uma subjetividade maquínica, nos dizeres de Guattari. A psicogênese é produção social, e não somente um processo individual. Depende de um conjunto de fatores, sendo que estes fatores estão ligados com os nossos modos de ver e produzir. Um processo que só se fez intensificar desde os anos 50 do século para a contemporaneidade é o nosso contato com as máquinas. As máquinas são responsáveis pela nossa locomoção, conforto e nosso trabalho. A subjetividade humana, assim, desde há muito é atravessada pela nossa relação com a máquina. As máquinas passam a ser agências da subjetividade, isto é, aparatos de formação de estruturas. Com os computadores portáteis, mas, mais especificamente, com as redes sociais e celulares,⁷ as máquinas não estão só na produção de bens, mas também nos momentos de lazer e, inovadoramente e principalmente, aparecem como formas de expressão. Agora a subjetividade não só é formada a partir de máquinas, mas também é expressa com máquinas nas redes sociais. Finalmente fica pronto o ciclo da subjetividade maquínica,⁸ pois com a máquina se produz e se expressa e, nos grupos formados autoritariamente, trocam-se os tortos afetos que porventura sobraram na personalidade autoritária. A subjetividade maquínica, assim, reduz a habilidade social e afetiva do autoritário, e reforça suas ilusões de poder e frustrações pelo compartilhamento de lamentações em grupos muito fechados e homogêneos.

Tudo isso conforma um determinado comportamento de manada, rebanho, ou massa⁹ – sendo que isto novamente pode parecer paradoxal, já que o que se está a descrever é justamente o triunfo de uma megalomania individual. O autoritarismo brasileiro se particulariza pela forma pela qual os autoritários tiveram seus desejos sexuais reprimidos. É de se lembrar que o Brasil é um país extremamente erotizado, sendo visto como o país do Carnaval e dos costumes e festas livres. Não participar desta cultura de abundância de prazer leva os autoritários a sentimentos de frustração. À semelhança dos processos fascistas clássicos, os sentimentos de impotência são projetados para armas e para líderes que claramente são impotentes, mas que são idealizados como justamente o contrário. As massas são atraídas para uma instância de recuperação da sexualidade. Esta instância consiste em autorizações para que cada um recupere e exerça sua potência,

⁶ Karen Horney, *Neurose e Desenvolvimento Humano* (São Paulo: Editora Civilização Brasileira, 1974), 372.

⁷ Byung-Chul Han, *Sociedade do Cansaço* (Petrópolis: Vozes, 2015), 8.

⁸ Ver Felix Guattari, *Caosmose: um novo paradigma estético* (Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992).

⁹ Wilhelm Reich, *Psicologia de massa do fascismo*, 3ª ed. (São Paulo: Martins Fontes, 2001), 207.

projetando-a no líder carismático. Existe, assim, uma massa de cegos seguidores, todos esperançosos na superação de suas frustrações e projeção de seu poder pelo exercício de uma “*liberdade*” consistente em não se articular em sociedade.

Toda esta gama de subjetividades permite relevar grandes dificuldades nos processos de interação necessários à implementação das políticas públicas, conforme descrito mais abaixo.

3. Capitalismo do desastre e sindemia

A natureza sempre esteve em relação complexa com o ser humano. O ser humano é um ser dentro da natureza e ao mesmo tempo está fora dela. Fenômenos tais como secas, enchentes, vendavais, doenças, abundância e beleza sempre foram objeto de representações culturais. O contato com os riscos que a natureza traz não é novo. Entretanto, existe algo de novo na aventura humana, e que não foi experienciada ainda atualmente. Trata-se das interações entre ser humano e natureza que potencializam os eventuais perigos desta última. De fato, certos fenômenos parecem ser naturais, mas não o são, já que potencializados pela ação humana. As grandes enchentes, secas e doenças acontecem pela poluição e desmatamento excessivo, assim como pelas formas de produção – formas de produção, inclusive, que retroagem para o próprio ciclo de desastres como forma de produção de lucros.¹⁰

Não só os próprios desastres naturais aumentam em tamanho, intensidade e quantidade, mas também eles se intensificam quando encontram o espaço humano. Chuvas que talvez não tivessem intensidade suficiente para causar estragos o provocam porque encontram cidades construídas em encostas e com prédios sem solidez; secas interagem com a monocultura e com deflorestação, causando desertos onde antes existia e, finalmente, a doença. Nada mais é tão representativo da forma de catástrofe da contemporaneidade que as doenças, principalmente as de grande gravidade. Está-se a falar da COVID-19.

Quer-se aqui chamar atenção para dois aspectos. O primeiro é o de que, conforme a teoria predominante, o vírus surgiu pelo contínuo avanço do aparato humano por sobre a natureza. Neste sentido, foi evento um social. Entretanto, o foco maior deste trabalho está nas interações do vírus com a sociedade. Para tanto, socorre-se do conceito de sindemia.

O evento ocorrido a partir do vírus COVID-19 pode ser melhor descrito não pelo conceito de pandemia, mas sim pelo conceito de sindemia. Com o conceito de sindemia admite-se a interação de fatores sociais na intensidade com que a doença se alastra e as populações afetadas, permitindo, inclusive, visualizar determinadas ações de governo como favoráveis ao agravamento da doença.

Grandes eventos, como a sindemia de COVID-19, fazem com que apareçam outras doenças simultaneamente. Trata-se de um catalizador, já que desorganiza delicados modos de vida, já frágeis diante de um contexto de permanente crise econômico. Estes eventos também atingem de forma desproporcional diferentes camadas da população, já que os setores econômicos desfavorecidos estarão mais expostos aos riscos usuais de doença e também aos novos riscos surgidos da sindemia. No caso da COVID-19, por exemplo, tem-se que diferenças na prevalência de COVID tanto nos grupos étnicos, como nas regiões mais pobres como finalmente na população mais pobre. O quintil

¹⁰ Ver Naomi Klein, *A doutrina do choque: A ascensão do capitalismo de desastre*, trad. de Vania Cury (Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2008).

mais pobre, por exemplo, ficou duas vezes mais doente que o quintil mais rico no Brasil.¹¹

O conceito de sindemia envolve a interação entre um fator natural, no caso, o vírus, com fatores psicológicos e sociais. Dentre os fatores sociais tem-se descritos, a seguir, tanto comportamentos que foram observados na sociedade, como também e principalmente nos governos.¹²

A organização federativa do Brasil impediu uma tragédia ainda maior, muito embora o Brasil tenha sido o país com pior desempenho em termos de COVID. De fato, alguns Estados-membros e Municípios tomaram medidas de contenção do vírus. Estas medidas de contenção foram, em sua maioria, não de quarentena, mas de algumas restrições de circulação. O Governo Federal, contudo, agiu de forma contraditória e, no cômputo geral, a *favor* do vírus. Dentre as medidas, tem-se:

- Tentativas de se impedir Estados e Municípios de tomarem decisões de contenção do vírus;
- Campanhas publicitárias estimulando as pessoas para que “*não deixem de trabalhar*”, campanhas estas ou pagas com recursos públicos, ou levadas a efeito por pessoas públicas;
- A criação de obstáculos ao cômputo dos casos de COVID, os quais tiveram de ser levados a efeito de forma independente do governo;
- A escolha deliberada em não comprar vacina, quando oferecida aos órgãos governamentais;
- O estímulo à ministração de remédios sabidamente ineficazes, com diversos estudos em contrário, estímulo este consistindo não só da compra destes remédios como na não punição de agentes envolvidos;
- A demora e resistência para a concessão de medidas de compensação aos setores empobrecidos atingidos;
- A negação de insumos de tratamento básicos, como oxigênio para os internados.

O envolvimento de elementos do Governo Federal, conforme relatório da CPI da COVID-19, envolveu desde atos de charlatanismo até corrupção com recursos públicos. Há de se ressaltar, por outro, que parte do Governo Federal empreendeu esforços contra a COVID, parte esta vinculada às estruturas tradicionais e profissionais da Administração Pública. O ambiente político já estava em convulsão no Brasil naquele momento. As dificuldades de relação entre os poderes e a ausência de racionalidade mínimas já se faziam sentir, justamente por conta do predomínio da personalidade antes descrita. Além disto, também já existiam conflitos interfederativos. Estes conflitos já eram motivados por agentes dotados de uma subjetividade maquínica, no sentido de ausência de possibilidades de encontro com o outro, além de uma personalidade autoritária voltada para uma homogeneização não coletivista, mas sim anímica, no sentido de uma ilusão de hiperpotência e de hiper imunidade contra frustrações aos desejos não atendidos e frustrações.

Todas estas ações foram escolhas políticas deliberadas e, como advinham do governo federal, tiveram alta capacidade de disrupção dos esforços contra a COVID levadas a efeito pela própria Administração Federal e pela Administração Pública dos Estados e Municípios.

¹¹ Júnior Bispo, José Patrício e Djanilson Barbosa Santos, “COVID-19 como sindemia: modelo teórico e fundamentos para a abordagem abrangente em saúde”, *Cadernos de Saúde Pública*, v. 37 (2021).

¹² Merrill Singer and Scott Clair, “Syndemics and public health: reconceptualizing disease in bio-social context”, *Medical Anthropology Quarterly* 17(4) (2003): 423-441.

Estas políticas de governo ligaram-se à atitude empresarial e popular brasileira. Muito embora a ligação da personalidade autoritária e maquinica vá ser conectada às políticas públicas no próximo capítulo, é importante ressaltar que, em termos de COVID-19, não só os elementos e partes do governo empreenderam políticas de morte. Parte significativa da população não buscou voluntariamente cooperar com as políticas públicas, promovendo festas ou, como se dizia no período, “*ajuntamentos*”. O caráter patrimonialista e principalmente proto-escravista manifestou-se de forma mais acentuada no setor empresarial, por outro lado. Raivosos e organizados protestos foram organizados contra as medidas de restrição, e variadas ações foram tomadas, desde o simples ignorar das regras de distanciamento social até forte lobby perante os governos para que não fossem implementadas medidas de combate à COVID.

O conceito de sindemia amoldou-se, assim, perfeitamente ao que ocorreu no Brasil durante os anos 2020 a 2022, pois as potencialidades letais do vírus encontram um ambiente já favorável em termos de urbanização precária e de práticas sociais pouco saudáveis. As potencialidades lesivas forem multiplicadas por escolhas sociais, mormente aquelas advindas do próprio governo, levando ao número oficial de quase setecentos mil mortos e extraoficial de um milhão de mortos. As escolhas governamentais induziram principalmente a população pobre a óbito, já que esta população não teve a oportunidade de, por seus próprios meios, permanecer em casa, sendo estimuladas e obrigadas a “*irem ao trabalho*”, geralmente em transportes coletivos. Nestes trabalhos encontraram condições de trabalho longe das ideais, sendo as medidas de proteção mera formalidades raramente fiscalizadas. Só estes fatores levaram a população mais pobre a ser vítima. Além disto, o vírus encontrou comorbidades que eram mais comuns justamente à esta mesma população. Finalmente, a dificuldade de acesso aos serviços de saúde, problema já anteriormente existente, levou novamente à vitimização daquela população.

4. Direito Administrativo e os desafios da pós-modernidade

O Direito Administrativo tem, atualmente, como centro, as políticas públicas.¹³ As políticas públicas consistem em agrupamentos de programas e ações, os quais visam, em seu conjunto, à realização de direitos fundamentais. Significa dizer que, para que direitos fundamentais sejam realizados, é necessário uma série de ações administrativas ligadas umas às outras. Estas ações administrativas consistem em instrumentos que são objeto do Direito Administrativo clássico, tais como o serviço público e o poder de polícia. Além da questão da centralidade das políticas públicas, é necessário lembrar que o Direito Administrativo sempre foi o Direito do interesse público. Interesse público, por mais vago que possa parecer, significa, no mínimo, que o interesse particular tem de ceder em alguns momentos ou sempre, tendo em vista um bem maior.

As políticas públicas demandam um alto grau de cooperação.¹⁴ Primeiramente, dependem de tributos, os quais, sabidamente, não são entregues de bom grado. Mas esta primeira observação é apenas o início do problema. A noção de função administrativa que rege as políticas públicas implica em supremacia do interesse público por sobre o interesse individual e, diante do contexto de uma personalidade autoritária e maquinica, isto dificilmente irá se realizar.

¹³ Caroline Müller Bittencourt e Janriê Rodrigues Reck, *O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas* (Curitiba: Íthala, 2021), 33.

¹⁴ Javier Torres Nafarrate, *Luhmann: la política como sistema* (México: UNAM, 2004), 267.

De fato, senão retome-se alguns dos instrumentos utilizados nas políticas para o alcance de fins coletivos.¹⁵ Um dos instrumentos típicos de políticas públicas é a limitação da propriedade. Através de limitações a propriedade tentam-se obter determinados efeitos coletivos, como fazer prédios seguros ou impedir o total desmatamento de áreas verdes. Outro tipo de instrumento de política pública é o uso e construção de bens públicos. Certos bens são utilizados de forma pública, como praias e rios, e, do mesmo modo, certas obras públicas são empreendidas para fins públicos, como muros de contenção, estradas e assim sucessivamente. Além disto, tem-se o chamado poder de polícia, que consiste na disciplina da liberdade de particulares, tais como fiscalizações sanitárias.

A política pública, assim, é a representação de como o Direito, particularmente o Direito Administrativo, pode criar redes de cooperação de forma artificial utilizando-se dos meios da linguagem. De fato, a partir dos potenciais de cooperação que fluem na comunidade, o Direito pode organizar estruturas onde antes nada existia e, com isto, realizar projetos de efetivação dos direitos fundamentais.

Todos os estes instrumentos, entre outros, demandam esforços coletivos. Estes esforços coletivos já são de difícil implementação em situações de normalidade, dada as descrições da infantilidade e do ressentimento da personalidade infantil. Entretanto, os desafios das catástrofes da contemporaneidade implicam em uma mobilização de recursos de cooperação jamais vista se a humanidade quiser sobreviver.

De fato, desde a menor escala, as demandas que surgem são gigantescas. Pessoas terão de mudar seus hábitos de consumo e alimentação; municípios terão de realizar obras de infraestrutura para fazer frente a catástrofes climáticas como secas, enchentes e tempestades; Estados-membros terão de se preparar para devastadoras ondas de criminalidade decorrentes da fome; a União terá de realizar grandes obras de canalização de água e de prevenção e recuperação das áreas desérticas, sendo que os poderes públicos como um todo terão de aumentar em muito as coberturas de saúde, visando os fins de preparação para as novas sindemias. Enfim, tudo terá de ser multiplicado: a quantidade e o tamanho das obras de infraestrutura, a extensão e cobertura dos serviços públicos e o tamanho da fiscalização do Estado. Imagine-se o que terá de ser feito para lidar com as novas e mais graves sindemias, ou então, para dar conta de secas que provavelmente durarão anos, ou, então, para recuperar áreas de cultivo degradadas.

A perspectiva neoliberal, contudo, implica uma concepção de Estado subfinanciado. Os serviços, em boa parte privatizados, operam no limite. As obras, geralmente com sobrepreço, são escassas, o poder de polícia, desorganizado e ineficaz. Estes problemas decorrentes do neoliberalismo, contudo, são mínimos quando comparados com aqueles decorrentes da personalidade autoritária e maquínica. De fato, se se pensar em repercussões do neoliberalismo na Administração Pública, ainda assim seriam questões relacionadas a reformas administrativas, conectadas com leis e ações administrativas. Entretanto, a interação com a personalidade autoritária e maquínica não é resolvida com medidas administrativas. Ela demanda uma mudança na subjetividade que não é realizada via engenharia social.

Como foi analisado anteriormente, a personalidade maquínica leva à uma perda das habilidades sociais. Não só existe uma perda da habilidade social bruta, entendida como a capacidade de entender, fazer-se entender e cooperar com o outro, mas também existe uma perda da capacidade de uma vida *com* o outro. A psicogênese a partir da

¹⁵ Ver Leonardo Secchi, *Políticas públicas: conceitos, esquemas de análise, casos práticos* (São Paulo: Cengage Learning, 2012).

subjetividade maquínica priva o sujeito da capacidade de se colocar no lugar do outro e, com isto, experienciar razões para o cumprimento de regras de interesse público, levando, assim, ao isolamento. O sujeito maquínico está sujeito ao tempo do algoritmo e, portanto, um fenômeno social tal como o Direito não lhe interessa.

Por outro lado, sabe-se e é senso comum que o autoritarismo contemporâneo levou não só a uma adesão a valores neoliberais para também para uma concepção mais radicalizada ainda, o anarcapitalismo, ou o capitalismo sem regras. Este modelo de capitalismo sem regras habita o imaginário do autoritário contemporâneo. Só este modelo já viria em prejuízo das políticas públicas, já que elas pressupõem planejamento. Entretanto, o anarcapitalismo é a ponte não só para uma concepção de economia, mas sim para uma determinada concepção de sociedade.¹⁶ É uma sociedade onde se, paradoxalmente, cada faz sua regra conforme sua própria megalomania, não há regras nenhuma. Se não existem regras, não existem formas de coordenar ações. A coordenação de ações via regras jurídicas é necessária para gerar a cadeia de decisões que formam as ordens artificiais que são as políticas públicas. A sociedade anímica, sem regras, ou onde cada um se guia pela própria megalomania, não tem o estoque necessário de recursos para permitir a emergência ou a continuidade de ordens de cooperação complexas tais como as políticas públicas.

Retomando o argumento, para fins de fechar o raciocínio, os grandes riscos da contemporaneidade exigem grandes políticas públicas. Estas grandes políticas públicas, por sua vez, necessitariam de grandes margens de cooperação, o que inexistente e que não se vislumbra em um futuro próximo, por conta da forma da subjetividade.

Em conclusão, os elementos acima levam à conclusão de uma possível anomia social, isto é, da criação de uma sociedade sem regras. Ao contrário da personalidade autoritária clássica, mas paradoxalmente conectada com ela, existe o desenvolvimento de uma perspectiva de que quaisquer normas que porventura restrinjam o egoísmo individual e os respectivos rompantes de potência não devem existir ou, se existirem, não devem ser cumpridas. As grandes medidas de políticas públicas para fazer frente às catástrofes anunciadas pressupõem grandes capacidades de coordenação, sendo que estas capacidades de coordenação se dão através de normas. Com a capacidade reduzida de comunicação através de normas – já que a sociedade é uma sociedade que se constitui em forma de anomia – tem-se, assim, grandes dificuldades a serem vislumbradas em termos de planejamento e realização de políticas públicas.

Conclusão

Quando se faz uma análise da subjetividade contemporânea encontra-se uma assustadora atualidade dos trabalhos clássicos sobre a personalidade autoritária. Esta atualidade, contudo, não significa uma aplicação direta daqueles trabalhos, mas sim uma necessidade de sua atualização com novos elementos. A personalidade autoritária continua coletivista, mas não mais fascinada por normas estatais, mas sim por normas grupais e individuais. Esta mesma personalidade acaba se tornando cada vez menos humana e mais máquina, não só por um processo de dessensibilização narrado pelos frankfurtianos, mas também pelo contínuo afastamento do mundo social estimulado pelas máquinas. Isto produz um sujeito com grandes dificuldades para encontrar e cooperar com o outro.

¹⁶ Ver Paulo Guiradelli, *A República Brasileira: de Deodoro a Bolsonaro* (São Paulo: CEFA editor, 2021).

Por outro lado, a sociedade produz cada vez mais catástrofes. Não só se tem no horizonte o caos climático, mas também é possível lembrar a sempre situação de insegurança material, inclusive alimentar, dos cidadãos da maior parte dos países do globo. A sindemia de COVID-19 demonstrou que a forma como a sociedade está organizada potencializa os riscos trazidos pela natureza.

Para fazer frente a estes novos riscos – por exemplo, evitar as mortes decorrentes da sindemia de COVID-19 – é necessário modelos de cooperação cada vez mais poderosos. Neste sentido, as políticas públicas consistem em um destes modelos. Entretanto, a subjetividade neoliberal e anarcapitalista, aditivada pelo seu viés maquínico, revela sujeitos extremamente centrados em si mesmos e portadores de extremas dificuldades de relacionamento e cooperação, já que egocêntricos ao extremo. Esta constatação leva, assim, à conclusão de que a sociedade não conta com um estoque de recursos para fazer frente às novas sindemias, desastres ou outras dificuldades de relevo que ocorrerem daqui para frente.

Garantia de efetivação do trabalho decente no cenário pós-pandemia¹

*Suzéte da Silva Reis**

1. Introdução

Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial de Saúde declarou que a COVID-19 era uma pandemia, afetando praticamente todas as nações mundiais. A pandemia impactou diretamente as questões sanitárias. Entretanto, os efeitos também foram observados em grande escala no mundo do trabalho. Os protocolos de saúde determinando o distanciamento social para evitar a propagação do vírus tiveram um impacto grande e provocaram mudanças que tendem a se consolidar, alterando as relações de trabalho.

No mundo do trabalho, o que já havia iniciado antes mesmo da pandemia, especialmente em razão do avanço das tecnologias da comunicação e da informação, foi acelerado drasticamente. Exemplo disso se deu com a adoção do teletrabalho por boa parte das empresas, alcançando um significativo número de trabalhadores. E como decorrência da adoção dessa modalidade de trabalho, novas formas de relacionamento e de execução dos contratos de trabalho foram estabelecidas.

Mas não apenas no âmbito dos empregos formais os impactos foram percebidos. As relações de trabalho, de modo geral, foram drasticamente afetadas. Isso se constata com o aumento do número de trabalhadores por conta própria ou informais. Da mesma forma, é possível identificar um aumento significativo de trabalhadores por aplicativos, o que representa outra consequência dos efeitos da pandemia no mercado de trabalho e que é observada em grande escala.

Em ambos os casos, há o risco de precarização do trabalho e, em consequência, de violação dos preceitos que asseguram o trabalho decente. A diminuição da renda e dos postos de trabalho impeliu parte significativa dos trabalhadores para a informalidade ou para as formas precárias de trabalho, sem proteção social ou previdenciária.

E é esse o propósito do presente estudo: verificar se e em que medida a garantia de proteção ao trabalho decente está sendo observada no cenário pós-pandemia, especialmente no Brasil. Para tanto, utilizar-se-á o método dedutivo, com a técnica de pesquisa bibliográfica.

¹ Este artigo apresenta os resultados parciais do Projeto de Pesquisa “A efetivação do direito social ao trabalho decente na perspectiva dos direitos fundamentais: os desafios no cenário pós-pandemia”.

* Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

2. Trabalho decente e os objetivos de Desenvolvimento Sustentável

A Organização Internacional do Trabalho formalizou o conceito de trabalho decente no ano de 1999, como sendo aquele que é adequadamente remunerado, que é exercido em liberdade, equidade e segurança e que é capaz de garantir uma vida digna. Esse conceito está apoiado em quatro objetivos considerados estratégicos. São eles: I - os direitos e os princípios fundamentais do trabalho, incluindo a liberdade sindical, eliminação de todas as formas de discriminação em matéria de emprego e erradicação de todas as formas de trabalho forçado e de trabalho infantil; II - a promoção do emprego produtivo e de qualidade; III - a extensão da proteção social e IV - o fortalecimento do diálogo social.

A formalização desse conceito ocorreu num período em que o desenvolvimento tecnológico e a globalização provocaram transformações que contribuíram para o desemprego estrutural, o aumento da competitividade entre as empresas, a redução dos custos e dos direitos do trabalho, bem como a diminuição progressiva do trabalho formal.² A partir de ações conjuntas, a Organização Internacional do Trabalho pretendia que em âmbito mundial, as condições dos trabalhadores fossem melhoradas. Entretanto, cada país precisaria adotar medidas próprias, pois *“a não adoção por uma nação de um regime de trabalho realmente humano é um obstáculo para os esforços de outras nações que desejam melhorar as condições dos trabalhadores”*.³

O conceito de trabalho decente também é um conceito central para o alcance dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável definidos pelas Nações Unidas, especialmente o Objetivo 8, que é de *“Promover o crescimento econômico sustentado, inclusivo e sustentável, emprego pleno e produtivo e trabalho decente para todos e todas”*.⁴

O direito ao trabalho ocupa um lugar central nos instrumentos de direitos humanos. Portanto, a implementação de um plano de ação para a garantia do trabalho decente é fundamental para superar a pobreza, contribuir para a redução das desigualdades sociais, para a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável.⁵

Nessa perspectiva, o conceito de trabalho decente não pode ser considerado em sua forma estática. É preciso alargá-lo, incluindo um conjunto mínimo de direitos aos trabalhadores e trabalhadoras. Dentre eles, o direito ao trabalho, a liberdade de escolha do trabalho, à igualdade ao trabalho, o trabalho em condições justas, que incluem a remuneração adequada e que preserve a saúde e a segurança, a proibição do trabalho infantil, a liberdade sindical e a proteção contra os riscos sociais.⁶

A ideia de trabalho decente está diretamente relacionada a possibilidade de desenvolvimento de um projeto de vida, o que implica, por exemplo, que a duração do trabalho, ou seja, o tempo que o trabalhador ou trabalhadora dedica ao trabalho,

² Laís Abramo, “Trabalho Decente: o itinerário de uma proposta”, *Bahia Análise & Dados*, Salvador, v. 20, n.º 2/3, (2010): 151-171.

³ Direção Geral do Emprego e das Relações de Trabalho (Dgert), “Constituição da Organização Internacional do Trabalho”, publicada em 08 de janeiro de 2016, <https://www.dgert.gov.pt/constituicao-da-organizacao-internacional-do-trabalho>.

⁴ Organização das Nações Unidas, “Objetivos de Desenvolvimento Sustentável”, <https://brasil.un.org/pt-br/sdgs>.

⁵ Laís Abramo, “Trabalho decente”, IPEA, Desafios do Desenvolvimento, ano 3, edição 21 (2006), https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&view=article&id=802%3Acatid%3D28#:~:text=%C3%89%20trabalho%20adequadamente%20remunerado%2C%20exercido,so%20e%20o%20di%C3%A1logo%20social.

⁶ José Cláudio Monteiro de Brito Filho, *Trabalho decente: análise jurídica da exploração do trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno* (São Paulo: LTr, 2018).

permita que seja possível a dedicação à família, aos estudos, ao lazer e ao descanso. Da mesma forma, a remuneração pelo trabalho deve ser justa e condizente com a complexidade e o tempo dispendido para execução do mesmo.

Portanto, o trabalho decente está diretamente relacionado aos direitos sociais assegurados pelo texto constitucional brasileiro que elenca, especialmente em seu artigo 7.º, um rol de direitos e garantias. A inobservância desses preceitos contrapõe-se a ideia de trabalho decente, que está diretamente associada à dignidade humana.

Na verdade, trabalho e dignidade guardam sintonia. Nessa perspectiva, as normativas trabalhistas devem buscar o reconhecimento e o aperfeiçoamento das condições humanas no mercado de trabalho, na medida em que o ambiente de trabalho não pode violar a condição humana, tampouco a condição de sujeito de direitos. É pelo trabalho que o ser humano se distingue das formas não humanas e se torna um ser social, adquirindo o sentido de pertencimento e se inserindo nos contextos das relações sociais.⁷

O Brasil lançou, no ano de 2006, a Agenda Nacional do Trabalho Decente (ANTD), na qual estão elencadas três prioridades básicas: gerar mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades e de tratamento; erradicar o trabalho escravo e eliminar o trabalho infantil, em especial em suas piores formas; e fortalecer os atores tripartites e o diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática. De lá para cá, inúmeras ações foram desenvolvidas. Entretanto, a persistência do trabalho escravo e do trabalho infantil ainda está presente no cotidiano brasileiro, demonstrando que os objetivos da ANTD ainda não foram alcançados.

A pandemia impactou diretamente o mundo e o mercado de trabalho e trouxe mais empecilhos para a concretização do trabalho decente e da garantia de um trabalho digno a todos os trabalhadores e trabalhadoras. Tal situação exige que, para assegurar o pressuposto básico do trabalho decente – que é a dignidade humana, se faz necessária a conjugação de esforços conjuntos entre poder público e sociedade.

3. A pandemia e os empregos

Com a pandemia, verificou-se que, de modo geral, os preceitos do trabalho decente ficaram seriamente comprometidos, haja vista o aumento do desemprego e do trabalho informal. Além disso, mesmo o trabalho formal foi comprometido, em muitos casos com a precarização das condições de trabalho e a baixa remuneração. Tal situação implica que os atores sociais e governamentais atuem de forma imediata, evitando a piora das condições de trabalho e a garantia do trabalho decente.

Para Mascaro,⁸ a pandemia evidenciou o modelo de relação social, que se encontra assentado na *“apreensão dos meios de produção pelas mãos de alguns e pela exclusão automática da maioria dos seres humanos das condições de sustentar materialmente sua existência”*. Para garantia do sustento que as classes que são desprovidas de capital, inúmeras formas de obtenção são utilizadas, incluindo estratégias de venda de sua força de trabalho. Em momentos de crises, essas estratégias precisam ser ampliadas.

Muito antes da pandemia já se verificava um aumento no número de trabalhadores por conta própria, bem como dos trabalhadores terceirizados. Os trabalhadores por conta própria, assim como os informais, nem sempre têm garantia de acesso aos direitos sociais e trabalhistas. As crescentes taxas de desemprego e de subutilização de

⁷ Ricardo Antunes, *Adeus ao trabalho: ensaio sobre a metamorfose e centralidade do mundo do trabalho* (São Paulo: Cortez/Campinas: Ed. Unicamp, 1997).

⁸ Alysson Mascaro, *Crise e pandemia* (São Paulo: Boitempo, 2020), 5.

mão de obra disponível no mercado de trabalho são responsáveis pelo aumento do número de trabalhadores distantes do sistema público de proteção social.⁹

Fernández Avilés¹⁰ destaca que a pandemia desvelou a fragilidade humana e quebrou a ordem natural da vida das pessoas. Além disso, destacou um dos lados da sociedade globalizada: a globalização do risco, que é fruto do acelerado fluxo de pessoas e mercadorias e que teve um grande impacto no período pandêmico. A comunidade financeira reconheceu que a globalização se desenvolveu em demasia e que não se pode depender para o fluxo normal de produção ou da vida cotidiana, de uma única região que de repente se paralisa.¹¹

Essa situação fragilizou ainda mais a situação dos trabalhadores e trabalhadoras, ainda mais aqueles onde a economia está em desenvolvimento, afetando sobremaneira a subsistência das pessoas, em especial dos trabalhadores, que tiveram drásticas reduções de rendimentos e aumento expressivo do número de horas de trabalho.

Antunes destaca que no Brasil onde sempre se vivenciou “*formas intensas de exploração do trabalho e de precarização ilimitada, as consequências são ainda mais perversas do ponto de vista social*”.¹² O desaquecimento do mercado, as demissões, a suspensão temporária de contratos e redução de jornada de trabalho diminuíram de forma drástica a remuneração dos trabalhadores.

Para os trabalhadores informais, o impacto foi ainda mais significativo, já que os mesmos não possuem qualquer tipo de proteção contratual, nem mesmo amparo estatal em muitas situações. Os indicadores que já eram perceptíveis antes da pandemia, se intensificaram.

No Brasil, em janeiro de 2021, o índice de desemprego alcançou 14,7%. Em janeiro de 2022 o índice estava em 11,4, totalizando 12,1 milhões de pessoas desempregadas. O número de empregados era de 94,1 milhões, enquanto em janeiro de 2020, antes da pandemia, o número de empregados era de 94,5 milhões. Apesar de alcançar patamares semelhantes ao período pré-pandemia, os números de trabalhadores desempregados são elevados, impactando diretamente na subsistência dos trabalhadores e de suas famílias.

Num cenário regional, a Organização Internacional do Trabalho estima que o crescimento econômico registrado em 2021 foi insuficiente para a recuperação do mercado de trabalho na América Latina, que perdeu cerca de 49 milhões de empregos no pior momento da pandemia, no segundo trimestre de 2020. Parte desses empregos já foi recuperada, porém ainda está distante dos patamares anteriores. No final de 2019, o índice de desemprego, na América Latina, era de 8% e no final de 2021 era de 9,6%.¹³

Nesse cenário, os resultados da crise foram intensificados, pois a região, incluindo o Brasil, já vivenciavam um crescimento lento, com baixa produtividade e altos níveis de informalidade e de desigualdade.¹⁴

A pandemia, de forma atípica, afetou sobremaneira os trabalhadores informais. Os empregos formais foram afetados, sem dúvida, mas em uma escala menor do que

⁹ Marcio Pochmann, “Tendências estruturais do mundo do trabalho no Brasil”, *Ciência & Saúde Coletiva*, 25(1) (2020): 89-99.

¹⁰ José António Fernández Avilés, “¿Es suficiente este derecho laboral excepcional «por aluviones» frente a la pandemia del COVID-19?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 445 (2020): 7-26.

¹¹ Jean-Michel Servais, “Las consecuencias sociales del COVID-19: una mirada jurídica comparada después de un año”, 2021, <https://mailchi.mp/cielolaboral/noticias-cielo-no-532172?e=e8a3457fee>.

¹² Ricardo Antunes, *Coronavírus: o trabalho sob fogo cruzado* (São Paulo: Boitempo, 2020), 7.

¹³ Organização Internacional do Trabalho, “Panorama Laboral 2021”, Lima, Oficina Regional para América Latina y el Caribe, 2021.

¹⁴ Idem.

os informais, que acabaram ficando sem renda. E no período pós-pandemia, verificou-se que dentre os empregos recuperados um alto percentual foi em condições de informalidade.

Ainda assim, havia uma estimativa de *“en un entorno de menor crecimiento económico esperado para 2022 es probable que la tasa de desocupación regional para 2022 disminuya levemente respecto del registro de 2021, entre 0,1 y 0,3%, con lo cual se mantendría por encima de 9%”*.¹⁵ Entretanto, os indicadores laborais do primeiro trimestre de 2022 demonstraram que a taxa de ocupação ainda não havia sido plenamente recuperada, se comparada ao mesmo período de 2019.

A recuperação, ainda que parcial, dos empregos, foi liderada pelo crescimento do emprego informal, sendo que uma de cada duas pessoas ocupadas estão em condições de informalidade. Da mesma forma, a recuperação das horas de trabalho foi mais intensa do que a registrada no emprego.¹⁶

“Esta situación refleja, por un lado, que el incremento del nivel de actividad no requirió por completo de nuevos trabajadores formales en tanto las firmas inicialmente hicieron frente a la creciente producción elevando las horas trabajadas, incluyendo la vuelta al trabajo de los asalariados suspendidos y ausentes temporales. Por otro lado, da cuenta del hecho que, al menos en parte, los trabajadores por cuenta propia, muchos de ellos informales, tuvieron la posibilidad de volver a desarrollar actividades que habían sido interrumpidas por las restricciones a la movilidad. El aumento de la cantidad de puestos asalariados informales también puede asociarse, en alguna medida, con las reaperturas de negocios pequeños que exhiben, en general, una mayor incidencia de la informalidad”.¹⁷

Esse novo desenho impacta os direitos sociais e a proteção social e representa um dos entraves a garantia de trabalho decente para todos, demandando esforços e ações no sentido de assegurar, de alguma forma, a proteção social e trabalhista a todos os trabalhadores, não apenas aqueles que estão nos empregos formais. Por essa razão, a superação da informalidade continua sendo um dos maiores desafios do mercado de trabalho.

4. O cenário pós-pandemia e a garantia de trabalho decente

O cenário pós-pandemia trouxe novos desafios, além da recuperação do emprego e da renda. Se de um lado é necessário promover o pleno emprego e a remuneração adequada, de outro, é preciso estar atento as novas formas de trabalho, que também podem se configurar em óbices à consecução do trabalho decente.

4.1 O teletrabalho

A pandemia foi um forte impulso para a tendência de modificação radical da organização dos recursos humanos. As empresas viram a necessidade de diminuir as pessoas no local de trabalho e as formas de trabalho à distância ganharam espaço durante o confinamento,¹⁸ especialmente a partir dos meios tecnológicos de informação e comunicação.

¹⁵ Idem.

¹⁶ Organização Internacional do Trabalho, “Serie Panorama Laboral en America Latina y el Caribe 2022”, 2022, <http://ilo.org/americas>.

¹⁷ Idem.

¹⁸ Jean-Michel Servais, “Las consecuencias sociales del COVID-19: una mirada jurídica comparada después de un año”.

As transformações tecnológicas têm impacto direto no âmbito econômico, social e ambiental. Nas últimas décadas já se observava um crescente processo de transição digital, com o surgimento de novos paradigmas tecnológicos, produtivos e organizacionais, como a indústria 4.0, o *e-commerce*, a automação, dentre outros. A utilização de robôs em grande escala nas indústrias, especialmente naquelas tarefas caracterizadas pela repetição e pouca intervenção criativa.

Com a pandemia, isso se intensificou ainda mais. Entretanto, os impactos dessas transformações ainda são incertos, apesar de já gerarem efeitos no mundo do trabalho. Uma das formas que ganhou relevância foi o teletrabalho, que foi a modalidade de trabalho implementada e utilizada com mais intensidade durante a pandemia e que tende a se manter. Essa modalidade alcança em maior número os trabalhadores formais e assalariados.

A utilização dessa forma de trabalho tem vantagens e desvantagens. Dentre as vantagens, está a possibilidade de passar mais tempo com a família, menos tempo gasto com deslocamento, flexibilidade para organização do tempo. No entanto, nem todos os trabalhadores e trabalhadoras conseguem desfrutar de tais vantagens, especialmente do tempo com família e organização do tempo.

O teletrabalho pode ter consequências negativas também, como a falta de contato presencial com colegas de profissão, o risco de esgotamento mental, particularmente em decorrência de hiperconectividade, que acaba fazendo com que empregados e empregadores estejam em contato constante. A partir disso, pode aumentar a possibilidade de aumento da pressão por produção e a ocorrência de assédio moral. Também em termos de remuneração e desigualdade de renda o teletrabalho pode impactar, porque aqueles que recebem menores salários terão menos condições de fazer manutenção nos seus equipamentos, de ter acesso a uma internet de qualidade, dentre outros.

Mas a grande questão que pode resultar em prejuízos decorrentes do teletrabalho é no que diz respeito à saúde e segurança do trabalho. Sem planejamento ou organização adequados, os trabalhadores correm maiores riscos de sobrecarga de trabalho, de adoecimento e fadiga. Também é possível observar casos de esgotamento mental, depressão, aumento do consumo de álcool ou cigarro, além do aumento de peso. Um levantamento realizado no Brasil com 45.161 mostrou que durante a pandemia 34% dos fumantes consumiram mais cigarros, 17,6% aumentaram o consumo de álcool e 17% reduziram a realização de atividade física. Em relação a alimentação, verificou-se que o consumo de alimentos não saudáveis teve um aumento entre os adultos jovens (18 a 29 anos) de 54,2%, antes, para 63,0% durante a pandemia.¹⁹

Outro fator que precisa ser considerado é que o teletrabalho pode apresentar obstáculos a garantia da igualdade de gênero. Historicamente a mulher é mais demandada para a realização dos afazeres domésticos, recaindo sobre a mesma a responsabilidade pelos cuidados com a casa, filhos, pessoas adoentadas. Desse modo, aumentam as chances de sobrecarga e acúmulo de função. Além disso, em termos de ascensão na carreira também pode-se revelar algumas assimetrias, justamente em razão da maior disponibilidade de tempo dos homens em relação as mulheres.

A Organização Mundial de Saúde também fez um alerta no sentido de atenção a um problema já existente, mas que pode ser agravado com o trabalho em domicílio, que

¹⁹ Deborah Malta, et al., “A pandemia da COVID-19 e as mudanças no estilo de vida dos brasileiros adultos: um estudo transversal”, *Epidemiol Serv Saude*, 29(4) (2020).

é a questão da violência doméstica.²⁰ O isolamento, o acúmulo de atividades domésticas, associado ao aumento do consumo de álcool e as incertezas quanto ao futuro podem ser fatores determinantes para o agravamento dessa situação.

Apesar de tudo, o teletrabalho é uma realidade que tende a se consolidar no cenário pós-pandemia. Essa modalidade de trabalho permite uma maior flexibilidade de horários e permite que os trabalhadores conciliem as responsabilidades familiares e profissionais. Por outro lado, permite que a empresa possa reduzir custos, como local e transporte de empregados.

No entanto, as desvantagens também são conhecidas, especialmente no que diz respeito ao direito à desconexão.²¹ A hiperconexão modificou a vida das pessoas e, em consequência, a vida dos trabalhadores, implicando inclusive na dificuldade de estabelecer parâmetros para o tempo efetivamente trabalhado. Assim, momentos de trabalho e de descanso podem se confundir. Por certo é que o modelo de trabalho cronometrado e repetitivo, característico do modelo fordista, está superado. E nesse sentido o teletrabalho é uma alternativa, na medida em que permite uma maior flexibilidade, possibilita autonomia dos trabalhadores na gestão do tempo e nas atividades. Ao mesmo tempo, as chances de sobrecarga e de adoecimento, em razão da inobservância do direito à desconexão.

O direito à desconexão é o direito ao não-trabalho por períodos de tempo razoável e que permita ao trabalhador dispor de seu tempo livre, de forma a preservar sua saúde e a sua vida privada. O titular desse direito é, em primeiro lugar, o próprio trabalhador, mas de forma indireta toda a sociedade é beneficiada, porque o trabalho excessivo por parte de alguns pode representar o desemprego de outros tantos.²²

Porém, para além do enfrentamento dos problemas que podem decorrer da adoção do regime de teletrabalho, com a inobservância das regras pertinentes à jornada e ao tempo de descanso, bem como da saúde e segurança do trabalho, outros cenários de incertezas são vislumbrados no pós-pandemia.

4.2 Desemprego e informalidade

Se de um lado tem-se uma nova forma de trabalho se consolidando, de outro tem-se incertezas e desafios a serem superados, especialmente no que diz respeito ao trabalho decente. O desemprego e a informalidade são dois problemas que representam desafios e que são grandes entraves para a efetivação do direito fundamental ao trabalho e, de modo particular, ao trabalho decente, justamente porque se configuram como ameaças de violação ao direito fundamental social ao trabalho e, em última instância, à dignidade humana.

No Brasil, o número de pessoas desempregadas, no segundo trimestre de 2022, é de 10,1 milhões, o que representa uma taxa de desemprego de 9,3%, considerando-se a definição simplificada de desemprego estabelecida pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE). De acordo com o IBGE, o desemprego se refere às pessoas que

²⁰ Organización Mundial de la Salud. “Preguntas y respuestas: violencia contra la mujer durante la pandemia de COVID-19”, 15 de abril de 2020, https://www.who.int/es/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/question-and-answers-hub/q-a-detail/violence-against-women-during-COVID-19?gclid=Cj0KCQiA9P__BRC0ARIsAEZ6irjeNx6CvOnP4SI7TP6_hEBtWQpCGaSJf4Od1jFgrgPw6ebzSGNJJP4aAsf1EALw_wcB.

²¹ Jean-Michel Servais, “Las consecuencias sociales del COVID-19: una mirada jurídica comparada después de un año”.

²² Jorge Souto Maior, “Do direito à desconexão do trabalho”, *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, Campinas, n.º 23 (2003), <https://juslaboris.tst.jus.br/handle/20.500.12178/108056>.

estão com idade de trabalhar e que não estão trabalhando, mas que estão disponíveis e tentam encontrar trabalho. Também é elevado o número de desalentados, que é de 4,3 milhões, assim como a taxa de subutilização, que é de 21,2% da força de trabalho.²³

Segundo a definição do IBGE, desalento é uma categoria composta por pessoas da força de trabalho potencial que não haviam realizado busca efetiva por trabalho, por considerar que não conseguiriam um trabalho adequado, ou que não tinham experiência profissional ou qualificação, ou por serem considerados muito jovens ou muito idosos, ou mesmo porque não havia trabalho na localidade. Entretanto, todos gostariam de trabalhar.

Indicadores da Amostra Nacional por Domicílio (Pnad Contínua), mostra que no terceiro trimestre de 2022 o contingente de pessoas com carteira de trabalho assinada no setor privado é de cerca de 35,8 milhões, o que representa um aumento de 11,5% em relação ao mesmo período de 2021. Na categoria por conta própria, que conta com 25,7 milhões de pessoas, foi registrado um aumento de 4,3% em relação ao mesmo período de 2021. O número de pessoas subutilizadas, incluindo pessoas desocupadas, subocupadas por insuficiência de horas trabalhadas e na força de trabalho potencial, há aproximadamente 24,7 milhões de pessoas. Na categoria de pessoas subocupadas por insuficiência de horas trabalhadas o número é de 6,6 milhões e o de pessoas fora da força de trabalho é de 64,7 milhões.

Os trabalhadores informais, que são aqueles sem registro, empregadores por conta própria sem o Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica (CNPJ) e o trabalhadores familiares auxiliares, representam 39,8% da força de trabalho no Brasil. O trabalho informal alcançou 39,129 milhões de pessoas no segundo trimestre de 2022.

Como se verifica, apesar de apresentar redução em relação aos períodos anteriores, o contingente de pessoas desempregadas, subocupadas ou desalentadas é elevado. Somado ao número de trabalhadores informais, tem-se um percentual significativo da população economicamente ativa. E, mais ainda, tais indicadores revelam a característica estrutural do mercado de trabalho, ou seja, com tendência a manutenção da situação.

Por fim, além do desemprego e das altas taxas de informalidade, o segundo trimestre de 2022 apresentou também uma queda de 5,1% nos rendimentos habituais reais em relação ao trimestre anterior. Já a renda efetiva caiu 4% em relação ao trimestre anterior e 4,4% em relação ao mesmo período de 2019 – antes da pandemia.²⁴

De forma geral, analisando os indicadores de ocupação, desemprego, subocupação, desalento, informalidade e rendimentos, é possível verificar que o mercado de trabalho, após a pandemia de COVID-19, tem mostrado resultados incompatíveis com os preceitos do trabalho decente.

Considerações finais

As mudanças observadas no mundo do trabalho já vinham ocorrendo antes mesmo da pandemia, que apenas impulsionou transformações muito significativas para a humanidade, que afetaram o modo de execução do trabalho e o próprio mercado de trabalho. A substituição cada vez mais frequente da mão de obra humana pela automação, especialmente naquelas atividades repetitivas e rotineiras, o avanço

²³ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), “O que é o desemprego”, 2022, <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>.

²⁴ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), “Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua”, 2022, <https://www.ibge.gov.br/estatisticas/sociais/trabalho/9171-pesquisa-nacional-por-amostra-de-domicilios-continua-mensal.html>.

das novas tecnologias, transformando profissões, com a criação de novas funções, cargos, cursos, e impactando diretamente o sistema produtivo.

A pandemia desvelou novas exigências, requisitos e habilidades para a inserção laboral de qualidade e permanência no mercado de trabalho, como a inteligência emocional, enquanto habilidade necessária para enfrentar mudanças bruscas, as mudanças na própria forma e local de execução dos contratos de trabalho.

Mudanças como o trabalho remoto ou teletrabalho, mostram-se como uma tendência que tende a se consolidar. Com isso, a rotina e o cotidiano dos trabalhadores e trabalhadoras tende também a se modificar.

Nesse contexto, na medida em que as competências digitais, por exemplo, sejam cada vez mais demandadas no mercado de trabalho, a formação profissional assume um papel fundamental para a garantia de empregabilidade e acesso a trabalhos decentes.

Assim, o grande desafio no cenário pós-pandemia é justamente definir políticas e ações que assegurem a inserção qualificada dos trabalhadores no mercado de trabalho, garantindo os direitos trabalhistas e observando os preceitos do trabalho decente e do trabalho digno.

O Estado Democrático de Direito *versus* ideologia autoritária de governo: desafios jurídico-administrativos e financeiros para enfrentamento da COVID-19 – apontamentos sobre o caso brasileiro

*Luiz Egon Richter**

1. Introdução

A pandemia acarretada pela COVID-19 aprofundou as dificuldades relacionadas com a gestão pública em vários aspectos, mas no Brasil, escancarou conflitos entre os que negavam os graves efeitos provocados pela pandemia e os que exigiam ações governamentais em razão do quadro sanitário crítico com pessoas hospitalizadas e vindo a óbito. Permeando o conflito, sobressaiu um elemento importante que dificultou a implementação e a execução da política pública sanitária: que é o autoritarismo governamental. Por isso propõe-se fazer alguns apontamentos sobre o autoritarismo furtivo e a política pública de enfrentamento da¹ COVID-19.

A Constituição federal de 1988 instaurou uma nova ordem política e jurídica democrática, baseada em princípios fundamentais, na eleição de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil e no asseguramento de direitos e de garantias fundamentais, de direitos econômicos, sociais e culturais, atribuindo, assim, à centralidade e à supremacia dos direitos fundamentais o objeto nuclear do controle jurisdicional. Paradoxalmente, o atual Presidente, eleito democraticamente, além de colocar em dúvida a seriedade do sistema eleitoral, através do qual se elegeu, e, por extensão, atacar membros do Supremo Tribunal Federal-STF, lidera um governo que nem sempre atua em conformidade com os princípios, objetivos e os direitos fundamentais, com repercussão nas políticas públicas. Como Chefe de Estado e de Governo e responsável mor da Administração Pública federal, ao negar os efeitos nefastos provocados pela COVID-19, feriu indelevelmente o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

* Professor Adjunto da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

¹ Não há uma normativa oficial sobre o tema em língua portuguesa. Um texto publicado pela Academia Brasileira de Letras, que, embora não tenha tomado posição no assunto, citou “*a pandemia da COVID-19*” ao noticiar o lançamento de sua seção jornalística sobre o tema. A Real Academia Española: além de explicar a motivação das maiúsculas (trata-se de uma abreviação de COronaVirus Disease, algo como “*doença do coronavírus*”), a entidade registrou que o feminino é aceitável, por acompanhar o gênero feminino do substantivo “*doença*”. Ainda segundo a instituição espanhola, o masculino também é cabível, tendo em conta o que ocorre com outras enfermidades cujos nomes provêm, por metonímia, dos nomes de seus vírus: o ebola e o zika, por exemplo. Já a Académie Française explica que o gênero de uma sigla advém do núcleo do sintagma que a compõe, assim: a S.N.C.F. (Société nationale des chemins de fer, Sociedade Nacional de Ferrovias), porque o núcleo desse sintagma é “*sociedade*” e o C.I.O. (Comité international Olympique, Comitê Olímpico Internacional), porque o núcleo, comitê, é um nome masculino. Disponível em: <https://jornal.usp.br/artigos/covid-tem-genero/>.

Nesse contexto, o tema da investigação é o autoritarismo furtivo e a política pública de enfrentamento da COVID-19. O problema da investigação é apontar os principais desafios jurídico-administrativos e financeiros para a manutenção do enfrentamento da COVID-19 em face da dicotomia entre o Estado Democrático de Direito e o autoritarismo governamental na perspectiva do autoritarismo furtivo, cunhado por Adam Przeworski, em seu livro *Crisis da Democracia*, no Brasil. O objetivo geral é esclarecer como esse autoritarismo desafia as instituições e impõe dificuldades para a implementação e execução de políticas públicas para o enfrentamento da COVID-19.

Para alcançar o objetivo geral foram definidos os seguintes objetivos específicos: a) Explicar a política pública na perspectiva do Estado Democrático de Direito; b) Examinar aspectos dicotômicos entre o Estado Democrático de Direito e o autoritarismo furtivo; c) Explicar os principais desafios jurídico-administrativos e financeiros para enfrentamento da COVID-19 em face da dicotomia entre o Estado Democrático de Direito e o autoritarismo governamental/furtivo no Brasil.

2. A política pública no Estado Democrático de Direito

A noção de política pública tem como cenário embrionário a segunda guerra mundial, quando a Grã-Bretanha e os Estados Unidos da América desenvolveram investigações sobre operações e técnicas de análise econômica e não, por outra razão, as primeiras análises de políticas públicas centraram-se na formulação de políticas públicas econômicas e de defesa.² Conectando a contextualização embrionária das políticas públicas com a contemporaneidade, pode-se afirmar que um dos traços do constitucionalismo contemporâneo é o caráter marcadamente normativo, superior hierarquicamente, além de ser o centro do sistema, incorporando “[...] valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais.”³ Este compromisso constitucional revela uma dimensão congênita entre política e público, sintetizada na afirmação de Dewey “*lo público y sus problemas*.”⁴

A Constituição Federal de 1988 inaugurou um novo cenário político, jurídico e social ao preconizar, em seu artigo 1.º, que a República Federativa do Brasil se constitui em Estado Democrático de Direito e fundamenta-se nos princípios fundamentais da soberania, da cidadania, da dignidade da pessoa humana, dos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e do pluralismo político. No artigo 3.º, estabelece os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional; a erradicação da pobreza, da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais e promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, que são compromissos impostos ao Estado brasileiro.

O artigo 5.º dispõe que todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no

² Wayne Parsons, *Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, trad. de Atenea Acvedo (México: FLACSO, Sede Académica de México, 2007).

³ Ana Paula de Barcelos, “Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, *Revista de Direito Administrativo*, v. 240 (2005): 89. ISSN 2238-5177. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43620>.

⁴ Wayne Parsons, *Políticas públicas: una introducción a la teoría y la práctica del análisis de políticas públicas*, 31.

País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade e, em seus incisos, alíneas e parágrafos, arrola os direitos fundamentais de liberdade as correspondentes garantias; e o artigo 6.º estabelece que são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma da Constituição. Enquanto os direitos e as garantias fundamentais arroladas no artigo 5.º, de uma forma geral, impõem limites à atuação do Estado e da Administração Pública, os direitos fundamentais previstos no artigo 6.º exigem atuação positiva do Estado e da Administração Pública e, para tanto, os instrumentos adequados são as políticas públicas.

Nesse contexto, a ideia central que permeia a noção de política pública é a de que se trata de uma ação estatal que tem por finalidade a resolução de problemas, os quais não podem ser enfrentados individualmente ou pelo mercado, com vistas à dignificação da vida humana, afirmando o nexo operativo entre política pública e direitos fundamentais e, por consequência, o seu caráter obrigatoriamente multidisciplinar. O Estado Democrático de Direito tem o compromisso de assegurar o bem-estar material aos seus cidadãos, fundado no binômio social-interventivo e sintetizado na política pública, que é o direito administrativo social, cuja função precípua é a promoção da democracia e da cidadania, proporcionando a todos o acesso às condições de uma vida digna.

Nesse contexto, um dos traços do constitucionalismo contemporâneo é o caráter marcadamente normativo, superior hierarquicamente, além de ser o centro do sistema, incorporando “[...] valores e opções políticas, dentre as quais se destacam, em primeiro plano, aquelas relacionadas com os direitos fundamentais”⁵ e o Direito Administrativo Social é conseqüente da noção de Estado social e democrático de Direito, que tem a responsabilidade de promover (Jaime Araña) “[...] las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integran sea real y efectiva, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando la participación de todos en la vida política, económica, social y cultural.”⁶

Destacam-se, no contexto constitucional, os princípios, os objetivos e os direitos fundamentais, os quais vinculam os Poderes Públicos no sentido de observar os princípios e os objetivos e proteger os direitos fundamentais, exigindo ações estatais, dentre as quais destaca-se a política pública. Por isso, a ideia central que permeia a noção de política pública é a de que se trata de uma ação estatal que tem por finalidade a resolução de problemas e, como afirmado anteriormente, são aqueles que não podem ser enfrentados individualmente ou pelo mercado, com vistas à dignificação da vida humana, afirmando o nexo operativo entre política pública e direitos fundamentais e, por consequência, o seu caráter obrigatoriamente multidisciplinar.

A Constituição federal de 1988, a despeito de manter na sua essência o modelo burocrático, promoveu modificações de natureza política na estrutura administrativa, introduzindo o elemento democrático ao inserir a sociedade na formulação de políticas e na gestão governamental. Contudo, a crise fiscal do Estado refletida na dificuldade de financiar os déficits estatais, somada à crise de governabilidade caracterizada pela incapacidade dos governos de resolver seus problemas econômicos e sociais;

⁵ Ana Paula de Barcelos, “Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas”, 85.

⁶ Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, “El Derecho Administrativo ante la crisis (El Derecho Administrativo Social)”, *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n.º 60 (2015): 13-37.

a globalização econômica e as inovações tecnológicas, forjaram transformações na economia e no setor produtivo com reflexos na estrutura e organização do Estado e, por extensão, no modelo da Administração Pública,⁷ por força de Emendas Constitucionais, notadamente a n.º. 19/98 e a legislação infraconstitucional regulamentadora.

Política Pública é a política institucionalizada e concretizada, com intencionalidade finalística em atenção às finalidades constitucionais, com destaque para os direitos fundamentais. Sim, porque o conteúdo do direito fundamental singularizado consiste na unidade formada pela complexidade que se faz presente nas tomadas de decisões, exigíveis pelo cidadão ou grupo(s) de cidadãos, que são os destinatários, gerando determinado resultado. Esta conexão assemelha políticas públicas e direitos fundamentais, dado que políticas públicas e direitos fundamentais são feitas dos mesmos elementos.⁸

O termo política, em alguns idiomas, como por exemplo o inglês, é visto sob três perspectivas: *polity*, *policy* e *politics*. *Polity*, compreende a dimensão institucional, que se refere ao ordenamento do sistema político-jurídico, tendo como núcleo central a estrutura do sistema político-administrativo⁹, que na Constituição brasileira está densificado no Capítulo III, que trata da organização do Estado brasileiro. *Policy* é considerada a dimensão material das ações políticas, que são as políticas públicas, expressando uma racionalidade política. *Politics* se refere ao processo político, que traz implícita a ideia de competição política pelo poder que se caracteriza pela organização político-partidária, eleições e o seu regramento.¹⁰

Finalizando, a política pública, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, é a Policy que tem como finalidade precípua a concretização dos direitos fundamentais, cuja legitimidade reside na *Politics*, no âmbito da qual a cidadania dialoga com os agentes públicos de acordo com a dimensão institucional que é a Polity. Percebe-se, contudo, que em face do autoritarismo governamental, o fluxo na formulação, implementação e execução da política pública sanitária de enfrentamento da COVID apresenta truncamentos, obrigando a intervenção do Poder Judiciário para resolver litígios ligados à competência dos entes federativos, à atuação do Poder Legislativo na apuração da responsabilidade dos gestores, à constitucionalidade de normas restritivas da liberdade de locomoção, à utilização de leitos de UTI e à proteção de populações vulneráveis, entre outros.

3. A dicotomia entre o Estado Democrático de Direito e o autoritarismo governamental/furtivo

A despeito de períodos democráticos sintetizados em dois momentos históricos, entre 1945 e 1964 e a retomada a partir da Constituição de 1988, a sociedade brasileira ainda não se livrou totalmente da cultura autoritária em alguns setores, possivelmente em razão do passado colonial e escravagista. Essa cultura autoritária em determinados períodos parece que hiberna, mas por alguma ausência de vigilância

⁷ Joséli Fiorin Gomes, “Os modelos (dimensões) de administração pública e a realidade da gestão pública brasileira: do patrimonialismo à possibilidade de uma gestão democrática”, in *58.ª Reunião Anual da SBPC*, 2006. Anais da 58.ª Reunião Anual da SBPC - Florianópolis, SC – Julho, 2006.

⁸ Caroline Müller Bittenourt e Janriê Reck, *O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas* (Curitiba: Íthala, 2021).

⁹ Klaus Frey, “Políticas públicas: um debate conceitual e reflexões referentes à prática da análise de políticas públicas no Brasil”, *Planejamento e Políticas Públicas*, Brasília, n.º 21 (2000): 211-259.

¹⁰ *Ibidem*.

da sociedade e das instituições, ela retorna com força, e as principais vítimas de suas ações são as instituições que são desrespeitadas e enfraquecidas, com reflexos nefastos para o asseguramento das garantias individuais e os direitos fundamentais sociais.

Essa cultura autoritária é um elemento que permeia o processo de estabilização do capitalismo tardio brasileiro, que numa *timeline* compreende os períodos: economia colonial, economia mercantil-escravista cafeeira nacional e economia exportadora capitalista¹¹, o que certamente contribuiu para que os direitos sociais ficassem truncados diante de uma visão excludente de amplas parcelas da população não inseridas em termos produtivos no mercado de trabalho¹². Este conjunto de fatores vem promovendo crises com destaque para as políticas com repercussão econômica e social, como a precarização dos direitos sociais, além de afetar a lógica democrática nas relações entre a cidadania e a Administração Pública e entre os entes político-administrativos, a despeito dos princípios, objetivos e direitos fundamentais alicerçados na Constituição Federal.

Em momentos de crise democrática surgem alguns sinais, como o rápido desgaste dos sistemas partidários tradicionais; o avanço de partidos e atitudes xenofóbicas, racistas e nacionalistas e o declínio no apoio à democracia em pesquisas de opinião pública¹³. Neste contexto, o governo procura monopolizar o poder e eliminar obstáculos à implantação de suas políticas, e para tanto procura incapacitar possíveis resistências, que variam caso a caso, mas costumam incluir os partidos de oposição, o sistema judicial e a mídia, bem como as ruas. É o chamado autoritarismo furtivo que não se caracteriza por rupturas bruscas, mas via corrosão dos valores do estado democrático de direito e o enfraquecimento e a cooptação das instituições¹⁴.

É esse o contexto político e social que se apresenta no Brasil ultimamente, em especial a partir da eleição do atual Presidente: uma certa dicotomia entre a concepção de Estado Democrático de Direito e um Governo com postura autoritária que se caracteriza por um certo desprezo à axiologia constitucional e os direitos fundamentais, orientado por um negacionismo estrutural, que se caracteriza pela narrativa negacionista mesmo diante de evidências; pelo populismo que se caracteriza pelas reiteradas tentativas de estabelecer relações diretas com o povo, desprezando o princípio da democracia representativa, via discurso fortemente calcado em valores morais e religiosos, tendo como pano de fundo as redes sociais; pela cooptação de uma parcela do Poder Legislativo via emendas parlamentares, nem sempre transparentes; a cooptação do Procurador-Geral da República, o que acaba sobrecarregando o Poder Judiciário.

Essa dicotomia ficou patente com a pandemia decorrente da COVID-19, quando inicialmente o Governo não atribuiu ao evento a devida importância sanitária, mesmo que em outras partes do mundo, em especial na Europa e na China, o quadro era sério, com muitas hospitalizações e mortes. A ausência de importância soou como negação da realidade pandêmica e, mesmo diante de uma realidade sanitariamente comprometida, demorou para agir na compra de vacinas quando os laboratórios já tinham avançado na sua produção, o que foi objeto de Comissão Parlamentar de Inquérito no Senado Federal.

¹¹ João Manuel Cardoso de Mello, *O capitalismo tardio: contribuição à revisão crítica da formação e do desenvolvimento da economia brasileira* (São Paulo: Unesp) (Campinas: Facamp, 2009).

¹² Eduardo José Grin, “Regime de bem-estar social no Brasil: três períodos históricos, três diferenças em relação ao modelo europeu social-democrata”, *Cadernos Gestão Pública e Cidadania*, São Paulo, v. 18, n.º 63 (2013).

¹³ Adam Przeworski, *Crises da Democracia* (Rio de Janeiro: Zahar, 2019).

¹⁴ *Ibidem*.

Instalaram-se conflitos entre o Presidente da República e Ministros da Saúde, acarretando a exoneração porque se negavam a seguir a orientação da Presidência, contrária aos protocolos sanitários emitidos pela Organização Mundial da Saúde (OMS).¹⁵ Ainda, se por um lado, o Ministério da Saúde (MS) editou a Portaria n.º 188, de 3 de fevereiro de 2020 que “*Declara Emergência em Saúde Pública de importância Nacional (ESPIN) em decorrência da Infecção Humana pelo novo Coronavírus (2019-nCoV), também, a Portaria n.º 454, de 20 de março de 2020, declarando, em todo território nacional, o estado de transmissão comunitária do coronavírus (COVID-19) e o Congresso Nacional aprovou a Lei n.º 13.979, sancionada pelo presidente da República em 06/02/2020, que dispõe sobre as “medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”* por outro lado, de forma contraditória, integrantes do Governo permaneciam negando as evidências.

Ficou evidente a posição autoritária, populista e segregacionista exercida pelo Presidente em suas relações com a imprensa, a academia, os diversos segmentos da sociedade brasileira e as organizações internacionais, colocando em risco a democracia brasileira e as relações globais. Para efeitos de ilustração, quando questionado a respeito da posição do vice-presidente, que havia se posicionado perante a imprensa como favorável ao isolamento social como medida de contenção à pandemia, reagiu dizendo: “*O Presidente sou eu*”, evidenciando um discurso desconectado com a concepção de Estado Democrático de Direito, em que o poder emana do povo e não do Governante. Assim, em se tratando de uma decisão tomada numa situação republicana, a obediência servil, sem qualquer possibilidade de discussão ou racionalidade, transgride a noção de *res publica* e retoma a ideia de *res principis*, que se atrela à tirania de “*o presidente sou eu*”.¹⁶

Estabeleceu, também, uma dicotomia ideologizada: “*fique em casa versus a economia não pode parar*”, chegando ao ponto em que o Supremo Tribunal Federal-STF concedeu medida cautelar na ADPF 669 suspendendo a campanha publicitária “*O Brasil Não Pode Parar*”. Tiveram outros desdobramentos, como o uso versus não uso da máscara, entre a vacina versus não vacina. Ainda, o presidente da República estabeleceu embates com governadores e prefeitos que acabaram sendo judicializados, ressaltando a decisão do Supremo Tribunal Federal (STF), ADI 6341 MC / DF, acerca da competência concorrente em matéria de saúde entre os entes político-administrativos, assegurando autonomia para tomar providências normativas e administrativas relacionadas à COVID-19. Recentemente, quando os efeitos da pandemia se tornaram menos graves, tem-se observado a lógica inversa, em que governadores e prefeitos adotam medidas menos restritivas que as previstas na legislação.

¹⁵ “Durante a pandemia do novo coronavírus, Bolsonaro tem adotado uma postura contrária às recomendações dos médicos e da Organização Mundial da Saúde (OMS), em especial antagonizando os governadores e prefeitos sobre as políticas de isolamento e investindo na recomendação de medicamentos que são questionados pela ciência como eficazes no tratamento da doença. Diante da recusa em aceitar as recomendações de especialistas, como foi mencionado, dois ministros da Saúde do governo foram trocados. Em algumas circunstâncias, Bolsonaro promoveu e compartilhou conteúdos falsos sobre o novo coronavírus nas redes.” Em Carla Montuori Fernandes, *et al.*, “A Pós-verdade em tempos de Covid 19: o negacionismo no discurso de Jair Bolsonaro no Instagram”, *Liinc em Revista*, v. 16, n.º 2 (2020): 5317- 5317. Disponível em: <http://revista.ibict.br/liinc/article/view/5317/5103>.

¹⁶ Duílio Fabbri Jr e Fabiano Ormanzeze, “O discurso nos limites da obediência: enunciados que afagam ou abafam conflitos entre Mandetta e Bolsonaro na crise do Coronavírus”, *Rev. Cadernos de Campo*, Araraquara, n.º 28 (2020): 175-191.

4. Os desafios jurídico-administrativos e financeiros para enfrentamento da COVID-19 em face da dicotomia entre o Estado Democrático de Direito e o autoritarismo governamental/furtivo no Brasil

Certamente não há espaço suficiente para uma abordagem mais detalhada acerca dos desafios jurídico-administrativos e financeiros que se apresentaram durante o período mais crítico do enfrentamento dos efeitos sanitários nefastos impostos pela COVID-19. A despeito de uma certa normalização da vida, o *status* pandêmico ainda não foi revogado e, ainda que não se queira, não existe nenhuma garantia de que no futuro não teremos que enfrentar pandemias deste quilate. Contudo, olhando para trás, é possível destacar alguns fatores que se apresentaram no contexto do enfrentamento da COVID-19 e desafiaram e ainda desafiam o enfrentamento dos efeitos nefastos decorrentes da COVID-19.

Uma das dificuldades foi a construção de consensos acerca das demandas sociais relacionadas à COVID-19.¹⁷ Por um lado, o Governo federal procurava centralizar as decisões e, por outro, os entes federativos,¹⁸ baseados na sua autonomia, defendiam ações de forma descentralizada. O Supremo Tribunal Federal (STF), em suas decisões, explicitou que o federalismo brasileiro é descentralizado, prevendo “[...] *diversas competências para cada um dos entes federativos, por vezes com maior centralização de poder, principalmente na própria União (...), outras vezes, com uma maior descentralização nos estados-membros e municípios (...).*”¹⁹ Nesse contexto apareceu uma forte ideologização da COVID-19 em detrimento da racionalidade político-administrativa, o que acabou trazendo importantes reflexos acerca da distribuição das competências e responsabilidades dos entes da Federação.²⁰

Ainda nesse contexto, a tentativa de imposição ideológica de medicamentos sem base científica como a cloroquina; a sobre-elevação dos valores morais conservadores e religiosos em detrimento dos valores constitucionais; o conservadorismo moral do Governo federal “[...] *se baseia na noção fechada e dogmática de mundo, a qual*

¹⁷ De acordo com Marko Monteiro, professor da Unicamp, que participa do projeto *Comparative Covid Response: Crisis, Knowledge, Politics* (CompCoRe), que busca analisar as políticas, processos decisórios e respostas à pandemia de COVID-19 em 16 países, incluindo o Brasil, uma das questões de destaque é a centralidade da política, disputas de poder e sobre significados, de indicadores, das respostas, do papel da ciência, etc., no entendimento do sucesso ou fracasso das respostas. “*Assim como em alguns países houve maior consenso sobre medidas, o que ajudou na adesão da população e no consequente resultado positivo, houve contextos, como no Brasil e Estados Unidos, onde as disputas e desentendimentos, pela sua severidade e onipresença, são parte central da razão dos fracassos percebidos.*” Disponível em: <https://jornal.usp.br/ciencias/tensoes-politicas-levaram-brasil-a-fracassar-no-combate-a-COVID-19-aponta-relatorio/>.

¹⁸ “*Mesmo que governadores de diferentes estados de Brasil tenham tentado adotar medidas de isolamento, a falta de coordenação do governo federal, a falta de diretrizes comuns, o jogo de informações cruzadas e contraditórias serviram de estímulo para desistir do isolamento e restringiram as possibilidades de controle. Existem imensas dificuldades que devemos enfrentar hoje, particularmente no Brasil, para construir uma política de gestão da pandemia que respeite os direitos humanos aceitando as necessárias restrições impostas pelo isolamento.*” Em Sandra Caponi, “COVID-19 no Brasil: entre o negacionismo e a razão neoliberal”, *Estudos Avançados*, 34(99) (2020): 209-223. Doi: <https://doi.org/10.1590/s0103-4014.2020.3499.013>.

¹⁹ Bruna Henrique Hübner e Janriê Rodrigues Reck, “As decisões do Supremo Tribunal Federal referentes à pandemia do COVID-19 e a cooperação entre os entes federados”, *Revista Videre*, 13(28), (2021). DOI: <https://doi.org/10.30612/videre.v13i28.13279>.

²⁰ “*Bolsonaro não só despreza, mas trabalha contra a integração na Federação. Nunca um governo levou tão longe, quase transformando em política pública, o desencontro, a desqualificação dos entes subnacionais.*” José Álvaro Moisés. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/infograficos/politica,bolsonaro-x-estados-e-municipios-cada-um-por-si-contra-a-covid,1154754>.

*pressupõe, por sua vez, a ideia fundamentalista de ser humano como essência pronta, com finalidade previamente determinada e dirigida por forças externas e superiores.*²¹ Esse conservadorismo se origina de uma “[...] ontologia antropológica extremamente hierarquizada que defende a superioridade de alguns seres humanos em relação a outros.”²² Os valores conservadores de natureza religiosa, que pareciam ter se restringido à esfera privada e individual pelo processo de secularização, reconfiguraram-se e atuam sobre aquilo que se define como público, mais especificamente as normas em forma de lei ou de costumes.²³ Esclarece-se, que os princípios e valores religiosos são admitidos constitucionalmente na esfera privada, dado que o Estado brasileiro é laico e admite a liberdade religiosa.

A despeito do protagonismo do Governo federal, dada a competência e a responsabilidade da União no trato das questões sanitárias e da saúde pública, não foi o único com discurso negacionista, pois também parlamentares e alguns prefeitos também se posicionaram contra as ações recomendadas pela OMS. Quando a narrativa negacionista sobre os efeitos nefastos do vírus arrefecera em razão das evidências, das internações e dos óbitos, surgiu a narrativa negacionista acerca dos efeitos profiláticos das vacinas, que serviu para o atraso na aquisição e na tentativa de persuasão das pessoas para que elas não se vacinassem, pois se o fizessem, correriam diversos riscos.²⁴

A concepção de que a desigualdade social é natural e, nesse contexto, quem tem poder manda e os outros obedecem, é histórica no Brasil, efeito perverso da nossa constituição enquanto sociedade, fundada na lógica colonialista e escravagista, da qual nunca nos emancipamos completamente. O preocupante é a normalização da desigualdade social, típico efeito das sociedades estruturalmente hierarquizadas, mantida com base em discursos e narrativas centradas na ideia de que alguns são superiores aos outros. Essa desigualdade apareceu forte e aprofundou as desigualdades e impactou de maneira decisiva todos os aspectos da vida da população brasileira.²⁵

²¹ Claudio Almir Dalbosco, Angelo Vitório Cenci e Miguel da Silva Rossetto, “Conservadorismo moral, indeterminação da condição Humana e ética democrática”, *Educação*, 43(2) (2020). DOI: <https://doi.org/10.15448/1981-2582.2020.2.35895>.

²² *Ibidem*.

²³ Ronaldo Almeida, “Bolsonaro presidente: conservadorismo, evangelismo e a crise brasileira”, *Novos Estudos CEBRAP*, São Paulo (2019): 185-213. Disponível em: https://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002019000100010.

²⁴ «A Polícia Federal (PF) disse nesta quarta-feira, 17/08/2022, que vê indícios de crime do presidente Jair Bolsonaro (PL) por associar a vacina contra a COVID-19 ao risco de desenvolver o vírus da aids. A afirmação consta no relatório parcial da investigação enviado ao Supremo Tribunal Federal (STF) pela delegada Lorena Lima Nascimento. De acordo com o documento, os elementos reunidos até o momento apontam para os delitos de incitação ao crime e de provocar alarma a terceiros. O presidente disse, em live no dia 21 de outubro de 2021, que a população do Reino Unido estaria “desenvolvendo a síndrome de imunodeficiência adquirida [aids]” após a imunização completa contra o novo coronavírus.» Disponível em: <https://www.bol.uol.com.br/noticias/2022/08/17/pf-diz-ao-stf-que-ve-crime-de-bolsonaro-por-associar-vacina-ao-virus-da-aids.htm?cmpid=copiaecola>.

²⁵ Pesquisa da Universidade Federal do Rio de Janeiro analisou dados da PNAD COVID-19 e do banco de internações de Síndrome Respiratória Aguda Grave (SRAG/DataSUS) e concluiu que há desigualdades relativas à testagem, letalidade e óbito de acordo com a renda, cor de pele, escolaridade da população e Índice de Desenvolvimento Humano (IDH) dos municípios brasileiros. Em fevereiro de 2021, pesquisa do Núcleo de Saúde Pública da UFRJ, através dos dados da PNAD COVID-19 (IBGE), revelou que 28,6 milhões de pessoas no Brasil fizeram testes de infecção por coronavírus, das quais 6,3 milhões testaram positivo. Dentre aqueles com renda entre meio salário-mínimo e um salário-mínimo, 10% fizeram o teste; entre um e dois salários-mínimos, 14%; entre aqueles que ganham quatro ou mais salários-mínimos, 29% foram testados. Dentre os pacientes internados com casos confirmados, considerando sua cor/ raça, a letalidade foi de 56% entre os brancos e de 79% entre os não brancos. Já em relação aos mortos por nível de escolaridade, os números mostraram: 71% de óbitos entre os sem escolaridade; 59% entre os que cursaram até o fundamental 1; 48% entre os que cursaram até o fundamental 2. Nos níveis médio e superior a letalidade alcança 35% dentre aqueles que têm nível

Além das dificuldades operacionais envolvendo a gestão do Sistema Único de Saúde (SUS),²⁶ que necessita de ações coordenadas,²⁷ houve muita desinformação intencional, chamada de *fake news*,²⁸ o que contribuiu para que houvesse comportamentos dissonantes no âmbito da sociedade em relação ao desejado para o combate da pandemia e convencer a população a aceitar medidas e a adoção de condutas por vezes impopulares, mas necessárias.

A educação também foi muito afetada pela pandemia, ressaltando ainda mais as desigualdades sociais e, por extensão, o acesso a tecnologias capazes de contribuir para o processo de aprendizagem.

Nesse aspecto, o ensino fundamental, compreendendo os anos iniciais e finais, somaram 27,2 milhões de matrículas em todo o Brasil em 2018. Dessas crianças, entre 4,3 e 4,4 milhões não dispunham de acesso domiciliar à internet em banda larga ou 3G/4G para atividades remotas de ensino-aprendizagem. Somando as crianças matriculadas na pré-escola e os jovens sem acesso matriculados no ensino médio, chega-se aproximadamente a 5,9 milhões (de um total de 39,5 milhões) de crianças e adolescentes na fase de escolarização obrigatória que frequentavam escolas em 2018 sem que dispusessem de acesso domiciliar à internet²⁹. Além da falta de internet, a ausência de equipamentos e softwares adequados, a deficiência na utilização de metodologias adequadas pelos professores, somadas às diversidades regionais e locais, contribuíram para o déficit de aprendizagem dos estudantes.

O esvaziamento das políticas públicas via distribuição e direcionamento de recursos orçamentários aos parlamentares. Assim, se por um lado, é perceptível o esvaziamento estrutural das políticas públicas de concretização dos direitos fundamentais, notadamente os sociais; de outro, para manter a governabilidade, o Governo federal renunciou ao controle orçamentário,³⁰ pulverizando o orçamento via Emendas Parlamentares.

médio, 22% para os que têm nível superior. Disponível em: <https://www.cfn.org.br/wp-content/uploads/2021/09/Relat%C3%B3rio-COVID-19-e-DESENVOLVIMENTO-SUSTENTAVEL.pdf>.

²⁶ Portal do Tribunal de Contas da União (TCU): 31. Não é possível olvidar, ainda, que o Ministério da Saúde é competente para coordenar e fiscalizar o SUS (art. 1.º, inciso II, do Anexo I, do Decreto 9.795/2019) e que a União poderá executar ações de vigilância epidemiológicas e sanitárias em circunstâncias especiais, como na ocorrência de agravos inusitados à saúde, que possam escapar do controle da direção estadual do SUS ou que representem risco de disseminação nacional (art. 16.º, parágrafo único, da Lei 8.080/1.990). Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/C9/50/A2/20/D731B710EA6C5BA7E18818A8/014.575-2020-5-BZ%20-%20ACOM_medidas%20combate%20a%20pandemia_MS_ciclo5.pdf.

²⁷ “A descoordenação do Ministério da Saúde agrava a fragmentação de respostas locais à pandemia e produz uma fratura federativa grave.” Marília Louvison. Disponível em: <https://www.estadao.com.br/infograficos/politica,bolsonaro-x-estados-e-municipios-cada-um-por-si-contr-a-covid,1154754>.

²⁸ Portal do Tribunal de Contas da União (TCU): 30. No momento atual, de extremo agravamento da crise, torna-se fundamental a adoção de um discurso baseado na ciência para combater as *fake news* – que em muito têm contribuído para o comportamento dissonante da sociedade em relação ao que se deseja para o combate da pandemia – e para convencer a população a aceitar medidas e a adotar condutas muitas vezes impopulares, mas necessárias. Todavia, verificou-se que o Ministério da Saúde não tem liderado esse processo, ao reverso, excluiu do Plano de Contingência Nacional a ação que lhe atribuía essa responsabilidade, em desacordo com o art. 10.º, § 1.º, incisos I e II, do Decreto 7.616/2011, que atribui ao representante do Ministério da Saúde designado para coordenar as medidas a serem executadas durante a Espin, as atribuições de planejar, organizar, coordenar e controlar as medidas a serem empregadas durante a emergência e de articular-se com os gestores estaduais, distrital e municipais do SUS, o que inclui as ações de comunicação à população. Disponível em: https://portal.tcu.gov.br/data/files/C9/50/A2/20/D731B710EA6C5BA7E18818A8/014.575-2020-5-BZ%20-%20ACOM_medidas%20combate%20a%20pandemia_MS_ciclo5.pdf.

²⁹ Paulo Meyer Nascimento, *et al.*, “Acesso domiciliar à internet e ensino remoto durante a pandemia”, *Diretoria de Estudos e Políticas Sociais*, IPEA, n.º 88 (2020): 15. Disponível em: <http://repositorio.ipea.gov.br/handle/11058/10228>.

³⁰ “O consagrado presidencialismo de coalizão transfigurou-se no Brasil em presidencialismo ora de “colisão”,

A militarização da administração pública federal é outro fator e impõe desafios, porque a formação do militar exige o desenvolvimento de competências e habilidades que são estranhas às funções da Administração Pública. A Administração Pública tem concepção civil, cuja finalidade precípua é a concretização dos direitos fundamentais, enquanto os militares e suas respectivas corporações têm outras finalidades, relacionadas à defesa externa e interna, como é o caso das polícias militares estaduais. Não por outra razão, a Constituição federal exige o concurso público para a investidura em cargos e empregos públicos, ressalvados as nomeações em caráter comissionado, que são de livre nomeação e exoneração. O Fórum Nacional das Carreiras Públicas de Estado (o Fonacate), encomendou um estudo sobre a militarização da administração pública no Brasil, o qual aponta a presença de mais de 6 mil militares em cargos civis no atual governo federal, incluindo áreas estratégicas em ministérios e estatais.

Conclusão

O Estado Democrático de Direito tem o compromisso de assegurar o bem-estar material aos seus cidadãos, cuja função precípua é a promoção da democracia e da cidadania, proporcionando a todos o acesso às condições de uma vida digna. A política pública, na perspectiva do Estado Democrático de Direito, é a *Policy*, que tem como finalidade precípua a concretização dos direitos fundamentais, cuja legitimidade reside na *Politics*, no âmbito da qual a cidadania dialoga com os agentes públicos de acordo com a dimensão institucional que é a *Polity*.

A cultura autoritária é um elemento que permeia o processo de estabilização do capitalismo tardio brasileiro, que numa *timeline* compreende os períodos: economia colonial, economia mercantil-escravista cafeeira nacional e economia exportadora capitalista, o que certamente contribuiu para que os direitos sociais ficassem truncados diante de uma visão excludente de amplas parcelas da população não inseridas em termos produtivos no mercado de trabalho.

Existe uma certa dicotomia entre a concepção de Estado Democrático de Direito e um Governo com postura autoritária, que se caracteriza por um certo desprezo à axiologia constitucional e os direitos fundamentais, orientado por um negacionismo estrutural, identificado pela narrativa negacionista mesmo diante de evidências; pelo populismo reconhecido através das reiteradas tentativas de estabelecer relações diretas com o povo, desprezando o princípio da democracia representativa, via discurso fortemente calcado em valores morais e religiosos, tendo como pano de fundo as redes sociais; pela cooptação de uma parcela do Poder Legislativo via emendas parlamentares, nem sempre transparentes;

Por fim, alguns fatores que dificultaram e ainda dificultam ações de enfrentamento de pandemias, como a COVID-19. Alguns dos desafios: a construção de consensos acerca das demandas sociais relacionadas à COVID-19; a tentativa de imposição ideológica de medicamentos sem base científica, como a cloroquina; a sobre-elevação

ora de “cooptação”. Isso ocorre em boa parte porque no Brasil há mais partidos registrados do que unidades federativas. São 32 legendas – 23 com representação no Congresso –, a maior parte sem contorno ideológico claro ou diretriz programática definida. Entidades que sobrevivem muitas vezes dos recursos do Estado e das relações fisiológicas em Brasília. Entre a colisão e a cooptação, neste contexto de uma fragmentação partidária cada vez maior, o orçamento público acabou virando, ao longo dos anos, um instrumento de barganha política e não são raros os casos em que a distribuição de verbas corre na contramão da ordenação de prioridades previstas na carta constitucional, independentemente do governo.” Disponível em: <https://arte.estadao.com.br/politica/eleicoes/agenda-estadao-2022/como-obter-governabilidade-sem-entregar-o-orcamento-a-interesses-subalternos-de-parlamentares.html>.

O Estado Democrático de Direito *versus* ideologia autoritária de governo: desafios jurídico-administrativos e financeiros para enfrentamento da COVID-19 – apontamentos sobre o caso brasileiro

de valores morais conservadores e religiosos em detrimento dos valores constitucionais; discursos e narrativas negacionistas dos efeitos nefastos da COVID-19 e dos efeitos profiláticos das vacinas; a normalização das desigualdades sociais; as dificuldades com o ensino e a aprendizagem; o esvaziamento das políticas públicas e a militarização da administração pública federal.

O federalismo brasileiro sob uma (re)leitura a partir da COVID-19: a subsidiariedade e os reflexos da pandemia no Estado brasileiro^{1/2}

*Ricardo Hermany**

*Betieli da Rosa Sauzem Machado***

1. Notas introdutórias

O Brasil adotou o modelo de Estado Federal a partir Constituição de 1891, passando ao longo das Constituições por períodos de aperfeiçoamentos, retrocessos e ressignificações, assim como por períodos de centralização e descentralização do poder. Assim, com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil, promulgada em 5 de outubro de 1988, foi implementado o sistema federativo com viés cooperativo e uma maior distribuição de competências, além de conferir aos municípios *status* de entes federados autônomos – com capacidade de auto-legislação, autoadministração e auto-organização –, formando um federalismo trino e *sui generis*, visto que no direito comparado não existe nada semelhante.

É importante mencionar também que por meio dessa estrutura de Estado, do ponto de vista material, não pode existir nenhuma forma de hierarquia no âmbito dos poderes ou das esferas de governo, tendo em vista que o federalismo cooperativo está longe de ser retórica, pois exige que seus membros se apoiem, independentemente de diferenças ideológicas ou partidárias dos governantes, sendo tal posicionamento necessário diante em razão de um país com dimensões continentais. Apesar disso, existem inconsistências na estrutura do federalismo brasileiro, o que tem gerado a falta de articulação e guerra fiscal, principalmente diante das competências comuns e concorrentes, ou seja, transformando o federalismo cooperativo em uma estrutura competitiva.

De tal forma, evidencia-se que esses fatos são potencializados diante da crise gerada pela pandemia do Coronavírus, mas o Estado possui um arcabouço normativo constitucional que lhe permite responder à atual crise pandêmica, cuidando e protegendo a saúde pública por meio de medidas adaptadas às características regionais e locais. Reitera-se que o comprometimento financeiro dos municípios aprofundou as discussões sobre o escopo de atuação – das competências – dos entes federados em razão das circunstâncias excepcionais criadas pelos desastres e calamidade pública

¹ O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

² Esta publicação tem apoio em bolsa institucional da Confederação Nacional de Municípios (CNM).
* Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC).

** Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-graduação da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Bolsista PROSUC/CAPES, modalidade I, dedicação exclusiva. Bolsista da Confederação Nacional de Municípios em convênio APESC/CNM.

no setor de saúde. Desta forma, o trabalho centra-se em examinar os reflexos da pandemia da COVID-19 no sistema federativo brasileiro.

Assim, em razão da fragilidade do federalismo decorrente da crise de engenharia institucional, que tende a se ampliar com a pandemia, surge o seguinte problema de pesquisa: diante dos desafios estruturais e financeiros e da judicialização, originados pela pandemia, quais são os principais reflexos identificados nas ações judiciais que enfrentam temáticas relacionadas às competências dos entes subnacionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal e qual o papel dos municípios no enfrentamento da pandemia?

De tal maneira, para responder ao problema proposto utiliza-se o método de abordagem dedutivo, pois parte-se de uma análise de dados gerais – relacionados aos pressupostos do federalismo brasileiro e repartição de competências – para dados particulares – por meio da análise de decisões no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF) e de pesquisas desenvolvidas pela Confederação Nacional de Municípios (CNM). Quanto ao método de procedimento empregado é o hermenêutico, em razão de viabilizar a correta interpretação dos dados estudados. E a técnica de pesquisa é a bibliográfica, por intermédio de documentações indiretas, centrando-se em verificar os contornos e fundamentos da legislação, obras, livros, artigos, monografias, dissertações, teses, que abordam as temáticas pesquisadas.

Desse modo, a pesquisa é estruturada a partir de quatro objetivos específicos, sendo: o primeiro, abordar o federalismo brasileiro adotado pela Constituição 1988 e a repartição de competências dos entes na saúde pública; o segundo, verificar as aproximações teóricas do princípio da subsidiariedade como um ideal viabilizador do federalismo cooperativo; o terceiro, estudar as consequências prático-teóricas da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6341 na formatação do pacto federativo brasileiro; e o quarto, averiguar os impactos do reconhecimento da competência concorrente dos entes em matéria de saúde, realizando uma abordagem de casos concretos em pesquisas da CNM, relacionadas às medidas sanitárias nos municípios brasileiros.

2. O federalismo brasileiro e as competências dos entes na saúde pública

No caso brasileiro – Estado Federal – os entes federados são organizados constitucionalmente mediante um “*quadro*” em que são estipuladas as competências compartilhadas, as quais são regidas pelo princípio da predominância de interesses.³ Neste contexto, as matérias relativas à União têm caráter predominantemente gerais (nacionais), já aos estados-membros as matérias pertinentes apresentam natureza regional e as atinentes aos municípios cabe as questões referentes de interesse predominantemente local.⁴

Além disso, a Constituição de 1988 fez previsão de autonomia para os entes subnacionais – estados-membros e municípios –, assim como estipulou um regime normativo e político, plural e descentralizado, o qual traz novas ferramentas para participação em um modelo institucional cooperativo e recíproco, com isso,

³ Ricardo Hermany, Betieli da Rosa Sauzem Machado, Maria Rita Bezerra da Silva, “A fragilidade do federalismo cooperativo brasileiro e seus desafios em tempos de pandemia do coronavírus”, em *Os novos desafios do Direito Público*, ed. Carlos Sérgio Gurgel da Silva et al., 1. ed. (Salvador: Motres, 2021).

⁴ Eliana Goulart Leão de Faria, “Poderes implícitos na Constituição. Doutrinas essenciais de Direito Constitucional”, vol. 3, 425-446 (2011): 4.

consequentemente, ocorreu a expansão do número de sujeitos capazes de tomar decisões. De tal forma, é que a cooperação passa a exigir que ocorra o entendimento mútuo entre todos os níveis de governo, bem como a participação pressupõe a abertura das arenas públicas de decisão.⁵

Desse modo, na Constituição de 1988 verifica-se que, as instituições políticas que são garantidoras da unidade do Estado federal, as unidades que estão envolvidas na autonomia política e na representação dos governos subnacionais – estados e municípios – passaram a ser estáveis, tendo em vista que o Estado brasileiro dispõe de normas voltadas para a garantia da autonomia dos seus entes.⁶ Outrossim, a autonomia é compreendida como um elemento central do federalismo, sendo o seu principal atributo a possibilidade de editar atos normativos.

Nesse sentido, reitera-se que a autonomia dos entes são referentes a: 1) autogoverno, que é a capacidade dos entes tomarem decisões políticas de forma independente, ou seja, os entes determinar o seu destino; 2) autoadministração, é a competência para implementar, por intermédio dos seus meios, suas decisões políticas e de executar suas leis, isto é, não inclui somente a possibilidade de organizar-se administrativamente, mas também a capacidade para gestar seus recursos financeiros tendo em vista atingir os fins pretendidos; 3) auto legislação, que é a capacidade para elaboração de suas leis, incluindo a auto-organização, ou seja, a competência para formular a própria Constituição, sendo que no caso dos municípios se refere a Lei Orgânica.⁷

Com relação à divisão de competências entre os entes federados, destaca-se que tende a impedir o caos jurídico na federação, visto que estabelece formalmente um quadro de divisão de atribuições, sendo tal característica inerente à natureza do Estado Federal.⁸ Dessa maneira, o federalismo brasileiro apresenta peculiaridades, eis que assim como elenca competências próprias também traz competências comuns – nestas todos os três entes precisam atuar de forma coordenada e conjunta. Em relação à saúde pública, verifica-se que o artigo 23.º da Constituição aborda as competências administrativas comuns, no inciso II, sendo a sua tutela e cuidado competência da União, estados-membros e municípios, além disso da leitura do artigo 30.º, inciso VII, verifica-se que deve haver cooperação técnica e financeira dos três entes na matéria.

A Constituição prevê de forma clara nos artigos 30.º, inciso VII, e 198.º, inciso I, que os serviços gerais de saúde pública serão descentralizados e hierarquizados, isto é, efetivados diretamente pelos entes locais e indiretamente pelos estados-membros e pela União, no âmbito de cooperação técnica e financeira. Além disso, cumpre ressaltar, que a execução da maioria das tarefas comuns pressupõe leis oriundas da competência legislativa concorrente – disposta no artigo 24.º, sendo o inciso XII referente a saúde pública –, que determina que é competência da União a edição de normas gerais e das demais esferas de governo compete legislar de forma complementar a legislação federal e a estadual no que lhe couber. Assim, a Constituição no artigo

⁵ Carlos Roberto Jamil Cury, “Federalismo político e educacional”, em *Políticas públicas e gestão da educação*, org. Naura Syria Carapeto Ferreira, (Brasília: Líber Livro Editora, 2007).

⁶ Marta Arretche, “Federalismo”, em *Reforma Política no Brasil*, org. Fátima Anastasia e Leonardo Avritzer (Belo Horizonte: Editora UFMG, 2006), 123-127.

⁷ Cristiano Franco Martins, *Princípio Federativo e Mudança Constitucional: limites e possibilidades na Constituição brasileira de 1988* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003a).

⁸ Pablo Lucas Verdù, *Curso de Derecho Político, volúmen II: la crisis de la teoría del Estado en la actualidad, federalismo y Estado federal, la teoría de la Constitución en el marco del Derecho político* (Madrid: Editorial Tecnos, 1986), 364-365.

30.º, incisos I, II e VII estipula a competência dos entes locais para prestação dos serviços de atendimento à saúde da população, em forma de cooperação técnica e financeira.⁹

Contudo, cabe frisar que os entes locais são as partes mais frágeis dentro da estrutura federativa, eis que é possível de verificar principalmente em decorrência do enfrentamento ao COVID-19, em razão de que de um lado por meio do princípio da subsidiariedade é incentivado com a atribuição de competência na esfera que esteja mais próxima do cidadão, por outro lado torna-se evidente a necessidade de que existam recursos financeiros para dar conta destas políticas públicas. É a partir destas premissas que se passará a abordagem do princípio da subsidiariedade, em sua dimensão administrativa interna.

3. Aproximações teóricas do princípio da subsidiariedade: o ideal de federalismo cooperativo no Brasil

A origem do princípio da subsidiariedade e sua construção dogmática, em sentido ético, ocorreu a partir da doutrina social da Igreja Católica, em que ganhou destaque juntamente com o federalismo cooperativo, tendo sua primeira referência nas lições de Aristóteles e na Encíclica Papal *Quadragesimo Anno* de Pio XI, em 1931. Ademais, pode ser localizado no artigo 4.º, da Carta Europeia de Autonomia Local, consolidada em Estrasburgo, em 15 de outubro de 1985, o qual menciona que o exercício das responsabilidades públicas deve incumbir, preferencialmente, às entidades que estejam mais próximas dos cidadãos.¹⁰

Além disso, com base no Tratado de Maastricht, de 1992, a União Europeia adotou o princípio da subsidiariedade como um critério orientador das competências concorrentes do ordenamento. Assim, o preâmbulo do Tratado, expressava as Nações signatárias do ânimo de continuar com o processo de formação de uma união mais aproximada dos povos da Europa, onde as decisões fossem tomadas pelo nível que estivesse mais próximo dos cidadãos, conforme o princípio da subsidiariedade, disposto no artigo 3.º - B.¹¹

Desta forma, o princípio da subsidiariedade pode ser caracterizado como uma forma de recomendação aos poderes e estruturas institucionais mais próximas do cidadão, os quais devem primar sua atuação focando na resolução dos problemas da sociedade, de forma que as estruturas centrais tenham competência subsidiária, atribuindo-lhes ação quando o ente local não possa atuar eficientemente. Ainda, frisa-se que a referida recomendação tende a privilegiar as esferas políticas descentralizadas e promover o desenvolvimento dos poderes locais.¹²

Portanto, o princípio da subsidiariedade vem ao encontro dessas ideias, pois direciona as responsabilidades públicas às autoridades que estejam mais próximas da população, isto é, considera as pretensões de eficácia e economia, além de observar qual a natureza e quão ampla são as tarefas. Assim, a sua implantação resulta na ampliação das competências dos municípios no federalismo brasileiro, sendo que com isso o poder local pode se orientar buscando a aproximação das ideias de interesse

⁹ Ricardo Hermany, Betieli da Rosa Sauzem Machado, Maria Rita Bezerra da Silva, "A fragilidade do federalismo cooperativo brasileiro e seus desafios em tempos de pandemia do coronavírus".

¹⁰ Margarida Slema D' Oliveira Martins, *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política* (Coimbra: Coimbra, 2003b).

¹¹ Raul Machado Horta, *Direito constitucional* (Belo Horizonte: Del Rey, 2002).

¹² José Alfredo de Oliveira Baracho, *O princípio da subsidiariedade: conceito e evolução* (Rio de Janeiro: Forense, 1997).

público, focalizando esforços voltados para esfera local. Logo, o princípio pressupõe essencialmente a atuação de entidades diferenciadas que verifiquem as possibilidades de cada uma de acordo com sua capacidade e eficácia para tal.¹³

É importante destacar que um dos maiores desafios para se defender o princípio da subsidiariedade no ordenamento brasileiro é pelo fato de que ele não está previsto expressamente na Constituição 1988, contudo é possível localizá-lo por meio da leitura combinada entre os artigos 1.º, 18, 30, inciso I e 34.º, inciso VII, alínea “c” da Constituição. De tal modo que é possível compreendê-lo como um princípio implícito, tendo em vista que da leitura sistemática dos artigos supracitados resta subentendido, presente na Constituição, sendo ele relacionado com o modelo de Estado federativo adotado, onde a organização descentralizada do Estado se destaca como um espaço favorável à aplicação deste princípio.

Dessa maneira, o princípio da subsidiariedade leciona, como regra geral, que as competências – o exercício do poder – devem ser efetivadas nos níveis de governos que estiverem mais próximos dos cidadãos, sendo que somente em situações de economicidade ou de eficiência é que se pode remeter a outra instância mais distante. Por conseguinte, trata-se de um princípio inteligente, eis que de um lado incentiva a descentralização, estipulando uma cláusula geral de competência local, e de outro não deixa os municípios isolados, visto que em situações de economicidade e de eficiência ele traz a responsabilidade para a União e aos estados-membros, aproximando-se, assim, do ideal de um federalismo cooperativo.

4. Consequências prático-teóricas a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6341 na formação do pacto federativo brasileiro

A controvérsia federativa em relação da titularidade da competência em matéria sanitária – notadamente quanto à adoção de medidas restritivas – se origina a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 6341, de relatoria do Ministro Marco Aurélio Mello, cuja finalidade era a declaração de incompatibilidade parcial Medida Provisória (MP) 926/2020 com a Constituição Federal, tendo em vista que a referida MP deferia à Presidência da República a centralização das prerrogativas de isolamento, quarentena, interdição de locomoção e de serviços públicos e atividades essenciais. Assim, a ação tinha como pedido que fossem explicitadas que as medidas adotadas pelo Governo Federal, na MP 926/2020, não afastavam a competência concorrente dos estados-membros, Distrito Federal e municípios.¹⁴

Desse modo, o relator deferiu liminar e, em 15 de abril de 2020, esta foi referendada, ou seja, o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiu, de forma unânime, que a tarefa de enfrentamento do Coronavírus é competência concorrente da União, dos Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios, assim como as medidas adotadas pelo Governo Federal não afastam a tomada de providências normativas e administrativas dos demais Entes.

Portanto, ainda que a União edite leis e decretos sanitários com previsão de medidas de controle e restrição de circulação para contenção da disseminação do vírus, dentre outras medidas, os estados-membros e municípios podem legislar de forma complementar. De tal forma, evidencia-se que a ADI 6341 inaugurou uma série

¹³ Margarida Slema D’Oliveira Martins, *O princípio da subsidiariedade em perspectiva jurídico-política*.

¹⁴ Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6.341, de 23 de março de 2020a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5880765>.

de decisões do STF reconhecendo a competência concorrente dos entes federados em matéria de saúde pública, desde que a complementação não contenha normas mais brandas e que ofereçam menor proteção.

Destaca-se também a ADI 6343, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, que visava regulamentar a competência para impor medidas de restrição à locomoção intermunicipal e local durante o estado de emergência. Salienta-se que tal ação teve a liminar referendada em parte, onde restou decidido que, no âmbito de suas competências e em seu território, os Estados-membros e Municípios podem adotar medidas restritivas à locomoção intermunicipal e local durante o estado de emergência decorrente da pandemia. Neste contexto, os gestores subnacionais não precisam de autorização do Ministério da Saúde para a decretação de isolamento, quarentena e outras providências, desde que com base na recomendação técnica fundamentada de órgãos da vigilância.¹⁵

Já a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental 806, de Relatoria do Ministro Marco Aurélio, impetrada pelo Governo Federal, manifestando contrariedade quanto à possibilidade de decretação *lockdown* e toque de recolher por governadores e prefeitos de todo o país como forma de combater a disseminação do Coronavírus, visando evitar o colapso do sistema de saúde. Assim, a decisão teve o pedido liminar sumariamente indeferido em 24 de março de 2021.¹⁶

Por fim, a ADI 6764, também de relatoria do Ministro Marco Aurélio, apresentava como objeto um pedido liminar para que fosse determinada a suspensão dos decretos emitidos pelos Estados da Bahia, do Distrito Federal e do Rio Grande do Sul, os quais estabelecem medidas restritivas – fechamento de atividades não essenciais e o toque de recolher noturno – no combate à pandemia da COVID-19. Ressalta-se, nesse sentido, que o pedido foi indeferido no dia 23 de março de 2021.¹⁷

Dessa maneira, além da falha em observar as evidências científicas no início da crise sanitária e a recusa do Governo Federal em cumprir os protocolos mais restritivos, verifica-se uma absoluta falta de coordenação nacional, que conseqüentemente colocou os entes federativos em uma longa e infrutífera disputa de protagonismo. Apesar de se observar a aplicação do princípio da subsidiariedade pelo STF, a busca por um federalismo cooperativo e coordenado parece ter se distanciado do objetivo pretendido pelo poder constituinte originário, isto é, adoção de um federalismo trino e harmônico.

Reitera-se que as decisões proferidas pelo STF reforçam que todos os entes devem assumir a responsabilidade de forma conjunta, avaliar a situação em suas respectivas regiões, respeitar o federalismo cooperativo, além de descentralizar o combate à pandemia e a autonomia local, ou seja, os entes federados devem primar pela cooperação e tomar medidas coordenadas, articulando previamente com os órgãos do governo sem que seja violada a autonomia de cada um. De tal modo, é que serão analisadas as medidas adotadas pelos municípios.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6.343, de 24 de março de 2020d. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5881008>.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal – STF. Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) n.º 806, de 16 de março de 2021a. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6132935>.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal – STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n.º 6.764, de 19 de março de 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=6136024>.

5. O impacto do reconhecimento da competência concorrente dos entes em matéria de saúde: análise de caso concreto das medidas sanitárias nos municípios brasileiros

Cumprir mencionar que a Confederação Nacional de Municípios, por meio do seu *call*, desenvolveu diversas pesquisas com os 5.570 municípios brasileiros, tendo em vista demonstrar a evolução das ações dos municípios para o enfrentamento da COVID-19. Desse modo, observa-se na “*Pesquisa CNM: COVID-19 nos Municípios brasileiros*” que foram considerados apenas os municípios que responderam sim ou não para o seguinte questionamento: o Município adotou/manteve restrição de circulação ou de atividades econômicas? Para tanto foram desconsiderados os que não responderam à pergunta.

Tabela 1: Quantidade de Municípios que Adotou/não adotou Restrição

Semana	Período	Adotou Sim	Adotou Não
1	23/03/ a 25/03/2021	983	1.596
2	29/03 a 31/03/2021	948	1.580
3	05/04 a 08/04/2021	819	2.308
8	10/05 a 13/05/2021	2.050	987
9	17/05 a 23/05/2021	2.026	751
10	24/05 a 27/05/2021	2.092	705
11	31/05 a 02/06/2021	1.860	532
12	07/06 a 10/06/2021	2.323	628
13	14/06 a 17/06/2021	2.355	624
14	21/06 a 24/06/2021	2.098	632
15	28/06 a 02/07/2021	2.342	702
16	05/07 a 08/07/2021	1.965	709
17	12/07 a 15/07/2021	1.975	808
18	19/07 a 22/07/2021	2.169	976
19	26/07 a 29/07/2021	1.805	848
20	04/08 a 05/08/2021	828	470
21	09/08 a 12/08/2021	1.416	922
22	16/08 a 19/08/2021	1.005	748
23	23/08 a 26/08/2021	998	984
24	30/08 a 02/09/2021	1.130	1.145
25	13/09 a 16/09/2021	889	1.093
26	20/09 a 23/09/2021	1.048	1.358

27	27/09 a 30/09/2021	884	1.236
28	04/10 a 07/10/2021	794	1.121
29	18/10 a 21/10/2021	728	1.064
30	25/10 a 21/10/2021	657	1.017

Fonte: Confederação Nacional de Municípios.¹⁸

A CNM realizou pesquisas semanais junto aos gestores(as) para fazer o acompanhamento dos temas e assuntos que mais preocupavam a todos no momento de picos elevados da pandemia, entregando aos gestores(as) públicos e a população um conjunto significativo de informações sobre a situação nos municípios brasileiros. A tabela supramencionada torna evidente que no início da pandemia os entes locais não adotaram majoritariamente medidas de restrição, mas a partir da oitava semana em diante até julho com o aumento da disseminação da COVID-19 uma quantidade elevada de municípios adotou medidas próprias de restrição, visto que não foram adotadas medidas nacionais.

Assim, nota-se que o Supremo Tribunal Federal reafirmou de forma acertada as atribuições dos entes subnacionais – estados-membros e municípios – para a adoção de medidas restritivas para o enfrentamento da pandemia COVID-19, uma vez que os entes subnacionais desempenharam o seu devido papel diante da crise sanitária – houve a necessária segurança jurídica que impulsionou a atuação dos gestores subnacionais. Além disso, a postura adotada pelos gestores - governadores e prefeitos - foi absolutamente decisiva, tendo em vista que evitaram um mal maior do que este verificado durante a crise do Coronavírus, onde ocorreu de fato uma divergência de posicionamento entre as lideranças de diferentes níveis da federação.

Notas conclusivas

A pesquisa centrou-se em analisar as fragilidades do federalismo decorrente da crise de engenharia institucional, que tenderiam a serem ampliadas com a pandemia, com isso, buscou-se responder ao seguinte questionamento: diante dos desafios estruturais e financeiros e da judicialização, originados pela pandemia, quais são os principais reflexos identificados nas ações judiciais que enfrentam temáticas relacionadas às competências dos entes subnacionais no âmbito do Supremo Tribunal Federal e qual o papel dos municípios no enfrentamento da pandemia?

Desse modo, visando responder ao problema de pesquisa proposto elencou-se quatro objetivos específicos, sendo que: no primeiro foi abordado o federalismo brasileiro a partir da Constituição 1988 e a repartição de competências dos entes na saúde pública. Assim, observou-se que a Constituição de 1988 adotou um modelo de Estado federativo com viés cooperativo – que exige que ocorra o entendimento mútuo entre todos os níveis de governo –, além de prever os municípios como entes federados e, ainda, fez previsão de autonomia para os entes subnacionais – estados-membros e municípios.

Contudo, frisou-se que os entes locais são as partes mais frágeis dentro da estrutura federativa, pois isso tornou-se mais latente principalmente em decorrência

¹⁸ Confederação Nacional de Municípios, “Pesquisa CNM COVID-19 Comparativo Semanas 1 a 14”, de junho de 2021b. Disponível em: https://www.cnm.org.br/cms/biblioteca/Pesquisa_Covid_19_Comparativo_1_a_14_Semana.pdf.

do enfrentamento ao COVID-19, em razão de que de um lado, por meio do princípio da subsidiariedade é incentivado com a atribuição de competência na esfera que esteja mais próxima do cidadão, por outro lado torna-se evidente a necessidade de que existam recursos financeiros para dar conta das políticas públicas.

No segundo momento, verificou-se as aproximações teóricas do princípio da subsidiariedade como um ideal viabilizador do federalismo cooperativo, sendo que o referido princípio leciona, como regra geral, que as competências – o exercício do poder – devem ser efetivadas nos níveis de governos que estiverem mais próximos dos cidadãos, sendo que somente em situações de economicidade ou de eficiência é que se pode remeter a outra instância mais distante. Por conseguinte, trata-se de um princípio inteligente, eis que de um lado incentiva a descentralização, estipulando uma cláusula geral de competência local, e de outro não deixa os municípios isolados, visto que em situações de economicidade e de eficiência ele traz a responsabilidade para a União e aos estados-membros, aproximando-se, assim, do ideal de um federalismo cooperativo.

Além disso, em um terceiro momento, estudou-se as consequências prático-teóricas a partir da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6341 na formatação do pacto federativo brasileiro. Desta forma, destacou-se que as decisões proferidas pelo STF reforçaram que todos os entes devem assumir a responsabilidade de forma conjunta, avaliar a situação em suas respectivas regiões, respeitar o federalismo cooperativo, além de descentralizar o combate à pandemia e a autonomia local. Assim, os entes federados devem primar pela cooperação e tomar medidas coordenadas, articulando previamente com os órgãos do governo sem que seja violada a autonomia de cada um.

Por fim, averiguou-se os impactos do reconhecimento da competência concorrente dos entes em matéria de saúde, realizando uma abordagem de casos concretos em pesquisas da Confederação Nacional dos Municípios (CNM), relacionadas às medidas sanitárias nos municípios brasileiros. Desse modo, a partir de pesquisas desenvolvidas pela CNM junto aos entes locais, é possível identificar os reflexos das ações judiciais relacionadas às competências dos entes subnacionais, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal reafirmou de forma acertada as atribuições dos entes subnacionais – estados-membros e municípios – para a adoção de medidas restritivas para o enfrentamento da pandemia COVID-19, uma vez que os entes subnacionais desempenharam o seu devido papel diante da crise sanitária.

Além disso, notou-se que a partir das decisões proferidas os entes subnacionais conseguiram se articular de melhor forma, mesmo diante dos desafios estruturais e financeiros, além da judicialização, agravados com a pandemia, tendo em vista que as decisões proferidas tendem a reforçar o viés cooperativo do federalismo e o empoderamento local, eis que a postura adotada pelos gestores – governadores e prefeitos – foi absolutamente decisiva, tendo em vista que evitaram um mal ainda maior do que este verificado durante a crise, onde ocorreu de fato uma divergência de posicionamento entre as lideranças de diferentes níveis da federação.

Breves reflexões sobre o potencial disruptivo das ações coletivas e descentralizadas para produção e consumo coletivo de energia nas *Smart Cities*

Cecília Bojarski Pires*

Inicialmente, cumpre esclarecer que o presente trabalho corresponde a uma breve sistematização das ideias que foram apresentadas oralmente pela autora no painel “*Teses e Antíteses – Encontro de Pesquisadores hispano-luso-brasileiros da pós-graduação stricto sensu*” no âmbito do “*VII Seminário Internacional hispano-luso-brasileiro sobre direitos fundamentais e políticas públicas*”.¹ A exposição consistiu na exteriorização de alguns pontos iniciais e não exaustivos a respeito da pesquisa e reflexões que vêm sendo realizadas pela autora no bojo do doutoramento em Ciências Jurídicas Públicas que realiza na Universidade do Minho.

A emergência do novo paradigma urbano representado pelas *Smart Cities* e a aceleração da ocorrência de um novo salto de transição digital já causa um grande impacto no modo de vida no ambiente das cidades, notadamente no que diz respeito ao direito à cidade² e às formas de exercício da cidadania.

Nesse sentido, a partir do levantamento e análise bibliográfica que está em progresso, percebe-se que o próprio conceito de *Smart Cities* é indefinido e polissêmico,³ mas possui um elemento central, qual seja: o uso de tecnologias da informação e comunicação (TIC) e da *big data* aplicadas ao ambiente urbano. Por sua vez, dados que vêm sendo coletados empiricamente desde fontes primárias e secundárias apontam na direção de que, de maneira geral, os projetos de *Smart Cities* estão muitas das vezes sendo executados com foco em dimensões e perspectivas distintas e específicas, como iniciativas isoladas e pouco planejadas que vão sendo

* Investigadora bolsista no Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov), no Projeto “*Smart Cities and Law, E.Governance and Rights*”, IP Isabel Fonseca, Projeto NORTE-01-0145-FEDER-0000063. Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas pela UMinho.

¹ O seminário foi promovido pela Universidade de Santa Cruz do Sul – UNISC (Brasil) em parceria com a Universidade de Coruña – UDC (Espanha) e a Universidade do Minho – UMinho (Portugal), realizado nos dias 2 a 6 de maio de 2022.

² “*Primeiramente, tem-se o chamado “direito à cidade”, que funciona como uma espécie de “direito guarda-chuva”. A cidade constitui-se como um elemento multifacetário, figurando como espaço geopolítico, bem jurídico tutelado como direito fundamental e, inclusive, ator político*” (Manuel Castells e Jordi Borja, 1996, 152-166). “*Assim, é possível conjugar, em um só direito, diversos elementos como a função social da cidade, os direitos da democracia participativa, estabelecendo uma correlação com os direitos ambientais. Nesse sentido reconheceu a Carta do Direito à Cidade, elaborada na Cidade do México, em 2010*”. Enzo Bello e Mariana Dias Ribeiro, “O Direito à Cidade e os Novos Direitos Urbanos como Direitos Humanos e Direitos Fundamentais”, in *Curso de Direito à Cidade: teoria e prática*, orgs. Enzo Bello e Rene José Keller, 2ª ed. (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020), 246.

³ João Ferrão, “A cidade contra a pandemia. Mais smart ou pós-smart?”, *Smart Cities*, Jan/Fev/Mar, 30 (2021): 32-35.

desenvolvidas sem que haja participação cidadã e não raras vezes preocupadas com os índices de aferição de inteligência propostos por *rankings*, premiações e certificações de natureza diversa, que nem sempre coincidem com as necessidades locais e dos cidadãos.

Dessa forma, é possível vislumbrar que se trata de um conceito cujo significado ainda está em disputa e será definido com base na *práxis* e a partir da resposta para os recorrentes questionamentos: por quem, para quem, para quê, e como estão sendo implementadas as iniciativas/modelos de *Smart Cities*?

A nosso ver, para que uma cidade seja *smart*, seu desenvolvimento deve estar assente e conectado com a efetivação do direito à cidade a ser implementado através de expedientes disruptivos de participação que sejam capazes de superar as já existentes escalas de participação cidadã e promovam ao mesmo tempo a ascensão de uma cidadania também *smart*. Isso porque, entende-se que “*a participação da comunidade é o elemento mais inteligente que uma cidade pode possuir*”,⁴ de modo que as *Smart Cities* e suas iniciativas devem ser construídas coletivamente desde a elaboração de novas tecnologias até a sua aplicação e gestão.

Nesse contexto, parte-se para um recorte mais específico da realidade: o mapeamento com posterior análise das diversas ações coletivas e descentralizadas para produção e consumo coletivo de energia.⁵ Isso posto, porque o *cluster Horizon 2020 Smart Cities Lighthouse*,⁶ que promove projetos de cidades inteligentes, trata centralmente da questão energética e debruça-se sobre a grande importância, por exemplo, dos distritos de energia positiva.

Outrossim, tais iniciativas ganham relevo, pois, para além de terem potencial para representar a implementação de *Smart Cities* energeticamente sustentáveis, podem agregar características compatíveis com a promoção do direito à cidade e com a implementação de modelos inovadores de participação cidadã, conforme anteriormente referido, uma vez que abrangem as comunidades que intencionam resolver problemas específicos e concretos apoiadas nas novas tecnologias através do envolvimento de ponta a ponta: na produção, consumo, armazenamento, distribuição e gerenciamento energético.

Além disso, por se basearem em um modelo descentralizado de partilha comunitária de energia, focalizada na autoprodução e no compartilhamento de recursos; na eficácia energética; na redução de consumos; e na apropriação de fontes de geração de energia para as comunidades, devem pautar-se na participação ativa dos cidadãos.

A depender de como forem implementadas, tais ações podem vir a incentivar o desenvolvimento de um modelo energético alternativo, então conectado com a realidade e com as necessidades locais, que fuja dos chamados “*megaprojetos*” energéticos e da lógica unicamente mercadológica que, mesmo quando voltados para a promoção da economia “*verde*”, como é usual, podem trazer consequências aos ecossistemas, causar violações de direitos humanos, monopolização de territórios e de riquezas naturais, deslocamentos forçados de populações, entre outros.

⁴ Filipa Cardoso, “Uma lição inevitável”, *Smart Cities*, Jan/Fev/Mar (2022): 34.

⁵ Esclarece-se que a União Europeia incluiu no seu enquadramento jurídico duas abordagens às comunidades de energia, que consistem, de forma geral, em modelos de produção, autoconsumo e partilha de energia: as CER (no âmbito da Diretiva EU 2018/2001 para as Energias Renováveis) e as Comunidades de Cidadãos para a Energia - CEE (no âmbito da Diretiva EU 2019/944 para o Mercado Interno de Eletricidades). Todavia, cumpre esclarecer que intencionamos mapear e analisar mais amplamente as diversas ações coletivas e descentralizadas para produção e consumo coletivo de energia.

⁶ Comissão Europeia, “Cluster Horizon 2020 Smart Cities Lighthouse”. Disponível em: https://ec.europa.eu/inea/sites/default/files/4._smart_cities_and_communities_j.bartholmes_k.maniatis.pdf.

Ademais, podem facilitar o acesso à energia melhorando a qualidade de vida dos habitantes, reduzindo a pobreza energética e promovendo o acesso mais adequado à diversos outros direitos por meio da integração de sistemas e infraestruturas, em consonância com as ambições europeias de atingir a independência energética e a neutralidade climática até 2050,⁷ tendo em consideração que as cidades representam a maior fatia, cerca de 75% da energia primária consumida.

Ressalta-se, ainda, que a questão energética congrega, obrigatoriamente, aspectos ambientais/ecológicos, sociais e econômicos, pontos que devem caminhar juntos rumo ao desenvolvimento integrado, sustentável e resiliente das cidades europeias, fundamentais para que se alcance os objetivos de desenvolvimento verde, justo e produtivo, enunciados na Nova Carta de Leipzig, na Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável, no Acordo de Paris, no Pacto Ecológico Europeu e em outros documentos que apresentam os objetivos e metas globais europeias.

Por fim, evidencia-se que os pontos supramencionados advêm de pesquisa que se encontra ainda em andamento e que, portanto, estão em fase de verificação. Além do que, é fundamental ter em consideração que – por mais promissoras que possam ser as ações coletivas e descentralizadas para produção de energia e de autoconsumo coletivo, assim como acontece com as *Smart Cities* –, é preciso que seja realizada uma análise contextual, crítica e holística. A confirmação daquilo que é por nós vislumbrado dependerá da análise de muitos aspectos, da forma como elas serão de fato concebidas e implementadas, e a qual modelo se filiarão: ao de promoção de direitos e de novos modelos de participação cidadã, por meio de alternativas disruptivas ou ao de plataforma meramente mercantil que privilegia o privado em detrimento do comum.

⁷ A invasão russa na Ucrânia tornou ainda mais urgente a necessidade europeia de independência energética, notadamente da Rússia que, quando da invasão, era responsável pelo abastecimento de mais de 40% do consumo de gás da EU, 27% do petróleo e 46% do carvão. Diante do cenário, a Comissão Europeia apresentou o REPowerEU que pretende, até o final do ano, reduzir em dois terços a compra de gás russo e, ainda antes de 2030, tornar a Europa independente da importação de combustíveis fósseis oriundos da Rússia. Ademais, há a previsão de que cada município com mais de dez mil habitantes tenha, ao menos, uma comunidade de energia (CER). Sendo assim, trata-se de um momento que, embora acelerado por motivos lamentáveis, pode ser estrategicamente positivo para o desenvolvimento de modelos alternativos e mais participativos de produção, consumo, armazenamento, distribuição e gerenciamento energético. Ver Comissão Europeia, “REPower the EU”. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/fs_22_3136.

A regulamentação do autoconsumo de energia elétrica no Brasil e em Espanha

Thais Muliterno *

1. Introdução

Em um mundo cada vez mais globalizado, vivemos em épocas de grandes instabilidades e com um modelo energético que num futuro não muito distante se tornará insustentável, sobretudo do ponto de vista ambiental.

Atualmente no modelo tradicional, a maior parte da produção de energia elétrica está baseada num sistema centralizado, maioritariamente produzida a partir de recursos fósseis. No entanto, nos últimos anos esses sistemas de distribuição estão sofrendo transformações com o surgimento de uma nova configuração do sistema elétrico através do modelo de produção independente de energia elétrica direcionado para um sistema descentralizado/distribuído, voltado para o autoconsumo.

Esse sistema possibilita que os cidadãos produzam a eletricidade para a satisfação de suas necessidades básicas sem depender do sistema convencional, além de permitir a utilização de tecnologias sustentáveis (hídrica, eólica, solar e outras), além disso, representa a possibilidade para milhares de pessoas produzirem eletricidade para seu próprio consumo, inclusive para aquelas populações que nem sequer tem acesso à energia elétrica.

E neste contexto, o presente estudo pretende de forma breve realizar uma abordagem à temática do direito de acesso à energia elétrica e ao autoconsumo, além de analisar o enquadramento legal do tema no ordenamento jurídico brasileiro e espanhol. Para tal, será realizada uma breve revisão sistemática da literatura e analisada a(s) normativa(s) que tratam da matéria.

2. O acesso à energia elétrica como um direito

Cumpramos observar preliminarmente que em 16 de fevereiro de 2011, através da Resolução n.º 65/151, as Nações Unidas proclamaram 2012 para ser o Ano Internacional da Energia Sustentável para Todos, reconhecendo que o acesso aos serviços de energia modernos¹ e acessíveis nos países em desenvolvimento é essencial para alcançar as metas de desenvolvimento acordadas internacionalmente. Ademais,

* Doutoranda em Direito Administrativo Ibero-americano pela Universidade da Corunha. Mestranda em Direito e Ciência Jurídica (Ciências Jurídico-Ambientais) pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

¹ Segundo o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas (PNUD) sobre o acesso à energia, estima-se que mais de 1,3 bilhões de pessoas não tem acesso a serviços modernos de eletricidade, 2,8 milhões de pessoas passam horas moendo grãos manualmente, buscando água e coletando combustível para cozinhar e aquecer fogões. Disponível em: <https://www.undp.org/content/undp/en/home/ourwork/climate-and-disaster-resilience/sustainable-energy/energy-access/>.

reafirmaram a necessidade de unir esforços para garantir o acesso à energia elétrica para todos e proteger o meio ambiente por meio da utilização sustentável dos recursos energéticos tradicionais, através de tecnologias limpas e novas fontes de energia.²

No entendimento de Pereira e Pereira “o acesso às fontes de energia significa riqueza”, energia é qualidade de vida, é fundamental e indispensável na garantia dos direitos fundamentais do ser humano, possibilitando o desenvolvimento, crescimento e melhor distribuição dos níveis econômicos.³

Leciona Costa que “a inexistência da garantia real do direito de acesso à energia gera ou gerará ao titular um não Desenvolvimento, excluindo o cidadão do século XXI do exercício de outros Direitos pela sua dependência intrínseca e inevitável.” Entende a autora que em se tratando do acesso à energia elétrica, este pode ser considerado como “uma pré-condição e um meio para o exercício e efetivação de outros direitos”.⁴

É verdade que a disponibilidade de energia elétrica está diretamente relacionada com o desenvolvimento da sociedade como um todo e intrinsecamente ligada à efetivação dos direitos à vida, liberdade, saúde, trabalho, educação, cultura e outros, e tem um efeito direto na melhoria das condições de vida das pessoas, amenizando a pobreza, cooperando para o progresso e permitindo a inclusão social, cultural e digital.

No magistério de Saraiva o acesso à energia “constitui um motor de arranque vital, permitindo a produção de bens e serviços e a conseqüente satisfação das necessidades individuais e coletivas.” A sua acessibilidade possibilita, por exemplo, a satisfação de necessidades básicas, como o acesso à água potável (especialmente quando necessita ser bombeada), a produção e transporte de gêneros alimentícios e o acesso aos meios de comunicação (seja para lazer ou estudo).⁵

Ademais, convém notar que o acesso aos serviços de energia elétrica é um direito que está interligado com o direito ao desenvolvimento e com a efetivação de outros tantos direitos, sem o acesso a esses serviços, dificilmente esses serão implementados, garantidos e exercidos.

Mister se faz ressaltar que os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS) no que tange as metas de acesso à energia (ODS 7),⁶ estão comprometidos se a distribuição da matriz energética atual não for modificada, tornando-se essencial e

² Naciones Unidas, Resolución aprobada por la Asamblea General el 20 de diciembre de 2010 – Año Internacional de la Energía Sostenible para Todos. A/RES/65/151. Disponível em: <https://undocs.org/es/A/RES/65/151>.

³ Antônio Celso Alves Pereira e João Eduardo de Alves Pereira. “O direito à energia no contexto dos humanos”, *Revista Sequência*, Florianópolis, n.º 53, 29-42 (2006): 30. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15091>.

⁴ Maria D’Assunção Costa, “O direito de acesso à energia: meio e pré-condição para os exercícios do direito ao desenvolvimento e dos direitos humanos” (tese de doutoramento, Universidade de São Paulo, 2009), 130.

⁵ Rute Saraiva, “Direito à energia sustentável”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, ed. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, (Lisboa: Editora Coimbra, 2010), 485.

⁶ Até 2030, assegurar o acesso universal, de confiança, moderno e a preços acessíveis a serviços de energia; Até 2030, aumentar substancialmente a participação de energias renováveis na matriz energética global; Até 2030, duplicar a taxa global de melhoria da eficiência energética; Até 2030, reforçar a cooperação internacional para facilitar o acesso à investigação e tecnologias de energia limpa, incluindo energias renováveis, eficiência energética e tecnologias de combustíveis fósseis avançadas e mais limpas, e promover o investimento em infraestrutura de energia e em tecnologias de energia limpa; Até 2030, expandir a infraestrutura e modernizar a tecnologia para o fornecimento de serviços de energia modernos e sustentáveis para todos nos países em desenvolvimento, particularmente nos países menos desenvolvidos, nos pequenos Estados insulares em desenvolvimento e nos países em desenvolvimento sem litoral, de acordo com seus respectivos programas de apoio. Disponível em: <https://unric.org/pt/objetivo-7-energias-renovaveis-e-acessiveis/>.

imprescindível para o cumprimento destes, o acesso aos serviços de eletricidade pelas nações emergentes.

E sobre as metas até 2030 impostas pelos ODS, Brant *et al.* lecionam que:

*“Os entendimentos relativos à mudança climática, em que se destacam os compromissos referentes à redução do aumento da temperatura no mundo, aliados aos desafios globais de desenvolvimento sustentável, materializados nos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, fazem com que o acesso à energia seja uma resposta não só às questões ambientais, mas aos problemas socioeconômicos e de inclusão social”.*⁷

Junte-se a isso, para o Banco Mundial, o ODS 7 é a peça central para alcançar os demais objetivos do desenvolvimento, porque além de ser efetivo no combate as mudanças climáticas, o acesso à energia é elemento essencial do desenvolvimento. Sem ela, comunidades inteiras terão de viver na escuridão e privadas de serviços essenciais para a vida humana. Para a instituição, o acesso aos serviços de eletricidade são como motores de criação, investimentos, geração de empregos e crescimento econômico para economias inteiras.⁸

Posta assim a questão, é de se dizer que sem acesso aos serviços de eletrificação, não há desenvolvimento, além disso, o atual modelo energético parece insustentável, por vários aspectos, incluindo as de caráter ambiental e econômico. Ademais, com o formato de vida que atualmente se tem no mundo, o acesso à energia elétrica é imprescindível e se tornou um elemento essencial para o alcance de qualidade de vida e dignidade para as pessoas, para uma vida com o mínimo de conforto (aparelhos eletrônicos, chuveiro elétrico, geladeira, lâmpadas elétricas e outros), verdade seja, que fazer uso desses aparelhos não é um luxo, mas sim uma necessidade básica.

Pelo exposto, entende-se que pequenos sistemas de geração de energia, incorporados a utilização de fontes renováveis e a participação da população local através da produção descentralizada podem ser uma alternativa viável e com potencial para proporcionar uma distribuição mais equitativa. Além disso, a produção descentralizada permite o envolvimento do próprio consumidor na produção de energia elétrica, e se por hora, o acesso à energia elétrica não é reconhecido como um direito e tampouco encontra-se consagrado na ordem jurídica nacional e internacional, então que os cidadãos tenham a autonomia para produzi-la de forma independente, assim, a população dependerá cada vez menos de ações governamentais e do próprio sistema convencional (centralizado) de produção de eletricidade.

3. O sistema descentralizado de geração de energia elétrica: reduzindo a distância entre o produtor e o consumidor

Cumprir observar preliminarmente que por décadas os países na busca por fontes de energia mais baratas, eficientes e acessíveis para satisfazer a demanda da sociedade, regularam o setor energético fundamentalmente através da utilização de combustíveis fósseis (carvão, gás natural e petróleo), sendo ainda hoje a principal fonte de produção de energia utilizada mundialmente.

No entanto, nota-se que a produção de energia elétrica através de um sistema descentralizado está ganhando destaque e despertando um crescente interesse. Essa

⁷ Leonardo Nemer Caldeira Brant, *et al.* (org.), *Desenvolvimento Sustentável e Matriz Energética na América Latina: a universalização do acesso à energia limpa* (Belo Horizonte: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2016), 58.

⁸ Banco Mundial, “Energia: Panorama Geral”. Disponível em: <https://www.bancomundial.org/es/topic/energy/overview>.

demanda se deve a uma série de fatores, dentre eles a carência de regulamentação dos mercados de eletricidade, os licenciamentos de novas linhas de transmissão, a confiabilidade no fornecimento e as questões climáticas.⁹

No entendimento de Chaurey *et al.*, a geração distribuída é um sistema que pode melhorar as operações de eletricidade, permitindo produzir, gerenciar e armazenar eletricidade com sistemas de entrega no/ou perto do usuário final e com o emprego de fontes renováveis.¹⁰

Tenha-se presente que esse sistema é uma nova abordagem no setor de eletricidade que, segundo Ackermann *et al.*, ainda não possui uma definição oficial. Lecionam os autores que muitos termos e definições podem ser encontrados na literatura, como geração incorporada (utilizado pelos países anglo-americanos), ou geração dispersa (usados pelos países da América do Norte) e geração descentralizada (termo utilizado pela Europa e parte da Ásia). Além disso, as variáveis envolvem também diferentes unidades de potência e regulamentações governamentais.¹¹

Além dos aspectos positivos supramencionados, leciona Lucinda que se a oferta descentralizada de energia elétrica for bem implementada e otimizada, pode proporcionar ao usuário maior confiabilidade na energia gerada. Ademais, para a autora a concessionária obtém benefícios (diminuindo as perdas ativas da rede, reduzindo as linhas de transmissão, e consequentemente de investimentos). Outrossim, a sociedade também se beneficia, porque a matriz energética torna-se mais diversificada, as tarifas podem sofrer redução nos preços (pelo aumento da competitividade na produção de energia), além de reduzir os impactos ambientais (porque a implantação pode se dar através de projetos menores e mais próximos aos usuários).¹²

Pelo exposto, nota-se que o sistema de produção descentralizada de energia elétrica constitui-se numa importante alternativa para suprir as necessidades energéticas da população (especialmente daquelas que não tem acesso) bem como de regiões pouco habitadas, além disso permite a utilização de fontes renováveis, apresentando sobretudo aspectos positivos quanto a proteção do clima.

4. O autoconsumo e o enquadramento legal

A energia é um bem de primeira necessidade e fundamental para o desenvolvimento da sociedade. Ocorre que a estrutura da matriz energética atual tem como fonte predominantemente os combustíveis fósseis (altamente poluente pela emissão de CO₂), além disso, está concentrado nas mãos de grandes empresas.

O caminho ideal parece ser o de trabalhar para implantar um novo modelo energético mais sustentável, com investimento e incremento de tecnologias renováveis, e nesse ponto o autoconsumo parece ser um dos pilares importantes para a mudança do atual modelo energético.

⁹ Cornelia R. Karger and Wilfried Hennings, “Sustainability evaluation of decentralized electricity generation”, *Science Direct*, v. 13, ed. 3, 583-593 (2009): 584. Disponível em: <https://doi.org/10.1016/j.rser.2007.11.003>.

¹⁰ Akanksha Chaurey, Malini Ranganathan, Parimita Mohanty, “Electricity access for geographically disadvantaged rural communities - technology and policy insights”, *Energy Policy*, v. 32, ed. 15, 1693-1705 (2004): 1700. Disponível em: <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0301421503001605>.

¹¹ Thomas Ackermann, Goran Andersson, Lennart Soder, “Distributed generation: a definition”, *Electric Power Systems Research*, n.º 57, ed. 3, 195-204 (2001): 195. Disponível em: [https://doi.org/10.1016/S0378-7796\(01\)00101-8](https://doi.org/10.1016/S0378-7796(01)00101-8).

¹² Felipe Silva Lucinda, “Descentralização da oferta de energia diante a crise energética brasileira” (Trabalho de Graduação, Universidade de Brasília, 2016), 31-33. Disponível em: <https://bdm.unb.br/handle/10483/15033>.

Convém destacar que o autoconsumo apresenta vantagens sociais, energéticas, ambientais e econômicas. Energéticas e ambientais porque contribui para garantir o abastecimento, diminuindo o consumo de combustíveis fósseis e colaborando para a descarbonização da energia. Sociais e econômicas porque possibilita novas modalidades de negócio no mercado energético. Por conseguinte, para o consumidor, representa uma contenção energética e econômica, favorecendo o empoderamento deste e permitindo que ele administre o seu consumo dentro do modelo energético que está inserido.¹³

Segundo o Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDAE) existem duas modalidades de autoconsumo: o autoconsumo sem excedentes¹⁴ e o autoconsumo com excedentes,¹⁵ caracterizando no primeiro caso apenas a figura do consumidor, e na segunda modalidade a figura do produtor e consumidor.¹⁶

E nessa esteira não se pode olvidar que, historicamente consumimos eletricidade da mesma maneira há mais de um século, no entanto, com novas possibilidades e tecnologias surgindo (com o constante aumento das energias renováveis, em especial solar e eólica) sinalizando uma promissora mudança na matriz energética e na forma de produzir eletricidade, surge também a figura do “*prosumer*”,¹⁷ que é caracterizado no campo energético por alguém que produz a energia para o autoconsumo.¹⁸

Outrossim, no campo da energia, o termo “*prosumer*” é utilizado para caracterizar os usuários que na maioria das vezes produzem e consomem eletricidade. Eles autoconsomem a eletricidade que produzem, podendo vender o excedente para a rede, por outro lado, quando a produção de eletricidade é reduzida, eles também podem comprar energia da rede, o que os torna produtores e consumidores.¹⁹

De acordo com o documento elaborado pelo Parlamento Europeu sobre o tema, são exemplos de produtores-consumidores: *prosumers* residenciais (produção de eletricidade nas propriedades dos cidadãos particulares, principalmente através de painéis solares), comunidades ou cooperativas de energia renovável (grupos de cidadãos, associações de moradores, fundações, instituições de caridade, em geral, atores não comerciais que produzem energia para o autoconsumo principalmente

¹³ Instituto Catalán de Energía (ICAEN), “Ventajas”. Disponível em: <http://icaen.gencat.cat/es/energia/autoconsum/avantatges/>.

¹⁴ Que evitam a injeção de energia excedente nas redes de transmissão e distribuição porque possuem sistemas anti-desvio, e nesse caso necessitam meios de acumulação (por exemplo através de baterias de armazenamento).

¹⁵ Sistemas que além de fornecer energia para o autoconsumo, permitem a injeção das sobras nas redes de transmissão e distribuição.

¹⁶ Instituto para la Diversificación y Ahorro de la Energía (IDEA), “Autoconsumo: Consumo de bienes o recursos por parte de quien los produce”, Madrid, 2019. Disponível em: <https://www.idae.es/tecnologias/energias-renovables/autoconsumo>.

¹⁷ Este termo foi utilizado pela primeira vez em 1980 no livro “*The Third Wave*”, um Best Seller escrito por Alvin Toffler, o qual define “*prosumer*” como as pessoas que preferem produzir muito de seus próprios bens ou serviços os quais entram em seu próprio consumo. Eles podem ser encontrados produzindo suas próprias roupas, criando seus próprios carros ou fazendo sua própria comida. Em particular, são serviços que podem ser adquiridos no mercado (como é adquirido pela maioria das pessoas), mas não no caso do “*prosumer*”, o qual tem como essência a preferência por produzir seu próprio bem ou serviço. Philip Kotler, “The Prosumer Movement”, *Prosumer Revisited*. VS Verlag für Sozialwissenschaften, ed. B. Blättel-Mink, KU. Hellmann, SpringerLink, 51-60 (2010): 51. Disponível em: https://doi.org/10.1007/978-3-531-91998-0_2.

¹⁸ Energy.gov, “Consumer vs Prosumer: What’s the Difference?”, Office of Energy Efficiency & Renewable Energy, 2017. Disponível em: <https://www.energy.gov/eere/articles/consumer-vs-prosumer-whats-difference>.

¹⁹ European Parliament, “Electricity ‘Prosumers’”, Briefing, 10, 2016, 2. Disponível em: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593518/EPRS_BRI\(2016\)593518_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2016/593518/EPRS_BRI(2016)593518_EN.pdf).

através de painéis solares e turbinas eólicas), *prosumers* comerciais (lojas, edifícios comerciais, indústrias, escritórios, cuja a principal atividade não seja a produção de eletricidade) e, por fim, os *prosumers públicos* (*abrangendo escolas, hospitais e outras instituições que geram eletricidade para consumo próprio*).²⁰

Destacam Soares e Silva que produtores-consumidores são pequenos produtores (particulares), os quais para produzirem energia elétrica em baixa tensão, na justa medida de suas necessidades, utilizam, entre outros, equipamentos geradores síncronos, assíncronos e painéis fotovoltaicos.²¹ Porém, sobre uma definição oficial, todavia não está estabelecido de forma generalizada um conceito e/ou definição sobre a figura do produtor-consumidor, mas a maioria das definições se concentram no autoconsumo local e privado. Esse novo termo é a associação das palavras produtor e consumidor, os quais fazem referência ao usuário que produz a própria energia elétrica para o consumo próprio.²²

Junte-se a isso, é sobretudo importante assinalar que tecnologicamente o autoconsumo de eletricidade está avançando e pode se tornar competitivo ao sistema tradicional de suprimento em termos de continuidade ou, pelo menos de complementaridade.²³

No Brasil, atualmente está previsto na Resolução Normativa - RN n.º 687/2015, de 24 de novembro (dispositivo legal que alterou o art. 2.º da RN n.º 482/2012²⁴ de 17 de abril), o conceito de autoconsumo remoto.²⁵ O principal aspecto relacionado ao tema é que essa normativa permite, através do autoconsumo remoto, usar o excedente da energia que foi produzida em outro endereço, desde que as unidades consumidoras sejam de mesma titularidade. Todavia, cumpre observar que não é possível transferir o excedente de energia de um imóvel com titularidade cadastrada com número CNPJ para um imóvel cadastrado com número de CPF (art. 1.º).²⁶

Leciona Sanz Larruga que em Espanha é ao abrigo do art. 9.º da Lei n.º 24/2013, de 26 de dezembro (Lei do Setor Elétrico), que inicialmente se encontra a regulação básica sobre o autoconsumo de energia elétrica no país e é no Real Decreto-Lei - RDL n.º 9/2013 onde consta a regulação do registro administrativo de autoconsumo, com medidas que visam garantir a estabilidade financeira do sistema elétrico.²⁷ Em particular, o artigo supramencionado traz em seu escopo a definição de autoconsumo,

²⁰ European Parliament, “Electricity ‘Prosumers’”, *op. cit.*, 2.

²¹ Cláudia Dias Soares, Suzana Tavares da Silva, *Direito das Energias Renováveis* (Coimbra: Almedina S/A, 2014), 147.

²² GMBH, Eclareon, “Relatório de conceitos e barreiras PVP4Grid”, Berlim, 2018, 4. Disponível em: https://www.pvp4grid.eu/wp-content/uploads/2018/08/6.-PVP4Grid_D2.4_-Report_Final_PT.pdf.

²³ Alejandro D. Leiva López, “La regulación del autoconsumo de electricidad en un nuevo entorno social y tecnológico”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 110-I, 117-155 (2018): 118. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6402647>.

²⁴ Estabelece as condições gerais para o acesso de microgeração e minigeração distribuída aos sistemas de distribuição de energia elétrica, o sistema de compensação de energia elétrica, e dá outras providências.

²⁵ Art. 2.º VIII – “*autoconsumo remoto: caracterizado por unidades consumidoras de titularidade de uma mesma Pessoa Jurídica, incluídas matriz e filial, ou Pessoa Física que possua unidade consumidora com microgeração ou minigeração distribuída em local diferente das unidades consumidoras, dentro da mesma área de concessão ou permissão, nas quais a energia excedente será compensada*”.

²⁶ Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), Resolução Normativa n.º 687, de 24 de novembro de 2015. Altera a Resolução Normativa n.º 482, de 17 de abril de 2012, e os Módulos 1 e 3 dos Procedimentos de Distribuição - PRODIST. Disponível em: <http://www2.aneel.gov.br/cedoc/ren2015687.pdf>.

²⁷ Francisco Javier Sanz Larruga, “El tortuoso camino hacia la generación distribuida y el autoconsumo en el Derecho español. El “impuesto al sol”: crónica de una muerte anunciada”, *Los desafíos del derecho público en el siglo XXI – Libro conmemorativo del XXV aniversario del acceso a la Cátedra del Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz*, coord. Íñigo del Guayo Castiella, Almudena Fernández Carballal (Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública, 2019), 809-810.

além das distinções em suas modalidades, ademais, estabelece que o conceito de instalações próximas para fins de autoconsumo serão desenvolvidos por regulamentos (art. 9.º, n.º 2), além de prever a isenção de determinadas obrigações para algumas instalações (art. 9.º, n.º 3), bem como a criação de um cadastro administrativo de autoconsumo de energia elétrica, que servirá para monitorar as atividades do ponto de vista econômico e o seu impacto no cumprimento dos objetivos de energias renováveis e no funcionamento do sistema (art. 9.º, n.º 4), além da isenção de todos os tipos de encargos e portagens para energia de fontes renováveis, autoconsumida, cogeração ou resíduos (art. 9.º, n.º 5).²⁸

Ademais, o governo espanhol aprovou o RDL n.º 15/2018, de 05 de outubro, o qual prevê várias medidas que objetivam impulsionar a atividade do autoconsumo de forma mais efetiva, incluindo entre elas a proteção dos consumidores vulneráveis e à luta contra a pobreza energética além de outras medidas.²⁹

A este respeito, o mais recente dispositivo legal que trata do tema (vigente à data da elaboração desse estudo) é o Real Decreto - RD n.º 244/2019, de 5 de abril, que regulamenta as condições administrativas, técnicas e econômicas do autoconsumo de energia elétrica, revogando a maior parte dos dispositivos contidos no RD n.º 900/2015, reclassificando e incorporando no ordenamento jurídico espanhol as novas modalidades³⁰ de fornecimento com autoconsumo (art. 4.º).³¹

No entendimento de Larruga, especialmente em Espanha, um país que apresenta uma dependência energética muito elevada, a chave está na transição energética para um modelo mais sustentável, fomentando a geração de energia distribuída e o autoconsumo de eletricidade, além disso, a atuação através das novas tecnologias disponíveis permitem a evolução para um novo sistema descentralizado de energia, promovendo maior eficiência energética, sendo economicamente mais sustentável e mais respeitoso na luta contra as mudanças climáticas, ademais, permite que os cidadãos participem ativamente na gestão do seu consumo de energia elétrica.³²

Considerações finais

Tenha-se presente que a realidade energética, em especial a elétrica, em cada país é diferente, e no que se refere às políticas públicas voltadas para o autoconsumo de eletricidade, verificou-se que o tema não é tratado de forma igual nos países cujas

²⁸ Espanha, Ley n.º 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico. BOE n.º 310, de 27 de diciembre de 2013. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/2013/12/26/24/con>.

²⁹ Espanha, Real Decreto-Ley n.º 15/2018, de 5 de octubre, de medidas urgentes para la transición energética y la protección de los consumidores. BOE n.º 242, de 6 de octubre de 2018. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/rdl/2018/10/05/15>.

³⁰ Autoconsumo sem excedentes: onde o consumidor é o titular do ponto de abastecimento e das instalações de gerações conectadas à sua rede, nesse caso, as instalações possuem um dispositivo físico (anti desvio) que evitam a injeção do excesso de energia na rede de transporte ou distribuição; Autoconsumo com excedentes: caracterizado pela modalidade de geração com sobras de eletricidade que podem ser injetadas na rede, e aqui distinguem-se em duas formas: autoconsumo com excedentes mediante compensação, e autoconsumo com excedentes sem compensação (sistema retributivo, objeto de estudo mais adiante), e por fim; Autoconsumo individual e coletivo: depende da quantidade de consumidores associados às instalações de geração de eletricidade, no caso do coletivo, cabe a ressalva de que todos os participantes associados a mesma instalação de geração, devem pertencer ao mesmo modo de autoconsumo, devendo comunicar-se individualmente com a distribuidora.

³¹ Espanha, Real Decreto n.º 244/2019, de 5 de abril, por el que se regulan las condiciones administrativas, técnicas y económicas del autoconsumo de energía eléctrica. BOE n.º 83, de 6 de abril de 2019. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/rd/2019/04/05/244>.

³² Francisco Javier Sanz Larruga, “El tortuoso camino hacia la generación distribuida y el autoconsumo en el Derecho español. El “impuesto al sol”: crónica de una muerte anunciada”, *op. cit.*, 821.

regulamentações estão sendo estudadas (Brasil e Espanha). No Brasil, a regulamentação do autoconsumo ainda é muito genérica e o termo utilizado é “*autoconsumo remoto*”, o qual é considerado uma modalidade de geração compartilhada, em que se permite à pessoa física compartilhar os créditos de energia, caso tenha dois ou mais imóveis e desde que esteja dentro da mesma área de concessão. Já Espanha (com mais de uma modalidade de autoconsumo) apresenta regulamentação específica da matéria, bem como medidas voltadas para impulsionar referida atividade, além disso, o país conta com uma legislação mais sólida e madura sobre o tema.

O combate ao *greenwashing* na União Europeia¹

Daniel Silva*

1. Introdução

As alterações climáticas e a degradação ambiental são reconhecidas pela União Europeia (UE) como uma ameaça existencial não só para a Europa, mas para todo o mundo, marcando a luta pela proteção ambiental como o maior e mais crucial desafio da nossa geração.² Nas palavras de Virginijus Sinkevičius, comissário para o Ambiente, Oceanos e Pesca, “*só temos um planeta Terra e, no entanto, em 2050 estaremos a consumir como se tivéssemos três*”.³ Somando-se a isto, ano após ano o dia da sobrecarga da terra, isto é, o dia em que a humanidade consome mais recursos ecológicos do que o planeta Terra consegue regenerar nesse ano, chega cada vez mais cedo.⁴

É nesta linha ideológica que a Comissão Europeia, sob a presidência de Ursula von der Leyen, apresenta em dezembro de 2019 o Pacto Ecológico Europeu (PEE), na sequência das conclusões do Conselho Europeu de 20 de junho de 2019, que apelou e incentivou ao avanço de trabalhos que se concentrassem no combate às mudanças climáticas. A convicção é de que a UE tem capacidade coletiva para transformar os contornos da sua sociedade e economia, colocando-as num caminho mais sustentável e, assim, assumir também um papel de liderança na luta global contra as alterações climáticas. No entanto, existem muitos desafios no caminho da UE, alguns mais evidentes do que outros. A ameaça do *greenwashing* é um deles. Reconhecemos o *greenwashing* como uma estratégia usada por organizações de forma a transmitir uma ideia fictícia de sustentabilidade, ocultando intenções puramente económicas. A falta de ação da UE perante esta ameaça pode revelar-se um obstáculo aos novos ambiciosos objetivos europeus.

Com este artigo, esperamos analisar o fenómeno de *greenwashing* na UE e as formas como este problema pode ser mitigado. Para isso, começaremos por explorar a definição de *greenwashing*, incluindo uma pequena análise nas diversas formas como este fenómeno se manifesta no mercado. Em seguida, contextualizaremos o

¹ Excertos do presente artigo foram publicados em língua inglesa no volume 7, n.º 2 da Revista *UNIO – EU Law Journal*, no ano de 2021. Ver Daniel Silva, “The fight against greenwashing in the European Union”, *UNIO – EU Law Journal*, 7(2) (2021): 124–137. DOI: <https://doi.org/10.21814/unio.7.2.4029>.

* Mestrando em Direito da União Europeia pela Universidade do Minho.

² Comissão Europeia, “A European Green Deal – Striving to be the first climate neutral continent”. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en.

³ Comissão Europeia, Comunicado de Imprensa – “Changing how we produce and consume: New Circular Economy Action Plan shows the way to a climate-neutral, competitive economy of empowered consumers”, 11 de março 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_420.

⁴ O ano de 2020 foi uma exceção a esta regra, devido à pandemia causada pelo vírus COVID-19. Disponível em: <https://www.overshootday.org/about-earth-overshoot-day/>.

atual estado da arte na Europa, fazendo uma breve análise do PEE, destacando duas iniciativas particularmente importantes no combate ao *greenwashing*: a estratégia do prado ao prato e o plano de ação para uma economia circular. Na última parte do artigo, examinaremos os instrumentos legislativos e não legislativos da UE, em conceção ou já em ação, para combate ao *greenwashing*.

2. A prática de *greenwashing*

2.1. Definição de *greenwashing*

O termo *greenwashing* foi cunhado pelo biólogo e ambientalista americano Jay Westerveld em 1986. Na altura surgiu por referência à prática da indústria hoteleira de promover o reaproveitamento de toalhas de banho, alegando preocupações ambientais como motivo para este comportamento. Na realidade tratava-se de uma estratégia económica que procurava reduzir os custos de lavandaria.⁵ Desde então, o uso desse termo foi se espalhado, tornando-se num termo usado para referir a prática de uma organização adotar atos que até podem ser ecologicamente corretos, mas têm intenções puramente económicas.⁶ No entanto, ainda não existe uma definição unânime de *greenwashing*, sendo que alguns autores inclusivamente defendem a posição de que é impossível criar uma definição rígida deste conceito devido ao seu aspeto multifacetado.⁷ Adicionalmente, o *greenwashing* é um fenómeno cada vez maior, abrangendo toda uma gama de mensagens e táticas de marketing, o que dificulta ainda mais criação de um conceito rígido e fechado.⁸ Há dois aspetos importantes que podem ser destacados: há uma repressão de informação relacionada com os impactos ambientais negativos causados pela organização ao mesmo tempo que há um impulso na partilha de informação sobre um impacto ambiental positivo. Assim, podemos perceber que existe um consenso em ver o *greenwashing* como um fenómeno de divulgação de informação seletiva, com o intuito de promover a ideia de que determinada organização tem preocupações ambientais, que, contudo, não correspondem totalmente, ou de forma alguma, à realidade. O *greenwashing* é uma tentativa de convencer um potencial consumidor de que a organização tem preocupações ambientais em relação, por exemplo, à pegada ecológica do produto ou serviço que fornece.⁹ Embora não seja um problema novo, o *greenwashing* é um fenómeno que tem crescido nos últimos anos devido à crescente procura e pressão criada pelos consumidores por produtos mais verdes, o que leva as organizações a aumentarem a publicidade com foco em reivindicações ecológicas.¹⁰ O caminho para a sustentabilidade muitas vezes obriga as empresas a agirem de forma diferente e a investir em formas que ajudem a reduzir a sua pegada ecológica, o que naturalmente tende a influenciar o preço de seus produtos ou serviços. Estudos têm demonstrado, no entanto, que os consumidores estão mais inclinados a comprar um produto se

⁵ Karen Becker-Olsen and Sean Potucek, “Greenwashing”, in *Encyclopedia of Corporate Social Responsibility*, ed. Samuel O. Idowu, Nicholas Capaldi, Liangrong Zu, Ananda Das Gupta, Springer, 2013, 1318-1320. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-642-28036-8_104.

⁶ Erica Orange and Aaron M. Cohen, “From eco-friendly to eco-intelligent”, *The Futurist*, v. 44, 5ª ed., 2010, 2.

⁷ Sebastião Vieira de Freitas Netto, Marcos Felipe Falcão Sobral, Ana Regina Bezerra Ribeiro and Gleibson Robert da Luz Soares, “Concepts and forms of greenwashing: a systematic review”, *Environmental Science Europe*, 2020, 6.

⁸ Erica Orange, “From eco-friendly to eco-intelligent”, *op. cit.*

⁹ Idem.

¹⁰ Les Carlson, Stephen J. Grove e Norman Kangun, “A Content Analysis of Environmental Advertising Claims: A Matrix Method Approach”, *Journal of Advertising*, v. 22, no. 3 (1993).

este for sustentável, suportando assim este custo acrescido. Desta forma os produtos ou serviços que incorrem em *greenwashing* causam um duplo problema: não apenas enganam o consumidor, como também competem de forma injusta no mercado com produtos verdadeiramente sustentáveis. Em português, o termo “*ecobranqueamento*” tem sido adotado para se referir a esse fenómeno.

A UE define *greenwashing* como “*a prática pela qual as empresas afirmam estar a fazer mais pelo meio ambiente do que realmente estão*”.¹¹

2.2. Tipos de *greenwashing*

É possível distinguir diferentes tipos de *greenwashing*, embora também não exista consenso quando às formas como concretamente o *greenwashing* se manifesta. Podemos começar por distinguir *greenwashing* implícito de *greenwashing* explícito. Em relação ao *greenwashing* implícito, este é o tipo que surge por associação a imagens ambientais.¹² Isso ocorre quando um produto utiliza imagens no seu marketing que o consumidor associa ao meio ambiente, como paisagens naturais, animais ou a cor verde,¹³ criando na mente do consumidor uma associação do produto ou serviço a atributos ambientais positivos. Como exemplo paradigmático podemos pensar na forma como os anúncios de automóveis tendem a usar paisagens naturais como plano de fundo, embora estes sejam grandes contribuidores para a degradação ambiental. Por sua vez, o *greenwashing* na forma explícita está ligado ao uso de slogans, logótipos e/ou informações, que neste último caso podemos desdobrar em informações enganadoras, informações vagas, informações irrelevantes e informações erradas. Uma organização incorre em *greenwashing* por informações enganadoras ou vagas quando fornece informação vaga sobre determinado produto ou serviço ou exagera em determinado aspeto. Normalmente, isso acontece quando são usados termos vagos “*verdes*” como “*ecológico*”, “*natural*” ou “*limpo*”. Contudo, podemos estar perante uma situação mais complexa quando, por exemplo, um produto afirma que sua embalagem é feita de material reciclado, mas apenas uma pequena percentagem da embalagem realmente é. Outro caso comum é a afirmação de que determinado plástico é “*biodegradável*”, omitindo a empresa o facto de que, para que esse plástico se efetivamente degrade, são requeridas certas condições específicas, sendo que por norma em aterros sanitários comuns o plástico apenas se quebra em pedaços mais pequenos.¹⁴ O caso de *greenwashing* por informações irrelevantes refere-se a situações em que é transmitida informação sem importância de forma a criar uma visão de preocupação ambiental por parte da organização. Acontece com produtos em spray que se dizem livres de CFCs, quando seu uso já é proibido por lei.¹⁵ Estes exemplos, no entanto, não esgotam todas as manifestações de *greenwashing*. Por exemplo, também pode acontecer *greenwashing* quando há trade-offs ocultos que não são iminentes ao consumidor, ou seja, quando certas questões ambientais mais mediáticas

¹¹ Comissão Europeia, Comunicado de Imprensa – “Screening of websites for ‘*greenwashing*’: half of green claims lack evidence”, janeiro de 2021. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_269.

¹² “What Is *Greenwashing*? – Types & Examples”. Disponível em: <https://www.feedough.com/what-is-greenwashing-types-examples>.

¹³ “What is *Greenwashing*? Examples [2020]”. Disponível em: <https://greenandthistle.com/what-is-greenwashing/>.

¹⁴ “What is *Greenwashing*? How to Spot It and Stop it”. Disponível em: <https://medium.com/disruptive-design/what-is-greenwashing-how-to-spot-itand-stop-it-c44f3d130d5>.

¹⁵ “*Greenwashing*”. Disponível em: <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/other/greenwashing/>.

são priorizadas em detrimento de outras potencialmente mais preocupantes.¹⁶ Uma organização também incorre em *greenwashing* quando não fornece provas das suas alegações ambientais.¹⁷

2.3. *Greenwashing* na União Europeia e Portugal

Em 28 de janeiro de 2021, a Comissão Europeia e as autoridades de proteção do consumidor de cada Estado-Membro divulgaram o resultado de um rastreio realizado em *websites* com o objetivo de identificar violações de legislação da UE ligadas à questão do *greenwashing*.¹⁸ Das 344 alegações ambientais duvidosas feitas por organizações analisadas, concluiu-se que mais da metade podiam ser consideradas excessivamente vagas e gerais.¹⁹ A maioria não fornecia informações suficientes aos consumidores e em 59% dos casos não foram apresentadas provas de fácil acesso. Verificou-se também que 37% dos casos analisados utilizaram termos vagos como “*consciente*”, “*sustentável*” e “*ecológico*”. Em 42% dos casos as informações poderiam mesmo ser consideradas erróneas, abrindo possibilidade de a organização estar a incorrer numa prática de comércio desleal.²⁰ Uma outra questão levantada foi o facto de as empresas que trabalham com combustíveis fósseis gastarem elevadas quantias de dinheiro em campanhas publicitárias relativas à sua reputação, na tentativa de mascarar o seu impacto ambiental negativo.²¹

Portugal esteve incluído neste rastreio, tendo a Direção-Geral do Consumidor (DGS) verificado mais de uma dezena de alegações em áreas como têxteis, energia, automóveis e equipamentos domésticos. As alegações analisadas foram divididas em dois tipos: relativas ao produto ou serviço específico (58%) e relativas à responsabilidade ambiental do operador económico (42%). Na análise, foi detetado que 75% das empresas usavam alegações ecológicas exclusivamente explícitas e 25% usaram uma combinação de alegações explícitas e implícitas.²² Em Portugal, 75% das alegações analisadas foram consideradas demasiado gerais ou vagas e também não passíveis de verificação. As organizações que praticaram *greenwashing* não foram divulgadas, mas as autoridades nacionais entraram em contato com estas para que ratifiquem seu comportamento.

3. O combate ao *greenwashing* na UE

3.1. O Pacto Ecológico Europeu

3.1.1. Contexto

Como pedra de toque do PEE, podemos destacar o objetivo de transformar o continente europeu num espaço climaticamente neutro até 2050.²³ Este é um

¹⁶ Idem.

¹⁷ “The Nine Types of *Greenwashing*”. Disponível em: <https://www.buildinggreen.com/news-article/nine-types-greenwashing>.

¹⁸ Comissão Europeia, Comunicado de imprensa – “Screening of websites for ‘*greenwashing*’: half of green claims lack evidence”.

¹⁹ “‘*Greenwashing*’ is rampant in online stores, consumer authorities find”. Disponível em: <https://www.reuters.com/article/eu-environmentgreenwashing/greenwashing-is-rampant-in-online-stores-consumer-authorities-findidINKBN29X1XA?edition-redirect=uk>.

²⁰ Comissão Europeia, Comunicado de imprensa – “Screening of websites for ‘*greenwashing*’: half of green claims lack evidence”, *op. cit.*

²¹ “‘*Greenwashing*’ is rampant in online stores, consumer authorities find”.

²² República Portuguesa, Comunicado de imprensa – “Ecobranqueamento: 75% das alegações ecológicas em páginas web são vagas e gerais”, fevereiro 2021. Disponível em: <https://www.portugal.gov.pt/pt/gc22/comunicacao/comunicado?i=ecobranqueamento-75-das-alegacoes-ecologicas-em-paginas-web-sao-vagas-e-gerais>.

²³ Conselho Europeu, “European Green Deal”. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/green-deal/>.

objetivo a ser alcançado sem que exista prejuízo para a economia, pelo que a UE assume a ambição de criar crescimento económico desacoplado da exploração de recursos.²⁴ Desta forma, o PEE cria um plano assente em dois pilares: o incentivo à utilização eficiente dos recursos através da transição para uma economia circular e a restauração da biodiversidade e redução da poluição. A UE garante que nenhuma pessoa ou região ficará para trás, prometendo uma transição justa e inclusiva. Também é importante denotar que os objetivos do PEE não estão exclusivamente centrados em torno da sustentabilidade, havendo outras oportunidades a serem exploradas pela UE, particularmente as que têm potencial para criar crescimento económico, novos modelos de negócios e mercados, novos empregos e que apoiem o desenvolvimento tecnológico. Assim, o PEE é construído através de diferentes iniciativas, todas contribuindo para os mesmos objetivos, gerando-se assim uma abordagem holística. Algumas das iniciativas incluídas no PEE são a Lei Europeia do Clima, a Estratégia da Biodiversidade da UE para 2030, a Estratégia do Prado ao Prato e o Plano de Ação para uma Economia Circular.²⁵ Exploraremos melhor estas duas últimas iniciativas na próxima parte do artigo. Estas iniciativas não têm um objetivo direto na luta contra o *greenwashing*, no entanto, irão garantir um aspeto muito importante: que todos os europeus tenham acesso a alimentos, produtos e serviços verdadeiramente sustentáveis.

3.1.2. A Estratégia do Prado ao Prato

Apresentada pela Comissão em maio de 2020, a estratégia do prado ao prato é uma das medidas que apoia o objetivo da UE de alcançar a neutralidade climática até 2050. Esta estratégia visa a transição do atual sistema alimentar da UE para um modelo mais sustentável, abrangendo a cadeia alimentar desde a produção de alimentos até o seu consumo, envolvendo tanto a figura dos produtores como a dos consumidores e levando à consideração do sistema alimentar na sua totalidade. É uma meta ambiciosa, que visa redesenhar o sistema alimentar, responsável por um terço das emissões de dióxido de carbono em todo o mundo, além de causar outras consequências ambientais negativas, como a perda da biodiversidade.²⁶ No entanto, a UE tenciona ainda dar resposta a outras preocupações com esta estratégia, nomeadamente relacionadas com questões de saúde decorrentes de uma alimentação pouco saudável, que leva a que mais de 50% dos adultos na Europa tenham problemas de excesso de peso,²⁷ e problemas económicos, nomeadamente relacionados com a remuneração injusta dada a produtores primários.²⁸ Num sentido amplo, o principal objetivo é garantir alimentos suficientes, nutritivos e acessíveis, produzidos dentro dos limites sustentáveis do planeta. Portanto, a UE espera continuar a produzir alimentos de alta qualidade, mas agora com um impacto mínimo no meio ambiente. Dentro desta estratégia encontramos objetivos tanto relacionados com a produção de alimentos, isto é, garantir que a produção alimentar é sustentável (por exemplo, incentivando a agricultura orgânica e um uso prudente e responsável de pesticidas, agentes antimicrobianos e fertilizantes), e também objetivos ligados ao consumo, nomeadamente com a promoção de hábitos alimentares mais saudáveis aos cidadãos europeus.²⁹ Metas como a redução de desperdício alimentar e a promoção do bem-estar animal também estão previstas nesta estratégia. Os Estados-Membros também concordam em garantir um apoio firme e um rendimento justo para os produtores primários, e os ministros do Conselho também realçam a criação de condições que

²⁹ Conselho Europeu, “From farm to fork: making Europe’s food healthier and more sustainable”.

permitam à UE continuar a ser competitiva no mercado agroalimentar global. Esta estratégia também traz novas oportunidades de negócios para todos os operadores da cadeia alimentar, pois visa a inovação com a criação de novas tecnologias e novas descobertas científicas.³⁰

Nas conclusões do Conselho de outubro de 2020, os Estados-Membros destacaram também um ponto importante, que diz respeito ao facto de a alimentação europeia já ser referência mundial em termos de segurança, valor nutricional e qualidade, o que é demonstrado pelo facto de ser exportada para todo o mundo. Assim, ao promover o aspeto de sustentabilidade dos sistemas alimentares europeus, poderemos ver outros países a assumirem também um compromisso mais ambicioso em termos de proteção do ambiente, mesmo que apenas para manter a sua própria competitividade no mercado. O compromisso é de garantir que todos os europeus, tanto os que vivem hoje como as gerações futuras, tenham acesso a alimentos seguros, saudáveis e nutritivos.³¹

É importante denotar que tanto a estratégia do prado ao prato como a Política Agrícola Comum (ou PAC) têm sido alvo de um grande número de críticas. Em particular, a atual revisão da política da PAC é acusada de ser uma “*falha para os cidadãos, para os contribuintes, para o planeta, para o clima e até para os agricultores*”.³² A própria Comissão reconhece alguma potencial fraqueza na PAC, que pode interferir no nível de ambição do PEE no setor agrícola.³³ As opiniões mais extremistas chegam a chamar esta nova política de um “*grande, enorme greenwashing*” pelo facto de não existirem disposições reais nesta reforma que obriguem os Estados-Membros a implementar novas práticas que efetivamente diminuam as emissões de gases de efeito estufa.³⁴ Isto preocupa os ambientalistas, pois consideram os riscos ambientais atuais demasiado altos para a possibilidade de qualquer fracasso.³⁵ A UE tem tentado responder a estas críticas, sendo inclusivamente também de opinião de que o texto da PAC poderia ter ido um pouco mais longe, mas principalmente formulou a opinião de que “*toda mudança é evolução, não revolução*”.³⁶ Algumas vezes consideram que o acordo da UE atinge o equilíbrio perfeito entre a economia e o meio ambiente, o que é necessário porque uma política mais rígida poderia ter um impacto muito grande na economia dos agricultores.³⁷

3.1.3. O Plano de ação para uma Economia Circular

O Plano de Ação para uma Economia Circular foi adotado pela Comissão em março de 2020, consistindo num dos pilares principais do PEE, tendo base numa primeira experiência lançada pela Comissão em 2015 que foi concluída em 2019.³⁸ Uma economia circular na UE terá a vantagem de reduzir a pressão imposta sobre os recursos naturais, criando ao mesmo tempo um crescimento económico sustentável.

³⁰ Comissão Europeia, “Farm to Fork strategy”.

³¹ Conselho Europeu, “From farm to fork: making Europe’s food healthier and more sustainable”.

³² “EU reforms to common agricultural policy branded ‘greenwashing’”. Disponível em: <https://www.euronews.com/green/2021/06/30/eu-reforms-to-common-agricultural-policy-branded-green-washing>.

³³ “The European Commission must not greenwash the Common Agricultural Policy”. Disponível em: <http://capreform.eu/the-european-commission-must-not-greenwash-the-common-agricultural-policy/>.

³⁴ “EU reforms to common agricultural policy branded ‘greenwashing’”.

³⁵ “The EU must overhaul its farming policy to save the Green Deal”. Disponível em: <https://socialeurope.eu/the-eu-must-overhaul-its-farming-policy-to-save-the-green-deal>.

³⁶ “EU reforms to common agricultural policy branded ‘greenwashing’”.

³⁷ “EU reforms to common agricultural policy branded ‘greenwashing’”.

³⁸ Comissão Europeia, “Circular economy action plan”. Disponível em: https://ec.europa.eu/environment/strategy/circular-economy-action-plan_en.

É um plano de transição para um “*modelo de crescimento regenerativo*” constituído por várias medidas ligadas ao ciclo de vida dos produtos, criadas tanto por medidas legislativas como não legislativas.³⁹ Como metade da emissão de gases com efeito de estufa resultam da extração e transformação de recursos, uma economia circular é essencial para a UE atingir o seu objetivo de neutralidade climática até 2050. O objetivo é conseguir manter os recursos utilizados na economia da UE durante tanto tempo quanto possível.⁴⁰ Frans Timmermans, Vice-Presidente da Comissão, demonstra a essencialidade deste plano, destacando que apenas 12% dos materiais e recursos secundários são reintroduzidos na economia.⁴¹

Podemos dividir o plano em quatro objetivos principais, que serão alcançados por meio de diferentes medidas propostas. O primeiro é tornar os produtos sustentáveis norma na UE. Isto implica legislação que garanta que os produtos colocados no mercado da UE não só são concebidos para durar mais tempo, como também são mais facilmente reparados e reciclados. Os produtos também devem conter materiais reciclados sempre que possível, reduzindo o uso de matérias-primas primárias. Também estão previstas restrições para produtos de uso único.⁴² Um segundo objetivo está centrado na capacitação do consumidor, garantindo o acesso a informações confiáveis sobre questões como durabilidade e reparabilidade do produto, permitindo que os consumidores consigam fazer uma escolha mais sustentável.⁴³ Outro objetivo diz respeito aos setores que mais utilizam recursos, nomeadamente os setores da eletrónica e das TIC, baterias e veículos, embalagens, plásticos, têxteis, construção e alimentação. Este objetivo pode ser considerado uma espécie de eixo central deste plano de ação, com medidas ajustadas às necessidades e questões problemáticas de cada um destes setores.⁴⁴ Por fim, podemos falar sobre a meta de redução de resíduos. Aqui, a prioridade é prevenir a criação de qualquer tipo de resíduo, recorrendo à sua transformação em recursos secundários de alta qualidade.⁴⁵ Para o plano, estão previstos cerca de 35 pontos de ação e, na sua implementação a UE espera conseguir criar cerca de 700.000 novos empregos até 2030.⁴⁶

³⁹ Conselho Europeu, Comunicado de imprensa – “Council approves conclusions on making the recovery circular and green”, dezembro 2020. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/12/17/council-approves-conclusions-on-making-the-recovery-circular-and-green/>.

⁴⁰ Comissão Europeia, “Questions and Answers: A New Circular Economy Action Plan for a Cleaner and More Competitive Europe”. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_419.

⁴¹ Comissão Europeia, “Questions and Answers: A New Circular Economy Action Plan for a Cleaner and More Competitive Europe”.

⁴² Comissão Europeia, “Questions and Answers: A New Circular Economy Action Plan for a Cleaner and More Competitive Europe”.

⁴³ Comissão Europeia, Comunicado de imprensa – “Changing how we produce and consume: New Circular Economy Action Plan shows the way to a climate-neutral, competitive economy of empowered consumers”, março 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_420?fbclid=IwAR306g8Eo9kkPGLiXtWINu%20remU0U69Pt-pSTPhM6ODecHRlylG6-LtrdPug%252Fsmo.

⁴⁴ Conselho Europeu, Comunicado de imprensa – “Council approves conclusions on making the recovery circular and green”, dezembro 2020. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2020/12/17/council-approves-conclusions-on-making-the-recovery-circular-and-green/>.

⁴⁵ Comissão Europeia, “Questions and Answers: A New Circular Economy Action Plan for a Cleaner and More Competitive Europe”.

⁴⁶ Comissão Europeia, Comunicado de imprensa – “Changing how we produce and consume: New Circular Economy Action Plan shows the way to a climate-neutral, competitive economy of empowered consumers”.

3.2. A Nova Agenda do Consumidor

Lançada em novembro de 2020 pela Comissão Europeia, a nova agenda do consumidor visa capacitar os consumidores europeus para que possam desempenhar um papel ativo na transição ecológica e digital.⁴⁷ Esta nova agenda tem como base a Agenda do Consumidor de 2012, mas surge com mais ambições, servindo também como complemento ao PEE e ao plano de ação para uma economia circular.⁴⁸ A agenda propõe pontos estratégicos a serem abordados pela UE e pelos Estados-Membros nos próximos cinco anos. Estão previstas cinco áreas prioritárias: a transição ecológica, a transformação digital, a aplicação efetiva dos direitos dos consumidores, as necessidades específicas de determinados grupos de consumidores e a cooperação internacional. A questão do *greenwashing* será abordada neste primeiro domínio de transição ecológica. Para o efeito, a Comissão pretende assegurar que os consumidores não só têm à sua disposição produtos verdadeiramente sustentáveis, mas que também sejam capazes de os identificar, não caindo, portanto, nas armadilhas de *greenwashing* criadas por organizações. Já podemos identificar duas iniciativas legislativas a este respeito. Uma delas consiste numa proposta de regulamento sobre o desempenho ambiental de produtos e empresas, passando a existir uma obrigação em justificar as reivindicações ambientais feitas.⁴⁹ Ou seja, obrigar as empresas a justificar as afirmações que fazem quanto à pegada ambiental de seus produtos ou serviços, utilizando métodos padronizados de cálculo. O objetivo é tornar todas as alegações sobre questões ambientais fiáveis, comparáveis e verificáveis em toda a UE, aumentando a confiança dos consumidores nos rótulos ecológicos e nas informações ambientais. Existe mais uma iniciativa legislativa para uma diretiva relativa ao reforço do papel dos consumidores na transição ecológica.⁵⁰ Esta iniciativa tem três objetivos principais, que vão ao encontro dos objetivos acima mencionados: assegurar que os consumidores obtenham informações fiáveis sobre os produtos ou serviços que pretendem adquirir incluindo, nomeadamente, a vida útil e as opções de reparação de um determinado produto; evitar muitas informações ambientais irrelevantes e proibir produtos que tenham uma vida útil excessivamente curta; estabelecer critérios mínimos para o uso de logotipos ou rótulos de sustentabilidade.

3.3. O uso de métodos comuns para a medição e comunicação do desempenho ambiental ao longo do ciclo de vida de produtos e organizações

A UE tem detetado a existência de uma grande variedade de metodologias para o cálculo dos impactos ambientais, o que acaba por gerar confusão entre os consumidores. Quase 50% dos consumidores europeus afirmam ter dificuldade em distinguir os produtos ecológicos dos não ecológicos, existindo uma falta geral de confiança nas alegações de desempenho ambiental.⁵¹ Em resposta a este problema,

⁴⁷ Comissão Europeia, Comunicado de imprensa – “New Consumer Agenda: Comissão Europeia to empower consumers to become the driver of transition”, novembro 2020. Disponível em: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_20_2069.

⁴⁸ Comissão Europeia, Comunicado de imprensa – “New Consumer Agenda: Comissão Europeia to empower consumers to become the driver of transition”.

⁴⁹ Esta iniciativa pode ser consultada em https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12511-Environmental-performance-of-products-&-businesses-substantiating-claims_en.

⁵⁰ Esta iniciativa pode ser consultada em https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12467-Consumer-policy-strengthening-the-role-of-consumers-in-the-green-transition_en.

⁵¹ Millie Elsen, Roxanne van Giesen, Karolien van den Akker e Allison Dunne, “Consumer testing of alternatives for communicating the Environmental Footprint profile of products”, Comissão Europeia, 2019.

e para fornecer aos consumidores acesso a informações não enganadoras sobre o impacto ambiental dos produtos que consomem, a Comissão estudou uma metodologia fiável para calcular o desempenho ambiental de todo o ciclo de vida de um produto. O método adotado vem da recomendação da Comissão Europeia de 9 de abril de 2013, sobre a utilização de métodos comuns para a medição e comunicação do desempenho ambiental ao longo do ciclo de vida de produtos e organizações.⁵² Esta recomendação apresenta dois tipos de métodos para calcular o impacto ambiental: o Método da Pegada Ambiental do Produto (PAP), que é um método geral para medir e comunicar o potencial impacto ambiental do ciclo de vida de um produto, e o Método da Pegada Ambiental das Organizações (PAO), um método geral para medir e comunicar o potencial impacto ambiental do ciclo de vida de uma organização. O principal objetivo da utilização desses métodos é promover o consumo de produtos ecologicamente sustentáveis. No entanto, existem também objetivos secundários associados a permitir que os consumidores façam escolhas mais informadas e, com a crescente procura de produtos verdadeiramente verdes, incentivar o mercado a oferecer mais opções ecológicas a melhores preços. Assim, as empresas que se empenham em fornecer este tipo de produtos serão beneficiadas.⁵³

O PAP, conforme mencionado, contempla todo o ciclo de vida de determinado produto ou serviço, englobando todos os processos e recursos envolvidos e os seus respetivos impactos ambientais. Isso significa que a extração da matéria-prima, o seu processamento, o uso final do produto e a gestão final dos resíduos criados são contabilizados.⁵⁴ Os cálculos finais geram dezasseis categorias de impacto ambiental, onde se inclui, por exemplo, o impacto nas alterações climáticas e o uso de recursos minerais. Os resultados formam o perfil PAP do produto.

Por sua vez, o PAO funciona para as organizações, procurando a “*otimização de processos ao longo de toda a cadeia de aprovisionamento da carteira de produtos de uma organização*”,⁵⁵ criando inclusivamente um sistema de reputação que dará visibilidade às organizações com bom desenvolvimento ambiental.

Há um terceiro método que tem vindo a ser estudado pela UE, o *Product environmental footprint category rules* (PEFCR), que pretende ser um apoio ao PAP. Funciona como instruções para estabelecer regras de categoria para o PAP, descrevendo como calcular a pegada ecológica de determinado produto. Assim, vai providenciar o necessário para que uma organização consiga criar produtos sustentáveis, e promovê-los como tal. Então, permitirá que o cálculo de um PAP não seja tão trabalhoso e dispendioso para uma empresa.⁵⁶

4. O Sustainable Finance Disclosure Regulation

Em junho de 2020, e após dois anos de negociação, o Parlamento Europeu finalmente aprovou o texto legal que servirá para determinar que medidas de

⁵² Comissão Europeia, “Recomendação de 9 de abril de 2013 sobre a utilização de métodos comuns para a medição e comunicação do desempenho ambiental ao longo do ciclo de vida de produtos e organizações”. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32013H0179&from=EN>.

⁵³ Millie Elsen, Roxanne van Giesen, Karolien van den Akker e Allison Dunne, “Consumer testing of alternatives for communicating the Environmental Footprint profile of products”.

⁵⁴ Comissão Europeia, “Recomendação de 9 de abril de 2013 sobre a utilização de métodos comuns ...”, *op cit.*

⁵⁵ Idem.

⁵⁶ “Product environmental footprint category rules (PEFCR)”. Disponível em: <https://pre-sustainability.com/solutions/consulting/sustainablesectors/product-environmental-footprint-category-rules/>.

investimento podem ser consideradas sustentáveis.⁵⁷ A meta é canalizar uma elevada quantia de dinheiro europeu para investimentos amigos do ambiente durante a próxima década.⁵⁸

A regulação tem o objetivo de criar um critério harmonioso, como base em evidências científicas em vez de compromissos políticos, para definir que investimentos podem ser considerados ecológicos.⁵⁹ Será exigida transparência de todos os atores financeiros, que terão de revelar quão sustentáveis os seus investimentos são.⁶⁰ As regras tornaram mais difícil aos participantes do mercado afirmarem a sustentabilidade dos seus produtos sem a comprovarem, sendo que “*any sustainability-related claim by a financial product must be well justified*”.⁶¹

Conclusão

O *greenwashing* é um conceito multifacetado e em constante evolução, à medida que as organizações encontram novas estratégias para criar uma imagem verde. Didier Reynders, Comissário Europeu da Justiça e Consumidores, ao anunciar a nova agenda do consumidor, comentou que “*more and more people want to live a green life*”.⁶² A vontade dos europeus de suportar os esforços da mudança do seu estilo de vida são cruciais para a UE atingir o seu objetivo de neutralidade climática até 2050. A boa notícia é que os europeus, e em particular as gerações mais jovens, têm demonstrado uma grande preocupação com o meio ambiente e vontade de se educar sobre o assunto e mudar seus hábitos de vida nocivos ao ambiente, particularmente no consumo. Esta é uma das principais razões pelas quais a luta contra o *greenwashing* é tão importante. Cabe à UE garantir que a vontade de mudança dos europeus não é usurpada por empresas com objetivos puramente financeiros. Os meios que têm sido estudados pela UE para combater o fenómeno do *greenwashing* parecem ser adequados, mas ainda não é possível analisar a sua aplicação efetiva. A UE, visando atingir de forma assertiva os objetivos projetados, deverá ser rígida na sua ação, devendo inclusivamente considerar denunciar publicamente organizações ou empresas que criam impactos ambientais negativos, de forma que os consumidores possam fazer escolhas responsáveis.

⁵⁷ “Pietikäinen – Final Approval For Eu Taxonomy Enables Green”. Disponível em: <http://www.sirpapietikainen.net/2020/06/pietikainen-final-approval-for-eu-taxonomy-enables-green-recovery/>.

⁵⁸ “EU prepares to turn the screw on asset managers over *greenwashing*”. Disponível em: <https://www.euractiv.com/section/energy-environment/news/eu-prepares-to-turn-the-screw-on-asset-managers-over-greenwashing/>.

⁵⁹ “Pietikäinen – Final Approval for Eu Taxonomy Enables Green”.

⁶⁰ “EU law against *greenwashing* approved by European Parliament”. Disponível em: <https://www.transportenvironment.org/discover/eu-law-against-greenwashing-approved-european-parliament/>.

⁶¹ “EU prepares to turn the screw on asset managers over *greenwashing*”.

⁶² Comissão Europeia, Comunicado de imprensa – “Screening of websites for ‘*greenwashing*’: half of green claims lack evidence”.

Intersecções jurídicas entre o público e o privado e seus reflexos no loteamento de acesso controlado quanto à possível limitação aos direitos fundamentais de locomoção (direito de ir e vir) e da intimidade da vida privada e ao direito à cidade

*Marcela Araujo Jantsch**

1. Considerações iniciais

A organização espacial da cidade possibilita o pleno desenvolvimento da coletividade e a sua integração com a estrutura urbana. O parcelamento do solo urbano disciplinado pela Lei Federal n.º 6.766/79 é atualmente um dos pontos mais relevantes no que diz respeito ao ordenamento da cidade. Conforme preceitua o Estatuto da Cidade é o instrumento urbanístico adequado para promover a distribuição territorial e o desenvolvimento nos municípios brasileiros, dos equipamentos urbanos, glebas, lotes, ruas públicas, taxas de ocupação e infraestrutura necessária.

Nesse contexto, o presente trabalho busca examinar o instituto do parcelamento do solo urbano sob o viés da exegese determinada pelo constitucionalismo contemporâneo que resultou nas intersecções jurídicas entre o direito público e o direito privado e os seus reflexos na figura do loteamento de acesso controlado e à possível limitação dos direitos fundamentais de locomoção, no direito de ir e vir, da intimidade da vida privada e do direito à cidade determinado pelo Estatuto da Cidade, Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001.

Deste modo, a pesquisa objeto de análise de dissertação, que encontra-se em fase de desenvolvimento, pretende responder o seguinte questionamento: o loteamento de acesso controlado, nova forma de parcelamento do solo urbano, criado pela Lei Federal n.º 13.465 de 11 de julho de 2017, caracteriza limitação aos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada e à locomoção, assegurados no artigo 5.º, incisos V e XV, da CF, e ao direito à cidade, assegurado pelo Estatuto da Cidade, Lei Federal n.º 10.257, de 10 de julho de 2001?

Dessa forma, a delimitação de conteúdo, temporal e espacial, da presente pesquisa, centrar-se-á na possível limitação aos direitos fundamentais de locomoção, à intimidade e à vida privada, e ao direito à cidade no Brasil, garantidos, respectivamente, pela Constituição Federal, em seu artigo 5.º, inciso XV e V, e pelo Estatuto da Cidade, Lei Federal n.º 10.257 de 10 de julho de 2001, pela nova figura jurídica de parcelamento do solo urbano, denominado como loteamento de acesso controlado, criado pela Lei n.º 13.465 de 11 de julho de 2017, considerando a atual exegese do direito privado,

* Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Área de Concentração em Direitos Sociais e Políticas Públicas, na Linha de Pesquisa Constitucionalismo Contemporâneo, com bolsa PROSUC/CAPES, modalidade II.

determinada pelo constitucionalismo contemporâneo, no processo de intersecções jurídicas entre o direito público e o direito privado, que asseguram a releitura de todos os institutos do direito pátrio, muito especialmente o direito privado, à luz da Constituição Federal.

No que tange ao marco teórico, se apresenta a delimitação a partir de dois pontos: as intersecções jurídicas entre o direito público e o direito privado como nova forma de caracterização do direito à propriedade imobiliária, o parcelamento do solo urbano e o Estatuto da Cidade como formas de urbanização e de regulação do direito à cidade no Constitucionalismo Contemporâneo. No que tange ao método de abordagem é o hipotético-dedutivo e o método de procedimento monográfico, valendo-se de pesquisa bibliográfica e documental.

2. As intersecções jurídicas entre o direito público e o direito privado como nova forma de caracterização do direito à propriedade imobiliária

Na perspectiva do constitucionalismo contemporâneo, o afastamento entre as esferas do direito público e do direito privado não se mantiveram. Os ramos do direito público e do direito privado, passaram a conviver harmonicamente. Mas, não foi sempre assim, a época do Estado Liberal era marcada por este distanciamento, já que suas premissas se baseavam no patrimonialismo e individualismo. Porém, tais características com o passar do tempo não se sustentaram, fazendo com que surgisse espaço através de reivindicações por igualdade, a chegada do modelo do Estado Social, que se preocupava com o viés da concretização de uma justiça social.

Percebe-se que a afinidade em torno do direito público e do direito privado é fruto de acontecimentos e oscilações históricas no nível de convivências entre o Estado e sociedade. Por consequência de tais acontecimentos e evoluções, principalmente tendo como um marco no Brasil a Constituição Federal de 1988, passam a se conectar os ramos do direito, como um ordenamento uno, que deve ser lido e compreendido como um todo. É neste ponto crucial, que tanto o direito civil como direito administrativo e ainda o direito urbanístico são compreendidos a partir da ótica constitucional.

A dicotomia existente entre o direito público e o direito privado, tinha como premissa a consagração da autonomia da vontade, em conjunto com uma percepção de um não agir estatal, isto é, o Poder Público detinha poderes limitados, não sendo autorizado a intervir nas relações privadas. Sob este entendimento é que se baseava as doutrinas consideradas modernas que tinham por direção não concordar com o crescimento da constitucionalização do direito privado, por acreditar e defender puramente o viés da autonomia e independência da norma civil.¹

Neste contexto, houve a transição do Estado Liberal para o Estado Social, onde abandona-se a autonomia privada como sendo o centro do sistema jurídico, para que o núcleo de tutela passe a ser a pessoa humana. Ou seja, no momento em que a proteção se torna a pessoa e sua dignidade, a autonomia privada passa a ser passível de restrições, levando em conta de que as relações sociais possuem um caráter de interdependência, assim como, se faz necessário observar outros direitos fundamentais que se correlatam. A partir deste entendimento, movido por um apelo popular, o Estado passa a ampliar suas

¹ Jorge Renato dos Reis e Felipe da Veiga Dias, “O direito de imagem sob a ótica da constitucionalização do direito privado: um panorama jurisprudencial no estado democrático de direito”, *Revista Scientia Iuris*, Londrina, v. 15, n.º 1 (2011): 51-70. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.5433/2178-8189.2011v15n1p51>.

ações para amparar interesses humanitários e solidários, objetivando a concretização de direitos fundamentais que amparem a coletividade.²

Em razão desta transformação, denota-se que o “Estado e sociedade sofrem, então, um processo de aproximação, criando-se, de certa forma, uma relação de interdependência entre ambos”.³ Então, como efeito desses movimentos, ocorre um rompimento na dicotomia entre as faces do Direito Público e o Direito Privado, já que o Estado passa a se fazer presente, inclusive, nas relações que integram conteúdos individuais. É “*dessa forma, a regulação da vida privada, até então exclusiva do direito civil, passa a se subordinar à Constituição. Diversos institutos até então regulados pelo Código Civil, passam, sob o paradigma da constituição, a ser positivados pelos microssistemas jurídicos. A constituição assume o seu status de lei superior e passa a ser o centro do ordenamento jurídico, irradiando seus princípios normativos à toda a legislação denominada infraconstitucional*”.⁴

No Brasil, foi apenas com a promulgação da Constituição de 1988 e conseqüentemente com o advento do Estado Democrático de Direito, que foi conquistado um modelo inovador, no sentido de buscar materializar aqueles interesses constitucionalizados, para que houvesse uma alteração das vivências sociais, por meio de uma conformidade entre os âmbitos públicos, sociais e privados, para então almejar uma realidade mais digna. É nesta conjuntura que a dignidade da pessoa humana, se torna protagonista e elevada ao patamar de fundamento da República.⁵

Em virtude da constitucionalização do direito privado, a propriedade urbana, como um direito fundamental, passou a agregar o elemento da função social. Sob este aspecto, a propriedade privada não se caracteriza mais como um direito absoluto, podendo ser ponderada, diante de existir interesses relevantes por parte da sociedade. O proprietário tem como incumbência, cultivar e dar a correta e adequada destinação a seu imóvel, para que se tenha sua atribuição satisfeita. Deste modo, a propriedade e a sua função social, vem para se harmonizar com as premissas consagradas pelo Estado Democrático de Direito.⁶

Desse modo, Pietro Perlingieri discorre: “*A função social, construída como o conjunto dos limites, representaria uma noção somente de tipo negativo voltada a comprimir os poderes proprietários, os quais, sem os limites, ficariam íntegros e livres. Em um sistema inspirado na solidariedade política, econômica e social e ao pleno desenvolvimento da pessoa, o conteúdo da função social assume um papel de tipo promocional, no sentido de que a disciplina das formas de propriedade e as suas interpretações deveriam ser atuadas para garantir e para promover os valores sobre os quais se funda o ordenamento*”.⁷

É perceptível que há no ordenamento jurídico a tendência e até mesmo a responsabilidade de dar atenção também ao interesse social, visto que se identifica

² Jorge Renato dos Reis, “Os direitos fundamentais de tutela da pessoa humana nas relações entre particulares”, *Direitos sociais e políticas públicas: desafios contemporâneos*, org. Jorge Renato dos Reis, Rogério Gesta Leal, (Santa Cruz do Sul: Ed. Edunisc, 2007) tomo.7, 2033-2064.

³ Mônia Clarissa Hennig Leal, *Jurisdição constitucional aberta: reflexões sobre a legitimidade e os limites da jurisdição constitucional na ordem democrática – uma abordagem a partir das teorias constitucionais Alemã e Norte-Americana* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007), 34.

⁴ Jorge Renato dos Reis, “A constitucionalização do Direito Privado: algumas considerações para análise”, *Revista Atos & Fatos* (Curso de Direito da Celer Faculdades), v. 1 (2009): 133.

⁵ José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito constitucional*. 7. ed. (Coimbra: Almedina, 2004).

⁶ Daniëlle Dornelles e Alexandre Brandão Rodrigues, “A propriedade como direito fundamental no constitucionalismo contemporâneo: uma análise a partir da atual perspectiva do princípio da solidariedade na seara privada”, in *Interseções Jurídicas entre o Público e o Privado: a constitucionalização do direito privado*, org. Jorge Renato dos Reis e Fernanda Brandt (Curitiba: Multideia, 2017).

⁷ Pietro Perlingieri, *Perfis do Direito Civil. Introdução ao Direito Civil Constitucional*, trad. de Maria C. de Cicco (Rio de Janeiro: Renovar, 1999), 226.

na legislação infraconstitucional a ligação da temática da propriedade a tais preceitos, como é o caso da Lei Federal n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que trata do parcelamento do solo urbano. Esta lei, define exigências que devem ser atendidas pelo loteador, como sendo uma das suas incumbências, a transferência de uma parcela ao Poder Público, tendo como escopo de atender aqueles espaços que sejam destinados para a circulação (o ir e vir), equipamentos comunitários, proteção ambiental, como forma de contemplar a sua função social.

Faz-se necessário abordar, mesmo que de forma sucinta outros direitos fundamentais que estão correlacionados com o objeto do estudo, como é o caso do direito à intimidade, à vida privada e o direito de ir e vir (locomoção), uma vez que é preciso minimamente compreender tais institutos para então se ter a possibilidade de examinar se a nova figura jurídica que foi inserida por norma infraconstitucional, pode configurar a possibilidade de limitar esses direitos.

Nesse sentido, tanto à intimidade como à vida privada, são considerados direitos fundamentais, tendo seus fundamentos expostos no artigo 5.º, inciso X, da Constituição.⁸ Esses direitos se caracterizam como aqueles que fazem parte dos direitos da personalidade, proporcionando a pessoa humana a defesa de sua integridade psíquica, tendo de ser resguardada tanto quanto pelos entes Estatais como pela sociedade.

Já, no que tange a organização do espaço urbano, inserido no rol dos direitos fundamentais, o direito de locomoção, conhecido como o direito de ir e vir, se traduz na garantia dos cidadãos de acessar e se locomover livremente nos ambientes da cidade. O direito de ir e vir, também conhecido como um direito a circulação, representa o amparo do direito de liberdade, derivado da intrínseca qualidade do sujeito. Reflete, à autonomia da pessoa humana, em querer ou não, deslocar-se, permanecer ou ainda entrar e sair espontaneamente de um território.⁹

No ordenamento jurídico brasileiro, o direito de liberdade de locomoção, encontra-se disciplinado no artigo 5.º, inciso XV, posto no Título II que dispõe sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, no qual refere: “*é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei, nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens*”.¹⁰ Levando em conta os direitos fundamentais mencionados, procura-se analisar suas intervenções e suas ligações perante o ambiente urbano, as modalidades de parcelamento do solo, tendo em vista que a constitucionalização do direito repercutiu no contexto da legislação infraconstitucional.

3. O parcelamento do solo urbano e o estatuto da cidade como formas de urbanização e de regulação do direito à cidade no constitucionalismo contemporâneo

A Constituição Federal de 1988, atuou como agente propulsor para a inserção do conteúdo do direito urbanístico no plano jurídico. Inseriu neste teor o

⁸ Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. O inciso X do artigo 5.º dispõe que: “*são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação*”.

⁹ Natália Martins Gonçalves, Rainer Rothfuss e Randy Souza Morato. “A organização e a ocupação do espaço urbano nas cidades do século XXI: impactos das políticas públicas do Brasil dos anos 90 no direito de ir e vir no ambiente local”, *Revista Amicus Curiae*, v. 9, n.º 9 (2012). Disponível em: <http://periodicos.unesc.net/amicus/article/view/875>.

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

planejamento urbano, assim como a ocupação e o uso do solo urbano. O escopo da política urbana, muito bem exposta na Constituição, consiste em orientar e regular o desenvolvimento das cidades e dos considerados grandes centros, objetivando atender a função social da cidade e da propriedade, oportunizando a satisfação da população. É neste cenário que o parcelamento do solo urbano aparece para garantir e ordenar a dimensão urbana.

Assim, o parcelamento do solo urbano significa a divisão de uma gleba de terra, que através disso, se divide o solo em fragmentos fisicamente menores, dando origem a novas unidades/lotes, ou seja, a propriedades de dimensões menores¹¹. A legislação que regulamenta a matéria, trata-se da Lei Federal de n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, tendo por finalidade estabelecer parâmetros gerais para que sejam seguidos pelos loteadores, assim como, serve como referência para diretrizes municipais. Ainda, institui como sendo formas e modalidades de parcelamento do solo urbano o loteamento e o desmembramento, conforme exposto no artigo 2.º da mencionada Lei: “o parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes”.¹²

Outrossim, as leis que regulamentam o loteamento, no que tange ao panorama urbanístico, são de competência e atribuição do poder local, ou seja, no caso dos Municípios, que tem como responsabilidade confeccionar e de tempos em tempos revisar o importante instrumento que é o Plano Diretor Municipal. Planejar um loteamento é de extrema relevância, porque este integrará um fragmento da cidade.¹³ O espaço que é objeto de infraestrutura para um loteamento, passa a integrar e simboliza uma expansão da cidade, este espaço passa a abrigar e atender parte da população, por conta disso que a lei do parcelamento do solo urbano possui tamanha relevância, pois, viabiliza a organização local para receber novos e futuros habitantes, propicia uma vivência comunitária, assim como visa preservar as exigências de urbanização da cidade.¹⁴

Cabe ressaltar, que o parcelamento do solo urbano, apesar de ser regulamentado por legislação infraconstitucional federal, também tais institutos que dela fazem parte, devem estar subordinados as diretrizes pautadas pela Lei Federal n.º 10.257 de 10 de julho de 2001, denominada como Estatuto da Cidade. E nesta linha, a cidade retrata uma complexa rede social, em virtude de constantemente apresentar diversos desafios e conflitos. A urbe está sempre em contínuo movimento e suscetível a transformações, abrangendo circunstâncias sociais, políticas, econômicas e jurídicas.

Em razão de uma emenda de caráter popular, se obteve importantes avanços acerca da temática urbanística, como é o caso da recepção do conteúdo sobre a Política Urbana no Brasil, nos artigos 182.º e 183.º da Constituição Federal, situados no Título VII do Capítulo II. Tais artigos mencionam: “Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo poder público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes”.¹⁵ Já em relação ao artigo 183 regulamenta institutos como

¹¹ Olmiro Gayer Athaydes, Lisete A. Dantas Gayer, *Teoria e Prática do Parcelamento do Solo* (São Paulo: Saraiva, 1984), 32.

¹² Brasil, Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6766.htm.

¹³ José Afonso da Silva, *Direito urbanístico brasileiro*, 3. ed. (São Paulo: Malheiros, 1997).

¹⁴ Arnaldo Rizzardo, *Direito das coisas*, 6. ed. (Rio de Janeiro: Forense, 2012).

¹⁵ Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm.

a usucapião especial urbana, dispondo de seus requisitos, assim como a regularização fundiária urbana.

Neste cenário, a regulamentação que foi dada na Constituição de 1988, através do capítulo da Política Urbana, por meio da Lei Federal n.º 10.257 de 10 de julho de 2001, denominada como o Estatuto da Cidade, trouxe evoluções significativas, reunindo instrumentos de gestão, *“estabelecendo normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental”*.¹⁶ E, ainda, *“tendo por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana”*.¹⁷ Denota-se, inclusive, que foi inserida a ideia do direito urbanístico, assim como, a preocupação com a matéria da sustentabilidade.

Por outro lado, o instituto do loteamento de acesso controlado, passou a compor a legislação infraconstitucional em razão do advento da Lei Federal n.º 13.465, de 11 de julho de 2017¹⁸, que também foi responsável por dispor acerca da regularização fundiária rural e urbana dentre outros instrumentos jurídicos. Este ordenamento jurídico, acabou por alterar e influenciar outras legislações, como é o caso da lei do parcelamento do solo urbano, Lei Federal n.º 6.766 de 19 de dezembro de 1979, acrescentando no artigo 2.º o parágrafo 8.º, passando a existir uma norma que autorize a possibilidade de parcelar o solo urbano por meio da modalidade do loteamento de acesso controlado, conforme demonstra seu teor: *“constitui loteamento de acesso controlado a modalidade de loteamento, definida nos termos do §1º deste artigo, cujo controle de acesso será regulamentado por ato do poder público Municipal, sendo vedado o impedimento de acesso a pedestres ou a condutores de veículos, não residentes, devidamente identificados ou cadastrados”*.

Observa-se que a regulamentação citada taxativamente elencou a figura do loteamento de acesso controlado caracterizando-o como uma modalidade inserida no parcelamento do solo urbano. De acordo com esta categoria, na realização do empreendimento, são implantadas portarias e em toda a circunscrição do loteamento são edificados muros, para que desta maneira se possa obter o controle da movimentação tanto do ingresso como da saída, daqueles que não integram o conjunto de moradores do local. Caberá a Administração Pública Municipal regulamentar o ato e a forma pelo qual se dará esse controle de acesso a esta nova modalidade de parcelamento do solo urbano, ou seja, o loteamento de acesso controlado. No entanto, não poderá se obstaculizar o ingresso das pessoas e suas formas de locomoção daqueles que não se encontram caracterizados como residentes, porém, será necessário o devido cadastramento e identificação para o acesso.¹⁹

Nesse sentido, percebe-se que aqueles espaços que são designados como sendo para o uso comum do povo ligados ao ente Municipal, já que consta como requisito estipulado pela lei do parcelamento do solo urbano, na modalidade do loteamento de acesso controlado esses espaços são cedidos para o desfrute da administração dos proprietários dos imóveis que integram o empreendimento. Constata-se que para se

¹⁶ Brasil, Lei n.º 10.257 de 10 de julho de 2001. Regulamenta os artigos 182.º e 183.º da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm. Artigo 1.º, parágrafo único.

¹⁷ Brasil, Lei n.º 10.257 de 10 de julho de 2001. Artigo 2.º.

¹⁸ Brasil, Lei n.º 13.465, de 11 de julho de 2017. Dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana e dá outras Providências. Brasília, DF: Diário Oficial da União, 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13465.htm.

¹⁹ Fabio Machado Baldissera e Felipe Tremarin, “Condomínio de lotes para fins urbanos no sistema jurídico brasileiro”, *Revista Americana de Urbanismo*. ISSN 2605-0714, n.º 1 (2019): 25-77. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7050906>.

obter a autorização para essa modalidade de parcelamento, um empecilho aparece, tendo em vista que o artigo 22.º da Lei Federal n.º 6.766 de 19 de dezembro de 1979²⁰ deixa claro que no momento inicial que ocorre o registro do loteamento, todos aqueles considerados equipamentos urbanos deslocam-se para pertencer a dominação do Poder Público Municipal, é neste ponto que acaba sobressaindo as divergências, ante a alternativa de bloquear o entorno do loteamento, havendo então uma espécie de limitação a utilização daqueles bens que são enquadrados como sendo públicos, em detrimento ao uso exclusivamente aos proprietários dos lotes.²¹

A propósito, de forma superficial depreende-se que a Lei Federal n.º 13.465, de 11 de julho de 2017, que incorporou o instituto do loteamento de acesso controlado como uma recente categoria de loteamento, se subordina a exigência de aprovação da Administração Pública a nível municipal. Se houver ausência de autorização por parte da Prefeitura Municipal o loteamento se enquadrará como sendo um empreendimento fechado, e, diante dessas circunstâncias pode se caracterizar uma condição ilícita.

Ainda, sem que haja determinação própria por parte do Município que abranja as qualificações e as especificidades da construção que será admitida para exercer o controle da movimentação de cidadãos e seus meios de transporte, o modelo que deve ser utilizado como sinalização, havendo a advertência de que se trata de logradouro público. Importante salientar, que na mesma linha, deverá ter clareza nas formas que serão realizados os cadastros e as identificações, não podendo, inclusive, existir a tentativa de coleta de quaisquer informações que tenham relação com opções políticas, íntimas, como orientação sexual, religiosidade, e, até mesmo a proibição de exigir explicações acerca da motivação para adentrar no loteamento. Sem esses encargos o mais correto é de não permitir que no empreendimento haja controle de acesso.²²

Considerações finais

Cabe salientar que o presente estudo retrata percepções preliminares de pesquisa desenvolvida para dissertação que se encontra em andamento. Dessa forma, brevemente buscou-se demonstrar a perspectiva da constitucionalização do direito privado a partir de uma releitura do ordenamento jurídico, onde o foco passou a ser a dignidade da pessoa humana, que alcançou o patamar de fundamento da República com a Constituição Federal de 1988. Consequentemente, esse processo de constitucionalização impactou o direito de propriedade, tendo em vista a previsão da sua função social, abandonando seu viés individual absoluto para também abranger aspectos voltados para a coletividade, visando possibilitar uma sociedade mais justa e solidária.

Dentro desse contexto, destacou-se normas de direito urbanístico de alta relevância como é o caso do Estatuto da Cidade que tem por finalidade resguardar as funções da cidade e da propriedade urbana, assim como da complexa temática proposta sobre o parcelamento do solo urbano, Lei Federal de n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979, que tem como incumbência destinar a organização espacial da cidade, cujo intuito é de originar novos conjuntos habitacionais, em tese, dotados de infraestrutura e

²⁰ Artigo 22.º Desde a data de registro do loteamento, passam a integrar o domínio do Município as vias e praças, os espaços livres e as áreas destinadas a edifícios públicos e outros equipamentos urbanos, constantes do projeto e do memorial descritivo.

²¹ Luiz Antônio Scavone Junior, *Direito imobiliário: teoria e prática*, 12. ed. rev. atual. e ampl. (Rio de Janeiro: Forense, 2017).

²² Vinícius Monte Custodio, “Análise jurídica do loteamento de acesso controlado e do condomínio de lotes na lei federal N.º 13.465/2017”, *Revista de Direito da Cidade*, v. 9, n.º 4 (2017): 1930-1952. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/30871>.

equipamentos urbanos essenciais. Neste cenário em 2017, foi promulgada a Lei Federal de n.º 13.465 de 11 de julho, que dispõe sobre a regularização fundiária rural e urbana, também sendo responsável por prever e inserir a modalidade do loteamento de acesso controlado no artigo 2.º, parágrafo oitavo da Lei do Parcelamento do Solo Urbano.

Em última análise, o legislador brasileiro, ao especificar na Lei Federal n.º 13.465, de 11 de julho de 2017, que não será possível proibir a entrada, bem como o deslocamento dentro do loteamento de acesso controlado por parte daqueles que não são residentes, ou seja, da população em geral, acabou por impactar naquelas diretrizes municipais que porventura concedam autorização para realizar o impedimento do ingresso daqueles que não são proprietários, ainda que identificados. Neste sentido, se estará diante de uma regulamentação ilegal, o que acabará por prejudicar o direito de ir e vir (liberdade de locomoção) e a mobilidade urbana. Além do mais, apenas aqueles que não pertencem ao núcleo habitacional do loteamento de acesso controlado terão de ser compelidos a identificação e cadastramento, o que a depender do caso, não existindo previsão da forma de abordagem e as informações a serem coletadas poderá ocorrer violações ao que tange aos direitos à intimidade e à vida privada.

A influência da União Europeia na América Latina em termos de políticas digitais: proteção de dados pessoais como garantia constitucional¹

*Amanda Nunes Lopes Espiñeira Lemos**

A proteção de dados pessoais é reconhecida como direito fundamental no âmbito da União Europeia, conforme o artigo 16.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) e os artigos 7.º e 8.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. A Convenção 108 do Conselho da Europa foi o primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado no domínio da proteção de dados.² Há inúmeras outras Diretivas e Regulamentos que tratam do tema no âmbito europeu como direito fundamental, tal qual o Regulamento (UE) 2018/1725³ que estabelece as regras aplicáveis ao tratamento de dados pessoais pelas instituições, organismos e agências da União Europeia, em consonância com o disposto no Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados e Diretiva sobre a Proteção de Dados na Aplicação da Lei. Esse movimento também ocorre nos estados-membros por meio da incorporação da proteção de dados como direito fundamental nas suas constituições. Portugal se destaca como um dos primeiros países a garantir a proteção de dados pessoais como direito constitucional, em 1976.⁴

No Brasil a incorporação da proteção de dados na constituição só ocorreu em 2022 com a Emenda Constitucional n.º 115.⁵ Essa incorporação no país, insere o direito à proteção de dados como uma cláusula pétrea, isto é, não pode ser suprimido ou reduzido no ordenamento jurídico e no texto da Constituição, as possíveis modificações futuras não podem retroceder. Conforme Ingo Sarlet pontuou, quando ainda tramitava a PEC 17/2019 que deu origem à EC 115/2020 no Congresso

¹ Este texto apresenta parte da intervenção oral da autora no painel “Teses e Antíteses”, do dia 6 de maio, na Casa do Conhecimento da Reitoria da Universidade do Minho, no VII Seminário Internacional Hispano-Luso-Brasileiro sobre Direitos Fundamentais e Políticas Públicas.

* Doutoranda em Direito pela Universidade de Brasília (UnB) em co-tutela com a Universidade do Minho (Portugal). Mestre em Direito pela Universidade de Brasília.

² Agência dos Direitos Fundamentais da União Europeia, Conselho da Europa, “Manual da Legislação Europeia sobre Proteção de Dados”, 2014. DOI: 10.2811/73790.

³ Regulamento (UE) 2018/1725 do Parlamento Europeu e do Conselho de 23 de outubro de 2018 relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos e organismos da União e à livre circulação desses dados, L 295/39, 21 de novembro de 2018. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1552577087456&curi=CELEX:32018R1725>.

⁴ CNPD, “Em Foco 40 anos da Constituição e do Direito à proteção de dados”, *Revista Fórum*, janeiro de 2016. Disponível em: https://www.cnpd.pt/media/kjspegob/forum_2_af_web_low.pdf.

⁵ Brasil, Presidência da República, Emenda Constitucional n.º 115, de 10 de fevereiro de 2022, altera a Constituição Federal para incluir a proteção de dados pessoais entre os direitos e garantias fundamentais e para fixar a competência privativa da União para legislar sobre proteção e tratamento de dados pessoais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc115.htm.

Nacional brasileiro, “*um direito fundamental à proteção de dados pessoais daria maior sustentação ao marco regulatório infraconstitucional (...) dando ao direito à proteção de dados pessoais a sua máxima eficácia e efetividade*”.⁶ Antes do legislativo incorporar no texto constitucional, o Judiciário brasileiro, por meio do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6393⁷ reconheceu a proteção de dados como direito fundamental. A necessidade de considerar a proteção de dados pessoais no Brasil como direito fundamental já era desde 2011 vista por Danilo Doneda como necessária para “*proporcionar uma tutela efetiva aos dados pessoais na amplitude que a importância do tema*”.⁸

Na América Latina não é um movimento tão recente em alguns países, como Peru, cujo artigo 2.º da Constituição, de 1993, reconhece a existência de um direito à intimidade, ressaltando, no parágrafo sexto, sua aplicabilidade no contexto de serviços informáticos.⁹ Contudo, em sua maioria a proteção expressa constitucional diz respeito à privacidade, intimidade e à autodeterminação informativa, direitos que são base para a proteção de dados. Na Argentina e no Uruguai, por exemplo, que possuem leis antigas na região, 2000 e 2008 respectivamente, na Constituição não há a proteção de dados expressamente consagrada, contudo, outros dispositivos do texto constitucional garantem que a proteção de dados seja também protegida. A inserção de maneira expressa da proteção de dados pessoais é uma crescente, como o Chile incorporou em sua constituição no artigo 19.º, parágrafo quarto, em 2018 o direito à proteção de dados. O Chile contudo possui uma lei antiga, mas não tem uma autoridade de proteção de dados constituída até o momento. Nesse sentido, a inserção do direito à proteção de dados no direito constitucional pode ser um instrumento importante na sua efetividade, mas não garante essencialmente a proteção de dados, há outros elementos importantes nessa construção regulatória.

A criação de leis específicas também é um movimento regulatório essencial na proteção desses direitos, tal qual o Regulamento Geral de Proteção de Dados da UE (RGPD), Regulamento 2016/679. Na América Latina há ondas de criação de legislações específicas sobre proteção de dados e após a entrada em vigor do RGPD o movimento atual é de atualização dessas legislações para adequação ao modelo europeu, como a Argentina, em 2022.¹⁰ Além disso, o papel das autoridades de proteção de dados no *enforcement* dessa garantia fundamental é de suma importância no seu cumprimento tanto à nível nacional, quanto no âmbito regional da UE e América Latina.

Minha tese tem como tema a proteção de dados pessoais na América Latina e a compreensão da atuação das autoridades de proteção de dados na construção de uma cultura de proteção de dados, bem como a influência da União Europeia na região nesse tema.

⁶ Ingo Sarlet, “Proteção de dados pessoais como direito fundamental na constituição federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada”, *Direitos Fundamentais & Justiça*, coords. Ingo Sarlet e Ivar Hartmann, *Revista Brasileira De Direitos Fundamentais & Justiça*, 14(42), 179-218, Belo Horizonte, (2020): 214. DOI: <https://doi.org/10.30899/df.v14i42>.

⁷ STF, “STF suspende compartilhamento de dados de usuários de telefônicas com IBGE”, 7 de maio de 2020. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=442902&ori=1>.

⁸ Danilo Doneda, “A proteção dos dados pessoais como um direito fundamental”. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, 12(2) (2011): 91–108. Recuperado de <https://periodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/1315>.

⁹ Constitución Política del Perú, Lima: Edición del Congreso de la República, maio de 2016. Disponível em: <http://www.congreso.gob.pe/Docs/files/documentos/constitucion1993-01.pdf>.

¹⁰ Portal oficial del Estado argentino, “Nuevo Proyecto de Ley de Protección de Datos Personales”. Disponível em: <https://www.argentina.gob.ar/aaip/datospersonales/proyecto-ley-datos-personales>.

Faço parte de um projeto de pesquisa coordenado pelo Prof. Dr. Alexandre Veronese e que conta com a participação de outros investigadores graduandos, mestrandos e doutores como a professora Alessandra. O projeto é intitulado “*Pesquisa documental e de campo sobre autoridades de proteção de dados na América Latina: o conceito social e institucional de privacidade e de dados pessoais*”. Trata-se de um Projeto para a área de políticas públicas e Internet (PPI), Auxílio à Pesquisa – Regular, na Chamada FAPESP/MCTIC 2018.¹¹

A FAPESP é uma Fundação de Apoio à Pesquisa do Estado de São Paulo, mas esse projeto é uma parceria do Ministério de Ciência e Tecnologia brasileiro e do Comitê Gestor da Internet, então aloca verbas para projetos de todo país que tratam do tema de Internet.

Este projeto se iniciou em 2020 com previsão de conclusão em janeiro de 2022, contudo diante da pandemia de COVID-19 houve um atraso e prorrogação por mais um ano e terá vigência até final deste ano, com entregas em janeiro de 2023.

O projeto contou com a aprovação do Comitê de Ética e Pesquisa da Universidade de Brasília que autorizou a realização de entrevistas, mediante uso de Termo de Consentimento Livre e Esclarecido e também de Autorização Institucional formal dos órgãos visitados.

Pretende-se reunir informações documentais e em primeira mão para entender como essas agências, autoridades reguladoras, realmente fazem cumprir as leis de proteção de dados em nossos países vizinhos, considerando o Brasil. A pesquisa é oportuna devido à aprovação da Lei Geral de Proteção de Dados brasileira (Lei n.º 13.709/2018), que determinou a criação da ANPD, a Autoridade Nacional de Proteção de Dados no tema, que está em funcionamento há mais de um ano. A pesquisa avaliará informações para entender os modelos regulatórios na prática na região da América Latina. O projeto utiliza três métodos de pesquisa. O primeiro é uma pesquisa documental para construir um histórico da aprovação dos estatutos e órgãos nacionais. O segundo é uma pesquisa jurídica comparativa das legislações nacionais. E o terceiro corresponde às 8 visitas de campo para conhecer as agências nacionais e gestores, bem como outros atores, a fim de avaliar suas capacidades e práticas institucionais e a perspectiva da sociedade sobre o tema. Cada uma dessas frentes gerará produtos diversos e complementares.

A proposta então foi mapear a atuação das autoridades de proteção de dados pessoais, órgão fundamental na garantia e cumprimento das leis de proteção de dados, na região latino-americana. Elegeu-se 8 países que além do Brasil possuíam tanto autoridade quanto uma lei constituída, quais sejam: Argentina, México, Uruguai, Colômbia, Chile, Panamá, Peru e Costa Rica. Desses, o Chile é o único que não possui uma autoridade propriamente dita para particulares, o *Consejo de Transparencia* atua nos dados do poder público, mas por ser um país com uma lei de 1999 e com avanços na região, considerou-se importante mantê-lo nesse mapeamento.

Há duas questões teóricas de fundo. A primeira indaga sobre as potenciais diferenças institucionais entre os países latino-americanos quando organizam seus sistemas nacionais de proteção de dados. A segunda questão teórica é sobre as diferenças culturais entre os países latino-americanos e como isso pode influenciar os

¹¹ FAPESP, “Documentary and field research on the Latin American data protection authorities: the social and institutional concept of privacy and personal data”, 18/23010-5, Faculdade de Direito, Universidade de Brasília, 2020-2022. Disponível em: <https://bv.fapesp.br/en/auxilios/105576/documentary-and-field-research-on-the-latin-american-data-protection-authorities-the-social-and-inst/>.

sistemas nacionais de proteção de dados e a construção de uma cultura de proteção de dados em cada país e do ponto de vista regional.

Além disso, busca-se compreender melhor a influência do modelo europeu na América Latina, como o RGPD (Regulamento EU 2016/679) é colocado como padrão (standard) regulatório, a necessidade de adequação desses países para transferência internacional de dados. A Convenção 108+ e a adesão dos países latino-americanos.

A partir deste panorama foram realizadas visitas aos 8 países e ao Brasil junto às autoridades de proteção de dados e outros atores que atuam no tema de cada país, membros da academia e da sociedade civil. O projeto então gerará como produtos não apenas um levantamento empírico in loco sobre proteção de dados na região, cujos dados brutos possivelmente serão publicados de forma anonimizada e a parte analítica será publicada como livros e artigos científicos, como também, com as verbas disponibilizadas se está construindo um acervo bibliográfico, com obras de autores da região sobre o tema, que será patrimoniado na Universidade de Brasília. Além disso, se pretende publicar resenhas dessas obras para auxiliar investigadores que busquem esses livros. E ainda como produto haverá uma publicação com a análise temática das legislações desses 8 países de forma encontrar por ex. o tema do consentimento nas 10 legislações (+ Brasil e RGPD).

Como disse antes o projeto conta com diversos pesquisadores, dele estão sendo gerados também projetos de iniciação científica, dissertações de mestrado e minha tese de doutoramento cujo objetivo geral é analisar os modelos regulatórios de proteção de dados da América Latina, por meio dos desenhos institucionais e da atuação das Autoridades de Proteção de Dados Pessoais (APDs) a partir de uma compreensão da construção de uma cultura de proteção de dados na região e uma análise dos órgãos da União Europeia, dentro do tema da proteção de dados e da privacidade, para perceber como se deu e se dá a influência da UE nos países latino-americanos com autoridade de controle no tema.

A hipótese central é de que o modelo europeu tem um impacto decisivo na América Latina por três principais fatores:

- (1) a produção legislativa é semelhante, o que torna mais fácil o transplante regulatório;
- (2) os laços culturais ibero-americanos, pelo fato de os países terem sido colônias;
- (3) a questão linguística: as decisões e legislações da UE são todas traduzidas para o espanhol e o português.

Outro tema que pretendo abordar também na minha tese nesse contexto é a proteção de Dados e o Acesso à Informação Pública como duas faces da mesma moeda e a relação existente entre esses dois assuntos complementares na América Latina diante do contexto de democratização recente. O fato de muitas das autoridades tratarem de ambos os temas no mesmo órgão mostra essa tendência e uma peculiaridade da região. Outro exemplo de tema peculiar que se mantém na América Latina e não na UE é a inscrição em base de dados, muitas vezes obrigatória, mantida pela autoridade.

Minha ideia então é compreender essa relação UE-Latam no tema de proteção de dados pessoais, tendo o órgão de controle como fundamental nesse processo. A análise sobre a proteção expressa do direito à proteção de dados como garantia constitucional é também um termômetro relevante, além da análise legislativa para perceber a influência da União Europeia na América Latina em termos de políticas digitais especificamente nessa incorporação do direito nas constituições de ambas as regiões.

A atuação dos partidos políticos em sede de controle concentrado de constitucionalidade diante de crises democráticas: (re)afirmação das instituições no Estado democrático de direito

Gabriela de Souza Graeff

1. Introdução

Estuda-se no presente trabalho a atuação partidária no constitucionalismo contemporâneo como um dos pilares da democracia, com enfoque na atuação em sede de controle concentrado de constitucionalidade na jurisdição constitucional brasileira.

Busca-se analisar, em primeiro momento, a atuação das instituições democráticas no cenário constitucional e, especificamente, os partidos políticos como importante mecanismo para manutenção da democracia.

Em segundo ponto, pretende-se abranger o controle concentrado de constitucionalidade e suas nuances no Estado Democrático de Direito. Por fim, analisa-se a atuação partidária em sede de controle concentrado de constitucionalidade e a importância dessa atuação em períodos de crise democrática.

Assim, pergunta-se: os partidos políticos têm contribuído para a sustentação da democracia brasileira, principalmente a partir do enfoque do controle concentrado de constitucionalidade? A hipótese levantada, a partir de uma prévia pesquisa quantitativa, é de que houve um incremento na atuação partidária que, de forma significativa, contribui para a manutenção da democracia no país.

Caso confirmada, a hipótese demonstrará a importância dos partidos políticos no modelo democrático brasileiro, não apenas em período eleitoral, mas durante todo o processo democrático. Além disso, se confirmará a importância do papel mais ativo dos partidos políticos no cenário político-constitucional.

A pesquisa se justifica pela necessidade de compreender um possível incremento da atuação partidária em controle concentrado de constitucionalidade na sustentação da democracia, tema atinente a linha de pesquisa do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), cujo tema contempla de forma direta o constitucionalismo contemporâneo.

Além disso, abrange especificamente a linha do projeto de pesquisa da democratização do processo de tomada de decisão em organizações públicas e privadas frente aos pressupostos teóricos do constitucionalismo contemporâneo e da teoria das decisões, coordenado pela Professora Denise Bittencourt Friedrich.

* Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), com bolsa do Programa de Incentivo à Pós-Graduação Stricto Sensu da UNISC. Bolsista na Revista de Direito UNISC.

Utiliza-se para a presente pesquisa o método dedutivo, partindo do geral para o específico e o procedimento bibliográfico, através da pesquisa em obras literárias, livros, artigos científicos, notícias, periódicos etc. As técnicas de pesquisa serão bibliográficas em diversas fontes, tais como revistas, livros, periódicos, dissertações, dentre outros. Ainda, será realizada uma breve análise jurisprudencial para demonstrar a atuação partidária no Supremo Tribunal Federal.

A fim de abordar os temas acima elencados, no primeiro tópico, se analisará o papel dos partidos políticos no Brasil como um instrumento democrático. Na sequência, será abordado o protagonismo do Supremo Tribunal Federal e sua atuação em sede de controle de constitucionalidade. Por fim, a partir da pesquisa jurisprudencial, será analisado o papel dos partidos políticos na sustentação da democracia brasileira.

2. Os partidos políticos no Brasil: breve apanhado histórico e conceitual

A partir do desenvolvimento da democracia, os partidos políticos se tornaram instituições a serviço do povo, através da expansão da participação política.¹ Além disso, os partidos políticos têm um papel de organização do meio social no período em que estão inseridos, aliados à pluralidade de participação de pessoas ou grupos. Cada partido representa um grupo de pessoas, seus interesses, suas divergências a partir da consciência de cidadania de cada um.²

Nesse sentido, a democracia, que também passou a se preocupar com a efetivação de direitos como liberdade e autodeterminação política, inclui o povo como parte do processo político, de modo a participar das decisões do governo, através de indivíduos eleitos – como exemplo da democracia representativa.³

É partir desse ponto que surge a importância da atuação partidária. Se, antes, não se viam os partidos como essenciais à democracia, hoje não há forma de fazer democracia sem partidos. Essa mudança paradigmática passou a compreender os partidos como instrumentos para realização dos objetivos estatais e do próprio povo.⁴

Em síntese, os partidos são considerados por Silva “*uma forma de agremiação de um grupo social que se propõe organizar, coordenar e instrumentar a vontade popular com o fim de assumir o poder para realizar seu programa de governo*”.⁵

Além disso, a relevância partidária para a democracia está na formação da opção política do povo, que decide quem será capaz de executar os projetos de governo. A atuação, portanto, deve ser livre e aberta a novos ideais, para que exerça sua verdadeira função.⁶

Para Mezzaroba, os partidos devem buscar a harmonia entre as vontades individuais, de forma a transformá-las em programas a serem implementados pelos estados. A vontade deve ser coletiva e criada a partir da vontade dos demais partidos, de forma coletiva e multipartidária.⁷

¹ Paulo Bonavides, *A crise política brasileira*, 2ª ed. (Forense: Rio de Janeiro, 1978).

² Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, 37ª ed. (São Paulo: Editora Saraiva, 2011).

³ Hans Kelsen, *Jurisdição Constitucional*, 1ª ed. (São Paulo: Martins Fontes, 2003).

⁴ Paulo Bonavides, *Ciência política*, 10ª ed. (São Paulo: Malheiros editores, 2003).

⁵ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 35ª ed. (São Paulo: Mateiros Editores, 2012).

⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *op cit.*, 1.

⁷ Orides Mezzaroba, *Partidos Políticos* (Curitiba: Jarua, 2005).

Assim, Bonavides destaca que “*nos países que o aplicam em toda a plenitude, não há corrente de opinião, por minoritária que seja, que não tenha possibilidade eventual de representar-se no legislativo e assim concorrer, na medida de suas forças e de seu prestígio, para a formação da vontade oficial. Em suma, sob esse aspecto, trata-se de um sistema eleitoral que permite ao eleitor sentir a força do voto e saber de antemão de sua eficácia, porquanto toda a vontade do eleitorado se faz representar proporcionalmente ao número de sufrágios*”.⁸

Apesar da relevância para o cenário democrático, existem inúmeros desafios aos partidos políticos no cenário atual, com o incremento da desconfiança nas instituições e fortalecimento de discursos antidemocráticos, que já eram parte do cotidiano brasileiro e, no entanto, a partir da crise democrática experimentada no Brasil e no mundo, se intensificaram.

Nesse sentido, os governos com discursos antidemocráticos surgiram, ao redor do mundo, com pautas populistas que buscam atacar instituições democráticas, minorias e os direitos fundamentais, o que demonstra uma impaciência do povo com as instituições e com os direitos das minorias.⁹

Sendo assim, a atuação dos partidos políticos na Constituição Federal está definida em cinco possibilidades: mandado de segurança coletivo; propositura de ação no controle concentrado de constitucionalidade, sustentação oral por crime cometido por Deputado ou Senador, provação para perda de mandato de Deputado ou Senador e para noticiar irregularidades no Tribunal de Contas da União.¹⁰

Além disso, os partidos políticos têm caráter nacional e democrático, com o dever de observar a soberania nacional, os direitos da pessoa humana e o pluripartidarismo. Conforme informações do Tribunal Superior Eleitoral, atualmente são trinta e dois partidos registrados, dotados de autonomia em sua organização.¹¹

Portanto, os partidos se consolidam como instituições democráticas necessárias ao funcionamento do Estado no constitucionalismo contemporâneo e como ferramentas para garantir o princípio democrático. Passa-se, assim, a análise da atuação da jurisdição constitucional no cenário brasileiro.

3. A atuação do Supremo Tribunal Federal no Estado Democrático de Direito

Com o surgimento do Estado Democrático de Direito, as instituições democráticas passaram a ser um instrumento de proteção de direitos fundamentais. A concretização desses direitos e, principalmente do direito basilar à dignidade humana, passou a ser dever do Estado em sua aplicação e interpretação.¹²

Assim, a jurisdição constitucional, marcada pelo Supremo Tribunal Federal a nível de Brasil, passou a ser vista como uma ferramenta necessária ao resguardo dos princípios basilares desse modelo de Estado: os direitos fundamentais e a democracia. É necessário que se realize, assim, a ponderação entre os interesses da soberania popular e a devida efetivação dos direitos fundamentais.¹³

⁸ Paulo Bonavides, *op cit.*, 4.

⁹ Yascha Mounk, *O povo contra a democracia* (São Paulo: Companhia das letras, 2019).

¹⁰ Brasil, Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

¹¹ *Ibid.*

¹² Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, 6ª ed. (São Paulo: Saraiva, 2017).

¹³ Mônia Clarissa Hennig Leal e Felipe Dalenogare Alves, *Judicialização e ativismo judicial* (Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015).

Em síntese, a partir do estudo inicialmente levantado, as instituições democráticas, como Partidos Políticos, Jurisdição Constitucional e Congresso Nacional, atuam como pilares da democracia brasileira, à frente de pautas que visam preservar direitos fundamentais.

A atuação da Jurisdição Constitucional, por sua vez, ainda que com diversas controvérsias, é necessária ao resguardo de direitos fundamentais e contra ameaças à democracia. Nesse sentido, a análise da atuação partidária perante o Supremo Tribunal Federal no cenário brasileiro é um excelente escopo para compreensão do sistema político-jurídico brasileiro e de movimentos como judicialização da política.

Nesse sentido, destaca-se a fala de Gorczewski e Konrad: “[...] entende-se que o Estado Democrático deve ser transformador da realidade, ultrapassando o aspecto material de concretização de uma vida digna para o ser humano. Deve agir como fomentador da participação pública em vários seguimentos, devendo sempre ter presente a ideia de que a democracia implica necessariamente a questão da solução do problema das condições materiais de existência.”¹⁴

O Poder Judiciário, assim, passa a ser uma forma de concretização dos direitos das pessoas, pautado na necessidade de concretização de direitos fundamentais. Além das atividades de controle – natural do princípio da separação dos poderes –, passa também a ser um construtor do direito, com a atividade voltada à efetivação de direitos fundamentais.¹⁵

Apesar das críticas construídas acerca do caráter não democrático da jurisdição constitucional, esta não se sustenta no Estado Democrático de Direito. Com a ampliação do conceito de democracia, que engloba a proteção dos direitos fundamentais, não somente a vontade da maioria, o Judiciário se legitima pela representação de grupos minoritários e pela garantia de direitos fundamentais. Nesse sentido, Capelletti¹⁶ aponta que “a história da sociedade e das instituições, efetivamente, aí está para demonstrar como não raramente certos grupos (raciais, religiosos, econômicos, etc.) encontraram justamente nos tribunais o acesso e a proteção, sem os quais teriam permanecido inteiramente ou pelo menos por mais tempo, marginalizados da vida de determinado país”.

A partir daí, a efetivação da democracia está diretamente conectada ao papel das instituições democráticas e na possibilidade de a jurisdição constitucional impor limites ao poder político e, inclusive, à vontade da maioria. Essa limitação deverá ser o menos subjetiva possível, com observância dos valores impostos na Constituição Federal.

Partindo do geral, acerca da atuação partidária e da jurisdição constitucional, passa-se a uma análise específica de decisões em sede de controle concentrado de constitucionalidade, ajuizadas por partidos políticos, que visam o resguardo do princípio democrático.

4. A atuação partidária em sede de controle concentrado de constitucionalidade

O controle concentrado de constitucionalidade, com origem no Brasil a partir da Constituição de 1965, é formado por algumas ações específicas: Ação Direta de

¹⁴ Clovis Gorczewski, Letícia Konrad, “Evolução histórica da jurisdição constitucional: apontamentos sobre a proteção internacional dos direitos humanos no Estado Democrático de Direito”, in *Constitucionalismo contemporâneo: concretizando direitos*, orgs. Clovis Gorczewski e Mônia Clarissa Hennig (Curitiba: Multideia, 2013).

¹⁵ Mônia Clarissa Hennig Leal e Felipe Dalenogare Alves, *Judicialização e ativismo judicial*, op. cit., 8.

¹⁶ Mauro Cappelletti, *Juízes legisladores?* (Porto Alegre: Fabris, 1993).

Inconstitucionalidade, Ação Declaratória de Constitucionalidade, Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental e Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão.

Nesse sentido, o texto constitucional aponta os partidos políticos como legitimados para propositura de tais ações, desde que com representação no Congresso Nacional. A partir daí, nasce uma nova atribuição aos partidos de atuação na defesa da democracia e dos direitos fundamentais. A fim de ilustrar a atuação partidária, de forma breve, busca-se analisar algumas decisões em sede de controle concentrado propostas por partidos políticos e fundamentadas no princípio democrático.

Inicialmente, trata-se acerca da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6.121/19,¹⁷ proposta pelo Partido dos Trabalhadores, com o objetivo de declarar inconstitucional a extinção de ato unilateral do Chefe do Executivo de órgãos colegiados que visavam a participação política na condução de políticas públicas.

No voto, o relator Ministro Marco Aurélio apontou fundamentos relacionados à democracia e à separação dos poderes. Nesse sentido *“A questão resolve-se, isso sim, a partir da verificação de atuação anterior do Parlamento no sentido de promover, sob o influxo dos ares democráticos da Carta de 1988, a atuação dos diversos grupos representativos da sociedade civil organizada na tomada de decisões importantes da vida nacional, ante a previsão, em diploma legal, no sentido da existência de determinado colegiado, mostrando-se irrelevante o veículo normativo mediante o qual efetivamente implementado”*.¹⁸

Além disso, o relator aponta que a democracia é composta do conjunto de instituições com o objetivo de assegurar a participação política de todos os membros da comunidade e, além disso, a participação comunitária faz parte da própria existência da democracia. Assim, a medida cautelar foi deferida para extinguir o ato unilateral proferido pelo Presidente.¹⁹

Outra ação pertinente trata da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 526,²⁰ proposta pelo Partido Comunista do Brasil, em que se discutiu a constitucionalidade de um dispositivo da Constituição Estadual do Município de Foz do Iguaçu que vedava as redes de ensino a organizarem políticas educativas que aplicassem o termo *“gênero”* ou *“orientação sexual”*.

O Ministro Alexandre de Moraes, em sua fundamentação, apontou que *“a premissa básica do Estado Constitucional é a existência de complementaridade entre Democracia e Estado de Direito, pois, enquanto a Democracia consubstancia-se no governo da maioria, baseado na soberania popular, o Estado de Direito consagra a supremacia das normas constitucionais, editadas pelo poder constituinte originário, o respeito aos direitos fundamentais e o controle jurisdicional do Poder Estatal, não só para proteção da maioria, mas também, e basicamente, dos direitos da minoria”*.²¹

Além disso, o Ministro apontou a necessidade de, nas democracias modernas, a jurisdição constitucional ser instrumento na proteção da efetividade dos direitos

¹⁷ Brasil, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 6121. Requerente: Partido dos Trabalhadores. Relator: Marco Aurélio. Brasília, DF, 13 de junho de 2019. Diário da Justiça, Brasília, DF, 28 nov. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur415845/false>.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Brasil, Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n.º 526. Requerente: Partido Comunista do Brasil. Relator: Cármen Lúcia. Brasília, DF, 11 de maio de 2020. Diário da Justiça, Brasília, DF, 03 jun. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425819/false>.

²¹ Ibid.

e garantias fundamentais. Assim, a ação foi julgada procedente para declarar inconstitucional o referido dispositivo de lei municipal.²²

Outra ação que merece destaque foi a Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 5.526/2017,²³ proposta pelos partidos Solidariedade, Partido Progressista e Partido Social Cristão, em que foi discutida a aplicabilidade da prisão preventiva para parlamentares federais. A ação foi julgada parcialmente procedente pelo Supremo Tribunal Federal.

No acórdão, cabe trazer à baila um trecho: *“Na independência harmoniosa que rege o princípio da Separação de Poderes, as imunidades do Legislativo, assim como as garantias do Executivo, Judiciário e do Ministério Público, são previsões protetivas dos Poderes e Instituições de Estado contra influências, pressões, coações e ingerências internas e externas e devem ser asseguradas para o equilíbrio de um Governo Republicano e Democrático”*.²⁴

Além disso, em seu voto, a Ministra Rosa Weber apontou que *“nessa ordem de ideias, a interpretação do texto constitucional não pode descon siderar o caráter eminentemente político das relações entre os Poderes, tendo em vista o resguardo à própria ideia de democracia, fundamento maior da República”*.²⁵

Assim, as três decisões apontadas demonstram a atuação ativa dos partidos políticos em temas de diversas vertentes, mas que se conectam diretamente ao princípio democrático. Seja a nível federal, estadual ou municipal, as três decisões aqui recortadas apontam uma atuação dos partidos políticos em prol do Estado Democrático de Direito e, por consequência, dos direitos fundamentais.

Conclusão

Os partidos políticos, mesmo com longínqua atuação nos ordenamentos jurídicos, ainda carecem de uma análise aprofundada no que toca sua atuação democrática. Atualmente, percebe-se uma conexão óbvia entre partidos e democracia, mas nem sempre foi assim.

Com a atuação além do âmbito eleitoral, os partidos corroboram com o sistema democrático a medida em que são legitimados para propor ações em sede de controle concentrado de constitucionalidade e, no Brasil, tem uma grande atuação nesse contexto.

A jurisdição constitucional, que atua na promoção dos direitos fundamentais, se legitima democraticamente a partir dessa premissa. Além disso, ao ser acionada, confirma os valores democráticos da sociedade e do Estado Democrático de Direito a qual está inserida.

Assim, a partir da construção teórica realizada, buscou-se demonstrar, a partir de uma breve análise jurisprudencial, como esses valores são corroborados com a atuação partidária em sede de controle.

As ações demonstradas apontam que os partidos políticos, legítimos para tanto, buscam propor ações em sede de controle concentrado a fim de resguardar a democracia nos mais diversos temas e âmbitos, seja a nível federal, estadual ou municipal.

Por ter um caráter nacional, os partidos se fazem presentes nos mais diversos aspectos da sociedade e, a partir do pluripartidarismo, com ideologias distintas, é

²² Ibid.

²³ Brasil, Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade. Requerente: Partido Progressista; Partido Social Cristão; Solidariedade. Relator: Edson Fachin. Brasília, DF, 11 de outubro de 2017. Diário da Justiça, Brasília, DF, 07 ago. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur425819/false>.

²⁴ Ibid.

²⁵ Ibid.

possível levar ao Supremo Tribunal Federal temas multidisciplinares que desembocam no princípio democrático.

Por fim, entende-se que a hipótese preliminarmente levantada se confirma, de que os partidos políticos são verdadeiros instrumentos na efetivação da democracia e dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito.

O direito fundamental ao trabalho às vítimas de violência doméstica após o prazo previsto na lei n.º 11.340 de 2006: uma análise acerca da possibilidade da criação de uma garantia provisória de emprego

*Isadora Hörbe Neves da Fontoura**

1. Introdução

A presente pesquisa tem como finalidade analisar a necessidade da criação de uma garantia provisória de emprego às mulheres vítimas de violência doméstica quando for imprescindível o afastamento superior aos 6 meses previsto na Lei 11.340 de 2006. As mulheres vítimas de violência doméstica não possuem garantias trabalhistas no ordenamento jurídico. Só há um dispositivo jurídico, previsto no artigo 9.º, §2.º, inciso II da Lei Maria da Penha, que assegura que as mulheres agredidas poderão ficar até 6 meses afastadas do emprego.

Diante do exposto, faz-se necessário responder ao seguinte questionamento: Qual a necessidade de criação de uma garantia provisória de emprego às mulheres vítimas de violência doméstica quando for necessário o afastamento superior aos 6 meses previsto na Lei 11.340 de 2006? A respeito do método de abordagem, será utilizado o método dedutivo tendo em vista que serão realizadas análises de leis que terão como objetivo fazer uma analogia aos casos das mulheres trabalhadoras em cenário de violência doméstica. No tocante ao método de procedimento, utilizar-se-á o bibliográfico e o documental e as técnicas de pesquisas estarão resumidas à pesquisa bibliográfica em livros, revistas, periódicos, notícias, teses, dissertações, dentre outros.

Como hipótese inicial vislumbra-se a necessidade de que a mulher vítima de violência doméstica tem de ficar um período afastada do trabalho para se recuperar dos traumas sofridos. A Lei 11.340 de 2006 assegura 6 meses de afastamento do emprego à vítima de violência, contudo, após estes 6 meses, a ofendida pode ainda precisar de mais um tempo em recuperação e, por este motivo, é de crucial importância que haja uma garantia provisória assegurada na Consolidação das Leis do Trabalho, para que a trabalhadora possa se recuperar e usufruir do seu direito.

2. Violência contra a mulher

A violência é um fenômeno que ocorre na vida de muitas mulheres há anos. Já houve muitas evoluções legislativas direcionadas aos direitos das mulheres, tendo como finalidade principal garantir a proteção delas, contudo, conforme os dados constatam a violência ainda está muito presente na sociedade. Infelizmente, pode-se

* Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC)

concluir que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana, princípio norteador da Constituição Federal de 1988, não se encontra presente na vida de muitas vítimas de violência doméstica.

Dessa maneira, é possível afirmar que *“apesar das mudanças alcançadas pelo movimento feminista e da legislação que assegura direitos às mulheres, ainda nos dias atuais, a família e a sociedade têm mantido resquícios da família patriarcal, mesmo que de forma velada, buscando fortalecer as relações de poder, submetendo a mulher ao domínio e ao controle dos homens”*.¹

Se em tempos “normais” a violência já estava impregnada no cotidiano de muitas ofendidas, a chegada da COVID-19 piorou esta situação. As pessoas precisaram ficar em isolamento social para evitar que o vírus se propagasse e, então, como aumentou a convivência entre elas, a violência também cresceu, conforme demonstram os dados.

*“O isolamento social imposto pela pandemia da COVID-19 traz à tona, de forma potencializada, alguns indicadores preocupantes acerca da violência doméstica e familiar contra a mulher. As organizações voltadas ao enfrentamento da violência doméstica observaram aumento da violência doméstica por causa da coexistência forçada, do estresse econômico e de temores sobre o coronavírus. Embora as evidências a respeito dos impactos do isolamento sobre a violência doméstica e familiar sejam incipientes, notícias divulgadas na mídia e relatórios de organizações internacionais apontam para o aumento desse tipo de violência.”*²

Durante a pandemia, o Fórum Brasileiro de Segurança Pública realizou uma pesquisa intitulada *“Visível e Invisível”*, onde foram ouvidos 2.079 homens e mulheres, em 130 municípios brasileiros. Pelas entrevistas, foi concluído que a pandemia da COVID-19 aumentou ainda mais os casos de violência doméstica, pois os resultados demonstraram que uma em cada quatro mulheres brasileiras, acima de 16 anos, sofreu alguma forma de violência. Desse total, 25% das mulheres disseram que tiveram como fator mais influenciável na violência durante a pandemia a perda de renda e emprego.³

Em 2021, o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea) o Fórum Brasileiro de Segurança Pública (FBSP) em parceria com o Instituto Jones dos Santos Neves (IJSN), realizaram o Atlas da Violência. O Atlas tem como objetivo principal pesquisar a respeito da violência no Brasil, através dos dados do Sistema de Informações sobre Mortalidade (SIM) e do Sistema de Informação de Agravos de Notificação (Sinan) do Ministério da Saúde.⁴

Em 2019, concluiu-se que 3.737 mulheres foram assassinadas no Brasil e no ano de 2018 foram registrados 4.519 homicídios femininos, sendo reduzido 17,3% nos números absolutos. Dessa forma, a diminuição no número de homicídios de

¹ Lídia de Jesus Souza e Rita de Cássia Pereira Farias, “Violência doméstica no contexto de isolamento social pela pandemia da COVID-19”, *Revista Serviço Social e Sociedade*, v. 144, São Paulo (2022): 213-232. DOI: <https://doi.org/10.1590/0101-6628.288>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/ssoc/a/RWf4PKDthNRvWg89y947zgw/?format=pdf&lang=pt>.

² Pâmela Rocha Vieira, Leila Posenato Garcia e Ethel Leonor Noia Maciel, “Isolamento social e o aumento da violência doméstica: o que isso nos revela?”, *Revista Brasileira de Epidemiologia*, v. 23, São Paulo (2020). DOI: <https://doi.org/10.1590/1980-549720200033>. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbepid/a/tqcyvQhqQyjtQM3hXRywsTn/?lang=pt>.

³ Zilá Breitenbach, “Dependência econômica torna a mulher mais vulnerável à violência doméstica”, Assembleia Legislativa do Rio Grande do Sul, 17.01.2022. Disponível em: <http://www.al.rs.gov.br/agenciadenoticias/destaque/tabid/855/IdMateria/327087/Default.aspx>.

⁴ Daniel Cerqueira et al., “Atlas da violência 2021”, São Paulo: FBSP, 2021. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/atlasviolencia/arquivos/artigos/1375-atlasdaviolencia2021completo.pdf>.

mulheres em 2019 é igual à redução do indicador geral de homicídios, incluindo homens e mulheres, que foi de 21,5% em comparação com o ano anterior.⁵

Em relação aos homicídios femininos, o SIM/Datasus indica que 3.737 mulheres foram assassinadas em 2019, mas outras 3.756 mulheres foram mortas de violentamente no mesmo ano, sem ocorrer a indicação das causas, tendo um aumento de 21,6% em relação ao ano de 2018. Portanto, não se pode concluir se estas mortes também não terão sido resultado de violência doméstica.⁶

Constatou-se que em 2019 foram registrados 1.246 homicídios de mulheres em suas residências, representando 33,3% do total de mortes violentas de mulheres registradas. Este percentual é próximo da proporção de feminicídios em relação ao total de homicídios femininos registrados pelas Polícias Cíveis no mesmo ano. De acordo com o “*Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2020*”, 35,5% das mulheres que foram assassinadas dolosamente no ano de 2019 foram vítimas de feminicídios. O Anuário concluiu que, entre 2018 e 2019, a taxa de feminicídios por 100 mil mulheres cresceu 7,1%. Entretanto, a pesquisa do Atlas indicou que a taxa de homicídios femininos dentro das residências chegou a diminuir 10,2% durante semelhante tempo.⁷

No ano de 2021 ocorreu a 3.ª edição do relatório Visível e Invisível: A vitimização de mulheres no Brasil. A empresa Uber apoiou a realização deste relatório que teve como finalidade auxiliar no enfrentamento à violência contra as mulheres. A Uber, desde 2018, apoia o Fórum Brasileiro de Segurança Pública através dos encontros anuais e da publicação do manual de princípios e práticas de formação de policiais para o atendimento às mulheres vítimas.⁸

Os dados do relatório indicaram que 4,3 milhões de mulheres (6,3%) foram vítimas de violência física durante a pandemia. Nesse sentido, a cada minuto, 8 mulheres apanharam no Brasil. A espécie de violência mais relatada foi a ofensa verbal, caracterizando a violência psicológica, pois 13 milhões de brasileiras (18,6%) experimentaram a mencionada violência. Ainda, 5,9 milhões de mulheres (8,5%) admitiram ter sofrido ameaças de violência física, enquanto 3,7 milhões (5,4%) foram vítimas de ofensas sexuais ou tentativas forçadas de manter relações sexuais. 2,1 milhões de mulheres (3,1%) foram ameaçadas com faca (arma branca) ou arma de fogo e 1,6 milhão de mulheres foram espancadas ou sofreram tentativa de estrangulamento (2,4%).⁹

Conforme o relatório, 44,9% das mulheres não fizeram nada após as violências sofridas, 21,6% das mulheres procuraram ajuda de membros da família, 12,8% dos amigos e 8,2% foram à igreja solicitar auxílio. A respeito das denúncias das violências, 11,8% das entrevistadas denunciaram em uma delegacia da mulher, 7,5% denunciaram em uma delegacia comum, 7,1% das mulheres foram à polícia militar e 2,1% ligaram para a Central de Atendimento à Mulher. Contudo, 32,8% das mulheres resolveram as suas situações sozinhas e 15,3% não quiseram auxílio das autoridades.¹⁰

⁵ Idem.

⁶ Idem.

⁷ Idem.

⁸ Fórum Brasileiro de Segurança Pública, “Visível e Invisível: A Vitimização de Mulheres no Brasil”, 3.ª ed., 2021. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2021/06/relatorio-visivel-e-invisivel-3ed-2021-v3.pdf>.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem.

Ainda, foi constatado que 18,6% das mulheres afirmaram ter sofrido alguma ofensa verbal, 8,5% relataram ter sofrido ameaças de violência física e 7,9% declararam ter sido perseguidas. Mas, 6,3% das mulheres sofreram violência física e 5,4% afirmaram ter sofrido ofensa sexual ou tentativa forçada de manter relação sexual. Dessa maneira, de acordo com os resultados do relatório, aproximadamente 17.062.771 mulheres relataram ter sofrido alguma espécie de violência no último ano. Contudo, esse total pode variar entre 15.075.082 e 19.050.459 mulheres vítimas.¹¹

A violência contra a mulher está enraizada no dia a dia de muitas mulheres brasileiras há muitos anos. Houve muitas legislações assegurando a proteção da mulher, entretanto, os números demonstram o quanto a violência é um fenômeno presente e urgente a ser combatido e erradicado. Quando a mulher é uma trabalhadora e está em cenário de violência doméstica, a situação fica ainda mais grave, em virtude de não existir um dispositivo legal que garanta, efetivamente, a proteção dela.

3. A possibilidade de uma garantia provisória de emprego às mulheres trabalhadoras em cenário de violência doméstica

Todas as pessoas de uma sociedade são detentoras dos direitos humanos. Os direitos humanos são a garantia de que uma pessoa possa viver a sua vida com dignidade, respeito, liberdade de expressão, segurança e saúde. Ou seja, que possam ter o direito à vida, assegurado na Constituição Federal de 1988, efetivado. Em seu artigo 4.º, a mencionada Constituição traz referência aos direitos humanos quando discorre que a República Federativa do Brasil se rege nas suas relações internacionais por princípios e, consoante o inciso III, um deles é a prevalência dos direitos humanos.¹²

O principal documento que assegura os direitos humanos a todos os seres vivos é a Declaração Universal dos Direitos Humanos. A referida Declaração tem como finalidade fazer com que as pessoas da sociedade tenham seus valores fundados no respeito à dignidade humana, em virtude de que ela consagra determinados valores básicos universais. Em seu preâmbulo, é assegurada a dignidade inerente a todos os seres humanos, titulares de direitos iguais e inalienáveis. Nesta seara, para a Declaração Universal dos Direitos Humanos, somente existe como requisito ser uma pessoa para ter a titularidade de direitos.¹³

Portanto, a Declaração Universal dos Direitos Humanos reforçou a proteção da igualdade entre os gêneros, incluindo em suas diretrizes a premissa de que homens e mulheres pudessem desfrutar de seus direitos e liberdades humanas igualmente, sem nenhuma forma de preconceito. Os artigos 2.º e 7.º da supracitada Declaração ressaltam os direitos e liberdades de todas as pessoas, sem distinções de gênero e sexo.¹⁴

Consoante o artigo 7.º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: *“todos são iguais perante a lei e, sem distinção, têm direito a igual proteção da lei. Todos têm direito a proteção igual contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”*¹⁵

¹¹ Idem.

¹² Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹³ Flávia Piovesan, *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 18ª ed. (São Paulo: Saraiva, 2018).

¹⁴ Caroline Espínola, *Dos direitos humanos das mulheres à efetividade da Lei Maria da Penha* (Curitiba: Editora e Livraria Appris Ltda, 2018).

¹⁵ ONU, *Declaração Universal dos Direitos Humanos*, 1948. Disponível em: <https://www.iag.usp.br/>

O direito fundamental ao trabalho às vítimas de violência doméstica após o prazo previsto na lei n.º 11.340 de 2006: uma análise acerca da possibilidade da criação de uma garantia provisória de emprego

Por esta razão, se uma mulher ou um homem forem obrigados a viverem uma vida sem dignidade, estará sendo violado o principal motivo pelo qual a Declaração Universal dos Direitos Humanos foi elaborada. Todos os seres humanos possuem o direito a uma vida com qualidade e dignidade, sem discriminações de quaisquer espécies.

Há muitos instrumentos jurídicos em prol do combate a erradicação da violência contra a mulher. Contudo, na esfera trabalhista não há políticas públicas que protejam a mulher trabalhadora e vítima de violência doméstica. O único artigo que trata a respeito da mulher que é uma trabalhadora e está em cenário de violência doméstica é o artigo 9.º, §2.º, inciso II da Lei Maria da Penha. “*Art. 9.º A assistência à mulher em situação de violência doméstica e familiar será prestada de forma articulada e conforme os princípios e as diretrizes previstos na Lei Orgânica da Assistência Social, no Sistema Único de Saúde, no Sistema Único de Segurança Pública, entre outras normas e políticas públicas de proteção, e emergencialmente quando for o caso. § 2.º O juiz assegurará à mulher em situação de violência doméstica e familiar, para preservar sua integridade física e psicológica: II - manutenção do vínculo trabalhista, quando necessário o afastamento do local de trabalho, por até seis meses.*”¹⁶

Entretanto, o mencionado artigo possui uma omissão legislativa inaceitável, que se refere a manutenção do vínculo trabalhista por até 6 meses, sem nenhuma exceção de um período prolongado. A mulher que sofreu uma das cinco espécies de violência que a Lei 11.340 de 2006 possui como objetivo erradicar, tem o seu psicológico debilitado e deteriorado. Quando uma mulher é agredida, a palavra “*normal*” não se encontra mais em seu dicionário. Independentemente de quais violências a mulher sofreu, a violência psicológica sempre está presente, pois qualquer dor, seja física ou emocional, incide a mencionada violência.

Nesse sentido, a violência psicológica é tão perversa na vida da mulher agredida, que foi necessário ser tipificada como conduta de crime no Código Penal. A supracitada violência ocasiona danos à saúde mental e física da mulher. Algumas doenças que ela causa são consideradas graves e devem ser tratadas com acompanhamento médico e psicológico, com o objetivo de obter uma melhora no quadro clínico. Todavia, em alguns casos, as consequências da violência são irreversíveis, podendo perdurar por toda a vida da ofendida.¹⁷

Por este motivo, é necessário um período afastada do emprego, na ocasião em que a ofendida é uma trabalhadora, para que consiga se recuperar dos traumas sofridos em decorrência da violência. Nesta seara, sem a previsão de um prazo a mais, sendo a vítima obrigada a retornar ao seu emprego depois de 6 meses, ela pode ter a possibilidade de prejudicar ainda mais o seu psicológico.

[sites/default/files/onu_declaracao_universal_dos_direitos_humanos_1998.pdf](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm).

¹⁶ Brasil, Lei 11.340 de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8.º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*, Brasília, DF, 7 ago. 2006. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm.

¹⁷ Raquel Elisa Oliveira Alves e Liliane Vieira Martins Leal, “Violência psicológica e a saúde da mulher”, *III Simpósio de iniciação científica da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde*, 3, Goiás (2012). Anais eletrônicos [...]. (Goiás: UniRV, 2012). Disponível em: <https://www.unirv.edu.br/imgs/13%20VIOL%C3%8ANCIA%20PSICOL%C3%93GICA%20E%20A%20SA%C3%9ADE%20DA%20MULHER%20ED.pdf>.

Portanto, esta omissão pode causar danos e lesões psíquicas a vítima que não está recuperada psicologicamente para retornar ao trabalho e não há nenhuma garantia trabalhista no ordenamento jurídico que possa protegê-la nesta ocasião específica. Dessa maneira, é de suma importância que seja pesquisado acerca da possibilidade de existir uma garantia provisória para a mulher que é trabalhadora e foi agredida.

Considerações finais

Indubitavelmente, muitas mulheres sofrem violência doméstica no seu cotidiano. Dados e estatísticas comprovam que a violência é um fenômeno presente na vida de muitas mulheres e sua incidência aumentou ainda mais com a pandemia da COVID-19. Mesmo existindo muitos dispositivos jurídicos garantindo a proteção da mulher e a sua dignidade, ainda há muita luta a ser combatida por elas para que esta proteção seja realmente efetiva. Quando as mulheres estão em um cenário de violência doméstica e são trabalhadoras, a situação fica ainda pior.

O artigo 9.º, §2.º, II, da Lei Maria da Penha é o único dispositivo jurídico que assegura proteção às trabalhadoras quando forem vítimas de uma violência. Entretanto, o supracitado artigo apresenta omissões legislativas graves, a exemplo do prazo máximo de 6 meses de afastamento da ofendida no trabalho, com manutenção do vínculo trabalhista. Caso a vítima necessite de um período maior, o ordenamento jurídico não prevê nenhuma exceção de um prazo a mais.

Dessa forma, a vítima que já está com o seu psicológico prejudicado pelas agressões que sofreu, poderá ainda desenvolver mais problemas psíquicos se continuar trabalhando normalmente, sem o direito a um prazo a mais para poder se recuperar. Como uma solução jurídica para este caso específico, uma garantia provisória de emprego destinada às mulheres trabalhadoras em cenário de violência doméstica, poderia ser a resposta.

A constituição de um componente curricular alinhado a um programa de Estado à política pública educacional ao incremento da participação e deliberação do cidadão na gestão pública: esboço de um novo modelo aos currículos escolares¹

*Carla Luana da Silva**

1. Introdução

Esse artigo se refere a pesquisa realizada em tese de doutoramento que tem como tema central a constituição de um componente curricular alinhado a um programa de Estado dentro da Política Pública educacional, no âmbito da Educação Básica, que fomente o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa Gestão Pública, propondo um modelo aos currículos escolares nesse sentido.

Considerando tratar de um tema instigante e inovador, a problemática que envolve a pesquisa pode ser descrita da seguinte forma: Como constituir um componente curricular alinhado à um programa de Estado dentro da Política Pública educacional, no âmbito da Educação Básica, que fomente o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa Gestão Pública, propondo um modelo aos currículos escolares para que persigam estes escopos?

A hipótese central parte das premissas de que: (i) são imperiosas a participação e a deliberação públicas da cidadania em temas que envolvam a educação em qualquer Democracia; (ii) para que isto ocorra revela-se fundamental mecanismos e instrumentos que possibilitem padrões mínimos de igualdade e entendimento à participação política deliberativa na vida pública; (iii) todos os atores – públicos e privados – precisam se engajar nesta tarefa, nomeadamente o Estado enquanto articulador oficial das políticas públicas educacionais, devendo garantir que isto se dê da forma mais inclusiva possível. Assim, tendo em vista essas premissas a proposta investigativa a ser apresentada considera possível a reformulação da Base Nacional Comum Curricular (BNCC), bem como, a formatação e gestão de projetos político-pedagógicos dos currículos escolares no âmbito da Educação Básica, para constituir um modelo com ações que visem a amplificar e qualificar- com processos e procedimentos qualitativos e controláveis publicamente – à interlocução e deliberação da cidadania numa Gestão Pública, propondo um novo componente curricular que carregue essas atribuições, alinhado a um programa de Estado à política educacional nesse sentido.

¹ “O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil (CAPES) – Código de Financiamento 001 «This study was financed in part by the “Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES)” - Finance Code 001».

* Doutoranda e Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), (Brasil). Especialista em Direito Administrativo e Constitucional pela Escola Paulista de Direito (EPD).

Como se trata de uma pesquisa científica de alta relevância o método de abordagem eleito é o Hipotético-Dedutivo, sendo o método de procedimento, o método analítico. A fim de alcançar a resposta ao problema da pesquisa, será adotada como técnica a documentação indireta, utilizando-se das contribuições de importantes autores que se dispõem a pensar o direito em contribuição à melhoria da sociedade.

2. Proposições articuladas

É necessário pensar na materialidade e essencialidade do direito de Participação Política. A realidade do Brasil mostra que muitos dos seus cidadãos não acompanham o âmbito da gestão de interesses públicos, muitos desses nem mesmo conhecem seus direitos básicos,² divisão de poderes, meios de controle, as Constituições, as leis, normativas e outros meios de exercício desse poder. E ainda, não tem ideia de que é por meio do exercício do poder de participação política que seus diversos direitos protegidos constitucionalmente serão concretizados.

A Participação Política é aquele comportamento que afeta ou busca afetar as decisões do governo, mas sua conceituação vai além disso. Por meio de seu exercício o cidadão tem o direito de tomar parte na sociedade política.³ Ela constitui uma das faces da Cidadania, um direito fundamental assegurado constitucionalmente que se torna completo quando observado sob o viés deliberativo.⁴ Sendo assim, é inadmissível que os cidadãos se mantenham inertes com relação a concretização de seus direitos fazendo com que algumas conquistas ainda se encontrem no papel, carecendo de aplicação prática tendo a Constituição Federal de 1988 um rol de direitos e garantias fundamentais tão extenso.

Parte-se do pressuposto de que a política pública é o principal meio de realização dos direitos fundamentais.⁵ Nesse caminho se fundamentará que políticas públicas estatais que busquem uma maior participação política do cidadão qualitativa e quantitativamente têm importante papel diante de um cenário de apatia social. As causas dessa apatia social são de variadas fontes. A racionalização nesse sentido está em elevar a compreensão e disposição do cidadão em assuntos de interesse público, assim, em razão disso, que a pesquisa trata da constituição de um componente curricular alinhado a um programa de Estado dentro da Política Pública educacional, no âmbito da Educação Básica, que fomente o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa Gestão Pública, propondo um modelo aos currículos escolares.

O modelo apresentado visa toda Educação Básica do país, composta pela Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio, considerando a formulação dos currículos e projetos político pedagógicos pós-Base Nacional Comum Curricular. Essa abordagem também considera o marco da Constituição Federal de 1988, tendo em vista o dever imposto constitucionalmente sobre o preparo ao exercício da Cidadania como co-gestora no campo de políticas e demandas públicas. Parte-

² Emerson Gabardo, “O jardim e a praça para além do bem e do mal – uma antítese ao critério de subsidiariedade como determinante dos fins do Estado social” (tese de doutoramento, Universidade Federal do Paraná, 2009).

³ Clovis Gorczewski e Nuria Belloso Martín, *Cidadania, democracia e participação política: os desafios do século XXI* (Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2018).

⁴ Rogério Gesta Leal, *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006).

⁵ Janriê Rodrigues Reck, “Observação pragmático-sistêmica das políticas públicas e sua relação com os serviços públicos”, in *Políticas públicas e matriz pragmático-sistêmica: os novos caminhos científicos do Direito Administrativo no Brasil*, coords. Caroline Müller Bittencourt e Janriê Rodrigues Reck, (Santa Cruz do Sul: Essere nel Mondo, 2018), 114-132.

A constituição de um componente curricular alinhado a um programa de Estado à política pública educacional ao incremento da participação e deliberação do cidadão na gestão pública: esboço de um novo modelo aos currículos escolares

se do princípio de que essa co-gestão de interesses reflita num bom desempenho da Administração Pública, para isso os marcos teóricos vinculados à democracia deliberativa são um norte a esse trabalho.

Busca-se a atribuição de gerar uma participação política mais ativa quantitativa e qualitativamente ao campo da Educação. A Educação sozinha não tem força para transformar a realidade social, mas deve ser destacado o seu papel quanto a moldar o homem para a vida em sociedade.⁶ É na educação que o indivíduo se transforma, criando condições de autoconsciência, o que o possibilita viver uma cidadania de forma mais efetiva,⁷ e seu desenvolvimento enquanto cidadão, e essa capacidade já está prevista na Constituição Federal.

Será relevante nesse estudo entender que a Educação é ampla, gênero, do qual o ensino é apenas uma de suas parcelas, espécie. A Educação tem um conceito amplo, sendo, nesse sentido, realizada com a contribuição de diversos atores desde a mais tenra idade.⁸ O papel da Educação é indispensável na preparação da cidadania, sendo que é por meio do ensino universalizado que se materializará mais fortemente essa atribuição. A proposta a ser realizada se volta ao ensino especificadamente, de modo que reflita contribuições de auxílio à Gestão dos interesses públicos, bem como, uma Educação de qualidade, já que deve ser considerado nessa projeção a precária realidade da Educação brasileira. A intenção é pensar nessa proposta no âmbito do ensino para que possa refletir no campo da Educação como um todo.

Na constituição de um componente curricular e um programa no âmbito da Educação Básica, a tese deve se utilizar das diversas normativas que envolvem esse âmbito. A principal delas a ser considerada é a Base Nacional Comum Curricular, Resolução CNE/CP n.º 2 de 2017 que é a responsável por nortear a adequação dos currículos escolares, em conjunto com a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996.

Uma participação política qualitativa e quantitativamente mais ativa deve considerar os marcos da democracia deliberativa, considerando a contribuição de diversos autores que se propuseram a criar um modelo de gestão que preze pela participação racionalizada dos cidadãos no debate público.⁹ Considera-se o efeito de legitimidade que a participação do cidadão gera nos resultados de gestão ao expressar suas necessidades estratégicas, o que recai na ideia de uma gestão pública compartilhada.¹⁰ Como se observa esse modelo de Gestão tem como característica primordial a caracterização da cidadania como ator social na constituição do poder público e do seu exercício, com uma abertura de um campo de interlocução entre Estado e sociedade civil, que possam ampliar os debates além dos meios de representação.¹¹

Considerando essas bases a ideia central é olhar o problema da falta de participação política sobre o ângulo das políticas públicas, visando sanar essa demanda

⁶ Simone Fátima Flach, “Direito à educação e o processo de ampliação do ensino fundamental”, *Revista Contexto & Educação*, vol. 31(98) (2016): 5–27.

⁷ Fronteiras do pensamento, “Edgar Morin: o verdadeiro papel da educação”, março de 2016. Disponível em: <https://www.fronteiras.com/entrevistas/edgar-morin-o-verdadeiro-papel-da-educacao>.

⁸ Ítalo Francisco Cúrcio, “Educação, direito de todos”, 24 de março de 2021. Disponível em: <https://www.segs.com.br/educacao/281767-educacao-direito-de-todos>.

⁹ Jürgen Habermas, *Direito e Democracia: entre faticidade e validade*, v. I (Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997).

¹⁰ Rogério Gesta Leal, *Estado, Administração Pública e Sociedade: novos paradigmas* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006).

¹¹ Idem.

social enquanto problema político.¹² É indispensável, portanto, observar a falta de participação política do cidadão enquanto problema político. A política pública realiza direitos fundamentais por meio de um complexo de decisões políticas que vinculam a coletividade, com um pano de fundo democrático.¹³ São arranjos institucionais complexos expressos em estratégias ou programas de ação governamental,¹⁴ que tem o condão de contribuir a realizar o direito fundamental de participação política, notadamente a participação política deliberativa.

No que tange a estrutura dos conteúdos a serem desenvolvidos, o trabalho é dividido em cinco capítulos no intuito de formar uma base sólida ao objetivo proposto. O Objetivo Geral desta pesquisa repete e retoma a problemática e o tema central da tese, a constituição de um componente curricular alinhado à um programa de Estado dentro da Política Pública educacional, no âmbito da Educação Básica, que fomente o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa Gestão Pública, propondo um modelo aos currículos escolares para que persigam estes escopos.

O primeiro capítulo estruturalmente é a introdução. O segundo capítulo visa demarcar os fundamentos do Estado Democrático de Direito como base para o exercício de Participação Política do cidadão. A Participação Política que se visa é aquela completa pela forma deliberativa, que contribua para resolução de inúmeros problemas que acompanha a complexa estrutura da Administração Pública. A delimitação do direito fundamental de Participação Política deve demonstrar a capacidade de ser propulsor à uma boa atuação da Gestão Pública, deixando claro o porquê dos esforços na lapidação de um direito tão importante ao Estado Democrático.

Abordar-se-á a origem e evolução da Cidadania para compreender a formação do seu conceito contemporâneo. Com essa reflexão é possível observar o desenvolvimento da Cidadania no caso brasileiro, que se deu, por ora, bem inversamente aos demais países.¹⁵ Será importante a consideração de que cidadania não se resume a direitos políticos, isso pois tem sua composição considerando os elementos civil, político e social.¹⁶ A cidadania envolverá como uma de suas faces o direito de Participação Política, e será indispensável um olhar a esses dois direitos enquanto Direitos Fundamentais, mostrando a força de sua positivação no texto constitucional.

Além disso, é tratado dos instrumentos ao exercício dos direitos de Cidadania que dão efetividade ao direito de Participação Política do cidadão. Tendo em vista todo esse percurso, o fechamento do capítulo se dará percorrendo o caminho de observação do Direito Fundamental de Participação Política à Participação Política Deliberativa como fechamento ao conceito de Cidadania, estimulando os elementos que a compõe.

O terceiro capítulo visa tratar da Gestão Pública e Boa Governança em termos de pressupostos, já que a consequência prática quanto a abordagem do tema é fazer com que uma participação política ativa auxilie à Gestão Pública, principalmente no

¹² João P. Schmidt, “Políticas públicas: aspectos conceituais, metodológicos e abordagens teóricas”, *Revista do Direito*, v. 3, n.º 56, Santa Cruz do Sul (2018): 119-149.

¹³ Caroline Müller Bitencourt e Janriê Reck, *O Brasil em crise e a resposta das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas* (Curitiba: Íthala, 2021).

¹⁴ Maria Bucci, “Método e aplicações da abordagem DPP”, *Revista Estudos Institucionais*, vol. 5, n.º 3 (2019). DOI: <http://dx.doi.org/10.21783/rei.v5i3.430>.

¹⁵ José Murilo de Carvalho, *Cidadania no Brasil: o longo caminho*, 5. ed. (Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004).

¹⁶ T. H. Marshall, *Cidadania, classe social e status*, trad. Meton Porto Gadelha (Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967).

A constituição de um componente curricular alinhado a um programa de Estado à política pública educacional ao incremento da participação e deliberação do cidadão na gestão pública: esboço de um novo modelo aos currículos escolares

que concerne a racionalização de inúmeras demandas sociais frente a recursos escassos, articulando políticas públicas que apresentem resultados satisfatórios à aplicação dos recursos públicos. A política pública é o meio mais predominante e importante na atuação dos poderes constituídos, um dos meios mais relevantes de expressão da democracia. Pensar em Gestão Pública leva obrigatoriamente à análise do papel das políticas públicas nesse cenário, e a problemática de apuração e melhoramento de seus resultados, hoje esquecida pelos gestores.

Nesse contexto, é esmiuçado as bases ao direito de Participação Política deliberativa cidadã à Gestão Pública, elencando suas condições e possibilidades. Para isso, é retomado o debate sobre democracia e suas principais formas constituídas no Brasil, traçando os caminhos pela opção de uma democracia deliberativa, considerando a teoria procedimental e alguns de seus importantes autores como base.

Especificadamente será abordado quanto a Gestão Pública que se constituiu no Brasil ao longo dos anos, e a Gestão Pública visada: aquela Gestão Pública compartilhada entre Estado e Sociedade, convergente com um cenário de Boa Governança, que possa potencializar o Direito Fundamental à Participação Política do cidadão. Nesse contexto, objetiva-se especificar o direito de Participação Política Deliberativa cidadã e suas contribuições ao modelo de Gestão contemporâneo, principalmente no enfoque do debate de Governança. Nessa etapa já pode ser especificado o que conceitos como Democracia Deliberativa, Participação Política Cidadã, Gestão Pública Democrática, Boa Governança significam à tese.

O quarto capítulo vai interligar o Direito Fundamental à Educação ao Direito de Participação Política, demonstrando a importância de uma Educação voltada à participação do âmbito público desde os primeiros ensinamentos. Será analisado o cenário educacional do Brasil no que tange ao seu funcionamento e as políticas educacionais existentes, esmiuçando a Base Nacional Comum Curricular (BNCC), principalmente no que concerne ao preparo ao exercício à cidadania. A ideia central do capítulo é demonstrar que o preparo ao exercício da cidadania advém da Educação, e que esta atribuição deve ser transportada do meio teórico ao meio prático.

Nessa etapa da tese deve ser analisado como se deu o reconhecimento da Educação no plano do Direito, considerando a concepção do ensino. Nesse sentido, é articulado como tópico estudar as considerações históricas da educação e sua positivação nos textos legais, abordando os compromissos internacionalmente assumidos pelo Brasil que deram vida à proteção constitucional a esse direito. Tendo em vista o reflexo constitucional do âmbito internacional, e por se tratar de um estudo que contribua às condições brasileiras é indispensável a análise do conjunto da política pública educacional, abordando a Constituição Federal de 1988 e as legislações decorrentes. No campo das legislações decorrentes merecem olhos especiais normativas como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996, o Plano Nacional de Educação, Lei n.º 13.005, de 25 de junho de 2014, e o Estatuto da Criança e do Adolescente, Lei n.º 8.069, de 13 de julho de 1990.

Como se trata de uma proposta envolvendo uma modificação curricular no âmbito da Educação Básica atenção especial deve ser dada a compreensão da formação dos currículos escolares. Assim, deve ser apontado suas principais bases desde Diretrizes Curriculares Nacionais para a Educação Básica e Parâmetros Curriculares Nacionais até a Base Nacional Comum Curricular. A Base Nacional Comum Curricular é aquela que orienta com caráter obrigatório toda disposição dos currículos escolares contemporaneamente, e ela, juntamente com a Lei de Diretrizes e Bases

da Educação são normativas objeto à modificação em face da proposta investigativa. O objetivo final do capítulo busca demonstrar como vem sendo tratados temas de Cidadania e Participação Política em cada etapa de ensino, realçando a necessidade de adequações à BNCC à criação de um componente curricular específico que envolva conteúdos essenciais, que possam resultar em uma Participação Política qualitativa e quantitativamente mais ativa.

E por fim, o quinto capítulo é o fechamento ao objetivo geral da pesquisa que vai constituir um componente curricular alinhado a um programa de Estado dentro da Política Pública educacional, que fomenta o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa Gestão Pública. Nesse ponto do estudo, a via da figura da política pública educacional será o caminho que levará ao incremento da participação e deliberação, tendo em vista a contribuição para um cidadão com voz ativa e consciente na Gestão Pública.

Esse capítulo se esforça em dar atenção a figura da política pública, delimitando qual a conceituação que é considerada à sua definição, bem como, qual papel dos seus diversos instrumentos realizadores, com especial atenção aos programas. Tendo em vista situar o papel dos programas, será relevante apontar quais programas constituidores da política pública educacional já estão sendo desenvolvidos pela esfera estatal, para com isso demonstrar que é por via da unidade programa que se chegará aos resultados esperados na proposta da tese. Contemporaneamente, os programas constituidores da política pública educacional têm por objetivo encontrar soluções para os grandes desafios sociais na educação, com foco na diminuição dos diferentes níveis de escolaridade, e as diferenças sociais nesse meio, reunindo esforços a uma Educação de qualidade.

Considerando o papel dessa unidade dentro do complexo de decisões compondo a política pública educacional, o objetivo final está em desenvolver um esboço de um programa que direcione um novo modelo aos currículos escolares ao incremento da participação e deliberação cidadã, considerando inicialmente alterações às normativas que direcionam a elaboração dos currículos atualmente. Assim, pensar em um novo componente curricular aos currículos da Educação Básica passa por alterações indispensáveis à Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996) e à Base Nacional Comum Curricular (Resolução CNE/CP n.º 2, de 22 de dezembro de 2017).

Abordar-se-á que vários são os Projetos de Lei buscando alterações para inclusão de disciplinas/componentes e temas transversais no estudo da Educação Básica. Temas relacionados à participação cidadã acabam recebendo um número maior de propostas nas casas legislativas, o que demonstra que a preocupação dessa pesquisa é relevante. Será observado que nenhum dos projetos indica a criação de um novo componente curricular à Base Nacional Comum Curricular e a Lei de Diretrizes e Bases, que abarque a Participação Política Deliberativa e suas interligações, e o desenvolvimento da prática de espaços deliberativos fomentada a partir da criação de um programa específico constituidor da política pública educacional.

Para ficar claro, é proposto primeiramente alterações às normativas que orientam a criação dos currículos escolares, apresentando um esboço da constituição de um novo componente curricular em cada etapa de ensino que vise a Participação Política e suas interligações. A partir desse apontamento é apresentado um programa modelo que faça parte da política pública educacional, de incremento à participação e deliberação do cidadão na esfera pública tendo como base desenvolver o novo componente curricular.

A constituição de um componente curricular alinhado a um programa de Estado à política pública educacional ao incremento da participação e deliberação do cidadão na gestão pública: esboço de um novo modelo aos currículos escolares

Considerações finais

Considerando o problema de como constituir um componente curricular alinhado à um programa de Estado dentro da Política Pública educacional, no âmbito da Educação Básica, que fomente o incremento da participação e deliberação de todos os envolvidos numa Gestão Pública, propondo um modelo aos currículos escolares para que persigam estes escopos? Concluiu-se como primeira premissa a ser considerada a alteração da Lei de Diretrizes e Bases da Educação, Lei n.º 9.394, de 20 de dezembro de 1996, incluindo o componente Participação Política Deliberativa e suas interligações como obrigatório aos currículos escolares da Educação Básica.

Além dessa alteração à LDB, concomitantemente, observou-se a necessidade de adequações à Base Nacional Comum Curricular, que contemporaneamente trabalha a ideia de noções básicas em torno da cidadania, compondo o rol de temas transversais. Dessa forma, constatou-se como medida prática a reformulação da BNCC com a inclusão do componente curricular Participação Política e suas interligações em área específica à cada etapa da Educação Básica, cada qual considerando o nível de aprendizagem de cada faixa etária. Nesse sentido, deve ser instituído na Educação Infantil o campo de conhecimento Participação, deliberação e interligações. No Ensino Fundamental, dentro da grande área Ciências Humanas, o componente curricular Participação Política e suas interligações. E no Ensino Médio, na área Ciências Humanas e Aplicadas, o componente curricular Participação Política e suas interligações, fechando o quadro curricular de cada etapa da educação básica.

Considerando a modificação nessas importantes normativas, é desenvolvida a proposta de um esboço de um programa constituidor da política pública educacional enquanto modelo aos currículos escolares, para o incremento da participação e deliberação cidadã. Programa que segue diretrizes dispostas no Plano Nacional de Educação (Lei n.º 13.005, de 25 de junho de 2014) objetivando a formação para a cidadania e a promoção da gestão democrática da educação pública.

Tendo em vista a pretensão de um esboço, intitulou-se o programa como Programa de Incremento à Participação e Deliberação (PIPADE), sendo sua proposta instituída por meio de legislação específica, que seja desencadeador de ações, projetos e programas que alterem o ambiente escolar, bem como, o ambiente fora dele estimulando a Participação Política Deliberativa do cidadão.

Indicou-se que o programa tem por finalidade contribuir para o aprimoramento da participação e deliberação do cidadão na Gestão Pública por meio de uma série de iniciativas, em regime de colaboração entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios com prestação de assistência técnica e financeira às ações necessárias à sua realização. É premissa do programa, portanto, o apoio (técnico e financeiro) à delimitação do componente Participação Política Deliberativa e suas interligações nos currículos escolares; o fomento à continuidade de aprendizado do componente curricular Participação Política e suas interligações em toda Educação Básica; a aplicação prática nas escolas, criando espaços deliberativos que coloquem em prática o aprendizado; o engajamento dos pais e responsáveis a partir da instituição do componente curricular Participação Política Deliberativa e suas interligações; a inserção dos discentes nos espaços de participação popular e o controle social, especialmente nos espaços que envolvam deliberação pública; a disponibilização de materiais de apoio à prática educativa do componente Participação Política e suas interligações, de forma sistemática, regular e gratuita, às escolas públicas de educação básica; a reformulação das ementas universitárias dos docentes de cursos superiores

em Educação; a preparação do grupo de docentes por meio de formação continuada visando o ensino de conteúdos em torno da Participação Política Deliberativa; a avaliação constante da instituição do programa por órgão superior, juntamente com discentes e docentes, com um Conselho de Monitoramento e Avaliação, com atribuição de acompanhar as ações de implementação; dentre outras ações necessárias.

Princípio constitucional da solidariedade como instrumento efetivador da dignidade da pessoa humana: educação inclusiva no ensino superior para pessoas com neurodiversidade, deficiência física e sensorial¹

*Priscila de Freitas**

1. Introdução

O campo de análise acerca das pessoas com deficiência tem ganhado cada vez mais visibilidade, principalmente a partir da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e sua ratificação por diversos países, dentre eles o Brasil. Quanto à legislação brasileira, tendo em vista a ratificação de referida convenção, no ano de 2015 foi promulgada a Lei 13.146, o Estatuto da Pessoa com Deficiência, também conhecido como Lei Brasileira de Inclusão.

Deste modo, a presente pesquisa, parte integradora do objeto de análise da tese busca, neste momento, discorrer acerca da educação inclusiva, a partir da máxima da dignidade da pessoa humana, perpassando pelo princípio constitucional da solidariedade e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, bem como apresentando dados referentes ao Censo da Educação Superior.

A pesquisa delimita-se, em termos temporais e espaciais, a partir da Constituição Federal Brasileira de 05 de outubro de 1988 e, a partir da adoção pelo Brasil, através do Decreto n.º 6949, de 25 de agosto de 2009, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, assinada em Nova York, em 30 de março de 2007, e, muito especialmente, a partir da publicação da Lei Federal 13.146 de 6 de julho de 2015, denominada como Lei Brasileira de Inclusão ou Estatuto da Pessoa com Deficiência, a qual determina medidas a serem adotadas por entes públicos e privados, no Brasil, para efetivação dos direitos fundamentais das pessoas com neurodiversidade, deficiências físicas e sensoriais.

No que tange à delimitação de conteúdo, centrar-se-á na educação inclusiva no ensino superior das pessoas tuteladas pela referida lei, na busca da concretização de sua dignidade, instrumentalizada pelo princípio constitucional da solidariedade, dentro do constitucionalismo contemporâneo, em especial, das intersecções jurídicas entre o direito público e o direito privado que determinam um direito unificado, não mais dicotomizado, que possui como norte a concretização da dignidade humana.

¹ “O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001 “This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Finance Code 001”.

* Doutoranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Área de concentração Diversidade e Políticas Públicas, com bolsa Capes.

Quanto ao marco teórico, se propõe a delimitação a partir de três grandes tópicos: o princípio da solidariedade, as pessoas com deficiência, compreendidas como pessoas com neurodiversidade, deficiência física e sensorial e, o ensino superior.

2. Dignidade das pessoas com deficiência e direitos fundamentais

Sabe-se que não há uma conceituação clara e concisa acerca da dignidade, no entanto, Sarlet² apresenta uma proposta de conceito, em processo de reconstrução, a fim de representar a maior afinidade possível com uma compreensão multidimensional, aberta e inclusiva da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, considera como dignidade “[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida”.³

Indo ao encontro dessa definição de Sarlet, Comparato⁴ afirma que “o homem é o único ser, no mundo, dotado de vontade, isto é, da capacidade de agir livremente”. Ressalta Sarmiento⁵ que o processo de positivação da dignidade da pessoa humana não diminuiu a compreensão não jurídica do termo. A mesma continua sendo um elemento central em diversas religiões, teorias filosóficas, além de servir de ponto central para as reivindicações sociais dos grupos excluídos.

Assim, é possível visualizar a dignidade como ponto central da pauta das reivindicações das pessoas com deficiência. Efetuando análise a partir do texto do preâmbulo da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, é possível identificar, em determinados itens, a menção expressa a dignidade. Destaca-se alguns pontos presentes:

- “a) Relembrando os princípios consagrados na Carta das Nações Unidas, que reconhecem a dignidade e o valor inerentes e os direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana como o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”;⁶
- “b) Reconhecendo também que a discriminação contra qualquer pessoa, por motivo de deficiência, configura violação da dignidade e do valor inerentes ao ser humano”;⁷
- y) Convencidos de que uma convenção internacional geral e integral para promover e proteger os direitos e a dignidade das pessoas com deficiência prestará significativa contribuição para corrigir as profundas desvantagens sociais das pessoas com deficiência e para promover sua participação na vida econômica, social e cultural, em igualdade de oportunidades, tanto nos países em desenvolvimento como nos desenvolvidos.”⁸

² Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição da República de 1988* (Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011), 73.

³ Idem.

⁴ Fábio Konder Comparato, *A afirmação histórica dos direitos humanos* (São Paulo: Saraiva, 2003), 25.

⁵ Daniel Sarmiento, *Dignidade da pessoa humana: conteúdo, trajetórias e metodologia*, 2 ed. (Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016), 57.

⁶ Brasil, Decreto n.º 6.949, de 25 de agosto de 2009. Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/decreto/d6949.htm.

⁷ Idem.

⁸ Idem.

Não obstante o conteúdo presente no preâmbulo da Convenção, destaca-se também a menção na Lei Brasileira de Inclusão acerca da dignidade das pessoas com deficiência como dever do Estado, família e sociedade, em seu artigo oitavo:

*“É dever do Estado, da sociedade e da família assegurar à pessoa com deficiência, com prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à sexualidade, à paternidade e à maternidade, à alimentação, à habitação, à educação, à profissionalização, ao trabalho, à previdência social, à habilitação e à reabilitação, ao transporte, à acessibilidade, à cultura, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à informação, à comunicação, aos avanços científicos e tecnológicos, à dignidade, ao respeito, à liberdade, à convivência familiar e comunitária, entre outros decorrentes da Constituição Federal, da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo e das leis e de outras normas que garantam seu bem-estar pessoal, social e econômico”.*⁹

A despeito a referida proteção à dignidade das pessoas com deficiência, a fim de evitar estigmas acerca das mesmas, a nomenclatura a partir da qual pretende-se trabalhar engloba três grandes grupos: pessoas com neurodiversidade, ou neurodiversas, pessoas com deficiência sensorial, estando enquadradas neste grupo situações de deficiência visual, auditiva e de fala e, pessoas com deficiência física.

3. Princípio constitucional da solidariedade

No que tange ao princípio constitucional da solidariedade, importa destacar, primeiramente, sua presença no texto constitucional brasileiro no artigo terceiro, constituindo-se como objetivo fundamental do Brasil a construção de uma sociedade livre, justa e solidária.¹⁰

Cardoso¹¹ aponta a solidariedade como uma possível solução para uma sociedade desigual e injusta, reconhecendo o valor absoluto da dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais, dos preceitos de justiça distributiva e social, e, conseqüentemente, da funcionalização social dos institutos de direito privado. A finalidade do direito de solidariedade é fazer com que a sociedade seja um ambiente onde é possível o desenvolvimento da dignidade de cada pessoa, de maneira integrada.

Refere Cardoso¹² que a solidariedade, como valor jurídico-social, começou a se projetar durante a antiguidade clássica, momento em que se passou a analisar o homem como animal cívico, onde a convivência social com os demais resultava em uma vida menos custosa e sacrificante a todos.

Reis e Fontana¹³ ressaltam que a solidariedade surge em um momento crucial, buscando aperfeiçoar o processo de integração da realização do direito em cada caso em particular, visando, através dos valores solidários, o equilíbrio das relações jurídicas, em face das limitações criadas pelo Estado frente à ausência do desenvolvimento dos direitos sociais.

⁹ Brasil, Lei n.º 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13146.htm.

¹⁰ Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm.

¹¹ Alenilton da Silva Cardoso, *O princípio da solidariedade: o paradigma ético do direito contemporâneo* (São Paulo: Ixtlan, 2013).

¹² Idem.

¹³ J. R. dos Reis e E. Fontana, “O princípio da solidariedade e a hermenêutica filosófica na sustentabilidade dos direitos fundamentais sociais, diante dos argumentos do mínimo existencial e da reserva do possível”, *Direitos sociais e políticas públicas*. Tomo 10 (Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2010), 3305-3353.

*“A solidariedade é uma forma fundamental de reclamo. Ela nos coloca diante do conteúdo mais nobre de nosso compromisso com os socialmente excluídos e existencialmente desaparecidos. A solidariedade representa um estar junto dos oprimidos, participando comprometidamente em suas lutas transgressoras [...] Quando se pratica a solidariedade, está-se reconhecendo a existência do outro como diferente, está aceitando-o sem pretender narcisisticamente fusioná-lo com o modelo de homem que o imaginário instituído produz como fantasia tanática”.*¹⁴

Faz-se necessária a distinção entre espécies de solidariedade. A solidariedade vertical, nomeada por Nabais¹⁵ como a solidariedade paterna, está ligada com a realização dos direitos sociais pelo Estado Social, bem como com a solidariedade entre gerações. A solidariedade horizontal, fraterna para o autor, fundamenta-se nos deveres fundamentais que o Estado tem de concretizar legislativamente e nos deveres que cabem a comunidade, sendo comunidade entendida como a esfera de relações entre os indivíduos, grupos e classes sociais, os quais são desenvolvidos fora das relações de poder do Estado.

4. Educação inclusiva e o ensino superior

No que tange à análise sobre as políticas públicas de educação inclusiva existentes que se enquadrem no ensino superior, importa destacar dados estatísticos acerca do ingresso no ensino superior de pessoas com deficiência.

O recorte leva em conta dados do Censo da Educação Superior¹⁶, que, conforme a publicação de seu resumo técnico de 2021, apresenta que em 2019 houve 50.683 matrículas na graduação, de pessoas com neurodiversidade, deficiência física ou sensorial. Este número representa, somente 0,6% do total de matrículas efetuadas na educação de nível superior no Brasil. Numa mesma matrícula pode apresentar mais de um tipo de declaração. Do conjunto de declarações referido, as mais comuns são: deficiência física (32,3%), baixa visão (27,4%) e deficiência auditiva (13,0%).

Apesar de dados do Censo da Educação e a própria legislação utilizar-se dos termos “*pessoas com deficiência*”, se propõe, na tese proposta, fazer menção a essas de outra forma. Singer¹⁷ (1990) criou o termo neurodiversidade a fim de tratar de pessoas com transtorno do espectro autista (TEA), transtorno do déficit de atenção e hiperatividade (TDAH), dislexia, altas habilidades/superdotação, entre outras. A neurodiversidade refere as condições neurologicamente atípicas como variações naturais da neurologia humana e não como doenças ou distúrbios que necessitam ser curados, devendo essas pessoas serem respeitadas por suas condições diferenciadas.

Destaque-se a importância de se levantar a pauta da inclusão. No Brasil é possível verificar três períodos específicos em relação a defesa e proteção dos direitos das pessoas com deficiência. Em um primeiro momento, há a segregação, a visão das pessoas com deficiência como excluídos da sociedade. Após, há um período de integração, de modo que há a inserção de uma pessoa com deficiência preparada para conviver na sociedade, a sociedade não se molda para agregar aquela pessoa. A inclusão, modelo atual, ocorre quando há um esforço da sociedade/governo para

¹⁴ Luis Alberto Warat, *Epistemologia e ensino do direito: o sonho acabou* (Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004), 388.

¹⁵ José Casalta Nabais, *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais* (Coimbra: Coimbra Editora, 2007).

¹⁶ Resumo técnico do Censo da Educação Superior 2019 [recurso eletrônico]. – Brasília: Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira, 2021.

¹⁷ Judy Singer, *NeuroDiversity: The birth of an idea* (Kindle, 2016).

que a pessoa com deficiência possa conviver na sociedade, através de acessibilidade, igualdade de direitos etc.

*“A ideia de uma sociedade inclusiva se fundamenta numa filosofia que reconhece e valoriza a diversidade, como característica inerente à constituição de qualquer sociedade. Partindo desse princípio e tendo como horizonte o cenário ético dos Direitos Humanos, sinaliza a necessidade de se garantir o acesso e a participação de todos, a todas as oportunidades, independentemente das peculiaridades de cada indivíduo e/ou grupo social”*¹⁸

Assim, será abordada a Política Nacional de Educação Inclusiva, bem como será objeto da análise a Política Nacional de Educação Especial de 2020, a qual ocasionou diversos debates e, atualmente encontra-se suspensa por decisão do Supremo Tribunal Federal.

Também se destaca o sistema de cotas, que se trata de política pública legislativa, conforme a Lei 12.711 de 29 de agosto de 2012, denominada Lei de Cotas, que dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e instituições federais de ensino técnico de ensino médio.

Importa destacar que a lei passou a mencionar a reserva de vagas para pessoas com deficiência no ensino superior a partir da Lei 13.409 de 28 de dezembro de 2016, que alterou o seu texto legal. Deste modo, a lei de cotas aborda além de alunos com deficiência, aqueles que estudaram em escolas públicas, bem como negros, pardos e indígenas.

Conclusão

O Brasil se encontra em período de levantamento de dados para o Censo 2020, do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Os dados, ao que tudo indica, poderão ser apreciados no decorrer do ano de 2023. Tais dados, muito possivelmente, acarretarão impactos para a comparação com os dados do Censo da Educação Superior, efetuado anualmente.

Na presente pesquisa é destacada a dignidade da pessoa humana, como máxima a ser protegida no ordenamento jurídico brasileiro, bem como o princípio constitucional da solidariedade, que consiste em um dos meios que visa assegurar referida dignidade. Não obstante, menciona-se a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e o Estatuto da Pessoa com Deficiência, oriundo dessa e, por fim, dados estatísticos e legislações pertinentes com a educação inclusiva.

A partir da análise preliminar é possível concluir a existência de instrumentos de acesso para pessoas com deficiência no ensino superior, como é o caso da alteração efetuada na lei de cotas. Porém, referida medida se aplica apenas para instituições públicas de ensino, não abordando o ensino superior privado ou comunitário, tema que será melhor aprofundado posteriormente.

¹⁸ Brasil, Decreto 5.296, de 2 de dezembro de 2004. Regulamenta as Leis n.º 10.048, de 8 de novembro de 2000, que dá prioridade de atendimento às pessoas que especifica, e n.º 10.098, de 19 de dezembro de 2000, que estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências. DF: Senado Federal, 2004, 8. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2004/Decreto/D5296.htm.

Os mecanismos de comando e controle da política de pescas comum europeia

*Jéssica Mello Tahim**

1. Introdução

As causas de redução ou esgotamento dos estoques pesqueiros marítimos são as mais diversas, podendo-se destacar a poluição e contaminação dos mares e o câmbio climático, contudo, a que mais impacta negativamente o ecossistema marinho vivo é a pesca excessiva e a má gestão desses recursos, as quais têm sim um impacto negativo e este pode ser irreversível se alguma atitude não for tomada. Isso se deve à busca incessante por lucros e pelo investimento massivo no melhoramento da atividade pesqueira, através de sua industrialização, combinada com a “*ilusão*” de que, pelo fato de serem renováveis e abrangentes na natureza, os recursos haliêuticos seriam infinitos.

Consequentemente, a ação humana predatória acabou por causar seu esgotamento e a extinção de diversas espécies. Uma boa parte da culpa está a sobrepesca, a pesca ilegal, não declarada e não regulamentada (Pesca INN), como nos casos em que há captura de espécimes abaixo do tamanho mínimo permitido, utilização de equipamentos e métodos de pesca proibidos, ou durante os períodos fechados de pesca, como o período de defeso nas épocas de reprodução.¹

Diante dessa problemática e vendo a necessidade de um maior investimento em políticas públicas a nível comunitário, a União Europeia criou uma política específica sobre pesca, a qual tem a finalidade primordial de “*conservar os recursos haliêuticos, proteger o ecossistema marinho, assegurar a viabilidade económica das frotas da UE e fornecer aos consumidores alimentos de qualidade*”.² Além disso, tem o intuito de uniformizar perante seus Estados-membros o exercício da atividade pesqueira e a utilização racional do recursos haliêuticos comuns.

Essa política única evoluiu no decorrer dos anos, passando a ser independente e considerada uma das mais importantes a nível europeu e mundial, devendo ser executada de forma integrada com as outras políticas. Deste modo, para melhor abordá-la, optou-se em, primeiramente, trazer uma explanação geral sobre tal política para depois explicar cada um dos pontos mais importantes.

* Graduada em Direito e especialista em Direito Ambiental pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestranda em Direito e Ciência Jurídica, especialidade em Ciências Jurídico-Ambientais pela Universidade de Lisboa. Doutoranda em Direito Administrativo Iberoamericano pela Universidade da Coruña.

¹ WWF-Brasil, *Situação e tendências da pesca marítima no Brasil e o papel dos subsídios* (São Paulo/SP: WWF-Brasil, 2016), 33.

² Parlamento Europeu, “Política comum das pescas: criação e evolução”. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/114/politica-comum-das-pescas-criacao-e-evolucao>.

2. Política Comum de Pescas europeia

A União Europeia desempenha um papel de pioneirismo e é considerada um modelo aos Estados terceiros no tocante à proteção ambiental, diante da aprovação de diversas políticas e estratégias em prol do desenvolvimento sustentável, baseado no trinômio econômico, social e ambiental. Cumpre ressaltar que, em seu próprio Tratado de Funcionamento, está estabelecido esta vertente de integração de todas suas políticas em prol do desenvolvimento econômico equilibrado.

Dentre as maiores atividades econômicas existentes na UE, está a pesca marítima, a qual movimenta a economia de diversos de seus Estados-membros e, diante disso, com o intuito de criar uma unidade jurídica entre eles, foi criada uma política única, como forma de uniformização e igualdade do exercício dessa atividade, a chamada Política Comum de Pesca (PCP).³ Dito de uma melhor forma, a PCP tem o intuito de harmonizar e unificar a regulamentação da atividade pesqueira dentre os seus Estados-membros. Porém, é certo que, com a aprovação dessa nova política pesqueira comunitária, surgiram muitas limitações para os Estados-membros no tocante à atividade pesqueira, as quais acabaram impactando a produção pesqueira.

Para a implementação das estratégias e políticas europeias, foram criados os fundos europeus, também, chamados de Fundos Estruturais e de Investimento Europeus, que se complementam entre si e se destinam a promover a recuperação da economia europeia, através do crescimento e da criação de emprego. Dentre os cinco existentes, há o Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos, das Pescas e da Aquicultura (FEAMPA), cujo maior objetivo é permitir a pesca sustentável, a conservação dos recursos biológicos marinhos, segurança alimentar, com último orçamento aprovado para o período de 2021-2027.⁴

Cumpre fazer um breve resumo histórico de sua criação, uma vez que essa política teve seu início dentro da Política Agrária Comum, formulada no Tratado de Roma de 1957,⁵ tornando-se, posteriormente, independente, desvinculando-se a partir da década de 70, juntamente com a evolução da Comunidade e com a adoção das zonas econômicas exclusivas (ZEE) pelos Estados-Membros.⁶ Após a forte adesão de três novos países detentores de frotas importantes e com grandes interesses pesqueiros (Dinamarca, Irlanda e Reino Unido), viu-se a necessidade de buscar soluções para os problemas que se apresentavam à época relacionados à pesca, o acesso a recursos comuns e a sua conservação, além das relações internacionais no âmbito das pescas, entre outros.

Foi em 1983 que o Conselho aprovou o Regulamento (CEE) 170/83, o qual, com o surgimento outros regulamentos com esse intuito, objetivando a conservação

³ *“A política comum das pescas é um conjunto de regras que se aplicam à gestão das frotas de pesca europeias e à conservação das unidades populacionais de peixes. Concebida para gerir um recurso comum, esta política confere a todas as frotas de pesca europeias igualdade de acesso às águas e aos pesqueiros da UE e permite uma concorrência leal entre os pescadores”*. Em Comissão Europeia, “A Política Comum das Pescas”. Disponível em: https://oceans-and-fisheries.ec.europa.eu/policy/common-fisheries-policy-cfp_en.

⁴ Esse fundo possui as seguintes prioridades: 1) Fomentar pescas sustentáveis e a conservação dos recursos biológicos marinhos; 2) Contribuir para a segurança alimentar da União graças a uma aquicultura e mercados competitivos e sustentáveis; 3) Permitir o crescimento de uma economia azul sustentável e fomentar a prosperidade das comunidades costeiras; 4) Reforçar a governação internacional dos oceanos e assegurar oceanos e mares seguros, limpos e geridos de forma sustentável. Centro de Informação Europeia Jacques Delors (CIEJD), “Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos, das Pescas e da Aquicultura (FEAMPA)”, Eurocid. Disponível em: <https://eurocid.mne.gov.pt/artigos/fundo-europeu-dos-assuntos-maritimos-das-pescas-e-da-aquicultura-feampa>.

⁵ Foi esse Tratado que instituiu a Comunidade Econômica Europeia, em 25 de março de 1957.

⁶ Parlamento Europeu, “Política Comum das Pescas: origem e evolução”.

dos recursos haliêuticos, proteção do ecossistema marinho e assegurar a viabilidade econômica das frotas europeias e fornecer aos consumidores alimentos de qualidade. Mais uma reforma ocorreu nessa política em 2002, várias reformas foram surgindo, como a de 1983, que instituiu um regime comunitário de conservação e de gestão dos recursos da pesca (revogado em 1993), dando início ao chamado “*Europa Azul*”,⁷ e a de 2022, focada no desenvolvimento sustentável, através do trinômio economia, social e ambiental.⁸

No entanto, elas não alcançaram o sucesso esperado, levando a uma renovação da PCP, com a publicação do Livro Verde em 2009, baseado no empenho conjunto da Comissão Europeia, dos Estados-Membros, cientistas, sector da frota de grande escala e as ONG ambientais.⁹ Em decorrência de toda essa ação conjunta, foi aprovada a nova Política Comum de Pesca em 2013, baseada em três pilares: 1) a nova Política Comum de Pescas (Regulamento (UE) n.º 1380/2013); 2) a Organização comum dos mercados dos produtos da pesca e da aquicultura (Regulamento (UE) n.º 1379/2013); e 3) o novo Fundo Europeu dos Assuntos Marítimos e das Pescas (Regulamento (UE) n.º 508/2014).¹⁰ Em suma, essa nova política está focada na garantia da viabilidade da atividade pesqueira a longo prazo, em busca da conservação, gestão e exploração racional dos recursos haliêuticos, além da limitação do impacto da atividade piscatória no ambiente e a adaptação da capacidade de pesca às disponibilidades.¹¹

Uma inovação trazida pela nova política é a inclusão da abordagem ecossistêmica à gestão das pescas, com o propósito de assegurar a redução dos impactos negativos das atividades de pesca no ecossistema marinho, ou seja, busca impedir que as atividades da pesca e da aquicultura degradem o ambiente marinho. Nesse caso, a gestão da pesca é feita através da utilização dos recursos naturais dentro de limites ecologicamente válidos, considerando as atividades de pesca e outras atividades humanas, mas preservando tanto a riqueza biológica quanto os processos biológicos necessários para salvaguardar a composição, a estrutura e o funcionamento dos habitats do ecossistema afetado, levando em consideração os conhecimentos e as incertezas sobre os componentes bióticos, abióticos e humanos dos ecossistemas.¹²

Outra grande inovação implantada pela nova reforma de 2013 foi a inclusão dos pescadores artesanais no processo de sua elaboração, através da sua participação massiva, ou seja, eles puderam contribuir para sua elaboração e aprovação, o que, de certa forma, auxiliou a introdução de um enfoque na pesca de pequena escala. Devendo-se dar destaque a Plataforma Pescadores da Europa de Baixo Impacto (LIFE), com o intuito de dar voz e integrar os pequenos pescadores e pescadores de

⁷ Gabriela A. Oanta, “La política pesquera común”, in *Las políticas de la Unión Europea en el siglo XXI*, coords. Marta Ortega Gómez e Beatriz Añoveros Terradas (Espanha: J.M. Bosch Editor, 2017), 119. Disponível em: <https://elibro-net.accedys.udc.es/es/ereader/bibliotecaudc/121400>.

⁸ Parlamento Europeu, “Política Comum das Pescas: origem e evolução”.

⁹ J. Percy e B. O’riordan, “The EU Common Fisheries Policy and Small-Scale Fisheries: A Forgotten Fleet Fighting for Recognition”, in *Small-Scale Fisheries in Europe: Status, Resilience and Governance*, ed. José J. Pascual-Fernández, Cristina Pita e Maarten Bavinck, vol. 23 (MARE Publication Series, 2020), 28. DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-030-37371-9>.

¹⁰ Parlamento Europeu, “Política Comum das Pescas: origem e evolução”.

¹¹ Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), “Perfiles sobre la pesca y la acuicultura por países: El Reino de España”. Disponível em: <http://www.fao.org/fishery/facp/ESP/es>.

¹² Regulamento (UE) n.º 1380/2013 do Parlamento e do Conselho, de 11 de dezembro de 2013, relativo à política comum das pescas, Artigos 2.º, n.º 3 e 4.º, n.º 1. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32013R1380>.

baixo impacto em toda a Europa.¹³ O principal instrumento da PCP são os Planos plurianuais de pesca referente às pescarias mais importantes a nível europeu.

3. Planos plurianuais de pesca

Mencionados planos estão previstos dentre as medidas de conservação específicas,¹⁴ os quais são considerados o principal instrumento estabelecido na política europeia de pesca, uma vez que são fundamentados em pareceres científicos, técnicos e econômicos, com o objetivo de gerir as pescarias de forma sustentável e com a conservação do estoque de peixes acima dos níveis capazes de produzir o rendimento máximo sustentável.¹⁵ São estabelecidos para as unidades populacionais de peixe e pescarias mais importantes comercialmente, e cada um deles deve conter objetivos específicos para a gestão de determinadas unidades populacionais de peixe, como, também, pode incluir as regras de conservação. Os planos são adotados sob a forma de um regulamento do Conselho e do Parlamento, cumprindo o processo legislativo ordinário, com base numa proposta da Comissão.

Os atuais planos de gestão de pesca europeus são: 1) Águas ocidentais, adotado em 2019; 2) Mar Mediterrâneo ocidental, adotado em 2019; 3) Mar do Norte, adotado em 2018; e 4) Mar Báltico, adotado em 2016, referente às unidades populacionais de bacalhau, de arenque e de espadilha do mar Báltico.

Um dos critérios importantes é a obrigatoriedade da inclusão de um objetivo de rendimento máximo sustentável por unidade populacional e um prazo para alcançar este objetivo nos planos plurianuais.¹⁶ Esse critério foi incluído na atualização de 2015 da PCP, através da criação do sistema de *Maximum Sustainable Yield* (MSY). Sendo certo que referido conceito já havia sido tratado em reiteradas convenções e tratados, tais como a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar de 1982, Acordo das Nações Unidas sobre as Populações de Peixes em 1995, a Declaração de Joanesburgo em 2002 e, por último, em Nagoya, em 2010, como, também, já havia sido incluído nos instrumentos jurídicos comunitários referentes a pesca. Porém, a União Europeia ainda se encontrava atrasada nas medidas de implantação desse objetivo, em relação a importantes parceiros internacionais, como os Estados Unidos e a Austrália.¹⁷

Portanto, referidos planos servem de apoio e base para a utilização ou captura racional de espécies de peixes ou áreas específicas, baseados em estudos científicos e dos conhecimentos tradicionais a eles inerentes, por isso demanda a participação de todos os envolvidos na atividade pesqueira, seja o governo, o coletivo de pescadores, empresas de pesca quanto o quadro de científicos expertos no assunto. Por isso, fazem parte dos primordiais mecanismos de gestão pesqueira europeia.

¹³ Low Impact Fisheries Europe (LIFE), “Declaração conjunta dos pescadores artesanais e mariscadores europeus de baixo impacto”, 2012. Disponível em: <https://lifeplatform.eu/a-nossa-missao/?lang=pt-pt>.

¹⁴ Regulamento (UE) n.º 1380/2013 do Parlamento e do Conselho, de 11 de dezembro de 2013, relativo à política comum das pescas, Artigo 7.º Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32013R1380>.

¹⁵ Regulamento (UE) n.º 1380/2013 do Parlamento e do Conselho, de 11 de dezembro de 2013 (...), Artigo 9.º

¹⁶ Conselho Europeu, “Planos de gestão plurianuais para as pescas”. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/policies/eu-fish-stocks/multiannual-management-plans>.

¹⁷ Comissão Europeia, “Reforma da PCP: Rendimento Máximo Sustentável”. Disponível em: https://ec.europa.eu/fisheries/sites/fisheries/files/docs/body/msy_pt.pdf.

4. Totais Admissíveis de Capturas (TAC)

Além do anterior, esse é outro mecanismo de grande relevância nessa política. A fixação dos totais admissíveis de capturas (TAC) tem o intuito de garantir que o exercício dessa atividade não cause impactos negativos na capacidade reprodutiva das populações de peixes. Essa fixação é feita através de limites anuais de captura estabelecidos para as espécies de peixes comerciais marinhos mais valiosos, representando a quantidade total máxima de toneladas que pode ser capturada anualmente de cada espécie, cujo resultado final são as cotas anuais de pesca, tomando por base o Rendimento Máximo Sustentável estimado, que representam a captura máxima anual que pode ser obtida de um estoque explorado sem deteriorar sua produtividade.¹⁸

Cumpra, portanto, antes de adentrar nos TACs, explicar de forma sucinta o sistema RMS. Trata-se de um sistema de gestão a longo prazo, que se destina a garantir uma exploração dos recursos aquáticos vivos em condições econômicas, ambientais e sociais sustentáveis. Em referido sistema se deve observar a “*captura máxima que pode ser efetuada durante um período indefinido sem prejudicar a unidade populacional em causa*”,¹⁹ ou seja, deve haver um ponto de equilíbrio entre a população de peixes explorada e a atividade pesqueira. Essa análise é feita pelo Conselho Internacional de Exploração do Mar (CIEM).²⁰

Becker e Ostrom fazem uma crítica a esse sistema, eles apontam o grande desafio de definir o RMS de um recurso vivo, no qual as condições ambientais variam, variando também os valores RMS. As variações imprevisíveis do ambiente, do clima e demográfica podem alterar substancialmente a sustentabilidade de um conjunto de espécies que estão sendo manejadas no RMS.²¹ Além disso, nem sempre é bem aceito pelos governos e para os próprios pescadores, pois afirmam que os estudos nos quais estão baseados os RMSs estão muito abaixo do que deveriam, ou seja, que a capacidade de captura deveria estar mais elevada. Isso faz com que, por diversas vezes, as taxas de capturas disponíveis não sigam as orientações dos expertos. Estes, em contrapartida, afirmam que definir um RMS fiável e exato é muito difícil, já que demanda um conhecimento sobre um recurso natural vivo variável, o qual tem as mais diversas interferências do próprio ambiente e externas, a nível humano.

Agora passando para o sistema de cotas, este é utilizado pela União Europeia há mais de 30 anos e está fundamentado no princípio da estabilidade relativa,²² a qual se distribui, entre seus Estados, cotas de pescas nacionais das principais espécies de pesca

¹⁸ Itsaso Lopetegui Buján, “On risk, diversity and financial efficient frontiers: The case study of european fish and fisheries” (tese de doutoramento, Universidade do País Vasco, 2020), 27. Disponível em: <https://addi.ehu.es/handle/10810/50333>.

¹⁹ Comissão Europeia, “Reforma da PCP: Rendimento Máximo Sustentável”.

²⁰ Concerne a uma organização intergovernamental com 20 países membros, composta por um conjunto com diversos cientistas, formados entre grupos de especialistas, workshops e comitês, os quais formam planos estratégicos com dados e aconselhamentos científicos sobre o estado atual dos ecossistemas marinhos e a população de peixes. Ver ICES, “Conselho Internacional de Exploração do Mar (CIEM)”. Disponível em: <https://www.ices.dk/Pages/default.aspx>.

²¹ C. Dustin Becker e Elinor Ostrom, “Human ecology and resource sustainability: The Importance of Institutional Diversity”, *Annu. Rev. Ecol. Syst.*, vol. 26 (1995): 125. Disponível em: <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev.es.26.110195.000553>.

²² Este princípio se define como: “Os totais admissíveis de captura atribuídos para cada unidade populacional de espécie explorada são partilhados entre os Estados-Membros da UE, de acordo com uma chave de repartição fixa, determinada a partir do registo das suas capturas para um determinado período de referência.” Em Instituto Nacional de Estatística de Portugal (INEP), “Capturas em 2020 e diminuição da quota de pesca atribuída aproximaram a captura da pescada do seu limite”, 3. Disponível em: https://www.ine.pt/ngt_server/attachfileu.jsp?look_parentBoui=506923584&catt_display=n&catt_download=y.

exploradas comercialmente nas águas comunitárias.²³ Um dos problemas levantados é o fato de que essa distribuição é instituída de forma fixa para cada um deles, não atendo-se ao dinamismo e diferenças existentes dentro de cada Estado, repercutindo na economia como um todo.²⁴

O sistema de limitação das cotas começa pela fixação por espécie e por zonas, para depois serem partilhados dentre os Estados-Membros, sob a forma de quotas. Esse processo é composto por três fases:²⁵ 1) a consulta; 2) propostas e debates; e 3) acordo definitivo e adoção.²⁶ Após todo esse processo, são aprovados 4 regulamentos, com prazos distintos a depender da zona: 1) Mar Báltico, com a tomada de decisão em outubro de cada ano; 2) Mar Mediterrâneo e mar Negro, todos os anos; já as águas profundas, novembro, de dois em dois anos. Com relação às principais populações, a decisão é tomada em dezembro de cada ano.²⁷ Houve uma pequena mudança nesse processo diante da saída do Reino Unido da UE (*Brexit*), no que toca aos direitos de pesca das unidades populacionais partilhadas, passaram a ser estabelecidos através de consultas bilaterais anuais em um processo a parte do anterior.²⁸ Uma vez que essas cotas estão definidas, cada Estado-Membro é encarregado de distribuí-las entre seus pescadores, além de controlar a sua forma de utilização para garantir que nenhuma seja sobre pescada.²⁹

Muitos êxitos se têm obtido por esse sistema de fixação de cotas de pescas baseadas no fator RMS. Os dados demonstram que houve uma mudança positiva enorme em comparação à década de 2000, onde o indicador mediano da mortalidade por pesca era 1,7 vezes maior do que o RMS, desde 2011 os números reduzem e se estabilizou abaixo de 1,2 e chegando cerca de 1 em 2019. O que demonstra o importante papel da União Europeia na busca da pesca sustentável relativamente às unidades populacionais geridas exclusivamente por si, como destaca a COM(2021) 279 final, e nas unidades populacionais negociadas com países terceiros, a UE procura alcançar o mesmo elevado nível de exigência.³⁰

²³ Juan J. Surís Regueiro e Antonio Molina Abaldes, “¿Es discriminatorio el reparto de cuotas de pesca en la UE? Un caso de estudio”, *Estudios Agrosociales y Pesqueros*, n.º 193 (2001): 169. Disponível em: https://www.mapa.gob.es/ministerio/pags/Biblioteca/Revistas/pdf_reap%2Fr193_07.pdf.

²⁴ Regueiro e Abaldes, “¿Es discriminatorio el reparto de cuotas de pesca en la UE? Un caso de estudio”, 185.

²⁵ De uma forma mais explicativa, primeiramente, é realizada uma consulta e parecer científico do Comitê Científico, Técnico e Econômico das Pescas (CCTEP) e do Conselho Internacional para o Estudo do Mar (CIEM), originando o Documento de consulta sobre as possibilidades de pesca, da Comissão Europeia. Após superada essa fase, as propostas de limites de captura e quotas nacionais são lançadas pela Comissão Europeia para exame técnico pelo Grupo da Política Interna das Pescas. E, finalmente, chega-se ao acordo definitivo pelo Conselho de Agricultura e Pesca e a adoção dos regulamentos por parte dos Estados-Membros.

²⁶ Conselho Europeu, “Infografia: Fixação de limites de capturas e quotas”. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/infographics/fishing-opportunities-infographics/>.

²⁷ Idem.

²⁸ Referido processo segue as seguintes etapas: 1) as percentagens de cada um são definidas no Acordo de Comércio e Cooperação UE-Reino Unido; 2) as duas partes (UE e o Reino Unido) realizam consultas anuais, objetivando o acordo sobre os direitos de pesca para o ano seguinte; 3) a Comissão Europeia apresenta uma proposta ao Conselho sobre a posição que a UE deverá tomar nas consultas com o Reino Unido; 4) o Conselho dá orientações sobre a proposta; 5) a Comissão realiza consultas com o Reino Unido; 6) o Conselho é informado e atualizado periodicamente sobre os progressos das consultas; 7) quando é alcançado um acordo, este é apresentado ao Conselho pela Comissão; e, finalmente, 8) o Conselho decide quanto à aprovação definitiva do acordo antes da conclusão formal das consultas. Ver Conselho Europeu, “Infografia: Quotas de pesca após o *Brexit*”. Disponível em: <https://www.consilium.europa.eu/pt/infographics/fishing-quotas-eu-uk/>.

²⁹ Buján, “On risk, diversity (...)”, 27.

³⁰ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho – “Para uma pesca mais sustentável na

O sistema de TACs e de quotas, de certa forma contribuem para as devoluções de pescados capturados de forma indesejada ou que já se tenha esgotada a quota fixada ou, ainda, nos casos em que não possui quota para um peixe específico. A UE pensando em solucionar esse problema passou a proibir o descarte e a obrigar o desembarque do pescado capturado, a ser explicado abaixo.

5. Obrigação de desembarque

Por muitos anos, o pescado indesejado, seja por não possuir as medidas e tamanho permitidos ou por não ser comercialmente viável, ou ainda nos casos em que já se havia passado da cota permitida ou por seu encerramento, era descartado de volta ao mar, onde, muitas vezes, já estava morto.³¹ Essa ação é infinitamente prejudicial a esses recursos, já que não há forma de controlar a sobrepesca, por isso, a UE veio desenvolvendo formas de evitá-la. Uma das soluções encontradas foi a proibição do descarte, obrigando o desembarque de todo o pescado capturado, regra essa aprovada na reforma de 2013, a ser implementada gradualmente entre 2015 e 2019.³²

Para um melhor ordenamento dessa obrigação, dividiu-se as pescarias em quatro categorias: 1) as de pequenos pelágicos, como a cavala, arenque, carapau, verdinho, javali, biqueirão, argentina, sardinha e espadilha; 2) as de grandes pelágicos, por exemplo, o atum rabilho, espadarte, atum voador, atum patudo, espadim azul e branco; 3) as para fins industriais, como o capelim, galeota e faneca norueguesa; além de outras pescarias de espécies sujeitas a limites de capturas. Também, estabeleceu-se a pescaria de algumas espécies-zona, nomeadamente a pesca de salmão no mar Báltico, pesca de pescada no mar do Norte, entre outras.³³

Como regra, uma vez que um navio tenha capturado sua cota (ou limite de desembarque) de uma determinada espécie, a pesca deve ser encerrada, isto é, esse navio deve parar de pescar logo que uma das suas espécies autorizadas ultrapasse a sua quota, para que não corra o risco de capturar de uma espécie já no seu limite. Uma alternativa para os pescadores ampliarem sua possibilidade de pesca, neste caso, é a compra (ou arrendamento) de cotas adicionais.³⁴

Contudo, há exceções a essa obrigação definidas pelo próprio regulamento, nas quais a obrigação de desembarcar não se aplica nos seguintes casos: a) “às espécies cuja pesca seja proibida e que sejam identificadas como tais num ato da União adotado no âmbito da Política Comum das Pescas”; b) “às espécies em relação às quais as provas científicas existentes demonstram elevadas taxas de sobrevivência, atendendo às características das artes de pesca, das práticas de pesca e do ecossistema”; e c) “às

UE: ponto da situação e orientações para 2022”, COM(2021) 279 final, Bruxelas, 9.6.2021. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0279&from=EN>.

³¹ Peder Andersen, Jesper Andersen e Simon Mardle, “What’s going to happen with the CFP Reform discard policy?”, *IIFET 2014 Australia Conference Proceedings*, 1. Disponível em: <https://ir.library.oregonstate.edu/downloads/7s75dd40r>.

³² Conforme Artigo 15.º do Regulamento (UE) n.º 1380/2013 do Conselho Europeu, algumas espécies estabelecidas, ao serem capturadas, devem ser mantidas a bordo dos navios de pesca, registradas, desembarcadas e imputadas às quotas aplicáveis.

³³ José Manuel Sobrino e Marta Sobrido, “The Common Fisheries Policy: A Difficult Compromise Between Relative Stability and the Discard Ban”, *The Future of the Law of the Sea*, ed. Gemma Andreone (Rome, Italy: Springer, 2017), 35. DOI: https://doi.org/10.1007/978-3-319-51274-7_2.

³⁴ Peder Andersen, Jesper Andersen e Simon Mardle, “What’s going to happen with the CFP Reform discard policy?”, 2.

capturas abrangidas pelas isenções de minimis”,³⁵ *essas isenções são definidas quando, mesmo tomando todas as medidas para a sua redução, as capturas indesejáveis são inevitáveis*”.³⁶

Deste modo, as práticas utilizadas pelos pescadores e empresas pesqueiras transformam-se mais sustentáveis e responsáveis, mudando a sua postura diante do possível esgotamento dos recursos marinhos vivos, uma vez que, ao contarem para as cotas, as capturas indesejadas são vendidas por um valor muito abaixo, com os mesmos custos, causando prejuízos ao pescador, o que o faz buscar uma forma mais sustentável e seletiva de captura, tais como: a utilização de métodos e artes de pesca que reduzem a captura acessória indesejada; e a redução do esforço de pesca.

6. Organização Comum dos Mercados dos produtos da pesca e da aquicultura

A Organização Comum dos Mercados (OCM) é considerada um dos pilares da Política Comum de Pesca pelo fato de permitir a gestão do mercado dos produtos provenientes da pesca e da aquicultura, em prol da sustentabilidade ambiental e viabilidade econômica. É certo que essa política já existia desde 1970, porém, passou por diversas modificações com o passar dos anos, vindo a ser reformada em 2013, através de regulamento próprio, na mesma época da reforma da PCP.³⁷ Constitui-se de cinco elementos básicos: a) Organizações profissionais; b) Normas de comercialização; c) Informação dos consumidores; d) Regras de concorrência; e) Informações sobre o mercado.³⁸

As organizações de produtores (OPs)³⁹ da pesca são entidades responsáveis pela gestão das pescas e desempenham um papel essencial na orientação dos produtores para uma pesca sustentável, além de apoiar a seus membros na criação de valor acrescentado. Ademais, elas desenvolvem planos de produção e marketing como ajuda a seus membros a adequar os suprimentos às demandas do mercado.⁴⁰

Têm como principais objetivos a promoção do exercício da pesca sustentável por parte de seus membros, com respeito às normas gerais de pesca e legislação ambiental; evitar e reduzir tanto quanto possível as capturas indesejadas de populações comerciais, implementando o melhoramento das capturas; contribuir para rastreabilidade dos produtos da pesca e para a disponibilização de informações claras e compreensíveis aos consumidores; e, ainda, contribuir para a eliminação da prática da pesca INN, dentre

³⁵ Regulamento (UE) n.º 1380/2013 do Parlamento europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2013 relativo à política comum das pescas, Artigo 15.º, n.º 4. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:354:0022:0061:Pt:PDF>.

³⁶ Regulamento (UE) n.º 1380/2013, artigo 15.º, n.º 5, alínea c). *“Disposições que prevejam isenções de minimis até 5% do total das capturas anuais de todas as espécies sujeitas à obrigação de desembarcar referida no n.º 1. As isenções de minimis aplicam-se nos seguintes casos: i) quando estiver cientificamente comprovado que é muito difícil aumentar a seletividade, ou ii) para evitar custos desproporcionados de manipulação das capturas indesejadas, no caso das artes de pesca cujas capturas indesejadas por arte não representam mais do que uma determinada percentagem, a estabelecer num plano, do total anual de capturas dessa arte.”*

³⁷ Parlamento Europeu, “Organização Comum dos Mercados dos produtos da pesca e da aquicultura”, *Fichas temáticas sobre a União Europeia*. Disponível em: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/pt/sheet/118/organizacao-comum-dos-mercados-dos-produtos-da-pesca-e-da-aquicultura>.

³⁸ Regulamento (UE) n.º 1379/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de dezembro de 2013, que estabelece a organização comum dos mercados dos produtos da pesca e da aquicultura, Artigo 1.º, n.º 2. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32013R1379>

³⁹ Em 2018, havia 194 organizações de produtores na UE, estando a sua maioria concentrada na Itália (39 OPs, 20% da UE), Espanha (33 OPs, 17%), Reino Unido (25 OPs, 13%), França (16 OPs, 8%) e Portugal (15 OPs, 8%).

⁴⁰ Buján, “On risk, diversity”, 49.

outros.⁴¹ Cada uma delas apresenta um plano de produção e de comercialização, pelo menos para as principais espécies por ela comercializadas, às suas autoridades nacionais competentes, para aprovação, buscando sempre alcançar os objetivos estabelecidos nos artigos 3.º e 7.º, do regulamento.

Com o intuito de controlar a competência leal entre seus Estados no tocante à comercialização dos produtos provenientes da atividade pesqueira e aquicultura, trata-se, também, de um limitador ou controlador da qualidade dos produtos importados de países terceiros, para que se adequem à normativa europeia e que todos cumpram de forma igualitária todos os requisitos e normas de comercialização. Além disso, o consumidor deve ser bem informado do que está sendo consumido e disponibilizado a ele, como forma de proteção a sua saúde e de seus direitos como consumidor. Isso pode ser efetivado através da rotulagem dos produtos, seguindo o estabelecido pelo regulamento.⁴²

Desta forma, o mercado europeu está ordenado para permitir somente a inclusão de produtos sustentáveis, onde se sabe sua procedência, fazendo com ele seja considerado um mercado baseado na concorrência leal, proteção da saúde humana, através de uma melhor informação sobre o que está consumindo e, ainda, contribui para o aumento dos rendimentos pela produção.

7. Sistema de controlo da pesca europeu

Justamente pensando na efetividade da PCP, a UE instituiu, em 2009, um regime próprio de controlo, inspeção e execução, destinado a assegurar o cumprimento das regras dessa política,⁴³ com algumas alterações trazidas pelo regulamento da nova PCP de 2013, além das outras nos anos posteriores. Dentre as determinações estabelecidas, está o dever dos Estados-membros de registarem, em um registo nacional, todas as infrações às regras da PCP cometidas por navios que arvoram o seu pavilhão ou pelos seus nacionais, indicando as sanções impostas e o número de pontos atribuídos.⁴⁴

A monitoração e controle será realizada utilizando-se de quatro tipos de tecnologias de controle para monitorar frotas de forma eficaz, nomeadamente: 1) sistema eletrônico de registo e comunicação, utilizado para recolher dados sobre a atividade de pesca e enviar a informação às autoridades das pescas de cada estado-membro; 2) sistema de monitorização de navios (VMS), o qual é um sistema de navios de pesca por satélite que fornece dados sobre os intervalos de localização, rumo e velocidade dos navios de pesca; 3) sistema de detecção de embarcações (VDS), uma tecnologia baseada em satélite, que ajuda a localizar e identificar embarcações; e 4) sistema de identificação automática (AIS), que é um sistema de identificação e monitorização de navios utilizado para a segurança marítima.⁴⁵

Somente dez anos após a instituição desse regime, foi criada a Agência Europeia de Controlo das Pescas, com o principal objetivo de organizar a coordenação operacional das atividades de controlo e inspeção das pescas exercidas pelos Estados-

⁴¹ Regulamento (UE) n.º 1379/2013 (...) artigo 7.º, n.º 1.

⁴² Regulamento (UE) n.º 1379/2013 (...) artigo 35.º, n.º 1.

⁴³ Regulamento (CE) n.º 1224/2009, de 20 de novembro de 2009, que institui um regime comunitário de controlo a fim de assegurar o cumprimento das regras da Política Comum das Pescas. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32009R1224&from=PT>.

⁴⁴ Regulamento (CE) n.º 1224/2009 (...), Artigo 93.º

⁴⁵ Regulamento de Execução (UE) n.º 404/2011 da Comissão, de 8 de abril de 2011, que estabelece as regras de execução do Regulamento (CE) n.º 1224/2009 do Conselho (...). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A32011R0404>.

membros, como, também, fomentar a cooperação entre eles, visando o respeito da PCP e a garantia da sua implementação eficaz e uniforme.⁴⁶

São publicados relatórios periódicos por parte dos Estados-membros para o devido acompanhamento da UE sobre os esforços e conquistas alcançadas com a implementação da PCP. Para tal fim, a Comissão Europeia criou um grupo de peritos no domínio da pesca e da aquicultura, denominado Comitê Científico, Técnico e Econômico das Pescas (CCTEP), em sua Decisão n.º 2016/C 74/05, de 25 de fevereiro de 2016, sendo ele o principal órgão científico consultivo da política das pescas, com as seguintes atribuições: a) “assistir a Comissão na elaboração de propostas legislativas, atos delegados e iniciativas em domínios de intervenção”; e b) “acompanhar a evolução das políticas e fomentar o intercâmbio de experiências e boas práticas”.⁴⁷

Deste modo, a *The Pew Charitable Trusts* fez uma análise e demonstrou, através de seu último estudo no ano de 2021, que, desde a aprovação dessa nova política em 2013 até o momento, houve muitos avanços no tocante à gestão sustentável da pesca à longo prazo, na qual a União Europeia conseguiu controlar a sobrepesca e reduzir de uma forma geral a pressão da pesca. Contudo, esse processo não foi fácil, considerado demasiado lento, além de não cumprir as metas temporais determinadas no plano.⁴⁸ Portanto, esse estudo demonstrou que esse plano não obteve o sucesso esperado, uma vez que os Estados-membros fracassaram na execução das ações de controle e implementação.

Ainda foi destacado no citado estudo a falta de clareza e de informações nos relatórios da Comissão sobre os resultados obtidos na PCP, encontrando-se diversas lacunas, que, muitas vezes, são preenchidas por ONGs ou por cientistas independentes. Além disso, alertou-se que há muita incompatibilidade entre os limites de captura anuais aprovados pelo Conselho e os sugeridos pelos cientistas, permitindo, então, níveis de pesca acima dos seus pareceres. Isso ocorre diante da grande pressão por parte dos próprios Estados-membros e da economia pesqueira em si.⁴⁹

Nota-se, deste modo, que o quadro legislativo da UE teve uma evolução forte, no decorrer dos anos, no que se refere à proteção e restauração de seus recursos naturais. Porém, apesar de possuir uma legislação robusta e adequada à sua finalidade, a sua aplicação por partes dos seus Estados-membros deixa a desejar, mostrando-se débil e ineficiente.⁵⁰

De tal modo, é de responsabilidade da UE a limitação do tamanho total da frota e a fixação dos níveis de captura e do esforço pesqueiro, bem como possui poder decisório sobre medidas técnicas, como restrições aos tipos e características de artes de pesca, com o intuito de proteger os recursos haliêuticos. Ela ainda é a responsável por distribuir o total admissível de capturas e unidades de esforço (dias no mar) entre os Estados-membros, conforme o princípio da “*estabilidade relativa*”. Após essa

⁴⁶ Regulamento (UE) 2019/473 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de março de 2019, sobre a Agência Europeia de Controlo das Pescas. Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:32019R0473>.

⁴⁷ Decisão da Comissão, de 25 de fevereiro de 2016, que cria o Comitê Científico, Técnico e Econômico das Pescas, (2016/C 74/05). Disponível em: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32016D0226%2801%29>.

⁴⁸ Andrew Clayton, “Lições da implementação da Política Comum das Pescas da UE”, *The Pew Charitable Trusts*, 22 de março de 2021, 4-5. Disponível em: <https://www.pewtrusts.org/pt/research-and-analysis/reports/2021/03/lessons-from-implementation-of-the-eus-common-fisheries-policy>.

⁴⁹ Andrew Clayton, “Lições da implementação (...)”, 6, 13-14.

⁵⁰ Comunicação da Comissão – Estratégia de Biodiversidade da UE para 2030: Trazer a natureza de volta às nossas vidas, COM(2020) 380 final, Bruxelas, 20.5.2020, 17. Disponível em: [EUR-Lex - 52020DC0380 - EN - EUR-Lex \(europa.eu\)](https://eur-lex.europa.eu/eur-lex-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0380).

distribuição, estes são responsáveis pela distribuição e gerenciamento das licenças de pesca, cotas e alocações de esforço em nível nacional ou regional.⁵¹

Diante do exposto, a atividade pesqueira europeia, de uma forma geral, está sujeita a uma legislação comum, ou seja, todos os seus Estados devem segui-la. Destacando-se o fato de que seu escopo principal é a regulação sustentável da exploração dos recursos naturais marinhos e a gestão integrada das frotas de pesca de cada Estado-Membro, assim como os outros regulamentos referentes à atividade pesqueira.

Conclusão

A pesca se trata de uma atividade humana muito antiga, que remonta aos primórdios da humanidade e, de certa forma, foi evoluindo juntamente a evolução humana, onde surgiram novos artefatos e artes de pesca, além do desenvolvimento industrial, o que afetou diretamente à sustentabilidade da captura dos recursos haliêuticos. E, com esse desenvolvimento, potencializou-se a pesca excessiva e predatória, na busca de lucros e mais lucros. Diante dos danos ambientais causados pela sobre-exploração desses recursos, os economistas e cientistas ambientais buscaram alternativas que limitassem e evitasse tal impacto ao meio ambiente marinho.

A União Europeia é pioneira na proteção ambiental e serve de modelo para diversos Estados terceiros. Pensando na importância mundial da atividade pesqueira e nos problemas apresentados, tratou de aprovar uma política comum, chamada Política Comum de Pesca, com o intuito de uniformizar e integrar o exercício dessa atividade dentre seus Estados-membros, uma vez que se trata de recursos marinhos vivos comuns e do interesse de todos. Além disso, essa política deve estar integrada com outras políticas e estratégias europeias.

Trata-se de uma política atualmente bem estruturada, que foi evoluindo, no decorrer dos anos, diante de alguns fracassos. Sua última reforma mais importante se deu em 2013, na qual foi criada uma nova PCP, cujo intuito é a sustentabilidade a longo prazo da atividade pesqueira, focada na restauração desses recursos tão importantes.

Cada instrumento criado tem seu papel e foi idealizado baseando-se em estudos científicos e nas tentativas anteriores com alguns fracassos e sucessos. A base da gestão pesqueira europeia é utilização dos planos de gestão plurianuais, com limites de pescarias através de quotas anuais de captura, os chamados TACs, além de diversas regras específicas de conservação e sustentabilidade dos recursos pesqueiros, utilizando-se por base o Rendimento Máximo Sustentável e propondo metas e prazos para alcançar este objetivo. Diante do exposto, demonstra-se a grande preocupação da UE com a conservação do meio ambiente marinho perante os diversos danos já causados pela pesca excessiva e sobre-exploração dos recursos pesqueiros. Ademais das vitórias alcançadas com a nova PCP, ainda há muito caminho a percorrer, uma vez que não foram cumpridas algumas metas e estratégias propostas.

⁵¹ Stephanie Newman, "A case study on illegal fishing and the role of rightsbased fisheries management in improving compliance", *Work Package 4 "Case Studies"* (London: Institute for European Environmental Policy, 2015), 9. Disponível em: https://www.ecologic.eu/sites/default/files/news/2015/efface_illegal_fishing_and_the_role_of_rights_based_fisheries_management_in_improving_compliance.pdf.

A necessidade de um novo paradigma do Direito Internacional do Ambiente

*Manuel Protásio**

No início de julho deste ano, o Parlamento Europeu votou a favor de uma proposta sobre a rotulagem do gás natural e da energia nuclear como investimentos favoráveis ao clima. Pela primeira vez, o Parlamento não se opôs à Lei Delegada da Taxonomia da Comissão para incluir atividades específicas de energia nuclear, sob determinadas condições, na lista de atividades económicas ambientalmente sustentáveis abrangidas pela chamada Taxonomia da UE. Isto é um passo importante numa mudança que peca por tardia, seja no contexto europeu seja no direito internacional do ambiente.

Outro exemplo desta mudança de paradigma pode-se ver no facto de no último ano, académicos terem empurrado o tema das tecnologias de geoengenharia para o centro da discussão em termos de políticas ambientais a ter em conta pela UE. Sem tomar uma posição forte sobre o assunto, a ideia principal que surge destes estudos é que estas novas tecnologias são vistas como uma solução potencial para alguns dos desafios colocados pelas alterações climáticas. De facto, até mesmo um trabalho de investigação preparatória foi feito para o Parlamento Europeu sobre tecnologias de engenharia solar. Estas últimas referências ao tema das tecnologias de geoengenharia marcam definitivamente uma nova tendência no paradigma da Lei Climática.

Embora esta evolução já deva ser elogiada, o facto é que temos muito pouca informação sobre muitas destas tecnologias. Algumas delas começam a aparecer em alguns locais, mas outras já estão em funcionamento há muito tempo. Uma vez que a geoengenharia é apenas parcialmente abordada pelas leis internacionais, o sector privado tem vindo a tirar partido da falta de regulamentação nacional relativa a estas tecnologias, especificamente a tecnologia de *cloud seeding*. A regulação deste tipo de tecnologias evitaria o mau uso dessas mesmas tecnologias e incentiva o investimento em novas soluções para mitigar os efeitos das mudanças climáticas.

Se considerarmos os princípios jurídicos contidos na Declaração do Rio e na Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre as Alterações Climáticas (UNFCCC), posteriormente incluídos no Acordo de Paris e no Acordo Verde, é evidente que o direito ambiental internacional continua a ter uma abordagem muito preventiva e conservadora sobre estas tecnologias, o que acaba por impedir a utilização de qualquer tecnologia que possa ter um impacto imprevisível sobre o clima e a sua investigação – seja na mitigação das mudanças climáticas seja no investimento em energia verde como a energia nuclear.

* Doutorando em Ciências Jurídicas Públicas, Escola de Direito da Universidade do Minho, com bolsa FCT (Fundação para a Ciência e Tecnologia), atribuída no âmbito do JusGov (Centro de Investigação em Justiça e Governação), UI/BD/152801/2022. Alguns excertos deste texto foram previamente publicados em língua inglesa no blog *Thinking & Debating Europe* (UNIO – EU Law Journal).

A energia verde é geralmente definida como qualquer forma de energia produzida a partir de recursos naturais como o solar, o eólico ou a água. O processo pelo qual esta energia é gerada é também relevante quando se qualifica qualquer forma de energia como verde ou não. Podemos gerar energia através de uma fonte totalmente natural e renovável, mas se o processo através do qual geramos essa energia não for sustentável, então podemos ter energia renovável que não é sustentável. Um exemplo disso é a energia hídrica, que normalmente requer um nível de industrialização e desflorestação que compromete a sustentabilidade do processo de geração de energia a partir de água de fluxo rápido. Pode argumentar-se que a energia solar também não é sustentável uma vez que o processo de geração de energia requer a transformação de metais pesados não recicláveis, o que compromete a sustentabilidade do próprio processo.

Aqui temos exemplos de formas de energia consideradas verdes porque provêm de recursos naturais e renováveis, apesar de dependerem de processos ou materiais que não são tão sustentáveis. A energia nuclear provém da energia gerada por reações nucleares, que pode ser obtida através da fissão nuclear, fusão ou decomposição de certos elementos como o urânio, que é o mais comum. O urânio é um elemento muito comum no nosso planeta e não será consumido durante a nossa vida útil que se qualifica como uma fonte de energia renovável.

O problema surge com o facto de o combustível utilizado para gerar energia nuclear ser feito de urânio U-235, que é um isótopo raro de urânio que precisa de ser recolhido através de diferentes processos que consideram este elemento como não sustentável. Mas existem outras fontes de energia nuclear que provêm de outros elementos abundantes como o tório, que é um elemento mais amigo do ambiente do que o urânio. A energia nuclear depende, portanto, de elementos naturais que, em função dos processos através dos quais se tornam combustível nuclear, podem ser considerados sustentáveis e mesmo renováveis.

Outro critério utilizado para avaliar se um tipo de energia é “verde” ou sustentável é o seu fator de capacidade, que mede a relação entre a energia produzida num determinado período de tempo e a quantidade máxima de energia que pode ser produzida nesse período de tempo, ou seja, a frequência com que funciona em toda a sua capacidade, o que se traduz em quão fiável é produzir energia a partir desta fonte de energia. De acordo com o relatório mundial de desempenho nuclear e as estatísticas do *Eurostat* e do departamento de energia dos EUA, o fator de capacidade da energia nuclear é o mais elevado entre os outros tipos de energia.

Quando comparados com a energia solar ou gás natural, os números são inequívocos: a energia nuclear tem um fator de capacidade de cerca de 92%, comparada com 54% para o gás natural, 40% para o carvão e 25% para a energia solar. Isto significa que as centrais nucleares produzem a sua potência máxima mais de 92% do tempo, enquanto outros tipos de energia apenas atingem metade dessa capacidade e, por vezes, apenas 25%, quando comparados com a energia nuclear. Isto deve-se principalmente ao facto de os custos de manutenção serem fixos nas centrais nucleares, quer a central nuclear funcione ou não, e, também, ao facto de as centrais nucleares funcionarem normalmente durante períodos mais longos, parando para reabastecimento apenas após 1 a 2 anos. Quando comparada com a energia renovável que, normalmente, é muito intermitente ou o carvão, que requer muito reabastecimento e manutenção de rotina, a energia nuclear é muito fiável.

A fiabilidade é importante se quisermos comparar diferentes tipos de fontes de energia sobre a mesma quantidade de energia produzida. Se tomarmos, por exemplo, 1

gigawatt de eletricidade produzida por uma única central nuclear, chegamos à conclusão de que a mesma quantidade de eletricidade (1 gigawatt) exigiria 2 unidades de carvão ou 3 se também a compararmos com a energia solar ou eólica. O nível de fiabilidade na produção de energia é um fator chave para compreender a sustentabilidade de uma determinada fonte de energia e os seus processos para a converter em energia. A razão pela qual não existe uma aposta no investimento nesta e noutras tecnologias como *cloud seeding* deve-se ao facto de existir um regime de direito internacional do ambiente demasiado preventivo e assente numa interpretação restrita do princípio da precaução.

O princípio mais relevante, no que respeita à mitigação de riscos provenientes de alterações climáticas, é o princípio da precaução ou prevenção, expresso em vários acordos ambientais internacionais. Especificamente, a UNFCCC refere-se a este princípio no artigo 3.º, onde afirma que “*As Partes devem tomar medidas de precaução para antecipar, prevenir ou minimizar as causas das alterações climáticas e mitigar os seus efeitos adversos*”. Com base nisto, a abordagem de precaução salienta que se uma ação ou política tiver uma suspeita de risco de causar danos ao público, ou ao ambiente, na ausência de consenso científico e certeza, a ação não deve ser levada a cabo.

No que diz respeito às tecnologias de engenharia climática ou energia nuclear, este princípio é crucial para delinear a abordagem que as instituições políticas e jurídicas devem seguir na regulamentação desta tecnologia. Além disso, o princípio da precaução implica uma dupla dimensão, como afirmado por alguns académicos, no que diz respeito à utilização de tecnologias como *cloud seeding* ou outras tecnologias que possam ser úteis na mitigação das alterações climáticas. Com base nesta dupla dimensão, o princípio da precaução segue um espectro de “*forte*” a “*fraco*”.

Estas variações ocorrem à medida que se enquadram em diferentes processos de tomada de decisão, quando confrontados com a incerteza quanto aos riscos de uma determinada tecnologia. A forte dimensão do princípio da precaução só tem em conta a existência de risco de danos e apenas permite uma potencial implantação de uma tecnologia, se as provas científicas provarem que esta não prejudica o ambiente. Esta interpretação coloca o ónus da prova do lado de quem investe na própria tecnologia ou, neste caso, na implantação de uma determinada tecnologia.

Para tal, devem ser demonstradas provas científicas inequívocas que provem não haver risco de danos graves. Alguns críticos do forte princípio da precaução analisam esta interpretação como sendo demasiado vaga, levando a soluções irrealistas, que não correspondem ao limiar de adaptabilidade exigido face às atuais perspetivas sobre as alterações climáticas. Por outras palavras, o princípio da precaução tal como é atualmente interpretado e empregado, não permite que novas soluções possam ser contempladas.

Devido à falta de certeza científica quanto aos efeitos de uma determinada tecnologia, esta abordagem não só desencoraja a investigação e desenvolvimento de tecnologias que possam mitigar alguns dos efeitos ambientais das alterações climáticas, como também atrasa qualquer tipo de regulamentação desta indústria, tanto a nível internacional como nacional. A interpretação “*fraca*” do princípio, por outro lado, considera outros fatores, tais como custo, eficácia e eficiência. Funciona como um sistema de equilíbrio que gere o risco de utilização e implantação de uma determinada tecnologia, considerando a potencial necessidade de adaptabilidade para enfrentar as necessidades urgentes e imediatas de adaptação às alterações climáticas.

De acordo com o Princípio 15 da Declaração do Rio, esta interpretação afirma que a falta de certeza científica relativamente a estas tecnologias não deve ser motivo para não as regular. O contexto atual em que estamos salienta a necessidade de adotar

esta interpretação, abrangendo a adaptabilidade presente no próprio princípio da precaução. Salienta-se ainda a necessidade de atualizar alguns dos nossos princípios ambientais face aos desafios climáticos a que já hoje assistimos. Princípios como o da precaução englobam duas interpretações diferentes que seguem a necessidade de adaptação às circunstâncias presentes e futuras que decorrem das alterações climáticas. Quando a maioria destes princípios foi criada, o contexto ambiental era muito diferente do atual porque, acima de tudo, no âmbito da abordagem aos futuros desafios ambientais que estavam a surgir e a outros que já eram previsíveis, as alterações climáticas eram um daqueles futuros previsíveis que exigiam medidas preventivas a ter em conta.

O reconhecimento da não adoção de tais medidas preventivas pela comunidade internacional deveria ser o primeiro passo para reformar o quadro jurídico internacional de uma forma que pudesse criar um impacto real no mundo. O mundo de hoje precisa de leis ambientais verdadeiramente aplicáveis e precisa de uma abordagem realista face aos desafios das alterações climáticas. Tecnologias como *cloud seeding* ou energia nuclear revelam um grande potencial na resolução de problemas atuais e potenciais relacionados com a escassez de água, emissões de CO₂ e resiliência energética, especialmente nos países em desenvolvimento. Outras tecnologias podem também representar uma verdadeira mudança ou pelo menos uma oportunidade real para muitos estados enfrentarem condições meteorológicas extremas que se estão a tornar cada vez mais generalizadas a cada ano.

Para que estas oportunidades se concretizem, o atual quadro jurídico no direito ambiental tem de mudar, uma vez que essa mudança deve implicar uma abordagem mais reativa e agressiva, dado que as alterações climáticas já não são um futuro previsível, mas sim um presente sombrio.



UNIO
EU LAW JOURNAL



Universidade do Minho
Escola de Direito

FCT

Fundação para a Ciência e a Tecnologia
UNIVERSIDADE DE LISBOA, UNIVERSIDADE DE COIMBRA



JusGov

centro de investigação em justiça constitucional



UNIVERSIDADE
DA CORUÑA

UNISC

UNIVERSIDADE DE SANTA CRUZ DO SUL