



# UNISUL

DE FATO E DE

# DIREITO

Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina



Editora Unisul

UNISUL  
DE FATO E DE  
DIREITO

---

Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina



# UNISUL DE FATO E DE DIREITO

Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina

*ANO VIII | Nº 14 | JANEIRO A JULHO | 2017*



**Editora Unisul**



**Editora Unisul**

**Laudelino J. Sardá**

*Diretor*

**Alessandra Turnes**

*Assistente Editorial*

**Amaline Mussi**

*Assistente de Produção*

**Deonísio Silva**

*Coordenação de Projetos Nacionais*

**Larissa de Souza**

*Assistente de Vendas*

**Roseli Maria Sacker**

*Revisão*

**Ofício (oficio.com.br)**

*Editoração eletrônica*

Avenida Pedra Branca, 25

Fazenda Universitária Pedra Branca

88137-270 – Palhoça SC

Fone: (48) 3279-1088

Fax: (48) 3279-1170

editora@unisul.br

## Unisul De Fato e De Direito

**Rosângela Tremel MSc.**

**Editor-chefe**

OAB/SC 13.891

DRT/SC 919-JP

### Conselho Editorial

Doutor Adolfo Mamoru Nishiyama - Unip

Professor Alex Sandro Sommariva - Unisul

Professor Mestre Ana Márcia Marquez Targa

Professor Doutor Baltazar de Andrade Guerra - Unisul

Professor Doutor Felipe Asensi- UERJ

Professor Doutor Gilberto Fachetti -UFES

Professor Doutor José Calvo Gonzáles - Universidade de Málaga

Professor Doutor Karla Leonora Dahse Nunes - Unisul

Professor Mestre/Doutorando Leonardo Andreotti Paulo de Oliveira

- Instituto Brasileiro de Direito Desportivo

Professor Mestre Lester Marcantonio Camargo - Unisul

Professor Doutor Luciano Nascimento Silva - UEPB

Professor Mestre Maurício Daniel Moncons Zanotelli - Unisul

Professor Doutor Miguel Gutiérrez Bengoechea - Universidade de Málaga

Professor Especialista Rejane Johansson - Unisul

Professor Doutor Rennan Faria Kruger Thamay - Fadisip

Professor Doutor Sidney Eloy Dalabrida - Unisul

Professor Mestre Solange Büchele S.Thiago - Unisul

Professor Especialista Tatyane Barbosa Phillipi -Unisul

Professor Especialista/Doutorando Virginia Lopes Rosa -Unisul

Professor Mestre Zacaria Alexandre Nassar -Unisul

**UNA - Ciências Sociais, Direito, Negócio e Serviços.**

Coordenação: **Amanda Pizzolo**

### CAPA

**Foto:** Cardeal-amarelo (*Gubernatrix cristata*)

**Fotógrafo:** Tycho Brahe Fernandes

(autorretrato-alheio.blogspot.com.br)

---

*As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade de seus autores e não refletem, necessariamente, a posição desta Revista. Os artigos para análise devem ser remetidos via email, pelo endereço direito@unisul.br*

---

U4 Unisul de fato e de direito : revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina / Universidade do Sul de Santa Catarina.

- v. 1, n. 1 (jul./dez. 2010) – . Palhoça : Ed. Unisul, 2016.

Semestral

ISSN 2177-5303

1. Direito.I. Universidade do Sul de Santa Catarina.

CDDir – 340

# sumário

<b>EDITORIAL</b>	<b>7</b>
<b>DE FATO</b>	
<b>Reconhecimento</b>	<b>11</b>
<b>Conselheiros em destaque</b>	<b>13</b>
<b>DE DIREITO</b>	
<b>Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal</b>	<b>19</b>
<i>Ingo Wolfgang Sarlet</i>	
<b>La migración y trabajo en México bajo la tutela de los Derechos Humanos</b>	<b>53</b>
<i>Julio Ismael Camacho Solís</i>	
<b>A eficácia horizontal dos direitos fundamentais</b>	<b>75</b>
<i>João Humberto Cesário</i>	
<b>La tercerización laboral (outsourcing)</b>	<b>109</b>
<i>Omar Toledo Toribio</i>	
<b>Os embargos de declaração no novo Código de Processo Civil</b>	<b>147</b>
<i>Vinicius Silva Lemos</i>	
<b>O Iraque enquanto estado falido é um fator de perturbação e instabilidade do sistema internacional</b>	<b>181</b>
<i>Ane Cristina Figueiredo Pereira de Faria, Jéssica García e André Ricardo Cruz Machado</i>	
<b>El proceso de armonización fiscal en Europa: un recorrido histórico con base en los informes más relevantes</b>	<b>207</b>
<i>Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo</i>	
<b>Concurso de crimes: análise à luz do direito penal português e brasileiro</b>	<b>241</b>
<i>Rafael Freire Ferreira</i>	
<b>Prescrição da pena criminal e inelegibilidade: temas inexplorados e futuros <i>overruling's</i> na jurisprudência do TSE</b>	<b>265</b>
<i>Ruy Samuel Espíndola</i>	
<b>As diferentes concepções do ser em filosofia e o ser na sociedade pós-moderna</b>	<b>301</b>
<i>Elaine Cristina Pardi Domingues</i>	
<b>Engenharia genética (de aperfeiçoamento): somos quem podemos ser?</b>	<b>321</b>
<i>Diego Henrique Schuster</i>	
<b>A crise de legitimidade política na atualidade</b>	<b>339</b>
<i>Guilherme Miraldi da Silva Santos e Alexandre Pedro Moura D'Almeida</i>	

## O QUE ESTAMOS PESQUISANDO

<b>Mediação: a efetividade de sua aplicação na resolução de conflitos familiares a partir de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro</b> <i>Aline Mayara Sebben</i>	359
<b>A ação civil pública e sua eficácia na proteção do meio ambiente</b> <i>Bruno Pereira Drabeski</i>	360
<b>O dano temporal no âmbito das relações de consumo</b> <i>Cristiele Souza Valentini</i>	361
<b>A incidência das falsas memórias no processo penal</b> <i>Fabiane Romanzini Pritsch</i>	362
<b>A rotulagem de alimentos sob a perspectiva da segurança alimentar e nutricional, do direito humano à alimentação adequada e dos direitos do consumidor no Brasil</b> <i>Fernanda Gavioli</i>	363
<b>A (in) constitucionalidade da atuação apuratória por parte da polícia militar nos crimes praticados por organizações criminosas</b> <i>Júlio César de Oliveira Junior</i>	364
<b>A revogação do mandato político através do recall</b> <i>Kiara Fernanda Gonçalves</i>	365
<b>demissão por justa causa em razão de publicações nas redes sociais: uma análise do princípio da liberdade de expressão do empregado frente ao direito à honra e à boa fama do empregador</b> <i>Mariana Moreira Carmes</i>	366
<b>Colaboração premiada: meio eficaz de obtenção de prova</b> <i>Natan Loch</i>	367
<b>A criminalização dos atos discriminatórios contra a diversidade sexual e transgeneridades à luz do princípio da dignidade humana</b> <i>Paulo Luis Schultz</i>	368
<b>A alienação fiduciária de bens imóveis como garantia nos financiamentos fora do sistema financeiro imobiliário</b> <i>Rui Carlos Cordioli</i>	369

## E D I T O R I A L

### Prezados leitores,

**E**m tempos áspers, esta é uma edição que prioriza a humanização. O leitor pode começar seu exercício de exacerbação de aspectos do verbo ser com a foto da capa, clique perfeito, sonho de muitos fotógrafos da natureza, e obtido por Tycho Brahe Fernandes (autorretrato-alheio.blogspot.com.br): o cardeal-amarelo. Trata-se de um dos pássaros mais ameaçados de extinção do Brasil. Chegou mesmo a ser considerado extinto durante cerca de 15 anos, até recentemente ter sido fotografado em seu ambiente natural. Hoje a estimativa é de que existam cerca de 50 aves da espécie no extremo sul do país.

Humanizar é preciso. De direito, nossa edição aborda o princípio da dignidade da pessoa humana, passa pela questão direito ao trabalho dos migrantes sob a tutela das garantias fundamentais, e vira a página para tratar destas citadas garantias em sua eficácia horizontal.

Aproximando culturas e ignorando distâncias geográficas, traz-se estudo sobre concurso de crimes, comparando direito penal português e brasileiro, ao tempo em que se analisa os efeitos da terceirização laboral em países da América Latina e da Europa.

Ainda dentro desta visão globalizada, pensa-se na instabilidade do sistema internacional, seja observando a falência de um Estado como o Iraque ou analisando a contínua busca de harmonização fiscal na Comunidade Europeia.

Como a lei torna o mundo mais justo, abre-se espaço para estudo da parte técnica legal com embargos de declaração no vigente Código de Processo Civil.

Sobre conturbado cenário eleitoral nacional, necessário analisar temas polêmicos, como prescrição da pena criminal e inelegibilidade, pensando-os como passíveis de futuras alterações de entendimento jurisprudencial pelo TSE .

O viés principal desta edição, entretanto, é o ser, cujas concepções são filosoficamente abordadas para que depois o leitor, ao folhear a Revista, depare com a respostas à pergunta: somos quem podemos ser?

Esta seleção se encerra com retorno aos clássicos, no intuito de buscar respostas às querelas do ser humano em seu cotidiano.

Nossos Conselheiros em Destaque trazem momentos de excelência para partilhar: Professor Doutor Adolfo Mamoru Nishiyama lança novo livro, desta vez com vistas a tutelar os consumidores de vulnerabilidade peculiar, fundamental com vistas à humanização das relações, inclusive as de consumo.

Professor Doutor Baltazar de Andrade Guerra prima por atuação sem fronteiras, basta olhar a quantidade de projetos que integra e lidera.

Professor Doutor José Calvo recebe condecoração concedida pelo Ministério da Justiça espanhol, prêmio que homenageia o trabalho dos profissionais do direito e o estudo da lei na Espanha.

Na seção De Fato, o leitor pode se inteirar da retrospectiva do ano que passou e do quanto nossa Revista cresceu. O texto foi publicado no Portal Unisul, em 9 de dezembro último.

Os espaço destinado ao acadêmico da Unisul vem sob a supervisão e revisão dos coordenadores de monografia, com os resumos dos trabalhos indicados para publicação.

Boa leitura.

**Rosangela Tremel**

*Editor-chefe*



**DE FATO**



## RECONHECIMENTO

**Momento de Excelência Acadêmica:  
professor da Mackenzie indica nossa Revista  
para leitura dos graduandos em Direito**

São Paulo, 01 de setembro de 2016

À  
EDITORA UNISUL  
Att. Dra. Rosangela Tremel  
Editor-Chefe

Cara Dra. Rosangela,

Acuso o recebimento hoje do volume 13 da excelente Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, que me foi enviada pela Virgínia L. Rosa, por recomendação decorrente da sua gentileza. Já havia recebido o volume 12 dessa revista e, naquela ocasião, notei a qualidade dos textos e o cuidado respeitoso com a edição.

No volume atual destaquei alguns artigos que estão relacionados com minha cadeira de Processo de Conhecimento Civil que leciono na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, para indicação de leitura e arquivo a meus alunos da graduação, na certeza de que serão de grande utilidade na formação intelectual deles.

Espero continuar recebendo tão valiosa contribuição que revela, aliás, a generosidade da UNISUL e da e sua editora para com as instituições congêneres, como a UPM, à qual muito me honra pertencer desde meu tempo de estudante e como professor de Direito Processual Civil há ininterruptos 40 anos!

Quero cumprimentá-la e colocar-me à sua disposição.

Cordialmente.

Jeremias Alves Pereira Filho

# REVISTA É DESTAQUE NO SITE UNISUL HOJE

Início · Featured (Destaque) · De fato e de Direito: retrospecto positivo da revista em 2016

Featured (Destaque)

## De fato e de Direito: retrospecto positivo da revista em 2016

9 de dezembro de 2016



"Um prazer trabalhar neste projeto com profissionais cujo incentivo é constante. A foto bati na Casa Fernando Pessoa, em Lisboa, frase que define nossa meta, infinito afora", salienta a professora Rosângela Tremel.

**De fato e de Direito: retrospecto positivo da revista em 2016** - A Unisul De Fato e de Direito - Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, trilhou o caminho de consolidação de seu nome no meio editorial.

Seguindo a linha de facultar textos de grandes nomes do panorama jurídico aos estudiosos do direito, os esforços editoriais foram formalmente recompensados quando o professor Jeremias Alves Pereira Filho fez questão de partilhá-lo com os alunos da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, registrando o fato em correspondência.

### De Fato e de Direito: leia parte da correspondência recebida

"Destaquei alguns artigos que estão relacionados com minha cadeira de Processo de Conhecimento Civil que leciono na Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie para indicação de leitura e arquivar a meus alunos da graduação, na certeza de que serão de grande utilidade na formação intelectual deles. Espero continuar recebendo tão valiosa contribuição que revela, aliás, a generosidade da Unisul e de sua editora para com as instituições congêneres, como a UPM, de qual muito me honra pertencer desde meu tempo de estudante e como professor de Direito Processual Civil há ininterruptos 40 anos!"

*O acesso ao periódico é de aproximadamente mil acessos por mês. Acentua-se a procura pelo periódico em maio e setembro, quando a edição semestral é colocada no ar. Nestes meses específicos o número de leitores passa de mil e quinhentos. Com base em relatórios, os acessos são realizados de diferentes países, e há indicação de leituras em espanhol, francês e inglês.*

### De Fato e de Direito: retrospecto

**O Conselho Editorial da Revista De Fato e de Direito recebeu professores doutores da Universidade de Málaga-Espanha, José Calvo e Miguel Gutiérrez Bengoechea, e o professor doutor da Universidade Paulista, Adolfo Mamoru Nishiyama, nomes que engrandecem as publicações e tornam ainda mais rigoroso o processo de seleção de artigos.**

Durante o segundo semestre de 2016, a Revista Jurídica da Unisul recebeu solicitação de exemplares para sorteio em diferentes congressos realizados no país. E, passou a integrar o acervo da Biblioteca do Ministério Público de São Paulo.

Levada em mãos, chegou à biblioteca da Universidade Autónoma de Lisboa. Embora não sendo literatura, De Fato e de Direito foi solicitada pelo curador da Casa de Fernando Pessoa (Lisboa), por causa do artigo sobre direitos autorais, na última edição assinado por Ernesta Ganzo.

O ano que se encerra marca a parceria com a Editora da Universidade Estadual da Paraíba, através do professor doutor Luciano Nascimento, que se materializará sob forma de livro digital, marco da trajetória da revista, a ser lançado nos primeiros meses de 2017.

**Acesse a Unisul De Fato e de Direito - Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, AQUI!**

## CONSELHEIROS EM DESTAQUE

## Consumidor de vulnerabilidade particular tem obra específica assinada pelo Conselheiro Adolfo Mamoru Nishiyama

No final de 2016, a sociedade civil como um todo e o mundo jurídico em particular, receberam um presente materializado no livro do professor Adolfo Mamoru Nishiyama, *Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo*, selo editora Juruá. Trata-se de verdadeiro tributo à necessidade de inclusão social das pessoas com deficiência, uma obra de abordagem técnica, eivada de solidariedade e apoio a este segmento social.

Em contexto tão egoístico e conturbado, o professor Adolfo Mamoru Nishiyama, Conselheiro Editorial De Fato e De Direito, dedicou seu doutorado para estudar este consumidor de vulnerabilidade peculiar. A tese virou livro rapidamente e, além de amparar público específico, reforça a cidadania de todos nós voltada para construção de um mundo mais justo.

O autor desenvolve o tema com rara sensibilidade, aliada à arguta visão que o transformou em jovem jurista consagrado, com destaque no direito do consumidor, mas também trilhando as veredas de estudos constitucionais e processuais, nesta última área ele assina livro dos mais vendidos, *Prática de Direito Processual Civil*, já na 7ª edição, pela Editora Atlas.

*Proteção jurídica das pessoas com deficiência nas relações de consumo* é obra que se impõe no presente momento em que se repensa o Estado e, nesta toada, se reformulam políticas públicas, das quais carece este segmento de público com vistas à inclusão social crescente. O brilhante professor Adolfo foi além de detectar a necessidade: ele estudou o caso jurídico e nos oferece, a todos, um norte específico para reforçar a dignidade humana.

## Conselheiro Baltazar guerra: seus projetos não conhecem fronteiras

**I**ntegralmente voltado para a sustentabilidade sistêmica, professor doutor Baltazar de Andrade Guerra, Conselheiro Editorial De Fato e De Direito, atua muito além da sala de aula e dos pareceres para nossa Revista, dentre tantas outras. Cria, administra e desenvolve projetos que não conhecem fronteiras : Fellow do Cambridge Centre for Environment, Energy and Natural Resource Governance, Universidade de Cambridge. Diretor do Grupo de pesquisa em Eficiência Energética e Sustentabilidade (Greens), Unisul. Diretor do Projeto LINKS 2015 - Linkages between energy, food and water consumption for Brazil in the context of climate change mitigation strategies, financiado pela CONFAP/FAPESC (Brasil) e RCUK (Reino Unido). Diretor do Projeto BRIDGE - Building Resilience In a Dynamic Global Economy: Complexity across scales in the Brazilian Food-Water-Energy Nexus, financiado pela CONFAP/FAPESC (Brasil) e RCUK (Reino Unido).. Pesquisador afiliado do “The Cambridge Centre for Climate Change Mitigation Research (4CMR) da “University of Cambridge. Diretor Executivo, junto da UNISUL, das redes internacionais de pesquisa: JELARE - Consórcio de Universidades Européias e Latino-Americanas em Energias Renováveis (2009-2011) e REGSA - Consórcio de promoção da geração de energia renovável na América do Sul (2010-2014), financiados pela União Européia. Membro dos Conselhos Científicos dos: “World Symposium in Sustainable Development at Universities” (evento paralelo da Conferência Rio+20), nas suas três edições: 2012, 2014 e 2016; do “World Symposium on Climate Change Adaptation” (WSCCA- 2015) e do “Green Campus Summit”.

## Conselheiro Editorial José Calvo: reconhecimento de fato e de direito

Professor José Calvo foi condecorado, em 16 de janeiro último, com a Cruz de San Raimundo de Peñafort. O prêmio, concedido pelo Ministério da Justiça espanhol, reconhece o trabalho dos profissionais do direito e o estudo da lei.

O Ministério da Justiça concedeu ao Professor de Filosofia do Direito da Universidade de Málaga, José Calvo, o 'distinta cruz de 1ª Classe da Ordem de St. Raymond de Peñafort' no aniversário da Constituição espanhola de 1978. Esta distinção, instituída pelo Decreto de 23 de Janeiro de 1944, visa premiar os méritos dos profissionais envolvidos na administração da justiça, bem como no cultivo e aplicação do estudo da lei em todos os seus ramos.

José Calvo González é Professor de Filosofia do Direito da Universidade de Málaga e membro do Departamento de Direito Financeiro e Filosofia do Direito e encontra tempo para integrar nossa equipe de conselheiros editoriais na Revista Jurídica De Fato e De Direito. Ele tem uma longa carreira como professor, é autor de inúmeros artigos científicos e capítulos de livros, sendo um líder internacional no estudo e pesquisa de direito.

Parabéns, Conselheiro José Calvo! Homenagem merecida de fato e de direito





**DE DIREITO**



# DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

## *THE HUMAN DIGNITY PRINCIPLE IN THE JURISPRUDENCE OF THE BRAZILIAN FEDERAL SUPREME COURT*

.....  
**Ingo Wolfgang Sarlet**<sup>1</sup>  
.....

### RESUMO

O presente artigo versa sobre a compreensão e aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal do Brasil (STF), passando por uma apresentação conceitual do princípio, para depois discutir a sua função como valor, princípio e regra na ordem constitucional brasileira, em especial no que diz com sua articulação com os direitos e garantias fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Dignidade da pessoa humana. Direitos e garantias fundamentais. Supremo Tribunal Federal.*

### ABSTRACT

This paper discusses how the human dignity principle is being understood and applied through Brazilian Federal Supreme Court's jurisprudence, approaching a conceptual analysis and discussing its function as a value, a principle and a rule in the Brazilian constitutional order, mainly in relation to its articulation with the fundamental rights and guarantees.

**KEY-WORDS:** *Human Dignity. Fundamental rights and guarantees. Brazilian Federal Supreme Court.*

---

1 Doutor e Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Munique, Alemanha. Professor Titular da Faculdade de Direito e dos Programas de Mestrado e Doutorado em Direito e em Ciências Criminais da PUCRS. Juiz de Direito no RS.

## 1 INTRODUÇÃO

A dignidade da pessoa humana, consagrada na condição de princípio fundamental estruturante e informador de toda a ordem jurídico-constitucional no artigo 1º, III, da Constituição Federal de 1988 (doravante CF), tem assumido uma posição de maior destaque na esfera de sua invocação e aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o que, aliás, se verifica em todos os níveis da Jurisdição, seja na esfera da Justiça Estadual, seja no domínio da Justiça Federal comum e especializada, especialmente, neste último caso, da Justiça do Trabalho. Mas é na prática decisória do Supremo Tribunal Federal (STF) que o sentido e alcance atribuído à dignidade da pessoa humana assume feição particularmente relevante, considerando-se o caráter vinculativo e diretivo da jurisprudência daquele que vem a ocupar, no caso brasileiro (e à moda brasileira), a condição de guardião da Constituição. Todavia, para viabilizar a análise seletiva da jurisprudência da nossa Corte Constitucional, importa, num primeiro passo, tematizar o conceito, as dimensões e funções da dignidade no Estado Constitucional, seguindo-se o exame da jurisprudência do STF, com ênfase na relação entre dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, ilustrado por alguns exemplos, tudo com o propósito de compreender como se aplica o princípio (e regra) da dignidade da pessoa humana no Brasil, de modo a poder avançar com algumas considerações finais de caráter crítico.

## 2 NOTAS SOBRE O CONCEITO, DIMENSÕES E FUNÇÕES DA DIGNIDADE DA PESSOA NO ESTADO CONSTITUCIONAL

A despeito das inúmeras tentativas formuladas ao longo dos tempos, notadamente (mas não exclusivamente) no âmbito da fecunda tradição filosófica ocidental,<sup>2</sup> verifica-se que uma conceitua-

---

2 A respeito deste ponto, no que diz com a literatura brasileira, v. especialmente o nosso Dignidade da Pessoa e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. Dentre os autores estrangeiros, v., na literatura alemã e considerando apenas a produção monográfica, mais recentemente, Paul Tiedemann, *Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung*, Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007, especialmente, no que diz com a noção de dignidade no pensamento filosófico, p. 109-174. Na literatura em língua espanhola, v. entre outros, Antonio Pele, *La dignidad humana. Sus Orígenes en el Pensamiento Clásico*, Madrid: Dikynson, 2010 (embora priorizando a concepção de dignidade dos autores do período clássico, especialmente Aristóteles, Cícero e Sêneca).

ção mais precisa do que efetivamente seja esta dignidade, inclusive para efeitos de definição do seu âmbito de proteção na esfera do Direito, continua a ser um desafio para todos os que se ocupam do tema. Tal dificuldade, consoante exaustiva e corretamente destacado na doutrina, decorre certamente (ao menos também) da circunstância de que se cuida de conceito de contornos vagos e imprecisos,<sup>3</sup> caracterizado por uma “ambiguidade e porosidade”, assim como por sua natureza necessariamente polissêmica<sup>4</sup>. Nesta perspectiva, embora com a devida cautela, há como acompanhar José de Melo Alexandrino quando averba que “o princípio da dignidade da pessoa humana parece pertencer àquele lote de realidades particularmente avessas à claridade, chegando a dar a impressão de se obscurecer na razão directa do esforço despendido para o clarificar”<sup>5</sup>.

Uma das principais dificuldades, todavia, reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa humana, diversamente do que ocorre com as normas que definem e asseguram direitos fundamentais, não se trata de demarcar aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida por muitos – por mais reservas que se deva ter em relação a tal concepção! - como inerente (melhor seria atribuída e/ou reconhecida) a todo e qualquer ser humano. É precisamente nesta perspectiva que a dignidade passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal, definição esta que, todavia, acaba por não contribuir muito para uma compreensão satisfatória do que efetivamente é o âmbito de proteção da dignidade na sua condição jurídico-normativa.<sup>6</sup>

A despeito das dificuldades, verifica-se, contudo, que a doutrina e a jurisprudência – especialmente para o efeito da “construção”

---

3 Neste sentido, dentre tantos, Theodor Maunz e Reinhold Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*. 29. ed. München: C.H. Beck, 1994, p. 179.

4 Assim o sustenta, no Brasil, Cármen Lúcia Antunes Rocha, O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*. N, 04, 1999, p. 24.

5 Cf. José de Melo Alexandrino, “Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções” In: Estudos em Honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão. Coimbra: Almedina, 2008, V.1, p. 481.

6 Cf., por exemplo, adverte Michael Sachs, *Verfassungsrecht II – Grundrechte*, Berlin-Heidelberg-New York: Springer, 2000, p.173.

de uma noção jurídica de dignidade<sup>7</sup> – cuidaram, ao longo do tempo, de estabelecer alguns contornos basilares do conceito, concretizando minimamente o seu conteúdo, ainda que não se possa falar, também aqui, de uma definição genérica e abstrata consensualmente aceita<sup>8</sup>. Nesse contexto, costuma apontar-se corretamente para a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser conceituada de maneira fixista, ainda mais quando se verifica que uma definição desta natureza não harmoniza com o pluralismo e a diversidade de valores que se manifestam nas sociedades democráticas contemporâneas,<sup>9</sup> razão pela qual há que reconhecer que se trata de um conceito em permanente processo de construção e desenvolvimento,<sup>10</sup> assim como se dá com a própria noção de direitos humanos e fundamentais<sup>11</sup>. Portanto, também o conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, na sua condição de conceito jurídico-normativo, a exemplo de tantos outros conceitos de contornos vagos e abertos, reclama uma constante concretização e delimitação pela práxis constitucional, tarefa cometida a todos os órgãos estatais, embora sempre em diálogo com os impulsos vindos da sociedade<sup>12</sup>. Também por esta razão é indispensável que se tome sempre em conta o conteúdo e significado atribuído à noção de dignidade da pes-

7 Quando aqui se fala em uma noção jurídica de dignidade, pretende-se apenas clarificar que se está simplesmente buscando retratar como a doutrina e a jurisprudência constitucional – e ainda assim de modo apenas exemplificativo – estão compreendendo, aplicando e eventualmente concretizando e desenvolvendo uma (ou várias) concepções a respeito do conteúdo e significado da dignidade da pessoa. Por outro lado, não se questiona mais seriamente que a dignidade seja também um conceito jurídico. Neste sentido, por todos e mais recentemente, Philip Kunig, *Art. 1 GG (Würde des Menschen, Grundrechtsbindung)* in: Ingo von Münch (Org.) *Grundgesetz Kommentar* 5. ed. München: C.H. Beck, 2000, V.1, p. 76.

8 Neste sentido, a sugestiva lição de Peter Häberle, *Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft*, in: Joseph Isensee-Paul Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. Heidelberg: C.F. Muller, 1987, V.1, p. 853 para quem se revela indispensável a utilização de exemplos concretos para obter uma aproximação com o conceito de dignidade da pessoa humana, salientando, além disso, a importância de um preenchimento desta noção “de baixo para cima”, no sentido de que a própria ordem jurídica infraconstitucional fornece importante material para a definição dos contornos do conceito. Registre-se, por oportuno, a crítica de Niklas Luhmann, *Grundrechte als Institution*. 2.ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1974, p. 57, salientando que a dogmática jurídica habitualmente define a dignidade sem qualquer consideração pelas ciências que se ocupam do Homem e da Sociedade, aferrando-se a uma tradição aristotélica. Ainda que Luhmann possa ter parcial razão quanto a este aspecto, convém destacar, todavia, que sua obra foi escrita na década de 1960, quando a ciência jurídica recém estava iniciando o estudo mais sistemático da dignidade na condição de categoria jurídica.

9 Cf., por todos, José Joaquim Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 225-26.

10 Tal como proposto, entre outros, por Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social*. Revista Interesse Público, n. 4, 1999, p. 24.

11 Cf., por todos, sublinhando a relação com a dignidade da humana, Flávia Piovesan. “Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana”, in: George Salomão Leite (Org.), *Dos Princípios Constitucionais. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição*, São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180 e ss.

12 Cf. averba Reinhold Zippelius, in: *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Heidelberg, 1994, p. 14.

soa humana pelos órgãos jurisdicionais, com destaque para a assim chamada jurisdição constitucional e para os tribunais internacionais que velam pelo cumprimento dos tratados internacionais de direitos humanos, o que aqui será levado a efeito com base em especial no direito constitucional brasileiro e no labor decisório do STF.

Inicialmente, importa lembrar que embora a noção de dignidade da pessoa humana pertença aos conceitos basilares da tradição filosófica desde a antiguidade, sua relevância para o Direito é recente, e, a despeito de algumas aparições isoladas anteriores, passou a ser reconhecida apenas a partir da trágica experiência da Segunda Grande Guerra<sup>13</sup>. Por outro lado, embora elementar que o reconhecimento de uma dignidade à pessoa humana (e ao humano) não se processa apenas na esfera do Direito e na medida em que pelo Direito é reconhecida, também se revela evidente que o Direito exerce um papel crucial na sua proteção e promoção, de tal sorte que, especialmente quando se cuida de aferir a existência de ofensas à dignidade, não há como prescindir de uma clarificação quanto ao conteúdo da noção de dignidade da pessoa humana, justamente para que se possa constatar e, o que é mais importante, coibir eventuais violações desta mesma dignidade.<sup>14</sup>

Com efeito, refutando a tese de que a dignidade não constitui um conceito juridicamente apropriável e que não caberia – como parece sustentar Habermas<sup>15</sup> – em princípio, aos Juízes ingressar na esfera do conteúdo ético da dignidade, relegando tal tarefa ao debate na esfera pública (em especial, no âmbito dos parlamentos), assume relevo a observação de Denninger, no sentido de que – diversamente

---

13 Cf. porúltimo e portodos, Stephan Kirste, *Einführung in die Rechtsphilosophie*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 2010, p. 126.

14 Cf. Peter Badura, *Generalprävention und Würde des Menschen*, in: *JZ* 1964, p. 341, para quem a clareza suficiente a respeito do conteúdo da dignidade da pessoa tal qual reconhecida e protegida por uma determinada ordem constitucional constitui pressuposto para a solução adequada dos casos concretos. No mesmo sentido, v. também Jesus González Pérez, *Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas, 1986, p. 111.

15 Com efeito, Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, p. 70 e ss., argumenta, em síntese, que o Estado secularizado e neutro, quando constituído de modo democrático e procedendo de modo inclusivo, não pode tomar partido numa controvérsia ética relacionada com a dignidade da pessoa humana e o direito geral ao livre desenvolvimento da personalidade (artigos 1º e 2º da Lei Fundamental da Alemanha). Além disso – segue argumentando Habermas – quando a pergunta a respeito do tratamento dispensado à vida humana antes do nascimento envolve questões de conteúdo ético, o razoável será sempre contar com um fundado dissenso, tal qual encontrado na esfera do debate parlamentar por ocasião da elaboração das leis (no caso, Habermas fez referência expressa ao debate no Parlamento da Alemanha, ocorrido no dia 31.05.2001).

do filósofo, para quem, de certo modo, é fácil exigir uma contenção e distanciamento no trato da matéria – para a jurisdição constitucional, quando provocada a intervir na solução de determinado conflito versando sobre as diversas dimensões da dignidade, não existe a possibilidade de recusar a sua manifestação, sendo, portanto, compelida a proferir uma decisão, razão pela qual já se percebe que não há como dispensar uma compreensão (ou conceito) jurídica da dignidade da pessoa humana, já que desta – e à luz do caso examinado pelos órgãos judiciais – haverão de ser extraídas determinadas conseqüências jurídicas,<sup>16</sup> muitas vezes decisivas para a proteção da dignidade das pessoas concretamente consideradas.

Feitas estas considerações, procurar-se-á, na sequência, destacar algumas das possíveis e relevantes dimensões da dignidade da pessoa humana, ressaltando-se que tais dimensões, por sua vez, não se revelam como necessariamente incompatíveis e reciprocamente excludentes. Pelo contrário, é a multidimensionalidade da dignidade da pessoa humana na ordem jurídica que lhe poderá assegurar a sua peculiar força normativa e o cumprimento das suas funções.

Numa primeira aproximação, superando a noção (ainda extremamente influente no pensamento filosófico e jurídico contemporâneo) de que a dignidade constitui uma qualidade inata (natural) do ser humano, como algo inerente à própria condição humana, parece correto afirmar, já em outro sentido, que a dignidade representa um valor especial e distintivo reconhecido em cada ser humano como sendo merecedor de igual respeito, proteção e promoção. Além disso, não se deverá olvidar que a dignidade constitui atributo reconhecido a qualquer ser humano, visto que, em princípio, todos são iguais em dignidade, no sentido de serem reconhecidos como pessoas e integrantes da comunidade humana, ainda que não se portem de forma igualmente digna nas suas relações com seus semelhantes ou consigo mesmos.

---

16 Cf. Erhard Denninger, *Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt*, in: *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)*, Baden-Baden: Nomos, 2/2003, pp. 195-196, lembrando, nesta perspectiva (da necessária intervenção da jurisdição constitucional no plano das decisões envolvendo a dignidade da pessoa humana), a argumentação desenvolvida pela Ex-Presidente do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, Juíza Jutta Limbach (extraída de voto proferido em decisão envolvendo a descriminalização do aborto), no sentido de que assim como é correto afirmar que a ciência jurídica não é competente para responder à pergunta de quando inicia a vida humana, também é certo que as ciências naturais não estão em condições de responder desde quando a vida humana deve ser colocada sob a proteção do direito constitucional (ob.cit., p. 196).

Aliás, não é outro o entendimento que subjaz ao art. 1º da Declaração Universal da ONU (1948), segundo o qual “todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. Dotados de razão e consciência, devem agir uns para com os outros em espírito e fraternidade”, preceito que, de certa forma, revitalizou e universalizou – após a profunda barbárie na qual mergulhou a humanidade na primeira metade deste século – a noção de que a todos os seres humanos, sem distinção, é atribuída uma dignidade.

Considerando a distinção – embora nem sempre assim compreendida - entre as noções de dignidade humana (que transcende a dignidade da pessoa individualmente considerada) e dignidade da pessoa humana, parte-se aqui da premissa (de resto, praticamente um lugar comum) de que em função da dignidade que lhe é atribuída, cada ser humano é único e como tal titular de direitos próprios e indisponíveis. Nesta perspectiva, tal como formulado por Carlos Ayres Britto, “o princípio jurídico da dignidade da pessoa humana *decola* do pressuposto de que todo ser humano é um microcosmo. Um universo em si mesmo. Um ser absolutamente único, na medida em que, se é parte de um todo, é também um todo à parte; isto é, *se toda pessoa natural é parte de algo (o corpo social), é ao mesmo tempo um algo à parte* (grifos do autor)<sup>17</sup>.” Em outras palavras, fazendo coro com Jorge Miranda, “a dignidade da pessoa humana reporta-se a todas e cada uma das pessoas e é a dignidade da pessoa individual e concreta.”<sup>18</sup>

Por outro lado, tendo em conta que somente há que falar em dignidade (assim como em direitos e deveres humanos e fundamentais) num contexto marcado pela intersubjetividade, também já representa um lugar comum – embora a relevância da assertiva - que a dignidade da pessoa humana implica uma obrigação geral de respeito pela pessoa, traduzida num feixe de direitos e deveres correlativos, de natureza não meramente instrumental, mas sim, relativos a um conjunto de bens indispensáveis ao “florescimento humano”<sup>19</sup>, tudo a reforçar a - já afirmada – relação (íntima e em

---

17 Cf. Carlos Ayres Britto. *O Humanismo Como Categoria Constitucional*, 2004, op. cit., p. 27.

18 Cf. Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. V. 4, op. cit., p. 199.

19 Cf. João Loureiro. *O direito à identidade genética do ser humano*. Portugal-Brasil Ano 2000. Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 281.

parte indissociável, mas não exclusiva!) entre dignidade da pessoa humana e os direitos humanos e fundamentais.

É Justamente nessa perspectiva que a lição de Jürgen Habermas<sup>20</sup> se revela particularmente relevante, ao sugerir que a dignidade da pessoa, numa acepção rigorosamente moral e jurídica, encontra-se vinculada à simetria das relações humanas, de tal sorte que a sua *intangibilidade* (o grifo é do autor) resulta justamente das relações interpessoais marcadas pela recíproca consideração e respeito, razão pela qual apenas no âmbito do espaço público da comunidade da linguagem, o ser natural se torna indivíduo e pessoa dotada de racionalidade.<sup>21</sup> Por tal razão, como bem destaca Hasso Hofmann<sup>22</sup>, a dignidade necessariamente deve ser compreendida numa perspectiva relacional e comunicativa, constituindo uma categoria da co-humanidade de cada indivíduo (*Mitmenschlichkeit des Individuums*).

Afirmada sua dimensão intersubjetiva e relacional, necessário destacar que a dignidade da pessoa humana possui também um sentido histórico-cultural, sendo – na acepção de Peter Häberle – fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade como um todo<sup>23</sup>. Tal linha de aproximação (histórico-cultural) foi recepcionada por expressiva jurisprudência constitucional, destacando-se aqui precedente do Tribunal Constitucional de Portugal, que, no âmbito do Acórdão nº 90-105-2, de 29.03.1990, assentou que “a idéia de dignidade da pessoa humana, no seu conteúdo concreto – nas exigências ou corolários em que se desmultiplica – não é algo

---

20 Cf. Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 62 e ss.

21 Cf. Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001, p. 65.

22 Cf. Hasso Hofmann, Die versprochene Menschenwürde, in: *Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)*, n. 118, 1993, p. 364, posicionando-se – ao sustentar que a dignidade, na condição de conceito jurídico, assume feições de um conceito eminentemente comunicativo e relacional – no sentido de que a dignidade da pessoa humana não poderá ser destacada de uma comunidade concreta e determinada onde se manifesta e é reconhecida. No mesmo sentido, reconhecendo que a dignidade também assume a condição de conceito de comunicação, v., no âmbito da doutrina lusitana, a referência de Jonas Machado. *Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social*, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 360.

23 Cf. Peter Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Josef Isensee; Paul Kirchhof (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. 1, Heidelberg: C. F. Müller, 1987, p. 860, destacando-se que a despeito da referida dimensão cultural, a dignidade da pessoa mantém sempre sua condição de valor próprio, inerente a cada pessoa humana, podendo falar-se assim de uma espécie de “constante antropológica”, de tal sorte que a dignidade possui apenas uma dimensão cultural relativa (no sentido de estar situada num contexto cultural), apresentando sempre também traços tendencialmente universais (ob. cit., p. 842-843).

puramente apriorístico, mas que necessariamente tem de concretizar-se histórico-culturalmente”<sup>24</sup>.

Para além das dimensões já apresentadas e em diálogo com as mesmas, indispensável compreender – até mesmo pela relevância de tal aspecto para os direitos e deveres humanos e fundamentais – que a dignidade possui uma dimensão dúplice, que se manifesta por estar em causa simultaneamente a expressão da autonomia da pessoa humana (vinculada à idéia de autodeterminação no que diz com as decisões a respeito da própria existência), bem como da necessidade de sua proteção (assistência) por parte da comunidade e do Estado, especialmente - mas não exclusivamente! - quando fragilizada ou até mesmo – e principalmente – quando ausente a capacidade de autodeterminação.<sup>25</sup> Tal concepção guarda sinergia também com a doutrina de Dworkin<sup>26</sup>, que parte do pressuposto de que a dignidade possui “tanto uma voz ativa quanto uma voz passiva e que ambas encontram-se conectadas”, de tal sorte que é no valor intrínseco (na “santidade e inviolabilidade”) da vida humana (de todo e qualquer ser humano) que encontramos a explicação para o fato de que mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada<sup>27</sup>.

Que essa assertiva não conduz necessariamente à refutação da possível distinção (mas não dissociação) entre as noções de pessoa

24 Acórdão nº 90-105-2, de 29.03.90, Relator Bravo Serra, onde, para além do aspecto já referido, entendeu-se ser do legislador “sobretudo quando, na comunidade jurídica, haja de reconhecer-se e admitir-se como legítimo um pluralismo mundivisional ou de concepções” a tarefa precípua de “em cada momento histórico, ‘ler’, traduzir e verter no correspondente ordenamento aquilo que nesse momento são as decorrências, implicações ou exigências dos princípios ‘abertos’ da Constituição.”

25 Cf., dentre tantos, Martin Koppernock, *Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung*, Baden-Baden: Nomos, 1997, p. 19-20, salientando – na esteira de outros doutrinadores, que mesmo presente, em sua plenitude, a autonomia da vontade (dignidade como capacidade de autodeterminação) esta poderá ser relativizada em face da dignidade na sua dimensão assistencial (protetiva), já que, em determinadas circunstâncias, nem mesmo o livre consentimento autoriza determinados procedimentos, tal como ocorre, v.g., com a extração de todos os dentes de um paciente sem qualquer tipo de indicação médica, especialmente quando o consentimento estiver fundado na ignorância técnica. Até que ponto, nesta e em outras hipóteses até mesmo mais gravosas, é possível falar na presença de uma plena autonomia, é, de resto, aspecto que refoge ao âmbito destas considerações, mas que, nem por isso, deixa de merecer a devida atenção.

26 Cf. Ronald Dworkin, *El Dominio de la Vida*. Una Discusión acerca del Aborto, la Eutanasia y la Libertad Individual, Barcelona: Ariel, 1998, p. 306-307.

27 Cf. Ronald Dworkin, *El Dominio de la Vida*. Una discusión acerca del aborto, la eutanasia y la libertad individual, Barcelona: Ariel, 1998, p. 306-309. Sobre a distinção (autonomia), mas mesmo assim íntima conexão entre dignidade e da vida (pois dignidade e vida, como princípios e direitos fundamentais, referem-se, em primeira linha, à pessoa humana, sendo esta o elo comum) bem como a respeito das relações entre ambos os valores, v. especialmente os desenvolvimentos de Michael Kloepper, *Leben und Würde des Menschen*, in: *Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht*, Tübingen: J. C. Mohr (Paul Siebeck), 2001, especialmente p. 78 e ss.

e dignidade, vai aqui afirmado, ainda que não desenvolvido, muito embora se cuide de um dos principais aspectos do pensamento de Hegel<sup>28</sup>, recuperado e desenvolvido, mais recentemente, por autores como Habermas (que traça uma linha distintiva entre o que chama de dignidade da pessoa e dignidade da vida humana<sup>29</sup>) e Stephan Kirste (que, em termos gerais, identifica a dignidade, na perspectiva jurídica, com a noção de Pessoa como sujeito de direitos – “*Rechtsperson*”)<sup>30</sup>, apenas para citar alguns dos autores que tem desenvolvido tal orientação, muito embora mediante argumentos nem sempre coincidentes.

Também (mas não apenas) neste contexto assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (portanto, de todos e de cada um)<sup>31</sup>, condição dúplice esta que também aponta para uma paralela e conexa dimensão (em particular no que diz com a perspectiva jurídico-constitucional) defensiva e prestacional da dignidade, ainda mais evidente quando se cuida de identificar a conexão entre a dignidade da pessoa humana e os direitos e garantias fundamentais, o que será objeto de maior atenção logo adiante, quando da identificação de alguns exemplos extraídos da jurisprudência constitucional brasileira.

- 
- 28 Com efeito, de acordo com Kurt Seelmann, *Person und Menschenwürde in der Philosophie Hegels*, in: Horst Dreier (Org.), *Philosophie des Rechts und Verfassungstheorie. Geburtstagsymposium für Hasso Hofmann*, Berlin: Duncker & Humblot, 2000, p. 141, destaca que o mais apropriado seria falar que, ao pensamento de Hegel (e não estritamente na sua Filosofia do Direito), encontra-se subjacente uma teoria da dignidade como viabilização de determinadas prestações. Tal teoria, além de não ser incompatível com uma concepção ontológica da dignidade (vinculada a certas qualidades inerentes à condição humana), significa que uma proteção jurídica da dignidade reside no dever de reconhecimento de determinadas possibilidades de prestação, nomeadamente, a prestação do respeito aos direitos, do desenvolvimento de uma individualidade e do reconhecimento de um auto-enquadramento no processo de interação social. Além disso, como, ainda, bem refere o autor, tal conceito de dignidade não implica a desconsideração da dignidade (e sua proteção) no caso de pessoas com deficiência mental relevante ou gravemente enfermos, já que a possibilidade de proteger determinadas prestações não significa que se esteja a condicionar a proteção da dignidade ao efetivo implemento de uma dada prestação, já que também aqui (de modo similar – como poderíamos acrescentar – ao que se verificou relativamente ao pensamento Kantiano, centrado na capacidade para a autodeterminação inerente a todos os seres racionais) o que importa é a possibilidade de uma prestação (ob. cit., p. 142). A respeito das diversas dimensões da dignidade encontradas no pensamento de Hegel, v., ainda, a breve referência de Otfried Höffe, “*Menschenwürde als ethisches Prinzip*”, in: Otfried Höffe; Ludger Honnefelder; Josef Jense; *Gentechnik und Menschenwürde. An den Grenzen von Ethik und Recht*, Köln: Du Mont, 2002, p. 133.
- 29 Cfr. Jürgen Habermas, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zur einer liberalen Eugenik?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987, p. 57 e ss.
- 30 Cf. Stephan Kirste. A dignidade humana e o conceito de pessoa de direito. In: Ingo Wolfgang Sarlet (Org), *Dimensões da Dignidade. Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 175-198.
- 31 Cf., por todos, Adalbert Podlech, *Anmerkungen zu Art. 1 Abs. 1 Grundgesetz*, in: Rudolf Wassermann (Org.) *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland* (AlternativKommentar), v. 1, 2.ed. Neuwied: Luchterhand, 1989, p. 280-281.

## 4 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NA VISÃO DO STF

### 4.1 Dignidade como princípio estruturante e critério de legitimação da ordem jurídico-constitucional

Ao examinar o *status* jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana no âmbito de nosso ordenamento constitucional, verifica-se que, no Brasil, diversamente de outras ordens jurídicas onde nem sempre houve clareza quanto ao seu correto enquadramento,<sup>32</sup> o constituinte de 1988 preferiu não incluir a dignidade da pessoa humana no rol dos direitos e garantias fundamentais, guindando-a, consoante já frisado, à condição de princípio (e valor) fundamental (artigo 1º, inciso III, da CF), muito embora a inclusão – no que diz com a terminologia adotada pela CF – no Título dos princípios fundamentais, não afasta a circunstância de que a dignidade, em diversas situações, no campo do Direito, atua como regra jurídica, em outras palavras, como fundamento de regras jurídicas, como é o caso, por exemplo, da proibição da tortura, que será objeto de alguma atenção mais adiante.

Embora entendamos que a discussão em torno da qualificação da dignidade da pessoa como princípio ou direito fundamental não deva ser superestimada, já que não se trata de conceitos necessariamente antitéticos e reciprocamente excludentes (não só, mas também, pelo fato de que as próprias normas de direitos fundamentais igualmente assumem a dúplice condição de princípios e regras<sup>33</sup>),

---

32 Assim ocorre, por exemplo, na Alemanha, onde, inexistindo título autônomo para os princípios fundamentais, a dignidade da pessoa humana consta no catálogo dos direitos fundamentais (art. 1º, inc. I), sendo considerada – de acordo com a doutrina majoritária e jurisprudência constitucionais – simultaneamente um direito fundamental e um princípio fundamental da ordem de valores objetiva, havendo, contudo, quem negue o caráter de direito fundamental da dignidade da pessoa humana. Sobre esta discussão, que aqui deixaremos de aprofundar, v., dentre tantos, Klaus Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III/1, München: C. H. Beck, 1988, p. 22 e ss. Assim também Theodor Maunz- Reinhold Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, 29. ed. München: C. H. Beck, 1994, p. 180, e Tatjana Geddert-Steinacher, *Menschenwürde als Verfassungsbegriff*, Berlin: Duncker & Humblot, 1990, p. 164 e ss., Wollfram Höfling, Anmerkungen zu Art. 1 Abs 3 Grundgesetz, in: Michael Sachs (Org), *Grundgesetz - kommentar*, München: C. H. Beck, 1996, p. 102, Horst Dreier, Anmerkungen zu Art. 1 GG, in: Horst Dreier (Org), *Grundgesetz Kommentar*, vol. I, Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, p. 117-119, Christian Starck. lin: *Bonner Grundgesetz*, p. 47-9, bem como Michael Sachs, *Verfassungsrecht II. Grundrechte*, Berlin-Heidelberg-New York: Springer-Verlag, 2000, p. 171 e ss.

33 Sobre o caráter dúplice (princípio e regra) das normas de direitos fundamentais, v. Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2. Aufl., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 71 e ss. No Brasil, v. , por último, destacando tal característica também para a dignidade da pessoa humana, v. Virgílio Afonso da Silva, *Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia*. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 183 e ss.

comungamos do entendimento de que, além de os direitos fundamentais expressamente consagrados na Constituição encontrarem – pelo menos em grande parte - seu fundamento na dignidade da pessoa humana, também é possível reconhecer que do próprio princípio da dignidade da pessoa podem e até mesmo devem ser deduzidas posições jusfundamentais (direitos e deveres), ainda que não expressamente positivados, de tal sorte que, neste sentido, é possível aceitar que se trata de uma norma de direito fundamental, muito embora daí não decorra, pelo menos não necessariamente, a existência de um direito fundamental à dignidade.<sup>34</sup> Tal aspecto, aliás, chegou a ser objeto de lúcida referência feita pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, ao considerar que a dignidade da pessoa não poderá ser negada a qualquer ser humano, muito embora seja violável a pretensão de respeito e proteção que dela (da dignidade) decorre.<sup>35</sup> Assim, quando se fala em um direito à dignidade, se está, em verdade, a considerar o direito ao reconhecimento, respeito, proteção e até mesmo promoção e desenvolvimento da dignidade, sem prejuízo de outros sentidos que se possa atribuir aos direitos fundamentais relativos à dignidade da pessoa.

Num primeiro momento – convém frisá-lo –, a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o artigo 1º, inciso III, da CF, não contém apenas (embora também e acima de tudo) uma declaração de conteúdo ético e moral, mas que constitui norma jurídico-positiva dotada, em sua plenitude, de *status* constitucional formal e material e, como tal, inequivocamente dotado de eficácia e aplicabilidade, alcançando, portanto, a condição de valor jurídico fundamental da comunidade.<sup>36</sup> Nesse contexto, na sua qualidade de princípio fundamental, a dignidade da pes-

---

34 Cf. sustenta, entre outros, Béatrice Maurer, “Notes sur le respect de la dignité humaine...ou Petite Fugue Inachevéé Autour d’un Thème Central”, in: Alain Sérieux et alii. *Le Droit, Le Médicine et L’être Humain*, Aix-Em-Provence: Presses Universitaires D’Aix-Marseille, 1996, p. 207.

35 Cf., por exemplo, BverfGE 87, 209 (228), citado por Horst Dreier, Art. 1 I GG, in: Horst Dreier (Org), *Grundgesetz Kommentar*, v.1. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, p. 120, referindo que mesmo o torturado e o perseguido não perdem a sua dignidade, ainda que esta tenha sido violada.

36 Cf. Ernst Benda, *Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht*, in: Benda-Maihofer-Vogel (Org), *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v.1, 2. ed., Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1994, p. 164, lição esta que – embora voltada ao art. 1º da Lei Fundamental da Alemanha – revela-se perfeitamente compatível com a posição outorgada pelo nosso Constituinte de 1988 ao princípio da dignidade da pessoa humana.

soa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais (embora com os direitos não se confunda, em toda sua extensão), mas de toda a ordem jurídica (constitucional e infraconstitucional), razão pela qual, para muitos, se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*)<sup>37</sup>. Na formulação de Jorge Miranda, que igualmente se manifestou sobre o tópico, trata-se de um “princípio axiológico fundamental” que ao mesmo tempo opera como “limite transcendente do poder constituinte”<sup>38</sup>.

Voltando-nos ao direito brasileiro, onde, em termos gerais, a doutrina tem aderido à noção de que a dignidade cumpre a função de valor-fonte da ordem jurídica<sup>39</sup>, verifica-se, já na esfera do reconhecimento jurisprudencial, que também o STF tem seguido esta linha de entendimento, sublinhando, reiteradamente, que a dignidade da pessoa humana constitui “verdadeiro valor-fonte que conforma e inspira todo o ordenamento constitucional vigente em nosso País e que traduz, de modo expressivo, um dos fundamentos em que se assenta, entre nós, a ordem republicana e democrática consagrada pelo sistema de direito constitucional positivo”<sup>40</sup>.

Não sendo o caso de aqui discorrer sobre a distinção entre princípios e regras, na condição de espécies do gênero norma jurídica, mas apenas assumindo que, considerados determinados critérios, há como aceitar – em linhas gerais - como correta (a despeito de importantes dissídios envolvendo a conceituação e aplicação de cada categoria) tal classificação das normas jurídicas, o que importa para a finalidade deste breve ensaio, é que se deixe devidamente consignado, que tanto na esfera doutrinária quando jurisprudencial, o caráter jurídico-normativo da dignidade da pessoa humana e, portanto, o reconhecimento de sua plena eficácia na ordem jurídico-constitu-

---

37 Cf. Klaus Stern, *DasStaatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, III/1*, München: C. H. Beck, 1988, p. 23, sem que aqui se vá explorar a controvérsia em torno da relação entre o valor da vida humana e a dignidade da pessoa, já que não faltam os que sustentam a prevalência da primeira.

38 Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, v. 4, op. cit., p. 200.

39 Cf., por todos, o nosso Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, op. cit., p. 76 e ss.

40 Cf., em caráter meramente ilustrativo, se extrai da ementa do Acórdão proferido no HV 87.676/ES, relatado pelo Ministro Cezar Peluso, julgado em 06.05.2008.

cional, está longe de encontrar um adequado equacionamento. Com relação às críticas – já referidas – de que a opção pelo enquadramento como princípio fundamental importaria em reduzir a amplitude e magnitude da noção de dignidade da pessoa, vale lembrar o que, de resto, parece-nos que o reconhecimento da condição normativa da dignidade, assumindo feição de princípio (e até mesmo como regra) constitucional fundamental, não afasta o seu papel como valor fundamental geral para toda a ordem jurídica (e não apenas para esta), mas, pelo contrário, outorga a este valor uma maior pretensão de eficácia e efetividade.

É precisamente nesse contexto que assume relevo o fato que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana opera simultaneamente elemento que confere unidade de sentido e legitimidade a uma determinada ordem constitucional, constituindo-se, de acordo com a significativa fórmula de Haverkate, no “ponto de Arquimedes do estado constitucional”.<sup>41</sup> De acordo com o magistério de Jorge Miranda, representando expressiva parcela da doutrina constitucional contemporânea, a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.<sup>42</sup> Nessa mesma linha de entendimento, fazendo coro com Jorge Reis Novais, é possível afirmar que no momento em que a dignidade é guindada à condição de princípio constitucional estruturante e fundamento do Estado Democrático de Direito, é o Estado que passa a servir como instrumento para a garantia e promoção da dignidade das pessoas individual e coletivamente consideradas<sup>43</sup>.

Mas é na sua articulação com o sistema constitucional dos direitos fundamentais que a dignidade da pessoa humana se revela mais

---

41 Cf. Görg Haverkate, *Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung*, München: C.H.Beck, 1992, p. 142.

42 Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, v. 4, op. cit., p. 197. No mesmo sentido, v. José Carlos Vieira de Andrade Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, Coimbra: Almedina, 1987, p. 101, referindo que os preceitos relativos aos direitos fundamentais “não se justificam isoladamente pela protecção de bens jurídicos avulsos, só ganham sentido enquanto ordem que manifesta o respeito pela unidade existencial de sentido que cada homem é para além de seus actos e atributos.”

43 Cf. Jorge Reis Novais. *Os princípios estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 52.

operativa, sem prejuízo de algumas perplexidades e desafios que tal relação possa ensejar. Mesmo que se deva – nesta linha de entendimento – admitir que o princípio da dignidade da pessoa humana atua como elemento informador de todos os direitos e garantias fundamentais (ainda que nem todos os direitos fundamentais encontrem fundamento direto na dignidade da pessoa humana) também da Constituição de 1988 – também é certo que haverá de se reconhecer um espectro amplo e diversificado no que diz com a intensidade desta vinculação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana<sup>44</sup>. Tal diversidade se manifesta tanto quando que está em causa a função da dignidade como fundamento dos direitos, quanto no que diz respeito à sua função como integrando o conteúdo dos direitos (em ambos os casos, nos parece, a discussão diz respeito ao “se” e ao “em que medida”), não sendo à toa que ambas as funções (dignidade como fundamento e como conteúdo dos direitos) tenham sido tão destacadas, embora ainda tão carentes de maior aprofundamento e lapidação<sup>45</sup>. Nos próximos itens iremos enfrentar aspectos da relação entre dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, explorando-os sempre na perspectiva da jurisprudência do STF.

#### **4.2 A dignidade da pessoa humana e a assim chamada “abertura material” do sistema constitucional dos direitos e garantias fundamentais**

Um dos setores onde se manifesta a transcendental importância da dignidade da pessoa humana na ordem constitucional, designadamente na sua conexão com os direitos fundamentais, diz com sua função como critério para a construção de um conceito materialmente aberto de direitos fundamentais. Com efeito, não é demais lembrar que a CF, na esteira da evolução constitucional desde a proclamação da República (1889, seguida da primeira Constituição Federal e Republicana de 1891) e amparada no espírito da IX emenda da Constituição norte-americana, consagrou a idéia da abertura material do catálogo constitucional dos direitos e garantias funda-

44 Cf., por todos, José Carlos Vieira de Andrade. Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976. Coimbra: Almedina, 1987, p. 101-2.

45 Cf., sobre tal dupla função da dignidade, Jeremy Waldron. Dignity and Rank. in: *European Journal of Sociology* (2007). p. 203-4.

mentais. Em outras palavras, isto quer dizer que, para além daqueles direitos e garantias expressamente reconhecidos como tais pelo Constituinte, existem direitos fundamentais assegurados em outras partes do texto constitucional (fora do Título II), assim como integram o sistema constitucional os direitos positivados nos tratados internacionais em matéria de direitos humanos<sup>46</sup>. Além disso, ainda de acordo com a expressa dicção do artigo 5º, § 2º, da CF, foi cancelada a existência de direitos (ainda que não direta e expressamente previstos no texto constitucional) decorrentes do regime e dos princípios da CF, noção que abarca – embora para tal efeito se possa (há quem o sustente) até dispensar uma cláusula expressa de abertura - a revelação de direitos fundamentais implícitos, subentendidos naqueles expressamente positivados.<sup>47</sup>

Assim, perceptível que a abertura a direitos não previstos expressamente no texto originário da CF guarda relação, embora sem que se possa falar aqui em integral superposição, com a noção de um constitucionalismo cumulativo em matéria de direitos e garantias, notadamente no que diz respeito ao fato de que aos primeiros direitos civis e políticos, somaram-se os direitos socioambientais e culturais, tudo a desembocar, no que se pode designar – a exemplo do que sugeriu Carlos Ayres Britto - de um *Estado de Direitos*<sup>48</sup>. Nesta quadra, um dos maiores desafios para quem se ocupa do estudo da abertura material do catálogo de direitos e garantias é justamente o de identificar quais os critérios que poderão servir de fundamento para a localização daquelas posições jurídico-fundamentais, como tais não expressamente designadas pelo Constituinte, mas que ainda assim integram o catálogo constitucional de direitos fundamentais.

Certo é que a tarefa de identificar (e, acima de tudo, justificar esta opção) posições fundamentais em outras partes da Constituição, bem como a possibilidade de reconhecer a existência de direitos fun-

---

46 Sobre a relação entre tratados de direitos humanos e a ordem interna, v., por todos, na literatura monográfica brasileira, a paradigmática contribuição de Flávia Piovesan. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

47 Sobre o sentido e significado do artigo 5º, § 2º, da Constituição Federal de 1988, bem como a respeito da classificação dos direitos e garantias fundamentais a partir deste preceito, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional*. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 78 e ss.

48 Cf. Carlos Ayres Britto. *O Humanismo como Categoria Constitucional*, op. cit., especialmente. 2004. p. 22-23.

damentais implícitos e/ou autonomamente desenvolvidos a partir do regime e dos princípios da Constituição, passa necessariamente pela construção de um conceito material de direitos fundamentais, conceito que, por sua vez, dialoga fortemente com a noção de dignidade da pessoa humana. Assim, numa primeira aproximação, se com relação às normas de direitos fundamentais integrantes do Título II (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) se admite a existência de uma presunção de que sejam normas constitucionais (e fundamentais) em sentido material,<sup>49</sup> no que diz com a identificação e fundamentação de direitos implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, não se poderá dispensar um exame acurado no sentido de que sejam guindadas à condição de direitos fundamentais (compartilhando, de tal sorte, do regime reforçado de tais direitos na ordem constitucional) apenas posições jurídicas implícita ou expressamente consagradas, e que efetivamente sejam de tal sorte relevantes no que diz com seu conteúdo e significado, a ponto de merecerem o *status* de direitos fundamentais, em sentido material e formal, ou mesmo apenas material, quando for este o caso.

Levando, contudo, em conta que – de modo especial em face do elevado grau de indeterminação e cunho polissêmico do princípio e da própria noção de dignidade da pessoa – com algum esforço argumentativo, tudo o que consta no texto constitucional pode – ao menos de forma indireta – ser reconduzido ao valor da dignidade da pessoa, convém alertar que não é, à evidência, neste sentido que este princípio fundamental deverá ser manejado na condição de elemento integrante de uma concepção material de direitos fundamentais, pois, se assim fosse, toda e qualquer posição jurídica estranha ao catálogo poderia (em face de um suposto conteúdo de dignidade da pessoa humana), seguindo a mesma linha de raciocínio, ser guindada à condição de materialmente fundamental. O que se pretende demonstrar, neste contexto, é que o princípio da dignidade da pessoa

---

49 A respeito da ausência de identidade entre a constituição formal e material, mas reconhecendo, na esteira da doutrina majoritária, a necessidade de se presumir a materialidade constitucional (e fundamental) das normas inseridas na Constituição formal, v. a lição de Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*. 2.ed. Coimbra Editora, 1988, v.2, p. 40 e ss., sustentando, ainda (Manual de Direito Constitucional. v. 4, op. cit., p. 9 e ss.), coerente com a linha de pensamento adotada, que os direitos fundamentais formalmente consagrados na Constituição também o são em sentido material, embora existam outros direitos fundamentais para além dos direitos expressamente positivados.

humana assume posição de destaque, servindo como diretriz material tanto para a fundamentação de direitos implícitos (no sentido de posições jusfundamentais de cunho defensivo e/ou prestacional subentendidas nos direitos e garantias fundamentais da Constituição), quanto - e, de modo especial - para a identificação de direitos sediados em outras partes da Constituição.

Cuida-se, em verdade, de critério basilar, mas não exclusivo, já que em diversos casos outros referenciais podem ser utilizados (como, por exemplo, o direito à vida e à saúde na hipótese do meio ambiente, ou mesmo a ampla defesa e os recursos a ela inerentes, no caso da fundamentação das decisões judiciais e administrativas). O que se pretende enfatizar, é que sempre que se puder detectar, mesmo para além de outros critérios que possam incidir na espécie, que estamos diante de uma posição jurídica diretamente embasada e relacionada (no sentido de essencial à sua proteção) à dignidade da pessoa, inequivocamente estaremos diante de uma norma de direito fundamental, sem desconsiderar a evidência de que tal tarefa não prescinde do acurado exame de cada caso. Em outras palavras, sempre que a violação de um direito (seja ele expressa, seja ele implicitamente positivado) resultar em violação da dignidade da pessoa humana e de suas dimensões essenciais já apresentadas, se estará em face de um direito fundamental.

Assim, apenas a título exemplificativo, não há maior dificuldade em justificar que a proteção do meio ambiente, especialmente considerando a própria dicção utilizada pela CF na redação do artigo 225, indica a condição de direito e dever fundamental, embora não seja o caso de adentrar, neste estudo, a discussão a respeito da possibilidade de se reconhecer um direito subjetivo à proteção dos bens ambientais, sabidamente controversa, especialmente na doutrina estrangeira<sup>50</sup>. O que importa, por ora, é a constatação de que a relação umbilical entre uma existência humana com dignidade e a tutela ambiental é tão evidente - e em tantas situações! (basta apontar para

---

50 A respeito da controvérsia relativa à subjetivação da proteção ambiental (posição favorável a um direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado ou saudável) ou a sua tutela jurídico-constitucional pela via objetiva, ou seja, dos deveres de proteção, v., por todos, com ampla documentação, Carla Amado Gomes, Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Proteção do Ambiente, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 25-222.

a grave condição dos refugiados climáticos, a afetação da saúde e das condições de vida das pessoas por força de danos ambientais, entre outros) –, que a dignidade da pessoa humana (como da vida em geral) opera como justificativa relevante, embora mesmo neste caso não exclusiva, a indicar a fundamentalidade formal e material do direito (e dever) fundamental à proteção do ambiente, consoante, aliás, reconhecido pelo STF<sup>51</sup>.

Muito embora não se possa falar de um limite previamente definido no que diz com a identificação de direitos fundamentais implícitos ou positivados em outras partes da Constituição, também é correto afirmar que tal atividade reclama a devida cautela por parte do intérprete (já que de atividade hermenêutica se cuida), notadamente pelo fato de estar-se ampliando o elenco de direitos fundamentais da Constituição com as conseqüências práticas a serem extraídas, não se devendo, ademais, desconsiderar o risco – a exemplo do que já foi referido com relação à própria dignidade – de uma eventual desvalorização dos direitos fundamentais, já apontada por parte da doutrina.<sup>52</sup>

Ainda que nos tenhamos posicionado no sentido da inexistência de um direito fundamental à dignidade (como algo que possa ser objeto de concessão pela ordem estatal ou comunitária), comungamos do entendimento – em que pesem as respeitáveis posições em sentido contrário –<sup>53</sup> de que do princípio da dignidade da pessoa humana podem ser deduzidas posições jurídico-subjetivas fundamentais que

---

51 ADIN 3.540-1/DF, Rel. Min. Celso de Mello. Na esfera doutrinária, v., na literatura brasileira, afirmando a dupla dimensão da tutela ambiental (direito e dever fundamental) Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros, *Meio Ambiente. Direito e Dever Fundamental*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 32-3; Anízio Pires Gavião Filho, *Direito Fundamental ao Ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005; Orcy Paulino Bretanha Teixeira, *O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006; Tiago Fensterseifer, *Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. Por último, v. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), *Direitos Fundamentais e Estado Socioambiental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

52 Referindo uma tendência para a panjusfundamentalização, no âmbito de uma inflação no campo do reconhecimento de novos direitos fundamentais, advertindo, neste contexto, para os riscos de uma banalização, v. o contributo de José Casalta Nabais, *Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais*, in: AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora, Coimbra: Coimbra, 1995, p. 980 e ss. Neste sentido também aponta John Rawls, *O Liberalismo Político*. 2.ed. São Paulo: Ática, 2000, p. 350, sustentando a necessidade de limitar-se “as liberdades àquelas que são verdadeiramente essenciais”, pena de correr-se o risco de uma fragilização da proteção das liberdades mais relevantes.

53 Questionando a possibilidade da dedução direta de direitos subjetivos do princípio da dignidade da pessoa humana, encontramos, dentre outros, a lição de Winfried Brugger, *Menschenwürde, Menschenrechte, Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos, 1996, p. 19 e ss., consignando-se não ser esta a posição majoritária da doutrina e da jurisprudência alemãs, que, de modo geral, sustenta a dupla dimensão da dignidade da pessoa humana como princípio e direito fundamental.

tenham por objeto a proteção da dignidade contra novas ofensas e ameaças, em princípio não alcançadas, ao menos não expressamente, pelo âmbito de proteção dos direitos fundamentais já consagrados no texto constitucional.<sup>54</sup> Da jurisprudência do STF, extrai-se, na seara dos direitos de personalidade, onde o vínculo com a dignidade se manifesta com especial agudeza, decisão reconhecendo tanto um direito fundamental ao nome quanto ao estado de filiação, mediante o argumento de que “o direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família, razão pela qual o estado de filiação é direito indisponível”<sup>55</sup>. Ainda no que diz respeito ao tema da abertura material do catálogo de direitos fundamentais, importa destacar o reconhecimento, pelo STF, de um direito à ressocialização do apenado, iluminado pela concepção de que ao preso há de ser assegurada a possibilidade de uma reinserção na vida social de modo livre e responsável (liberdade com responsabilidade), diretriz que, portanto, há de servir de parâmetro para a interpretação e aplicação da legislação em matéria de execução penal<sup>56</sup>. Também a extensão à união homoafetiva da proteção com base na união estável e de entidade familiar (artigo 226, CF), onde o argumento da dignidade (e do reconhecimento) teve particular relevância, poderá ser aqui invocado como um dos exemplos mais controversos extraídos da jurisprudência do STF<sup>57</sup>.

### 4.3 A dignidade da pessoa humana e a “face” negativa e positiva dos direitos fundamentais

A dignidade da pessoa humana, na sua relação com os direitos e garantias fundamentais, acaba operando, ainda que de modo diversificado, tanto como fundamento (embora não de todos os direitos

---

54 Peter Häberle, “Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft”, in: Josef Isensee; Paul Kirchhof (Orgs.). *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, v. 1, Heidelberg: C. F. Müller, 1987, p. 844, nos lembra, neste contexto, que o desenvolvimento pretoriano ou mesmo a nova formulação textual de direitos fundamentais específicos pode ser vista como uma atualização do postulado básico da proteção da dignidade da pessoa humana em face de novas ameaças.

55 Cf. RE nº 248.869-1 (07.08.2003), relator Ministro Mauricio Corrêa.

56 Cf., dentre tantos, a decisão preferida no NC 94163, de 02.12.2008, relator Ministro Carlos A. Britto, onde, em apertada síntese, foi assentado que a fuga, embora interrompa o prazo de cumprimento da pena, não pode servir de fundamento para a desconsideração dos dias trabalhados pelo apenado e da respectiva remissão.

57 ?????????????????

fundamentais) quanto como conteúdo (igualmente não de todos os direitos e não com a mesma intensidade) dos direitos fundamentais. Por outro lado, doutrina e jurisprudência majoritária (mas não uníssona, em especial no direito estrangeiro), também no que diz com a evolução jurídico-constitucional brasileira, reconhecem, consoante já averbado, que a dignidade da pessoa humana cumpre uma dupla função, atuando tanto como limite para a intervenção do Estado e de terceiros (inclusive, em determinados casos e observados certos pressupostos, para efeito da proteção da pessoa contra si mesma), quanto como tarefa, no sentido de gerar um dever jurídico de atuação em prol da proteção da dignidade contra o Estado e contra terceiros, mas em especial no concernente à promoção ativa da dignidade, notadamente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, ainda mais naquilo em que o indivíduo necessita do concurso do Estado e /ou da comunidade para a realização e proteção de suas necessidades existenciais (e não apenas físicas) básicas.

No que diz com a sua função como limite negativo, como bem apontam Karl-Heinz Ladeur e Ino Augsberg, é possível reconhecer na dignidade da pessoa humana uma espécie de “Sinal de Pare”, no sentido de uma barreira absoluta e intransponível (um limite) inclusive para os atores estatais, protegendo a individualidade e autonomia da pessoa contra qualquer tipo de interferência do Estado e da sociedade, de tal sorte a assegurar o papel do ser humano como sujeito de direitos<sup>58</sup>. Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana assume a condição de direito de defesa, que tem por objeto a proibição de intervenção na esfera da liberdade pessoal de cada indivíduo e a salvaguarda da integridade física e psíquica de cada pessoa contra toda e qualquer ação estatal e particular.

Já como fundamento de direitos subjetivos a prestações, a dignidade da pessoa humana guarda tanto uma relação de proximidade com a noção do mínimo existencial e dos direitos sociais considerados, em sentido mais restrito, como direitos a prestações materiais (ou fáticas), quanto com a noção de direitos a prestações em sentido amplo, que, na visão de Robert Alexy, abrangem também prestações

---

58 Cf. Karl-Heinz Ladeur e Ino Augsberg, *Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungstaat*. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008, p. 10-12.

de natureza não tipicamente social<sup>59</sup>. Conveniente sublinhar, em caráter complementar, que da dupla função de proteção (e promoção) e de defesa segue também o dever de implantar medidas de precaução procedimentais e organizacionais, no sentido de evitar uma lesão da dignidade e dos direitos fundamentais, ou, quando isto não ocorrer, com o intuito de fazer cessar ou mesmo minimizar os efeitos das violações, inclusive assegurando a reparação do dano<sup>60</sup>. Por outro lado, imprescindível destacar que, também no que diz respeito ao seu conteúdo em dignidade da pessoa humana e mesmo quando em causa uma manifestação autônoma da dignidade da pessoa humana, todos os direitos fundamentais - tal qual a dignidade da pessoa - apresentam uma dupla face defensiva e prestacional, de modo que, já por tal razão se pode assumir como correta uma dogmática jurídico-constitucional unitária (um regime jurídico unificado) dos direitos fundamentais<sup>61</sup>.

A partir da perspectiva ora traçada e sem que se tenha a pretensão de inventariar, na sua integralidade, a diversificada e cada vez mais numerosa jurisprudência do STF invocando a dignidade da pessoa humana na sua relação com direitos fundamentais de caráter negativo e positivo, seguem alguns exemplos que oferecem um panorama suficientemente atualizado e abrangente.

Num primeiro grupo de decisões, poderiam ser enquadrados julgados que, embora sem exame deste aspecto, aplicam a dignidade da pessoa humana como regra impeditiva de determinadas condutas, com amplo destaque para a vedação (expressamente consagrada pela CF no artigo 5º, inciso III) da tortura e de qualquer tratamento desumano ou degradante, que corresponde justamente à noção subjacente à fórmula-objeto acima referida e que define o que se pode considerar de conteúdo nuclear do âmbito de proteção da dignidade da pessoa humana, aqui operando como direito de defesa (negativo). Dentre os casos que

---

59 Sobre a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa e direitos a prestações, v., para além de Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Op. Cit., p. 171 e ss.; p. 395 e ss. (aqui abordando os direitos a prestações em sentido amplo e estrito).

60 Cf., por todos, Stephan Rixen, "Die Würde und Integrität des Menschen", in: Sebastian Heselhaus e Carsten Nowak (Ed.), *Handbuch der Europäischen Grundrechte*, München/Wien/Bern: C. H. Beck, Linde, Stampfli&Cie AG, 2006, p. 355.

61 Cf. a posição já adotada no nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Op. Cit., desde a primeira edição (1998). Em Portugal, v., mais recentemente, adotando um regime jurídico único, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

merecem destaque, considerando a produção jurisprudencial posterior ao advento da atual CF, colaciona-se julgado relatado pelo Ministro Celso de Mello, no qual estava em causa a prática de tortura contra criança e adolescente por parte de policias, e onde restou consignada a absoluta vedação da tortura na ordem jurídico-constitucional brasileira, de acordo com orientação uníssona adotada pelo STF<sup>62</sup>, em sintonia, portanto, com a noção de que a dignidade da pessoa humana opera como limite jurídico intransponível, visto que faticamente violável. Da ementa da decisão colacionada, extrai-se a afirmação de que a tortura constitui “prática inaceitável de ofensa à dignidade da pessoa”, além de se tratar de “negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete – enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva – um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo”. Desta afirmação é possível extrair a conclusão de que – pelo menos no que diz com a posição veiculada nas decisões examinadas e ressalvado o exame de eventuais contradições - para o STF a dignidade da pessoa humana não está sujeita a qualquer tipo de restrição e renúncia, o que remete ao tormentoso tema a respeito do caráter absoluto da dignidade da pessoa humana – ao menos na perspectiva da proteção jurídica – e que aqui optamos por não desenvolver em virtude dos limites da presente abordagem<sup>63</sup>.

A mesma linha de entendimento, vinculada à negação de uma redução do ser humano a objeto da ação estatal, encontra-se explicitada em uma série de decisões do STF, como dá conta a controvertida Súmula vinculante nº 11, dispondo sobre a necessidade de fundamentação – por parte das autoridades policiais e judiciárias - da necessidade do uso de algemas. Com efeito, sem que aqui se vá adentrar a discussão a respeito do acerto da opção pela edição de Súmula sobre esta matéria, o fato é que o que está em causa, ao fim e ao cabo, é coibir a humilhação da pessoa no âmbito da já suficientemente invasiva ação policial e jurisdicional peculiar ao processo criminal,

---

62 Cf. HC nº 70.389-SP, relator Ministro Celso de Mello, publicado no DJ em 23.06 1994.

63 A respeito da discussão sobre a possibilidade de restringir a dignidade da pessoa humana, na sua condição de princípio e norma que assegura direitos fundamentais, v., por todos, o nosso Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988, op. cit., p. 135 e ss.

além do reconhecimento, por parte do STF, de que a pessoa algemada encontra-se mais facilmente submetida à ação de terceiros, sem prejuízo de outros aspectos que poderiam ser aqui colacionados.

No campo dos direitos sociais (aqui compreendidos em sentido muito ampliado), especialmente quando em causa o assim chamado mínimo existencial (no caso, o conjunto das condições que asseguram a cada um uma vida com dignidade,<sup>64</sup> ou seja, com um mínimo de qualidade, no sentido de uma vida saudável) também se manifesta a dimensão negativa – impeditiva de ações – da dignidade da pessoa humana, o que se pode constatar quando se trata de examinar decisões do STF relativas à proibição de confisco (atos com efeito confiscatório)<sup>65</sup> e que chancelam a vedação da tributação do mínimo existencial ou que mesmo decisões que proíbem (ou determinam o restabelecimento) a interrupção ou supressão de determinadas prestações de caráter existencial.

Também neste particular, no que diz com a assim chamada dimensão negativa da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial, importa consignar a manifestação do Ministro Carlos Britto, quando, por ocasião do julgamento do RE 407.688-8/SP, em 08.02.2006, divergiu da maioria dos seus pares (que reconhecerem a constitucionalidade da lei que autoriza a penhora do único bem imóvel do fiador de contrato de locação), aderindo à posição perfilhada pelos Ministros Eros Grau e Celso de Mello, ao sustentar que a moradia é necessidade vital do trabalhador e de sua família, cuidando-se, portanto, de direito indisponível e não sujeito à expropriação via penhora embasada em contrato de fiança. É preciso salientar, todavia, que a posição vencedora (em prol da legitimidade constitucional da penhora) reconheceu a moradia como direito fundamental conectado com a dignidade da pessoa, mas afirmou que neste caso, além da disposição voluntária do bem pelo fiador, estaria em causa a proteção e promoção do acesso a moradia de terceiros, que depende

---

64 No mesmo sentido, afirmando que "a dignidade da pessoa exige condições de vida capazes de assegurar liberdade e bem-estar", de modo especial no que diz com a garantia de um direito a uma existência condigna, v. também Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, v. 4, op., cit., p. 211.

65 v., a título exemplificativo, RE 397744, Rel. min. Joaquim Barbosa, fundamentando a proibição constitucional do confisco em matéria tributária, dentre outros, no exercício do direito a uma existência digna, através de atividade profissional que satisfaça necessidades vitais, como saúde, educação e habitação (julgado em 15.10.2009).

da estabilidade do mercado imobiliário, entre outros aspectos que motivaram a decisão e que aqui não cabe aprofundar.

Já no que diz respeito a assim chamada dimensão positiva (presencial) da dignidade da pessoa humana e do correlato direito ao mínimo existencial, fortemente sedimentado, na jurisprudência do STF, o entendimento de que nesta seara incumbe ao Estado, em primeira linha, o dever de assegurar as prestações indispensáveis ao mínimo existencial, de tal sorte que em favor do cidadão há que reconhecer um direito subjetivo, portanto, judicialmente exigível, à satisfação das necessidades vinculadas ao mínimo existencial, e, portanto, à dignidade da pessoa humana. Sem que se tenha aqui a pretensão de avaliar se e em que medida o STF tem julgado de modo uniforme e mesmo coerente tais questões, o fato é que pelo menos no que diz com o direito à saúde e o direito à educação (no caso do direito à moradia não se registra julgado assegurando um direito subjetivo à construção de uma moradia digna por parte do Estado) já são várias as decisões reconhecendo um dever de prestação, inclusive em caráter originário, ou seja, não necessariamente dependente de prévia política pública ou previsão legal. Neste sentido, adotando linha argumentativa similar (e em parte idêntica) a que foi esgrimida no bojo da conhecida ADF 45<sup>66</sup>, podem ser referidas, em caráter meramente ilustrativo, decisões que asseguram às crianças com menos de seis anos de idade o acesso gratuito a creches mantidas pelo poder público, bem como, entre outras, uma série significativa de decisões assegurando prestações na área da saúde, relativizando - em favor da vida e da dignidade - limitações de ordem organizacional, orçamentária<sup>67</sup>, sem prejuízo dos demais aspectos que dizem respeito ao - intenso - debate sobre a exigibilidade judicial dos direitos sociais como direitos a prestações, que aqui não será desenvolvido<sup>68</sup>.

---

66 Relator Ministro Celso de Mello, julgado em 29.04.2004.

67 Cf., por exemplo, a decisão proferida no RE 573061, julgado em 28.08.2009, Relator Ministro Carlos Britto, onde estava em causa a manutenção do direito ao Programa HUCAN, que prevê acompanhamento clínico e psicológico destinado a aferir a viabilidade de cirurgia de transgenitalização de caráter terapêutico, assegurado pelas instâncias ordinárias, que restou chancelado pelo STF.

68 Sobre o tema, v., por todos, Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm (Org.). *Direitos Fundamentais, Orçamento e "Reserva do Possível"*, Porto Alegre: livraria do Advogado, 2008, bem como Cláudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmiento (Coord.), *Direitos Sociais. Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, obras coletivas contendo diversificada, atualizada e representativa literatura sobre o tema no Brasil.

Quanto à dimensão positiva (prestacional) da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais a prestações que lhe são correlatos, o que se percebe a partir do exame dos julgados selecionados é que embora a tranqüilidade com que o STF reconhece direitos subjetivos na esfera do mínimo existencial e a despeito da igualmente assente vinculação entre dignidade da pessoa humana e os direitos sociais na condição de direitos a prestações, ainda não é possível identificar, com clareza, os critérios que justificam tal relação e, de modo especial, a amplitude da noção de mínimo existencial neste contexto, ou seja, de quais são as prestações que integram este mínimo existencial. Considerada a diversidade e abrangência das prestações (que incluem prestações no âmbito do direito à educação), há como afirmar que o STF tem privilegiado uma exegese extensiva, indo além da noção reducionista de um mínimo vital (ou daquilo que também se designa de um mínimo existencial fisiológico), que guarda sintonia com a concepção de um mínimo existencial destinado a assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade, de modo a agregar também o que se convencionou denominar de um mínimo existencial sociocultural<sup>69</sup>.

#### **4.4 A dignidade como parâmetro interpretativo na aplicação dos direitos fundamentais**

A dignidade da pessoa humana, como se verifica também na jurisprudência do STF, seguidamente é invocada como constituído – de modo geral em combinação com determinado (s) direito (s) fundamentai (s) tanto fundamento (critério material) a justificar a legitimidade constitucional da imposição de limites ao exercício de direitos fundamentais. Da mesma forma, registram-se decisões nas quais é o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais que opera como limite aos limites dos direitos fundamentais, de modo a obstaculizar determinadas medidas que, embo-

---

69 Cf., no Brasil, o nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma Teoria Geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional, op. cit., p. 320. Confira-se, no que diz com a literatura brasileira especializada, Ana Paula Barcellos, O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, in: Legitimação dos Direitos Humanos – Ricardo Lobo Torres (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002. Ricardo Lobo Torres, O Direito ao Mínimo Existencial, Rio de Janeiro: Renovar, 2008; e, por último, Eurico Bittencourt Neto, O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

ra sirvam à proteção ou promoção de outros direitos fundamentais (com maior ou menor relação com a dignidade da pessoa humana). Muito embora não se possa identificar, no âmbito da – também neste campo nem sempre uniforme e clara – jurisprudência do STF, a consolidação de uma doutrina a respeito do tema, percebe-se que a dignidade da pessoa humana guarda relação tanto com a noção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais (embora sobre a qualidade da relação em si pouco se possa aferir do exame das decisões) quanto com a aplicação do princípio da proporcionalidade, tudo no contexto mais amplo da problemática dos limites e restrições dos direitos fundamentais, com destaque para as hipóteses de conflitos (colisões) entre direitos fundamentais.

Um dos casos mais citados, neste contexto, é o Habeas Corpus nº 71.374-4, Relatado pelo então Ministro Francisco Rezek<sup>70</sup>, onde estava em causa a legitimidade constitucional da condução coercitiva do suposto pai, réu em ação investigatória de paternidade, para efeitos de realização, em laboratório, de exame de sangue com vistas à apuração da paternidade do investigante, autor da ação. A despeito dos votos vencidos, com destaque para o voto do próprio Relator, que, em síntese, sustentavam o caráter não absoluto do direito ao próprio corpo e do direito à integridade física e corporal, não vislumbrando uma intervenção desproporcional por conta da condução coercitiva, mormente a prioridade do direito ao conhecimento, por parte do autor, da sua descendência biológica e do correlato direito aos alimentos (além das demais conseqüências), prevaleceu o entendimento – aqui sintetizado mediante transcrição de trecho do voto do Ministro Marco Aurélio – de que “a recusa do Paciente há de ser resolvida não no campo da violência física, da ofensa à dignidade humana, mas no plano instrumental, reservado ao Juízo competente – ou seja, o da investigação de paternidade – a análise cabível e a definição, sopesadas a prova coligida e a recusa do réu. Assim o é porque a hipótese não é daquelas em que o interesse público sobrepõe-se ao individual, como a das vacinações obrigatórias em época de epidemias, ou mesmo o da busca da preservação da vida humana,

---

70 Cf. Habeas Corpus nº 71.373-4/130 – R5, Relator Ministro Francisco Rezek, DJ 22.11.1996.

naqueles conhecidos casos em que convicções religiosas arraigadas acabam por conduzir à perda da racionalidade”. Aderindo ao voto do Ministro Marco Aurélio, cumpre referir os votos do Ministro Moreira Alves, limitando-se a afirmar o caráter disponível do direito do autor em face da indisponibilidade do direito personalíssimo do Paciente, e do Ministro Néri da Silveira, que, além de frisar a inviolabilidade da intimidade e do corpo, apontou para a ausência de fundamento legal para a condução coercitiva. Ainda que também quanto a este caso não se trata de formular um juízo sobre o acerto ou desacerto da decisão ou de sua fundamentação, o que importa enfatizar é a utilização do argumento da dignidade da pessoa humana no contexto da colisão de direitos e dos limites aos limites dos direitos fundamentais, resultando na clara prevalência da dignidade (e do conteúdo em dignidade do direito ao corpo e intimidade) em face do direito ao conhecimento da paternidade biológica, especialmente disponíveis outros meios para assegurar o direito (pelo menos em parte) do autor.

Outra hipótese de crescente relevância no que diz com a utilização da dignidade da pessoa humana como critério para interpretação do ordenamento jurídico envolve tanto a identificação de um conteúdo em dignidade de outros direitos fundamentais, quanto a interpretação “conforme a dignidade” de institutos jurídicos que implicam restrição de direitos, de tal sorte que, em alguns casos, o próprio âmbito de proteção de direitos e garantias fundamentais acaba por ser delimitado de modo mais extensivo, e, portanto, de modo a assegurar um nível mais acentuado de proteção dos direitos.

Um bom exemplo deste tipo de argumentação, onde a eventual violação (a ser demonstrada no caso concreto) da dignidade da pessoa humana implica a relativização de regra jurídica proibitiva de determinado benefício, pode ser extraído do julgamento do HC 83.358-6/São Paulo, relatado pelo Ministro Carlos Britto, onde estava em causa a solicitação de concessão da possibilidade de pessoa idosa cumprir a pena privativa de liberdade em regime de prisão domiciliar, a despeito de ter sido condenada pela prática atentado violento ao pudor, alegando a precariedade do seu estado de saúde. Embora no caso apreciado pelo STF tenha sido negado o pleito, mediante o argumento de que não restou devidamente comprovada

a excepcionalidade da situação, o Tribunal reconheceu – a exemplo de outros julgados<sup>71</sup> – “que a condenação por crime tipificado como hediondo não enseja, por si só, uma proibição objetiva incondicional à concessão de prisão domiciliar, pois a dignidade da pessoa humana (e cabe sublinhar tal aspecto!) especialmente a dos idosos, sempre será preponderante, dada a sua condição de princípio fundamental da República”. Por outro lado, importa destacar que diversamente de uma série de outros julgados onde não houve qualquer preocupação em examinar, à luz das circunstâncias do caso, a ocorrência de uma violação da dignidade da pessoa humana, no caso ora apresentado, restou consignado que o deferimento do benefício (excepcionando a regra legal) se justifica apenas quando a dignidade do condenado (apenado) efetivamente estiver sendo violada ou ameaçada de violação. Com efeito, de acordo com o que se extrai da ementa do julgado, a “dignidade se encontrará ameaçada nas hipóteses excepcionabilíssimas em que o apenado idoso estiver acometido de doença grave que exija cuidados especiais, os quais não podem ser fornecidos no local da custódia ou em estabelecimento hospitalar adequado”.

Exemplo mais recente e que se encontra em fase de discussão no STF diz respeito às condições indignas do sistema carcerário brasileiro, que inclusive já extrapolou as fronteiras do país e está submetido ao crivo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos. A questão em debate é, para além do reconhecimento em si do problema do cumprimento das penas restritivas da liberdade em condições que violam os mais elementares reclamos da dignidade, quais as consequências jurídicas que podem ser agregadas, de modo a resolver ou pelo menos mitigar o problema, o que aqui, contudo, não será desenvolvido.

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os exemplos colacionados, que representam apenas uma pequena amostra do universo de julgados nos quais o STF, cada vez mais e especialmente após a promulgação da CF, invoca a o princípio (e

---

71 Em caráter ilustrativo, v. HC 86875, relator Ministro Cezar Peluso, julgado em 07.10.2005; HC 84539, relator Ministro Carlos Britto, julgado em 16.12.2004.

regra) da dignidade da pessoa humana como fundamento principal ou secundário para a solução de controvérsias que lhe são direcionadas, demonstram claramente uma tendência no sentido de consagrar, também no direito brasileiro, a noção de que na dúvida deverá o intérprete – seja no âmbito de uma “ponderação de interesses/direitos/valores”<sup>72</sup>, seja em outras hipóteses - optar pela alternativa mais compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana (no sentido de um *in dubio pro dignitate*), muito embora quais sejam exatamente tais exigências também no Brasil ainda esteja longe de ser elucidado, precisamente em função da conhecida dificuldade de delimitar o conteúdo em dignidade dos direitos e garantias fundamentais ou identificar – a depender do caso – eventual conteúdo autônomo para o princípio da dignidade da pessoa humana.

Neste contexto, quanto mais se recorre a dignidade da pessoa humana como argumento no processo judicial, tanto mais se faz necessária cautela no seu manejo, pois se a dignidade e os direitos humanos e fundamentais apontam – como bem o observou Gomes Canotilho – para a afirmação da idéia de uma comunidade constitucional republicana e inclusiva, necessariamente pautada por um multiculturalismo mundividencial avesso a qualquer tipo de “fixismo”<sup>73</sup>, também se prestam uma perigosa manipulação retórica e mesmo fundamentalista, caso transformados em instrumentos de pautas de valores e interesses pessoais e sectários, resultando naquilo que já foi designado de uma “tirania da dignidade”<sup>74</sup>.

Ainda no que diz com a função da dignidade da pessoa humana para o Estado Constitucional, sua condição de valor-fonte do Estado e do Direito, implica, como bem o averbou Jorge Miranda, que ela (dignidade) seja devidamente considerada como um *prius* em face da

---

72 Cf., no âmbito da literatura brasileira, por todos, Daniel Sarmiento, *A Ponderação de Interesses na Constituição Federal*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000, Luís Roberto Barroso (Org.), *A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003, Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, Racionalidade e Atividade Jurisdicional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2005. Trilhando uma perspectiva crítica em relação à ponderação e a utilização da proporcionalidade neste contexto, confirmam-se, especialmente e entre outras, as contribuições de Lenio Luiz Streck, *Verdade e Consenso. Constituição, Hermenêutica e Teorias Discursivas. Da possibilidade à necessidade de respostas corretas em direito*. 2. Ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, bem como Álvaro Ricardo Souza Cruz, *Hermenêutica Jurídica e (m) Debate*, Belo Horizonte: Fórum, 2007.

73 José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2004, p. 225-26, desenvolvendo a idéia da dignidade da pessoa humana como núcleo essencial da República.

74 Cf., portodos, Ulfrid Neumann, “Die Tyranei der Würde”, in: ARSP v.84, 1988, p. 153 e ss.

vontade popular, no sentido de que esta está subordinada à dignidade da pessoa humana, “porquanto é a própria idéia constitucional de dignidade da pessoa humana que a exige como forma de realização”<sup>75</sup>.

## REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, José de Melo. Perfil constitucional da dignidade da pessoa humana: um esboço traçado a partir da variedade de concepções” In: **Estudos em Honra ao Professor Doutor José de Oliveira Ascensão**. Coimbra: Almedina, 2008, V.1, p. 481.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1987.
- BARCELLOS, Ana Paula. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: **Legitimação dos Direitos Humanos**. Torres, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BENDA, Ernst. Menschenwürde und Persönlichkeitsrecht, in: Benda-Maihofer-Vogel (Org), **Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. 2. ed. Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1994, V.1.
- BITTENCOURT NETO, Eurico. **O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BRITTO, Carlos Ayres. **O Humanismo Como Categoria Constitucional**. 2004.
- CANOTINILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DENNINGER, Erhard. Embryo und Grundgesetz. Schutz des Lebens und der Menschenwürde vor Nidation und Geburt In: **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (KritV)**, Baden-Baden: Nomos, N.22, 2003.
- DREIER, Horst, Anmerkungen zu Art. 1 I GG In: Horst Dreier (Org), **Grundgesetz Kommentar**. Tübingen: Mohr Siebeck, 1996, V.1, p. 117-119,
- DWORKIN, Ronald. **El Dominio de la Vida**. Una Discusión acerca del Aborto, la Eutanasia y la Libertad Individual, Barcelona: Ariel, 1998.
- FENSTERSEIFER, Tiago. **Direitos Fundamentais e Proteção do Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- GAVIÃO FILHO, Anízio Pires. **Direito Fundamental ao Ambiente**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- GMES, Carla Amado. **Risco e Modificação do Acto Autorizativo Concretizador de Deveres de Proteção do Ambiente**. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus, **Dignidad de la Persona**. Madrid: Civitas, 1986.

---

75 Cf. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, Op. Cit., p. 214.

HABERLE, Peter. Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft. In: Joseph Isensee-Paul Kirchhof (Org.), **Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland**. Heidelberg: C.F. Muller, 1987, V.1, p. 853.

HABERMAS, Jürgen. **Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.

HAVERKATE, Görg. **Verfassungslehre. Verfassung als Gegenseitigkeitsordnung**, München: C.H.Beck, 1992.

HOFFE, Otfried. Menschenwürde als ethisches Prinzip. In: Otfried Höffe; Ludger Honnefelder; Josef Isensee; **Gentechnik und Menschenwürde**. An den Grenzen von Ethik und Recht, Köln: Du Mont, 2002.

HOFLING, Wollfram. Anmerkungen zu Art. 1 Abs 3 Grundgesetz, in: Michael Sachs (Org), **Grundgesetz - kommentar**, München: C. H. Beck, 1996, p. 102,

HOFMANN Hasso. Die versprochene Menschenwürde In: **Archiv des Öffentlichen Rechts (AöR)**, n. 118, 1993.

HOPPEMOCK, Martin. **Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung**, Baden-Baden: Nomos, 1997.

KIRSTE, Stephan. **Einführung in die Rechtsphilosophie**, Darmstadt: WissenschaftlicheBuchgesellschaft, 2010, p. 126.

KUNIG, Philip. Art. 1 GG (Würde des Menschen, Grundrechtsbindung) In: **Ingo von Münch** (Org). Grundgesetz Kommentar 5. ed.München: C.H. Beck, 2000, V.1, p. 76.

LADEUR, Karl-Heinz; AUGSBERG, Ino. **Die Funktion der Menschenwürde im Verfassungsstaat**. Tübingen: Mohr-Siebeck, 2008, p. 10-12.

LOUREIRO, João. O direito à identidade genética do ser humano. Portugal-Brasil Ano 2000. **Boletim da Faculdade de Direito**. Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 281.

LUHMANN, Niklas. **Grundrechte als Institution**. 2.ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1974.

MACHADO, Jonatas. **Liberdade de Expressão. Dimensões Constitucionais da Esfera Pública no Sistema Social**. Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 360.

MAUNZ, Theodor; ZIPPELIUS, Reinhold. **Deutsches Staatsrecht**. 29.ed.München: C.H. Beck, 1994, p. 179.

MEDEIROS, Fernanda Luiza Fontoura de. **Meio Ambiente**. Direito e Dever Fundamental, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. V. 4, op. cit., p. 199.

NABAIS, José Casalta. Algumas Reflexões Críticas sobre os Direitos Fundamentais, in: **AB VNO AD OMNES – 75 anos da Coimbra Editora**. Coimbra: Coimbra Editora, 1995.

- NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios estruturantes da República Portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 52.
- PELE, Antonio. **La dignidad humana. Sus Orígenes en el Pensamiento Clásico**. Madrid: Dikynson, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. Direitos Humanos e o Princípio da Dignidade Humana. In: George Salomão Leite (Org.), **Dos Princípios Constitucionais**. Considerações em torno das normas principiológicas da Constituição, São Paulo: Malheiros, 2003.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- PODLECH, Adalbert. Anmerkungen zu Art. 1 Abs. I Grundgesetz, in: Rudolf Wassermann (Org.) **Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland** (AlternativKommentar). 2.ed. Neuwied: Luchterhand, 1989, v.1, p. 280-281.
- ROCHA, Cármen Lúcia Antunes Rocha. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. **Revista Interesse Público**. N. 04, 1999, p. 24.
- SACHS, Michael. **Verfassungsrecht II – Grundrechte**, Berlin-Heidelberg-New York: Springer, 2000.
- SAMENTO, Daniel. **A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000,
- SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais. Conteúdo Essencial, Restrições e Eficácia**. São Paulo: Malheiros, 2009.
- STERN, Klaus. **Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland**. München: C. H. Beck, 1988, v.3.
- TEIXEIRA, Orcy Paulino Bretanha. **O Direito ao Meio Ambiente Ecologicamente Equilibrado como Direito Fundamental**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- TIEDEMANN, Paul. **Menschenwürde als Rechtsbegriff. Eine philosophische Klärung**. Berliner Wissenschafts-Verlag, 2007.
- TORRES, Ricardo Lobo. **O Direito ao Mínimo Existencial**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- WALDRON, Jeremy. Dignity and Rank. *In: European Journal of Sociology*. 2007.
- ZIPPELIUS, Reinhold. In: **Bonner Kommentar zum Grundgesetz**, Heidelberg, 1994.





# LA MIGRACIÓN Y TRABAJO EN MÉXICO BAJO LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS

---

Dr. Julio Ismael Camacho Solís<sup>1</sup>

---

## RESUMEN

El flujo migratorio mundial es originado por múltiples circunstancias, y una de ellas es el ejercicio del elemental derecho de libre tránsito, innato en los seres humanos; en este contexto, surgen diversos y complejos problemas, todos ellos confluyen necesariamente en el análisis de la protección de los derechos humanos o garantías fundamentales de los migrantes. La relación entre migración y derechos humanos está presente en todo el ciclo migratorio: muchas veces en las motivaciones para su salida del país de origen, durante su tránsito y al llegar a su destino. Los migrantes no calificados, que son la mayoría, son especialmente vulnerables a la violación de sus derechos: Enfrentan generalmente discriminación, trato desigual e inequidad de oportunidades en el trabajo. Su acceso a servicios de salud, educación y vivienda no siempre son equiparables a los de los nacionales del país donde residen, por lo tanto la protección social es una salida emergente. Los estados modernos democráticos de derecho se caracterizan por tener un margen superior de defensa de los derechos humanos, pues mientras más amplio sea el espectro de protección, ello es muestra reveladora de un mayor desarrollo social.

**PALABRAS CLAVES:** *Migración. Protección. Derecho. Desarrollo.*

---

1 Doctor en Derecho, académico investigador de tiempo completo de la Universidad Autónoma de Chiapas, México, asesor laboral, [sindical.academico.chiapas15@hotmail.com](mailto:sindical.academico.chiapas15@hotmail.com)

## I INTRODUCCION

A finales del siglo XIX y en las primeras décadas del siglo XX, la mayoría de los Estados de origen liberal realizaron reformas legislativas y sociales para constituir un Estado Social, como respuesta frente a dos fenómenos fundamentales de la época: la industrialización, con sus diferentes implicaciones económicas, sociales y políticas, así como la democratización de los procesos de decisión. Para el siglo XXI sin duda la premisa fundamental se basa en las personas en apego del ordenamiento jurídico dentro de los estándares que presiden al derecho internacional de los derechos humanos. En ese sentido estricto de enorme relevancia resulta el contenido del Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reformado de manera reciente consagra como tal; que “Todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.<sup>2</sup>

Estableciendo además de manera categórica que “Todas las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”.<sup>3</sup>

En este sentido, el nuevo artículo 1 constitucional incorpora en su texto el principio de indivisibilidad de los derechos humanos, al lado de los de universalidad, interdependencia y progresividad.<sup>4</sup>

El orden internacional de los derechos humanos que permea de manera integral en la sociedad actual, se sustenta en valores y principios por lo general siempre compartidos, que destacan la supremacía y dignidad del ser humano. De ahí la derivación y prevalencia de la regla pro homine o pro persona para la elaboración, interpretación y aplicación del Derecho como norma fundamental de convivencia social. Por ello en virtud de la reforma constitucional se puede señalar que el ser humano se ubica

---

2 Sin duda este aspecto representa para el sistema jurídico nacional de México, la reforma más significativa que armoniza los criterios de promoción, respeto y vigencia de los derechos humanos, con la realidad imperante de nuestra sociedad vulnerada por diversos acontecimientos que revelan la sistemática y reiterada manera de violación de los derechos fundamentales. Lo que da un dignificante derrotero en la premisa social que nuestra Constitución hoy día se alista como el instrumento básico de protección con eficacia de los derechos humanos en lo que atañe al amplio sector que comprende la migración nacional e internacional.

3 Constitución política de los estados unidos mexicanos. Editorial Porrúa.Mexico.2013.p. 1.

4 KURCZYN VILLALOBOS, Patricia. La reforma constitucional en materia de derechos humanos laborales. Revista Latinoamericana de derecho social, México número 14,En/Jun. 2012, p.210.

y quedo instalado en el centro del orden jurídico, moral, situacional, social y político mexicano.<sup>5</sup>

## 2 RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

Por ello la relevancia de la modificación constitucional en México, permite que el ordenamiento nacional en congruencia con la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de la Jurisprudencia de la Corte Interamericana, quedando como consecuencia la propia inspiración del Estado como compromiso supranacional del contenido de los derechos humanos a través de la interpretación convencional de las normas propias de la materia.

Con ello indiscutiblemente el control de convencionalidad se convirtió en la herramienta obligatoria y necesaria para evaluar y controlar en cierta medida jurisdiccional que las decisiones tomadas por cualquier autoridad en el marco de sus competencias de actuación jurisdiccional, se encuadren, se unifiquen por lo establecido en la Convención Americana, y los criterios de la Corte Interamericana. En este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ha establecido sin miramiento alguno que “La jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para todos los órganos jurisdiccionales, siempre que dicho precedente favorezca en mayor medida a las personas”.<sup>6</sup>

El derecho es un instrumento que al tiempo modula la conducta humana, se ve irremediamente alterado por ella. La Corte Interamericana es consciente de esta realidad y, por ello ha señalado reiteradamente que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.

A partir de la sentencia condenatoria Rosendo Radilla contra el Estado mexicano, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, México adopto una serie de medidas a fin de dar cumplimiento a la resolución, entre tales medidas se modifico normativa interna a los lineamientos estableci-

---

5 Que garantiza la protección integral al ser humano, sin condición alguna que lo discrimine, otorgando una igualdad con premisas fundamentales, que además están alineadas con la convencionalidad internacional imperante en un mundo globalizado respecto de la protección de las personas.

6 Declaración de Oaxaca, sentencias relevantes en materia de control de convencionalidad, Tribunal electoral del poder judicial de la federación. México, DF2014, p 2.

dos por la Corte Interamericana, así el 10 de junio de 2011, se reformó la Carta Magna federal maximizando la protección de los derechos fundamentales con miras a lograr la tutela constitucional y convencional efectiva, mejorando diversos mecanismos de control y protección de los derechos humanos<sup>7</sup>

Al efecto, la tutela constitucional en México se ha venido perfeccionando como consecuencia del avance de la democracia, por el respeto de los derechos fundamentales y con la observancia de los lineamientos establecidos por los organismos internacionales. Ciertamente en México, no hay un tribunal que en exclusiva tenga la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales sino que su protección corresponde en general a todo los órganos jurisdiccionales, sean órganos de jurisdicción ordinaria o de jurisdicción constitucional, además todos los órganos jurisdiccionales están obligados aplicar las normas convencionales por tanto deben actuar como una especie de jueces interamericanos. Así podemos decir, que el sistema de tutela constitucional de los derechos fundamentales en México pertenece a un modelo híbrido o un *tertium genus* que se caracteriza por existir un control difusión en lo que respecta a la vigilancia de la supremacía de la Constitución pero en la que corresponde a un único órgano el rechazo o anulación de las normas federales inconstitucionales.<sup>8</sup>

Así, la protección constitucional puede realizarse mediante un control concentrado y abstracto o mediante un control difuso que se ejerce en el momento de que cualquier juez ordinario al enjuiciar un caso concreto inaplique una norma al considerarla contraria a la constitución, convención o tratado internacional. Por tanto, ese control difuso puede efectuarse por cualquier juez común, no sólo porque la norma que se aplica en el proceso para resolver el conflicto va en contra de la constitución sino porque va en contra de un convenio internacional suscrito y ratificado por México.<sup>9</sup>

---

7 El 10 de junio de 2011 reformó el artículo primero de la constitución federal estableciendo expresamente el control de convencionalidad al señalar: *En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozaran de los derechos humanos reconocidos en esta constitución y en los tratados internacionales de los que el estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta constitución establece. Las normas relativas a los derechos humanos se interpretaran de conformidad con esta constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.*

8 CERVANTES BRAVO, Irina, Ponencia X Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional, en memoria USB. Universidad del Externado, Bogota, Colombia 2015.p.3.

9 CERVANTES BRAVO, Irina, op.cit.,(6), p.3.

Sin duda es preciso señalar que el Derecho como norma general, así como la vigencia de los contenidos de las normas particulares se tendrán que adaptar invariablemente a las realidades concretas, ya que sería erróneo suponer que los conceptos y principios jurídicos son inmutables y atemporales. De esta manera la actualización de cualquier realidad jurídica, por alejada que parezca del escenario cotidiano, la migración, los migrantes y el entorno que lo rodea se transforma en un escenario que deberá también sentar jurisprudencia, para resolver ampliamente, lo que como fuente de derecho le atañe, es entonces la creación de esos criterios los que fundamentan la argumentación que convierte un dialogo social ,objetivo, constante y dinámico, por lo que permite la construcción jurídica natural, la reflexión de ideas, constructos de argumentos jurídicos que se dotan de significado y relevancia particular cualquier duda sobre la eficacia del derecho en su conjunto.<sup>10</sup>

La sinergia conjunta del derecho permiten hoy día que la competencia contenciosa de la Corte Interamericana, posibilitan generar el control dinámico, holístico, además complementario de las obligaciones convencionales que justifiquen además las obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos, de manera conjunta entre autoridades internas, entre las estancias internacionales que modo tal que los criterios de decisión puedan ser conformados, uniformes, adecuados entre sí estableciendo dinámicas par el control de convencionalidad y vigencia jurisprudencial actual, justificando la atención que merece los criterios complementarios y subsidiarios de la Corte Interamericana.<sup>11</sup>

### 3 MIGRACIÓN Y DERECHOS HUMANOS

Elhombre es capaz de actualizar sus potencias. Con el surgimiento del Estado moderno, aparecen dos principios básicos: la división de poderes y los derechos fundamentales. El primero consiste en un mejor ejercicio del poder en beneficio de la sociedad, el segundo, en garantizar con plenitud la protección universal de los derechos de los individuos desde el mismo ordenamiento constitucional que le sea aplicable. La dimensión social de la globalización, abarca no solo el acceso a un empleo decente, a la cobertura

---

10 Ibidem,p.5

11 Ibidem,p.6

de salud oportuna y adecuada, a la educación y formación profesional, sino que incluye el conjunto de aspiraciones de las personas a una vida digna y plena, en un entorno apropiado de prosperidad material, donde no existen dudas respecto al respeto de los derechos de las personas; para un conglomerado importante de hombres y mujeres, la globalización mundial, impulsa a abandonar a miles de personas sus lugares de origen en aras de una mayor perspectiva de vida, pero al mismo tiempo los ha condenado a vivir en el limbo de la economía informal, la explotación, exclusión sin derechos reconocidos y con limitadas expectativas.

La migración ha existido y por simple lógica seguirá existiendo como fenómeno humano. La migración es una dimensión inherente a la globalización, y no por ello sin razón se le ha denominado como el tercer flujo de circulación, junto a los capitales y productos. Sin embargo, los seres humanos deben enfrentar múltiples barreras en su desplazamiento, lo cual los coloca en situación de vulnerabilidad y trasgresión de sus más elementales derechos humanos. Más aún, las políticas propias de cada país en materia de reconocimiento, vigencia y protección de derechos humanos, seguridad social, salud y trabajo, protección social no toman en cuenta los sucesivos cambios de residencia lo que finalmente dificulta su plena realización.

Los flujos migratorios son resultado de las transformaciones económicas y sociales vinculadas a la globalización en plenitud ya matizada en el mundo actual. En este contexto se produce un intercambio vertiginoso de productos, capitales, valores, intereses, así como visibles símbolos, donde los movimientos migratorios cifrados en un número global de personas son tan sólo una corriente más en este proceso que traspasa aún las fronteras más inquebrantables<sup>12</sup>

En Estados Unidos una dimensión mayor de migrantes se han dispersado por todo su territorio; hoy radican en ese país 42 millones 391 mil 800 migrantes, de una población total cercana a los 300 millones, es decir, cerca de 14% del total de sus habitantes nació en otro país. Cada año se admite o legaliza a cerca de un millón de personas. Pero no hay que olvidar que, desde su fundación, es receptor de oleadas de migrantes que llegaron de Europa y con los años han seguido recibiendo de manera generosa e interesada a nacionales de otras latitudes, entre ellos, 11 millones de mexi-

---

12 BUSTAMANTE, Jorge. La política de inmigración de México, colegio de Michoacán, México 1988.p.25.

canos. La contribución de los migrantes a la prosperidad de ese país es hoy innegable, la Casa Blanca reconoce que 18% de las pequeñas empresas es propiedad de migrantes que proporcionan 4.7 millones de empleos directos y generan ingresos de 776 mil millones de dólares anuales.<sup>13</sup>

El mayor bien, al que aspira una sociedad democrática sin duda lo será el bienestar colectivo de todos o sea el fin que debe perseguir todo sistema de legislación nacional e internacional; se descubrirá que todo ello se reduce a dos objetos principales: la libertad y la igualdad. La libertad, porque toda dependencia individual es otra tanta fuerza sustraída al cuerpo del Estado, la igualdad, porque la libertad no puede subsistir sin ella. Las políticas restrictivas en materia migratoria deriva de manera excluyente que dan como consecuencia condiciones de vulnerabilidad en la que se ubican las personas que deciden migrar, lo que trae aparejada, la latente violación de derechos humanos en general.

Tal realidad no reconoce la importante contribución de los migrantes para el desarrollo económico de los países receptores. Por el contrario, se les segrega marginándolos, promoviendo la conformación de una clase sub urbana, con efectos especialmente críticos en la segunda generación de los derechos humanos que despliega para con las personas migrantes comportamientos hostiles, dejando al margen de las convenciones sociales, como consecuencia de la exclusión de la que han sido objeto. Esto se traduce siempre en pobreza y problemas sociales.<sup>14</sup>

Siendo los que más sufren son los grupos llamados vulnerables, entendiéndose como cualquier grupo poblacional que derivado de su condición migratoria, edad, género, raza, religión, condición económica, social, laboral, cultural, lingüística, cronológica o funcional y por ello son excluidos de cualquier protección social.

Los derechos fundamentales son: Todos aquellos derechos subjetivos que comprenden universalmente a todos los seres humanos dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar.<sup>15</sup>

Los derechos fundamentales crean y mantienen las condiciones básicas para asegurar el desarrollo de la vida del hombre en libertad, en con-

---

13 MOHAR, Gustavo. Disponível em: <[http://www.excelsior.com/notas\\_diversas/ort./34/](http://www.excelsior.com/notas_diversas/ort./34/)>. Acesso em: 20 de jul. 2016.

14 ORDOÑEZ CIFUENTES, José Emilio. Derecho Consuetudinario indígena, instituto de investigaciones jurídicas de la Unam, 1998. p.67.

15 FERRAJOLI, Luigi. Derechos y garantías. Trotta, Madrid, 1997, p.37.

diciones compatibles con la dignidad humana, y es que “la libertad del individuo solo puede darse en una comunidad libre, y viceversa esta libertad presupone seres humanos y ciudadanos con capacidad y voluntad, para decidir sobre sí mismos, sobre sus propios asuntos y colaborar responsablemente en la sociedad públicamente constituida como comunidad socialmente entendida.<sup>16</sup>

La óptica de describir adecuadamente los derechos humanos se puede centrar en la universalidad o más propiamente el universalismo de los derechos humanos. La consecuencia más importante del proceso de “especificación de los derechos” es el reconocimiento de las necesidades básicas de los individuos y de la responsabilidad de la sociedad en su satisfacción. Esto implica que la definición y justificación de los derechos sociales, debe tener en cuenta las condiciones en las que se encuentra cada sujeto específicamente considerado y por ello debe prescindir de considerarlos como derechos universales.<sup>17</sup>

Esta interpretación de la universalidad es bastante limitada ya que excluiría, por ejemplo, el derecho a un juicio justo o el derecho a abandonar el país, puesto que estos derechos se circunscriben a determinadas personas como lo son las personas migrantes. En este sentido, la titularidad de los derechos sociales solo puede ser entendida como una “titularidad específica” opuesta a la titularidad abstracta y universal de las libertades clásicas y el problema de la universalidad como un problema relativo a que todos los derechos deben aplicarse de manera universal a todos aquellos que se encuentre en la situación jurídica subjetiva prevista por el ordenamiento.<sup>18</sup>

#### 4 DERECHOS DE LOS MIGRANTES.

El flujo migratorio mundial es originado por múltiples circunstancias, siendo una de ellas es el ejercicio del elemental derecho de libre tránsito, innato en los seres humanos; la movilidad como destino, en este contexto, surgen diversos por demás complejos problemas de diversas ramas jurídicas como pueden ser de derecho internacional público ó privado, de derecho social, de derecho constitucional, derecho penal, así como del

16 HESSE, Conrado, et.al Manual de derecho constitucional, marcial pons, Madrid, 1996, p.90.

17 BOBBIO, Norberto “¿Existen derechos fundamentales? Conversación con Giuliano Pontara”, en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 85.

18 AÑON ROIG, José García (coords.). *Lecciones de derechos sociales*, 2007.p. 100.

ámbito del derecho administrativo: todos ellos confluyen necesariamente en el análisis de la protección de los derechos humanos o garantías fundamentales de los migrantes.

La migración humana, entendida como el desplazamiento de uno ó más individuos de un lugar a otro, se remonta al nacimiento del hombre mismo, pues es su naturaleza el mantenerse en constante movimiento, en diversos momentos históricos, con el fin de satisfacer sus múltiples necesidades. Es desde ese momento que se puede comenzar a distinguir el fenómeno de inmigración y de emigración, visto el primero desde la perspectiva del lugar de destino y el segundo desde la perspectiva del lugar de origen.<sup>19</sup>

La migración, como fenómeno fáctico, no ha sido materia de la ciencia del derecho en sus inicios, sino se remonta al nacimiento de los estados-nación característicos de la Edad Media. En esa época, el ingreso, estancia y salida de extranjeros ajenos a esa jurisdicción comienzan a ser materia de una regulación jurídica mínima. Sin embargo, se debe mencionar que esta regulación era referente principalmente a materias como el comercio y la navegación, y no a otro tipo de migración, como la humana, y menos aún a la que ahora nos ocupa en relación con los migrantes y sus derechos.<sup>20</sup>

La relación entre migración y derechos humanos está presente en todo el ciclo migratorio; muchas veces en las motivaciones para su salida del país de origen, durante su tránsito así como al llegar a su destino. Los migrantes no calificados, que son la mayoría, en particular de Centroamérica, América del sur y el Caribe americano son especialmente vulnerables a la violación de sus derechos humanos; ya que enfrentan generalmente discriminación, trato desigual e inequidad de oportunidades en el trabajo. El acceso a servicios de salud, educación, vivienda, seguridad pública no siempre es equiparable a los de los nacionales del país donde residen.

En el extremo de vulnerabilidad se encuentran obviamente los migrantes irregulares, que por su propia situación están expuestos a mayores abusos y explotación por parte de los empleadores, funcionarios públicos y grupos criminales. Muchos de estos migrantes están sujetos a condiciones de trabajo desventajosas, ocupan segmentos del mercado laboral caracterizados por el trabajo difícil, sucio y peligroso, tienen remuneración

---

19 DIEZ-CANEDO, Juan. La migración indocumentada un nuevo enfoque, fondo de cultura económica. México, D.F, 1984, p. 246.

20 *Ibidem*.p.248.

salarial inferior y están sobreexpostos al arbitrio de su empleador. Además carecen de cualquier acceso a servicios médicos y educativos, tienen dificultades para encontrar una vivienda digna y viven bajo la permanente posibilidad de la, extorsión, detención y deportación.<sup>21</sup>

Los derechos de los migrantes están protegidos por un amplio cuerpo jurídico internacional, que aunque no se refiere específicamente a ellos los incluye de todas maneras por tratarse de derechos universales humanos.<sup>22</sup>

Ante la crisis del Estado social, donde permea la general exclusión de derechos, generadas en parte por la demanda excesiva de los titulares de esos derechos y, por el déficit económico que alcanza la crisis fiscal del Estado; producidos en apariencia por la financiación de los mismos, en esta práctica de recibir derechos económicos y sociales, tales como la educación, la protección de la salud, derecho a la vivienda, se deben situar incluyendo a los migrantes como derecho a una universalidad como punto de partida.<sup>23</sup>

Se convierten en derechos del hombre y de los ciudadanos, atribuidos a todos, y no tienen como meta alcanzar la igualdad como equiparación, que sólo sería posible en el caso de que se hubiera utilizado como medio, la igualdad como diferenciación.<sup>24</sup>

Lo que ya cuenta en la atención del ser humano racional, inmerso es que ya por costumbre o ya por necesidad en migraciones milenarias no sólo locales sino regionales y transcontinentales, es que en pleno siglo XXI el fenómeno pueda parecer nuevo hasta transformarse en un enorme problema contemporáneo, algo así como una especie de moda mundial que se expande de forma exponencial e incontenible en razón de que los Estados todavía carecen de eficientes controles carecen de eficientes controles migratorios o porque adolecen de políticas nacionales afectivas que observan al fenómeno de los flujos migratorios – sobre todo para efectos laborales - como un hecho común y corriente. Todo derecho será universal cuando su ejercicio se atribuya toda persona dependiente de la jurisdicción de un país.

---

21 EZETA, Fernanda. Aspectos sociales de la trata de persona. Mexico: Editorial Reus, 2006.p.23.

22 SANTIBÁÑEZ ROMELLO, Jorge. Trabajo temporal y migración internacional, editorial Miguel Ángel Porrúa, México D.F. 2007, p.131.

23 PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio.et al. Derecho positivo de los derechos humanos. Madrid: Debate, 1984, p.9.

24 Ídem

## 5 EL TRABAJO Y LA MIGRACIÓN

Si la esencia humana es una integridad que no acepta porciones o parcialidades, los derechos del hombre pueden catalogarse o clasificarse pero no dividirse, porque son los componentes de un todo que forma uno solo. Los derechos humanos, sea cual fuere su connotación o su reconocimiento, son derechos de las personas consideradas en su ámbito individual (sean trabajadores sean empleadores) o como miembros de la colectividad o comunidad, en atención a su condición social.<sup>25</sup>

Todo esto sin duda condiciona la necesidad de crear una normativa concordante, aplicable sin reservas con esta forma de vida migrante, que las políticas económicas de los Estados latinoamericanos han provocado en estos últimos años, que a su vez admitan un contenido basado en el principio integracionista de la solidaridad plasmado en la aceptación social de estos, pues no solo la discriminación sino también la explotación de estos individuos en sociedades desarrolladas, en comparación de otras constituyen un atentado a los derechos fundamentales, que convierten al ser humano en objeto antes que en sujeto, lo cual es evidente en las normas que prohíben el trabajo a estos si bien en algunos casos de forma directa, en otras indirectamente, pues al no reconocer una remuneración equivalente a los propios de origen nacional, conduce inexorablemente a la profundización de una desigualdad.

Aunque en principio todos los estados aceptan y reconocen su obligación de proteger los derechos de los migrantes, independientemente de su estatus migratorio, en los hechos, en la realidad cotidiana, hay aspectos que lasteran, lastimando el tejido social; esta normativa internacional no se aplica y las violaciones a esos derechos humano son no sólo frecuentes sino que parecen estar en aumento constante.<sup>26</sup>

El instrumento internacional más completo sobre derechos de migrantes es la Convención Internacional para la protección de los derechos de todos los trabajadores migrantes y sus familiares, aprobada por la asamblea general de la ONU en 1990. Forjada en un largo proceso desde finales de los sesenta y la década de los ochenta, la Convención tardó 13 años en entrar en vigor, pues la resistencia de los estados a aceptarla

---

25 KURCZYN VILLALOBOS, Patricia, op. cit., nota 3, p. 210.

26 BUSTAMANTE, Jorge, op.cit. (10).p.43.

determinó una gran lentitud de las ratificaciones requeridas. La mayoría de los grandes países receptores de migrantes no están entre los 36 países que a la fecha la han ratificado.<sup>27</sup>

La Convención no crea nuevos derechos sino explícitamente recoge y enumera compromisos ya aceptados en el orden jurídico internacional de los derechos humanos así como lo establecido en las propias convenciones internacionales de la OIT. Pero evidentemente existen fuertes resistencias a aceptar principios de igualdad de trato (remuneración, horarios, seguridad, condiciones laborales), derecho al debido proceso, acceso a seguridad social, educación y otros derechos políticos, económicos, sociales y culturales para trabajadores migrantes. Además, la convención contiene un capítulo específico sobre derechos de trabajadores migrantes en situación irregular. Para algunos países, los derechos garantizados por la convención son iguales o aun mayores que los otorgados por la legislación interna a sus nacionales; obviamente, además, la aplicación efectiva de esos derechos a migrantes tiene un determinado costo económico y social, soslayando la importancia del ámbito de aplicación desde lo supranacional o supra legal de la convención misma<sup>28</sup>

Existe una abundante normativa internacional que contiene disposiciones dirigidas a garantizar la igualdad y excluir la discriminación en diferentes planos de la vida social. Buena parte de esa normativa ha sido ratificada por los países americanos. Pueden mencionarse, además de las adoptadas por la Organización Internacional del Trabajo, las siguientes: Carta de la Organización de los Estados Americanos (1948, con reformas posteriores); Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948); Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (1948); Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969); Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial (1965); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de las Naciones Unidas; Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; Protocolo Adicional a la Convención Americana so-

---

27 Disponible em: <<http://www.corteidh.or.cr/comunicados/pdf/12/07/2016>>.

28 KURSAAL, Berna. Resúmenes de conferencias. Gil, D. et al. Valoración de los objetivos de desarrollo del milenio mediante la revisión de la literatura científica en 2008, en Revista Española de Salud Pública, V. 82, N.25. Madrid, Septiembre-Octubre 2008, p.124.

bre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1988); Convención sobre los Derechos del Niño (1989).<sup>29</sup>

La OIT señala [...]”el mayor vacío de la actual estructura internacional de la economía global es la ausencia de un marco multilateral eficaz y con resultados que rija el movimiento transfronterizo de personas”.<sup>30</sup>

En el ámbito laboral y en consecuencia en los aspectos vinculados a la seguridad social y trabajo decente, hoy día es más latente que la falta de un marco multilateral de probada eficacia para la migración, lo que es una muestra evidente del desequilibrio existente en las reglas actuales que predominan. La movilidad poblacional puede explicarse por factores demográficos, geopolíticos, sociales y económicos.

## 6 DERECHO AL BIENESTAR

Los seres humanos al interactuar con su entorno social, demandan de ciertas necesidades básicas como poder obtener vivienda, alimentación, empleo, salud y educación, que les permita estar en igualdad de oportunidades, el objetivo básico del desarrollo humano consiste en ampliar las oportunidades y opciones de la gente para lograr un desarrollo más democrático y participativo. La formación de la capacidad humana es el soporte a partir del cual las personas pueden tener acceso a esas oportunidades y opciones y ser actores de su propio desarrollo. El desarrollo humano es el resultado de un proceso complejo que incorpora factores sociales, económicos, demográficos, políticos, ambientales y culturales, en el cual participan de manera activa y comprometida los diferentes actores sociales. Es el producto de voluntades y corresponsabilidades sociales.<sup>31</sup>

Por el contrario, la necesaria protección de los derechos humanos de los migrantes, hace posible una vida digna, decorosa en sentido amplio, al tiempo que favorece la cohesión social, el respeto al ejercicio de sus derechos, obligaciones y responsabilidades que ello conlleva. Esto además de

---

29 Instrumentos internacionales de Derechos Humanos. Recomendación General XXX sobre la discriminación contra los no ciudadanos. Aprobado en el 65º periodo de sesiones. Ginebra, 2005.

30 Organización Internacional del Trabajo, Comisión mundial sobre la dimensión social, por una globalización justa, primera edición, Suiza, 2004, p.205.

31 Informe sobre el desarrollo humano: Medir el Desarrollo e influir en la política, p. 1-2, Disponible em: <[http://www.pnud.org.ve/temas/desarrollo\\_humano/desarrollo\\_humano.pdf](http://www.pnud.org.ve/temas/desarrollo_humano/desarrollo_humano.pdf)>. Acceso em: 18 de nov. 2014.

promover la integración social, contribuye a erradicar la discriminación, la exclusión, la xenofobia. La no integración formal por lo menos de los migrantes que incluye a sus propias familias, supone un serio déficit en términos de pluralidad, capacidad de inclusión y cuestiona el carácter democrático del país receptor.<sup>32</sup>

En sí mismo el fenómeno migratorio es un proceso complejo, que para su análisis, entendimiento, estudio, así como la elaboración de políticas requiere de la inclusión de los diversos niveles, actores, así como de las dimensiones implicadas. Por el momento, la discusión ha estado centrada en los impactos socio demográficos, así como en la adecuada vinculación con los problemas del desarrollo, en especial el impacto de las remesas en las economías locales y familiares.

## 7 VULNERABILIDAD SOCIAL

La noción de vulnerabilidad se relaciona con dos dimensiones: una externa y objetiva, que se refiere a los riesgos externos a los que puede estar expuesta una persona, familia o grupo (mayor inestabilidad de los ingresos familiares, aumento de la precariedad en el mercado de trabajo reflejado en porcentajes crecientes de personas empleadas con contratos no permanentes, a tiempo parcial, sin contratos y sin seguridad social); y otra dimensión interna y subjetiva, que se refiere a la falta de recursos para enfrentar esos riesgos sin sufrir ciertas pérdidas. Este enfoque integra tres dimensiones centrales: los activos (físicos, financieros, de capital humano y social) que poseen individuos y comunidades; las estrategias de uso de esos activos, y el conjunto de oportunidades que ofrecen los mercados, el Estado y la sociedad.<sup>33</sup>

El concepto de exclusión social, si bien surgió del debate europeo, tiene amplia aplicación, vigencia y hasta una tradición social en la región latinoamericana, en específico frente a las nuevas situaciones de pobreza y exclusión provocadas por las crisis recurrentes.

Los elementos de proceso que están incorporados en el debate sobre la exclusión son interesantes de considerar para el caso de la migración, en la

---

32 El mapa migratorio de América Latina y el Caribe. Las mujeres y el género. Serie Población y desarrollo. N.44 (LC/L. 1975-P). CEPAL. Publicación de Naciones Unidas. Santiago, 2003, p. 56.

33 BOLTVINIK, J. "La satisfacción de las necesidades esenciales en México, México, 1989, 1970-1987", en Lechuga, J. (ed.), Estancamiento Económico y Crisis social en México, 1983-1988, UAM, México, p. 496- 547.

medida en que se relacionan los diversos mecanismos y tipos de exclusiones: de carácter institucional, social, cultural y territorial. También puede existir exclusión espacial, vinculada al territorio y la ubicación geográfica. La discriminación por motivos de género y etnia parte con la atribución a las personas de ciertas características de personalidad y comportamiento en razón de su sexo o del color de su piel o de otros rasgos físicos.<sup>34</sup>

La migración o movimiento migratorio es el desplazamiento, con traslado de residencia de los individuos, desde un lugar de origen a un lugar de destino o llegada, que implica atravesar los límites de una división geográfica.

## 8 DERECHO A LA PROTECCIÓN SOCIAL

Las diversas formas de protección se han manifestado de distintas maneras, como asistencia social, en donde el beneficio recibido no se entiende como un derecho de la persona, como previsión social que implica una serie de beneficios que implican ventajas fiscales que se traducen en derechos laborales y de seguridad social, el o los seguros sociales como un status o identidad ciudadana regulada por el Estado, como seguridad social entendida como el derecho de toda persona por el hecho de ser humano y trabajador, y finalmente como protección social, que el trayecto de aplicación apunta a la universalización de una protección integral.<sup>35</sup>

Todos los sistemas entrelazados por diversas apreciaciones de previsión, protección y seguridad social encuentran sus antecedentes en la asistencia pública o privada. La asistencia social pública es la ayuda que el Estado proporciona a grupos o sectores en condiciones de vulnerabilidad.<sup>36</sup>

Par la referencia de la asistencia social privada se otorga y es administrada por particulares organizados en diversas formas, a veces relacionados con obligaciones religiosas o solo por razones filantrópicas que por lo general desarrollan instituciones de gran magnitud con presencia global.<sup>37</sup>

La Protección social; puede ser entendida como el conjunto de políticas fundamentalmente de naturaleza pública que garantiza a todos los ciudadanos el derecho a un mínimo vital desvinculado por lo general de

---

34 Ibidem.p.550.

35 SÁNCHEZ, Alfredo; MORALES, María. El derecho a la seguridad social y protección social. Mexico. DF 2014, Editorial Porrúa-Unam, p.1.

36 Ibidem, p.2.

37 LOMELÍ VENEGAS, Leonardo. Memoria del Coloquio Sobre Derechos Sociales. SCJN; México, D.F; 2006, p.79.

relaciones subordinadas o contractuales de índole laboral, impuestos, aportaciones de seguridad social. El acceso de los beneficios sociales depende únicamente de la necesidad de los individuos.<sup>38</sup>

La aparición de la protección social, tiene un origen multifactorial; la aparición de los trabajadores pobres, el incremento de personas sin trabajo y de la pobreza, así como la presencia de trabajadores migrantes, independientes o dependientes económicamente subordinados sin seguridad social, lo que atañe a un grupo vulnerable como lo son los trabajadores que del mismo modo son migrantes en nuestro país.<sup>39</sup>

Las recomendaciones de la OIT se enfocan a reconocer la dual obligación que se incumple en la protección de la migración como fenómeno global y el de los migrantes en el tránsito de una mejora personal y colectiva que agrupa incluso a familias, en este sentido la recomendación de OIT es y fue la premisa de establecer pisos o base de protección social como un elemento fundamental y complementario de sus diversos sistemas de seguridad social. Reconociendo con ello de manera implícita que la seguridad social hoy en el mundo no es plena ni mucho menos e encuentra generalizada, lo que se centro en la tarea de gestión pública de establecer y poner en práctica estrategias de cobertura y extensión progresivamente de niveles de aseguramiento para el mayor número de personas posible, tal como lo reiteran las normas internacionales en materia de seguridad social que promueve la OIT.<sup>40</sup>

El Piso de Protección social promueve el acceso a servicios esenciales y transferencias sociales para los pobres y los vulnerables, presentando un enfoque global de la protección social que hace hincapié en los componentes de oferta y demanda de la extensión de la protección social así como la garantía de un acceso efectivo. El denominado “piso” o “suelo” de la Protección Social, consiste en una especie de normas mínimas o elementales a observar por parte de todos los países del planeta; si bien el contenido de la Iniciativa no es coercible, sí es un referente mundial obligado.<sup>41</sup>

---

38 Ídem

39 Memoria USB, Centro de formación Internacional OIT. Criterios del Curso Internacional para juristas y docentes de derecho de América Latina, Cartagena, Colombia, 2014.

40 Ídem

41 Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD). Informe sobre Competitividad Social en México 2012. Consulta 10/09/2014. Disponible em: <[http://www.undp.org.mx/IMG/pdf/Informe\\_sobre\\_Competitividad\\_Social\\_en\\_Mexico\\_2012-2.pdf](http://www.undp.org.mx/IMG/pdf/Informe_sobre_Competitividad_Social_en_Mexico_2012-2.pdf)>.

En dicha Iniciativa se resalta la necesidad de garantizar servicios y transferencias durante todo el ciclo vital: niños, personas en edad económicamente activas con ingresos insuficientes, y personas mayores, prestándose especial atención a los grupos vulnerables mediante la consideración de características fundamentales que abarcan a todos los grupos de edad (género, estatus socioeconómico, etnicidad, discapacidad, personas con el VIH/SIDA, población expuesta y/o altamente sensible a efectos adversos externos como lo son desastres naturales, fenómenos climáticos extremos, la migración y los migrantes).<sup>42</sup>

## 9 LA EFICACIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Los estados modernos democráticos de derecho se caracterizan por tener un margen superior de defensa de los derechos humanos, pues mientras más amplio sea el espectro de protección, ello es muestra reveladora de un mayor desarrollo social; pero de igual manera existen muestras de encono social, de rebelión acumulada, hasta el extremo de una carencia generalizada de valores, es la época del absurdo y de la confrontación.<sup>43</sup>

El concepto de derechos fundamentales comprende un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretizan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad humanas, que deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional.<sup>44</sup>

Los derechos fundamentales del hombre son las enmiendas y restricciones al poder político o a las imposiciones que se le hacen a este, expresadas en declaraciones, dispositivos legales y mecanismos privados y públicos, destinados a hacer respetar y concretizar las condiciones de vida que den posibilidad a todos los seres humanos que mantengan y desarrollen sus cualidades peculiares de inteligencia, dignidad y consciencia y permitir la satisfacción de sus necesidades materiales e espirituales.<sup>45</sup>

---

42 América Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo. CEPAL. Publicación de Naciones Unidas. Santiago, 2008, p.123.

43 VEGA RAMÍREZ, Willy Ear. Manual de ética para aspirantes a la licenciatura en derecho. Mexico: Rehtikal, 2013.p.2.

44 *Ibidem*, p.56.

45 DE ALMEIDA, Fernando Barcellos. Teoria General dos Direitos Humanos. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1996, p. 24.

Aquellas exigencias que brotan de la propia condición natural de la persona humana, y que, por ende, reclaman su reconocimiento, su respeto e incluso su tutela y promoción por parte de todos; pero especialmente de quienes estén constituidos en autoridad. De la forma como lo pensamos, la expresión derechos fundamentales designa situaciones jurídicas amparadas en textos jurídicos de naturaleza constitucional, a favor de la dignidad, igualdad, libertad y solidaridad de las personas humanas. La norma constitucional contiene una finalidad que deberá ser cumplida obligatoriamente por el Poder Público, todavía, sin apuntar los medios que serán adoptados para alcanzarla, es decir, sin indicar las conductas específicas que satisfarían el bien jurídico consagrado en la regla.<sup>46</sup>

La eficacia de los derechos fundamentales puede ser vista bajo el aspecto de eficacia jurídica, que corresponde al potencial de aplicabilidad de la norma jurídica que consubstancia un derecho fundamental, y de eficacia social, que se refiere a la efectiva aplicación de esta norma a los casos concretos. De esta manera, la primera se opera en el plan jurídico y la segunda, en el mundo fáctico.

Sin embargo, la designación *eficacia* puede ser aplicada, bajo otro óptica, en el sentido de ámbito, extensión, así como de su alcance, implicando en la siguiente tipología de la eficacia de los derechos fundamentales: eficacia vertical, que se refiere al alcance de estos derechos en la relación Estado y particular, y eficacia horizontal, que alude a la extensión de los derechos fundamentales en las relaciones privadas.

Los derechos sociales se regulan constitucionalmente como mandatos de optimización, puesto que postulan la necesidad de alcanzar ciertos fines, pero dejan de alguna manera abierta las vías para lograrlos. Los mandatos de optimización son normas jurídicas, redactadas en formas de principios.<sup>47</sup>

Además están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y que la medida adecuada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas, por ello los principios mandatan que algo que sea realizado en la mayor medida posible, dentro de todas las posibilidades jurídicas y reales existentes.<sup>48</sup>

---

46 PÉREZ TREVIÑO, José Luis. De la dignidad humana y otras cuestiones. México: Fontamara. 2007.p. 90.

47 CARBONELL, Miguel; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Los derechos sociales y su justiciabilidad directa, IJ-Unam. Mexico: Flores, 2014.p.33.

48 ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Mexico: Fontamara, 2007.p.86.

Así que el reconocimiento de los derechos sociales como “verdaderos” derechos, en que en la cobertura amplia incluya a la migración y sus migrantes no se alcanzará hasta superar las barreras que impiden su justiciabilidad, entendida como la posibilidad de reclamar ante un órgano jurisdiccional el cumplimiento de las obligaciones que se derivan del derecho.<sup>49</sup>

La irradiación de los derechos fundamentales en la esfera privada, también conocida como privatización de los derechos fundamentales, eficacia horizontal, eficacia externa, o aplicación horizontal, resbala en la obligatoriedad de observación y cumplimiento de las normas constitucionales, consagradoras de derechos humanos fundamentales. En otras palabras, la eficacia horizontal es la incidencia de los derechos humanos en el ámbito de las relaciones sociales, vale decir, entre los propios particulares más aún en calidad de migrantes.<sup>50</sup>

## 10 CONCLUSIONES

**Primera:** La relación entre migración y derechos humanos está presente en todo el ciclo migratorio: muchas veces en las motivaciones para su salida del país de origen, durante su tránsito y al llegar a su destino. Los migrantes no calificados, que son la mayoría, son especialmente vulnerables a la violación de sus derechos: Enfrentan generalmente discriminación, trato desigual e inequidad de oportunidades en el trabajo. Su acceso a servicios de salud, educación y vivienda no siempre son equiparables a los de los nacionales del país donde residen, por lo tanto la protección social es una salida emergente.

**Segunda:** Si bien la migración es un proceso multidimensional en sus factores, es aceptado que la principal de sus determinantes está asociada con el desarrollo socioeconómico. Desde esta perspectiva, las regiones expulsoras de población reflejan limitaciones o francas crisis en su desarrollo, las receptoras, por otro lado demuestran ciertas capacidades que le permiten integrar los flujos de población y beneficiarse de ello, a pesar de los retos sociales que dicha movilidad implica especialmente en el corto plazo. Desarrollo y migración guardan así una estrecha relación.

---

49 NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 39.

50 Notas sobre migración y desarrollo local, una mirada desde las remesas de los migrantes. CEPAL/CELADE. Santiago, 2006, p.78.

**Tercera:** Con la adecuada protección de los derechos humanos, estas causas aparejadas son la falta de cultura previsora, la desacreditación de las instituciones públicas y los ingresos económicos reducidos de este grupo poblacional. La migración se ha convertido en un mecanismo informal de manejo de riesgos, a través del cual la familia involucrada (trabajador migrante y miembros remanentes en México) logra solventar los gastos de las contingencias presentes, sin embargo no logra prever a futuro

## REFERENCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Mexico: Fontamara, 2007.
- AMÉRICA Latina y el Caribe: migración internacional, derechos humanos y desarrollo. CEPAL. Publicación de Naciones Unidas. Santiago, 2008.
- AÑÓN ROIG, José García (Coords.). **Lecciones de derechos sociales**, 2007.
- BOBBIO, Norberto. “¿Existen derechos fundamentales? Conversación con Giuliano Pontara”, en **El tiempo de los derechos**. Madrid: Sistema, 1991.
- BUSTAMANTE, Jorge. **La política de inmigración de México**. México: Colegio de Michoacán, 2008.
- CARBONELL, Miguel; FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. **Los derechos sociales y su justiciabilidad directa**, IJ-Unam. Mexico: Flores, 2014.
- CERVANTES BRAVO, Irina. **Ponencia: Justicia Constitucional Multinivel Congreso Iberoamericano de derecho Constitucional, en memoria en extenso USB**. Universidad del Externado, Bogotá, Colombia 2105.
- DE ALMEIDA, Fernando Barcellos. **Teoría dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2006.
- DECLARACIÓN de Oaxaca, sentencias relevantes en materia de control de convencionalidad, Tribunal electoral del poder judicial de la federación. México, DF.2014.
- DIEZ-CANEDO, Juan. **La migración indocumentada un nuevo enfoque, fondo de cultura económica**. México, D.F. 2004.
- EL MAPA migratorio de América Latina y el Caribe. Las mujeres y el género. Serie Población y desarrollo. N. 44 (LC/L. 1975-P). CEPAL. Publicación de Naciones Unidas. Santiago, 2003.
- EZETA, Fernanda. **Aspectos sociales de la trata de persona**. Mexico: Reus, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y garantías**. Madrid: Trotta, 1997.
- HESSE, Conrado, et.al **Manual de derecho constitucional**. Marcial Pons, Madrid, 1996.

INSTRUMENTOS internacionales de Derechos Humanos. Recomendación General XXX sobre la discriminación contra los no ciudadanos. Aprobado en el 65º período de sesiones. Ginebra, 2005.

KURCZYN VILLALOBOS, Patricia. La reforma constitucional en materia de derechos humanos laborales. **Revista Latinoamericana de derecho social**, México. N.14, Ene./Jun, 2012.

KURSAAL, Berna. Resúmenes de conferencias. Gil, D., et al Valoración de los objetivos de desarrollo del milenio mediante la revisión de la literatura científica en 2008, en **Revista Española de Salud Pública**, V. 82, N.5. Madrid, Sep./Oct. 2008.

LOMELÍ VENEGAS, Leonardo. **Memoria del Coloquio Sobre Derechos Sociales**, SCJN; México, D.F; 2006.

LUIGI, Ferrajoli. **Derechos y garantías**. Madrid: Trotta, 1997.

MEMORIA USB, Centro de formación Internacional de OIT. Criterios del Curso Internacional para juristas y docentes de derecho de América Latina. Cartagena, Colombia, 2014.

NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert. **Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericana**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NOTAS SOBRE migración y desarrollo local, una mirada desde las remesas de los migrantes. CEPAL/CELADE. Santiago, 2006.

OFICINA Internacional del Trabajo, La igualdad en el trabajo: afrontar los retos que se plantean, Informe I (B), 96ª reunión, Ginebra, 2007.

ORDOÑEZ CIFUENTES, José Emilio. **Derecho Consuetudinario indígena**. Instituto de investigaciones jurídicas de la Unam, 1998.

PECES-BARBA, Martínez et.al. **Derecho positivo de los derechos humanos**. Madrid: Debate, 1984.

PÉREZ TREVIÑO, José Luis. **De la dignidad humana y otras cuestiones**. Mexico: Fontamara, 2007.

SÁNCHEZ CASTAÑEDA, Alfredo; MORALES RAMIREZ, Maria Ascensión. **El derecho a la seguridad social y protección social**. Mexico. D.F 2014.

SANTIBÁÑEZ ROMELLO, Jorge. **Trabajo temporal y migración internacional**. México: Editorial miguel Ángel Porrúa, 2007.

VEGA RAMÍREZ, Willy Earl. **Manual de ética para aspirantes a la licenciatura en derecho**. México: Rehtikal, 2013.





# A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

## THE HORIZONTAL EFFECTIVENESS OF BASIC RIGHTS

João Humberto Cesário<sup>1</sup>

### RESUMO

O artigo trata monograficamente da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para tanto, aborda o desenvolvimento histórico do estado moderno e da ordem jurídica, conceitua e define os direitos fundamentais, falando, ademais, da sua força normativa e aplicação imediata, das suas dimensões objetiva e subjetiva, bem como da sua eficácia vertical. Por último, desenvolve em específico a temática da eficácia horizontal, conceituando-a e metrificando o seu alcance e intensidade nas relações privadas, além de apresentar as origens históricas do seu reconhecimento e, finalmente, um panorama do tratamento jurisprudencial que as cortes de vértice vêm emprestando ao assunto no Brasil.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Direitos Fundamentais. Eficácia Vertical. Eficácia Horizontal.*

### ABSTRACT

This article analyzes the horizontal effectiveness of basic rights. To do so, it first addresses the historic development of the modern state and the legal order. It then conceptualizes and defines basic rights, considering their normative strength and immediate application, their objective and subjective dimensions and their vertical effectiveness. It specifically develops the theme of horizontal effectiveness, conceptualizing

---

<sup>1</sup> Doutorando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo. Mestre em Direito Agroambiental pela Universidade Federal de Mato Grosso. Juiz do Trabalho no Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região. Membro do Comitê Executivo do Fórum de Assuntos Fundiários do Conselho Nacional de Justiça de 2013 a 2014. Coordenador Acadêmico da Pós-graduação em Direito e Processo do Trabalho da Escola Superior da Magistratura Trabalhista de Mato Grosso nos biênios 2011 a 2013 e 2013 a 2015. Professor das disciplinas Teoria Geral do Processo, Direito Processual do Trabalho e Direito Ambiental do Trabalho. Tem atuado ultimamente como professor visitante na Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho (ENAMAT) e nas Escolas Judiciais dos TRTs da 5ª, 6ª, 7ª, 9ª, 14ª, 15ª, 16ª, 18ª e 23ª Regiões.

it and gauging its scope and intensity in private relations, and presents the historic origins of its recognition. Finally, an overview is presented of the legal treatment that the high courts have given to the issue in Brazil.

**KEYWORDS:** *Basic Rights. Vertical Effectiveness. Horizontal Effectiveness.*

## 1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como escopo central o estudo da eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Para o alcance do desiderato em questão, o dividiremos em três partes.

Abordaremos, na primeira delas, buscando uma compreensão introdutória da matéria, o desenvolvimento histórico do estado moderno. Para tanto discorreremos sobre os aspectos histórico-jurídicos dos seguintes modelos estatais: a) Estado Liberal; b) Estado Social; c) Estado Democrático de Direito.

Cumprida a primeira etapa, passaremos para a segunda parte do estudo, onde trataremos dos direitos fundamentais no contexto do Estado Democrático de Direito, com ênfase nos seguintes itens: a) conceito e conteúdo; b) força normativa e aplicação imediata; c) dimensão subjetiva e dimensão objetiva; d) eficácia vertical.

Na terceira e última parte, falaremos em apartado da eficácia horizontal dos direitos fundamentais propriamente dita, enfatizando os seguintes aspectos: a) significado e alcance; b) o precedente histórico que rendeu ensejo ao seu reconhecimento; c) a forma e a intensidade com que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas; d) a eficácia horizontal dos direitos fundamentais na jurisprudência das cortes de vértice brasileiras.

Finalizando o estudo, elencaremos topicamente algumas sínteses conclusivas, que permitirão ao leitor a compreensão pontual dos principais elementos estudados.

## 2 O DESENVOLVIMENTO HISTÓRICO DO ESTADO MODERNO

### 2.1 O estado liberal

#### 2.1.1 Notícia Histórica

Para nós que somos herdeiros da tradição romano-germânica do direito, o acontecimento histórico que mais marcadamente contribuiu para o

advento do Estado Liberal foi à chegada da burguesia ao poder na França revolucionária do final do século XVIII<sup>2</sup>.

Não interessa ao presente trabalho, contudo, analisar os meandros da ruptura dos burgueses com o absolutismo do *ancien régime*<sup>3</sup>. Impõe-se, notadamente, a tarefa de perquirir as bases jurídicas que caracterizaram o Estado que emergiu da hegemonia burguesa.

Assim é que serão abordados, na estrita medida do necessário, os principais aspectos envolvidos no rompimento ocorrido, pois eles explicarão, satisfatoriamente, os fundamentos característicos do Estado Liberal.

Na França que antecedeu à revolução, os servos eram separados das pessoas livres. Já essa última faceta da população (a das pessoas livres) era basicamente dividida em três estamentos, conhecidas como clero (1º estado), nobreza (2º estado) e povo (3º estado), estando inserida, nessa última categoria (povo ou terceiro estado), a burguesia. Acima dos mencionados estados sobrepairava o poder absoluto e autoritário do rei.

Com o impulso do capitalismo, porém, principalmente a partir do século XVIII, a parcela do povo conhecida como burguesia ascende ao domínio econômico, mas, paradoxalmente, continua politicamente subjugada ao império absolutista do monarca. Embora parasitários, ademais, o clero e a nobreza gravitavam muito mais próximos ao centro do poder político do que a burguesia.

Estava montado, a partir de então, o cenário propício à ruptura institucional. Nesse contexto, a revolução burguesa significou, na sua essência, a reunião do domínio econômico com o poder político nas mãos de uma nova elite dirigente burguesa, que, assim, superou historicamente o absolutismo monarca.

Para que esta nova ordem pudesse se estabelecer, foi necessária a criação de um novo modelo de Estado, chamado liberal, que trouxe consigo todo um arcabouço de novos direitos, hoje conhecidos como direitos de liberdade ou de primeira dimensão, que, basicamente, reclamavam um comportamento abstencionista do Estado em relação à dinâmica da vida em sociedade.

---

2 Tal assertiva não significa menosprezo, evidentemente, a outros elementos que contribuíram, notadamente na Inglaterra, para o estabelecimento dos alicerces do Estado Liberal, como as proposições de John Locke, nas quais se enxergam, por exemplo, o embrião da teoria de separação dos poderes, melhor desenvolvida na França, ao depois, por Montesquieu. Vide, a propósito, BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 44.

3 Sugerimos, para aqueles que desejarem se aprofundar nos aspectos históricos da revolução burguesa, a leitura de TRINDADE, José Damião de Lima. *História social dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Livraria Peirópolis, 2002, p. 43.

### 2.1.2 A Ordem Jurídica Liberal-Burguesa

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão - aprovada pela Assembleia Nacional Constituinte francesa em 26 de agosto de 1789 – foi o documento histórico que inaugurou a ordem jurídica liberal. Bobbio, a propósito, esclarece que “os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos, pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano”<sup>4</sup>. No mesmo diapasão, José Damião de Lima Trindade aduz que a Carta em questão “é considerada o atestado de óbito do Antigo Regime”<sup>5</sup>.

Ocorre que a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão consagrou no seu bojo os chamados direitos de liberdade. Não é por outro motivo, aliás, que o seu artigo 1º estabelece que os homens nascem e são livres e iguais em direitos, explicitando, no artigo 2º, que os direitos naturais e imprescindíveis do homem são a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão.

Dito isso, podemos afirmar, sem maior temor de equívoco, que a opção da burguesia em aclamar como os seus postulados máximos o direito à liberdade, à propriedade e à segurança é autoexplicativa.

A liberdade, obviamente, fundamenta-se na afirmação do desprendimento burguês do jugo absolutista da monarquia. Se o rei controlava com mão de ferro a vida dos indivíduos, o novo centro do poder deveria adotar um comportamento passivo, não se imiscuindo no interior das relações contratuais protagonizadas por homens naturalmente iguais.

A propriedade, outrossim, não passa de uma reproclamação de que os meios de produção pertencem à nova elite dirigente, que deles podem se valer sem amarras ou quaisquer limitações, pois, afinal, do Estado se espera uma conduta abstencionista em face dos interesses de índole privada.

A segurança, enfim, é o elemento imprescindível para que a burguesia mantenha a hegemonia do pensamento liberal através dos tempos. A previsibilidade jurídica, com efeito, passa a ser um valor cultuado incessantemente e com férrea devoção.

Foi justamente por isso que, no dizer de Marinoni, “o Estado Liberal de Direito [...] erigiu o princípio da legalidade como fundamento para a

4 BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 85.

5 TRINDADE, José Damião de Lima. Op. Cit. p. 53.

sua imposição”<sup>6</sup>. É de se indagar nesta quadra do estudo, de tal arte, quais teriam sido as consequências concretas da assunção do legalismo como o principal vetor jurídico do liberalismo.

Como é de palmar inferência, a noção de legalidade reside na corriqueira formulação de que a lei é a fronteira da liberdade. Deste modo, ao mesmo passo que o cidadão pode fazer tudo o que não esteja expressamente proibido em lei, o administrador público somente pode atuar dentro daquilo que a lei explicitamente lhe permite. Resta claro, com efeito, que o princípio da legalidade, em última instância, visa proteger a burguesia, vista como classe dirigente, de todo e qualquer desmando estatal.

É certo que o leitor mais desavisado poderia redarguir a conclusão contida no final do parágrafo anterior, sob a alegação de que mais do que à burguesia, a legalidade almejaria tutelar todos os indivíduos do arbítrio do Estado. Nada mais equivocado. Ocorre que muito embora a questão da igualdade seja uma das preocupações do Estado Liberal, ela sempre foi encarada, nos estreitos limites do legalismo, por uma ótica meramente formal. Aos olhos do liberalismo, afinal de contas, todos os homens são naturalmente - e convenientemente - iguais.

Dito de outro modo, podemos afirmar que o liberalismo jamais se importou com as diferenças concretamente existentes entre as classes sociais. Ao desprezar a noção de hipossuficiência, o novo modelo estatal abortou todas as possibilidades de se mirar o tema da igualdade por um viés substancial, delegando essa tarefa histórica, como adiante demonstrar-se-á, ao Estado de raiz social. É lícito dizer, conclusivamente falando, que direito liberal sempre foi e sempre será um direito de classe, apto a satisfazer, juridicamente, os intentos da burguesia.

Da assunção do positivismo como aspecto particular da ideologia liberal, são passíveis de serem extraídas algumas conclusões que, muito embora se constituam em verdadeiras obviedades, não chegam a ser de domínio geral.

Ora, se a lei é o epicentro do universo jurídico liberal-burguês, é de se perceber que o Legislativo - com as suas cadeiras devidamente ocupadas pelos prepostos do grupo social hegemônico - será encarado pelo liberalismo como o mais estratégico dos Poderes, na medida em que ele sempre estará apto a subjugar, com o seu vigor desmesurado, o Executivo e o Judiciário. Não é por

---

6 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 23.

outra razão que na célebre formulação de Montesquieu, ao juiz não seria destinado nada além do que o aviltante papel de mera *bouche de laloi*<sup>7</sup>.

Em última instância, portanto, tudo o que importava ao Estado Liberal era que a lei, encarada como a máxima expressão do direito, fosse capaz de garantir a necessária segurança jurídica para que a classe dirigente pudesse exercer, sem freios, o seu sagrado direito de propriedade.

### 3 O ESTADO SOCIAL

#### 3.1 Justificação histórica

“Um espectro ronda a Europa – o espectro do comunismo”<sup>8</sup>. Foi justamente com tais palavras que Friedrich Engels e Karl Marx iniciaram, em 1848, as primeiras linhas do preâmbulo do Manifesto do Partido Comunista. Na sequência acrescentaram: “todas as potências da velha Europa uniram-se numa santa caçada a esse espectro, o papa e o czar, Metternich e Guizot, radicais franceses e policiais alemães”<sup>9</sup>.

Há de se pontuar, antes de tudo, que Engels e Marx não renegaram, no mencionado documento, a relevância do processo histórico de tomada do poder pela burguesia. No entanto, é importante deixar claro que Marx e Engels, ao redigirem o Manifesto do Partido Comunista, estavam ditando – com o perdão da obviedade - as bases teóricas da substituição da burguesia pelo proletariado como classe dirigente.

Sintetizando as ideias veiculadas no instrumento em estudo, podemos afirmar que o objetivo estratégico dos comunistas, pensados como vanguarda do proletariado, era o de arrancar o poder político das mãos da burguesia, fazendo-o em nome da classe trabalhadora pela via da ruptura revolucionária, para, enfim, expungir o sacrossanto direito burguês à propriedade privada.

---

7 Acerca da desconfiança da ordem revolucionária francesa em relação aos magistrados, vide os apontamentos de MARINONI, Luiz Guilherme. Precedentes obrigatórios. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 43-44: Antes da Revolução Francesa, os membros do Judiciário francês constituíam classe aristocrática não apenas sem qualquer compromisso com os valores da igualdade, da fraternidade e da liberdade – mantinham laços visíveis e espúrios com outras classes privilegiadas, especialmente com a aristocracia feudal, em cujo nome atuavam sob as togas. Nesta época, os cargos judiciais eram comprados e herdados, o que fazia supor que o cargo de magistrado deveria ser usufruído como uma propriedade particular, capaz de render frutos pessoais. [...] Montesquieu, ao elaborar a tese de que não poderia haver liberdade caso o ‘poder de julgar’ não estivesse separado dos poderes legislativo e executivo, partiu da sua própria experiência pessoal, pois conhecia muito bem os juízes da sua época. Montesquieu nasceu Charles-Louis de Secondat em uma família de magistrados, tendo herdado do seu tio não apenas o cargo de *President à mortier* no *Parlement de Bordeaux*, como o nome ‘Montesquieu’. O jovem Montesquieu, sem se deixar seduzir pelas facilidades de sua posição social, renunciou ao cargo de magistrado e teve a coragem de denunciar as relações espúrias dos juízes com o poder, idealizando a teoria da separação dos poderes.

8 ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. Manifesto do partido comunista. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2006, p. 65.

9 ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. Id.

Assim é que não custa reenfatizar que Engels e Marx advertiram, já no primeiro parágrafo do preâmbulo do Manifesto, que todas as forças antagônicas aos comunistas, desde o Papa até os radicais franceses, passando pelo czar, se organizaram para combater o fantasma do comunismo.

Um dos efeitos desse agrupamento aparentemente contraditório de interesses, sem dúvida, foi estabelecimento das bases do chamado Estado Social, que dissimuladamente garantiu, por via de um processo de mimetização estatal, a permanência dos donos do capital no centro do poder político.

Calha iluminar, à guisa de exemplificação sobre o afirmado no parágrafo anterior, o lapidar raciocínio empreendido por José Damião de Lima Trindade, ao aduzir que o Papa Leão XIII, em 1891, “preocupado em [...] assegurar a sobrevivência da igreja, publicou sua encíclica *Rerum Novarum* (‘Das coisas novas’), evidente esforço de réplica a *O capital*, de Karl Marx”<sup>10</sup>.

Importante recordar, na esteira dos fatos, que o ápice da luta política dos comunistas para chegar ao poder ocorreu na Rússia, em outubro de 1917, ocasião em que os bolcheviques - depois da derrubada do czar Nicolau II pelas massas populares em fevereiro daquele mesmo ano -, liderados por Lênin, tomaram o governo em suas mãos, passando a construir, a partir de então, os alicerces de uma sociedade que, almejando a abolição da propriedade privada, se reivindicava sem classes.

Intuitivamente, foi justamente em 1917 que uma Constituição, no caso a mexicana, inseriu pela primeira vez no seu corpo os chamados direitos sociais de índole trabalhista. Seguindo seus passos, também a Constituição alemã de Weimar, já em 1919, adotou idêntica conduta.

Tais cartas políticas, obviamente, não eram documentos propriamente generosos e impregnados de grandeza humana. Seus respectivos propósitos, às escâncaras, eram o de fazer algumas pequenas concessões às forças potencialmente revolucionárias, perseguindo o inescandível escopo de inviabilizar qualquer levante capaz de mudar o centro do poder político. É legítimo se pensar, assim, que os ideais socializantes não passaram de um engodo, que no afã de evitar os efeitos devastadores das insurreições populares em curso, trouxeram à ribalta um antídoto poderoso contra a insatisfação das camadas subalternas.

Percebe-se, pois, que tais soluções históricas sinalizam, insofismavelmente, para um rearranjo ideológico do poder hegemônico, que no in-

---

10 TRINDADE, José Damião de Lima. Op. cit. p., 149.

tento de perpetuar inalterado o *status quo*, deliberou por fazer algumas concessões aos setores marginalizados da sociedade. Estavam plantadas as balizas, a partir de então, para o nascimento do Estado Social.

### 3.2 A Ordem jurídica no estado social

Muito embora seja possível elencar algumas lutas organizadas dos trabalhadores - tais como as reivindicações obreiras surgidas com as mazelas da Revolução Industrial - no processo de afirmação dos direitos sociais, o fato concreto, como já elucidado, é que os anteditos direitos foram muito mais uma concessão calculista dos burgueses para com os operários, do que propriamente uma conquista destes últimos em face daqueles primeiros.

Assentada essa primeira premissa, faz-se necessária, doravante, a demonstração das principais consequências políticas do reconhecimento dos direitos sociais na ordem jurídica emergida com o Estado Social, sendo de se afiançar, de antemão, que elas não foram demasiadamente drásticas.

Não há como negar, obviamente, que os chamados direitos sociais, ainda que paliativos, possuem extraordinária importância. Basta compreender que se de um lado os direitos de primeira dimensão são afinados com a liberdade, os de segunda dimensão são comprometidos com a igualdade, encarada, finalmente, em uma perspectiva substancial e não mais meramente formal.

Dito de outro modo, podemos afirmar que o Estado Social reconheceu aquilo que embora óbvio, não era admitido pelo seu antecessor: o fato de que os cidadãos não são iguais. Ao aceitar a diferença, o Estado necessariamente se desloca do abstencionismo ao proativismo, enaltecendo, com o *status* da fundamentalidade, os direitos prestacionais à educação, à saúde, ao trabalho, à moradia, ao lazer e que tais, que devem, a partir de então, ser implementados pela atividade estatal.

No campo trabalhista, por exemplo, o Estado Social apreende a lancinante disparidade existente entre os sujeitos do contrato de trabalho, razão pela qual decide se imiscuir na contenda entre capital e labor, para, tuitivamente, equilibrar legislativamente uma relação naturalmente desequilibrada. Nesse momento, com efeito, o direito contratual deixa de ser o campo privilegiado da ilimitada autonomia privada.

Politicamente, contudo, o Estado Social não carrega consigo maiores diferenças do seu predecessor liberal. Ocorre que, na essência, o Estado nascente prosseguiu absolutamente comprometido com o princípio da le-

galidade, que sob a égide doutrinária do positivismo continuou a garantir aos detentores do capital a inviolabilidade da propriedade.

Como consequência natural desta visão enviesada, o Código Civil persistiu sendo o centro do universo jurídico no Estado Social, ficando a Constituição, mais que nunca, relegada à condição de mera declaração de boas intenções, sem que o seu descumprimento importasse maiores implicações práticas.

## 4 O ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 4.1 Contexto histórico

Os Estados Liberal e Social, como visto, apostavam todas as suas fichas no legalismo em nome da segurança jurídica. Neles, o Direito, diminuído à esterilidade da lei, apartou-se completamente da moral. A ciência jurídica, em última instância, ansiava por mostrar-se neutra.

Apesar disso tudo, alguns eventos nefandos para a história da civilização humanase incumbiram de demonstrar aos povos o quanto a ideia do legalismo exacerbado se mostrava equivocada, já que foi justamente em nome da reverência aética à legalidade que se cometeram as maiores barbaridades de que se têm notícias na história recente da humanidade.

Para a adequada compreensão histórica do quanto antes dito, será necessário rememorarmos o contexto em que a Alemanha saiu da Primeira Guerra Mundial, terminada em 1918. Derrotada, a nação alemã deixou aquele evento histórico extremamente fragilizada do ponto de vista econômico e com seu orgulho nacional ferido. Nesse cenário, era necessário encontrar os responsáveis pela situação de penúria vivenciada pelos alemães, como se não fossem eles próprios os grandes culpados por tal situação.

Surge nesse momento a figura de Adolf Hitler, que após tentar chegar ao poder por via de um golpe de estado fracassado no ano de 1923, foi preso e escreveu no presídio o seu livro *MeinKampf* (Minha Luta), publicado em dois volumes nos anos de 1925 e 1926, no qual traçou as linhas gerais do seu pensamento político.

Calcado no mito da superioridade genética da raça ariana, Hitler, em síntese, defendia que o sangue ariano não poderia ser contaminado pelos sujeitos socialmente indesejáveis, como, entre outros, os judeus, os comunistas, os ciganos, os poloneses, os deficientes e os homossexuais. Dizia, além disso, que

os judeus, por deterem em suas mãos os grandes conglomerados econômicos, concentravam de tal modo a renda, a ponto de se tornarem os responsáveis pela situação de penúria econômica suportada pelo povo alemão.

Com o sensível agravamento da crise econômica alemã no ano de 1929, ocorrido em boa medida por reflexo do *crack* da Bolsa de Valores de Nova York, o discurso de Hitler (já livre da prisão), apesar de delirante (hoje, com o distanciamento histórico, é muito fácil constatar essa afirmação), encontrou máxima receptividade, a ponto de ele chegar ao poder, pela via democrática, no ano de 1933<sup>11</sup>.

O fascínio de Hitler sobre a sociedade alemã era tão grande, que ainda no ano de 1933 o Parlamento alemão editou a Lei Habilitante (também conhecida como ‘Lei de Concessão de Plenos Poderes’ ou ‘Lei para Sanar a Aflição do Povo e da Nação’), que concedeu competência a Hitler para legislar. Com arrimo em tal permissão, foram publicadas, no ano de 1935, as conhecidas ‘Leis de Nuremberg’, que além de proibir alemães e judeus de contraírem matrimônio ou até mesmo manterem relações sexuais, permitia a esterilização dos sujeitos socialmente indesejáveis, a realização de experimentos genéticos com humanos, a tortura e o confisco de bens<sup>12</sup>, criando as bases daquilo que a filósofa Hannah Arendt mais tarde denominaria como ‘banalidade do mal’.

Em virtude da progressão geométrica do poder de Hitler, foi deflagrada a Segunda Guerra Mundial, que durou de 1939 a 1945, na qual foram cometidas as maiores ferocidades contra a espécie humana que se têm notícias na história do século XX. Mais uma vez derrotada, a Alemanha se viu obrigada a arcar com as consequências dos seus atos. Com efeito, as nações vencedoras (EUA, Inglaterra, França e URSS) instalaram o Tribunal de Nuremberg, que entre os anos de 1945 e 1946 julgou os crimes de guerra cometidos pelos oficiais nazistas.

A par da sua duvidosa legitimidade jurídica (tínhamos, no caso, um órgão instituído por vencedores para julgar vencidos, que talvez maltratasse o princípio do juiz natural), o fato é que o Tribunal de Nuremberg acabou abolido pela história e, mais que isso, formulou uma delicada equação para

---

11 Para o aprofundamento do contexto histórico-político da chegada de Hitler ao Poder, vide TRINDADE, José Damião de Lima. Op. Cit.p. 167-187.

12 Sugere-se, para uma visão mais encorpada do significado das Leis de Nuremberg, a leitura de MARMELSTEIN, George. Curso de direitos fundamentais. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 3-6.

ser resolvida pelo Direito. Ocorre que, invariavelmente, as defesas dos réus argumentavam que eles não haviam cometido crimes, vez que se limitaram a cumprir as leis válidas (as chamadas Leis de Nuremberg) da Alemanha nazista.

Ficou claro, nesse momento, que o projeto jurídico positivista estava falido. Não era mais possível, à toda evidência, que o fundamento de validade de uma lei fosse apenas a sua regular aprovação formal de acordo com um procedimento legislativo predeterminado. Além disso, era absolutamente necessário que as leis dialogassem com os fundamentos éticos orientadores do ordenamento jurídico.

Nasce a partir daí o chamado pós-positivismo, que melhor compreendido como positivismo ético, tem como principal característica o reconhecimento explícito da força normativa dos princípios que lastreiam os tratados internacionais de direitos humanos e o bloco interno de constitucionalidade das nações democráticas<sup>13</sup>.

#### 4.2 A Ordem jurídica do estado democrático de direito

O centro da ordem jurídica, tanto no Estado Liberal quanto no Social, conforme vimos, era o direito de propriedade. Foi justamente para a sua honra e louvor que a legalidade sempre manejou as poderosas armas que detinha.

Consoante igualmente restou esclarecido, o Estado Democrático de Direito nasceu na quadra histórica da violação dos direitos da personalidade pelo nazismo. Ficou muito evidente para todos, politicamente falando, que em nome da legalidade foram cometidas inenarráveis atrocidades contra a espécie humana.

A irrefutável constatação da estreiteza do positivismo, abriu as portas para mais um salto qualitativo na evolução do Direito. Estava iniciada, a partir de então, a era do Estado Democrático de Direito, que, como já visto, apostando na força normativa dos princípios, viu-se compelido a transferir os valores constitucionais do patamar subalterno da coadjuvância para o andar elevado do protagonismo jurídico. Direito e moral, finalmente, se (re)amalgamavam.

---

13 Almejando o aprofundamento do tema relativo à decadência do positivismo jurídico e à ascensão do pós-positivismo, recomendamos a leitura de BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 324;345.

Como consequência natural de toda essa avassaladora transformação do fenômeno jurídico, o direito de propriedade, embora mantendo a nota da fundamentalidade, deixou de ser a referência gravitacional do ordenamento no Estado Democrático de Direito, que assim foi transferida para a dignidade da pessoa humana. A partir de então, passou-se a exigir da propriedade, para muito além de um mero discurso de boas intenções, o efetivo cumprimento de uma função social.

Ocorre, com a vinda a lume do Estado Democrático de Direito, via de consequência, uma amplíssima ressignificação do princípio da legalidade. A lei, muito embora conservando grande importância, deixa finalmente de ser a expressão máxima do Direito. Como não poderia deixar de ser, o papel do Estado-juiz também se transforma por completo, vez que o julgador, que até então era a mera boca da lei, passa a ser aquele sujeito que, interpretando o texto legal, dele extrai a norma encarada como ideal de justiça<sup>14</sup>.

Morre, com efeito, o juiz *bouche de loi*, para nascer um magistrado menos passivo, não apenas comprometido com a descrição da lei (*jugeinanimé*), mas imbuído, por via da atribuição de sentido ético aos textos legais, da missão de contribuir, por via das suas decisões, para a criação de normas jurídicas que, além de serem utilizadas para a resolução de casos concretos (*resolution of disputes*), sejam igualmente capazes de enriquecer o estoque jurídico-normativo (*enrichment of the supply of the legal rules*).

O ofício de julgar, dessarte, deixa de ser visto como uma simples operação silógica de subsunção do fato à lei, para, então, ser exercitado dentro de um paradigma essencialmente axiológico, cujo valor primordial é a exaltação constitucional das virtudes humanas em detrimento do puro e simples patrimonialismo.

---

14 Sobre a diferença entre texto legal e norma, vale reproduzir, aqui, a lição de GRAU, Eros Roberto. Por que tenho medo dos juizes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios). 6. ed. refundida. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 25-26: Os juizes completam o trabalho do autor do texto normativo. A finalidade desse trabalho é necessária em razão do próprio caráter da interpretação, que se expressa na produção de um novo texto (a norma) a partir de um primeiro texto (a Constituição, uma lei, um regulamento ou um regimento). Em outros termos: os juizes produzem direito em e como consequência do processo de interpretação. A interpretação é transformação de uma expressão (o texto) em outra (a norma). Nesse sentido, o juiz produz direito (isto é, a norma). [...] Em suma: a interpretação não é atividade de conhecimento, mas constitutiva; portanto, decisional, embora não discricionária. Dizendo-o de outro modo: a interpretação do direito envolve não apenas a declaração do sentido veiculado pelo texto normativo, mas a constituição da norma a partir do texto e da realidade. É atividade constitutiva, não meramente declaratória.

## 5 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO CONTEXTO DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO

### 5.1 Conceito, conteúdo e objetivos dos direitos fundamentais

A conceituação e a metrificação dos direitos fundamentais é tarefa das mais ambiciosas. Para demonstrarmos a complexidade do problema em questão, valemo-nos das palavras de Wolfgang Sarlet, que, com os olhos pousados no sistema constitucional brasileiro, constata “a existência de uma autêntica lacuna, no sentido de uma ausência de propostas com relação à definição do conteúdo de um conceito substancial de direitos fundamentais”<sup>15</sup>.

Ainda assim, tendo em conta o escopo didático e sintético do presente trabalho, parece-nos apropriado trabalhar com o conceito de direitos fundamentais desenvolvido por Marmelstein, segundo quem eles são

Normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica fundamentam e legitimam todo ordenamento jurídico<sup>16</sup>.

Percebemos, pois, que a ideia de direitos fundamentais<sup>17</sup> contém em si, ao mesmo tempo, um aspecto ético (material) e um outro normativo

---

15 SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 84.

16 MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 20.

17 Para que sejam evitados equívocos terminológicos, parece-nos importante sublinhar, ainda que brevemente, a diferenciação entre “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”. Valemo-nos, para tanto, do escólio de SARLET, Ingo Wolfgang. Op. cit. p. 29;30: Em que pese sejam ambos (‘direitos humanos’ e ‘direitos fundamentais’) comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é que o termo ‘direitos fundamentais’ se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão ‘direitos humanos’ guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). A consideração de que o termo ‘direitos humanos’ pode ser equiparado ao de ‘direitos naturais’ não nos parece correta, uma vez que a própria posituação em normas de direito internacional, de acordo com a lúcida lição de Bobbio, já revelou, de forma incontestável, a dimensão histórica e relativa dos direitos humanos, que assim se desprenderam – ao menos em parte (mesmo para os defensores do jusnaturalismo) – da idéia de um direito natural. Todavia, não devemos esquecer que, na sua vertente histórica, os direitos humanos (internacionais) e fundamentais (constitucionais) radicam no reconhecimento, pelo direito positivo, de uma série de direitos naturais do homem, que, neste sentido, assumam uma dimensão pré-estatal e, para alguns, até mesmo supra-estatal. Cuida-se, sem dúvida, igualmente de direitos humanos – considerados como tais aqueles outorgados a todos os homens pela sua mera condição humana – mas, neste caso, de direitos não-positivados. Assim, com base no exposto, cumpre traçar uma distinção, ainda que de cunho predominantemente didático, entre as expressões ‘direitos do homem’ (no sentido de direitos naturais não, ou ainda não positivados), ‘direitos humanos’ (positivados na esfera do direito internacional) e ‘direitos fundamentais’ (direitos reconhecidos ou outorgados e protegidos pelo direito constitucional interno de cada Estado).

(formal). Relativamente ao primeiro (ético ou material), eles são dotados de uma intensa carga axiológica, sendo, com efeito, considerados como valores essenciais para uma existência digna, que perpassam, necessariamente, pela limitação do poder estatal, para que não haja arbítrio na vida em sociedade. Quanto ao segundo (normativo ou formal), somente podem ser considerados direitos fundamentais aqueles que estejam catalogados, explícita ou pelo menos implicitamente, no bloco de constitucionalidade de um determinado Estado Democrático de Direito. Segundo Armelstein, assim, “a fonte primária dos direitos fundamentais é a Constituição. A lei, quando muito, irá densificar, ou seja, disciplinar o exercício do direito fundamental, nunca criá-lo diretamente”<sup>18</sup>.

Percebemos, pelo que tudo o quanto antes foi dito, que os objetivos específicos dos direitos fundamentais são os de garantir uma vida livre e digna. Tal constatação, embora importantíssima, não chega propriamente a ser revolucionária, pois, como visto anteriormente, ao mesmo tempo em que o Estado Liberal intentava tutelar o valor liberdade – na perspectiva de um ideário burguês, é bem verdade -, o Estado Social, pelo menos no discurso, almejava garantir a todos um padrão existencial mínimo.

O que haveria, então, de verdadeiramente novo na concepção de direitos fundamentais arquitetada sob a égide do Estado Democrático de Direito? A construção da resposta à pergunta formulada, além de multifacetada, é das mais estimulantes, não sendo possível construí-la em minúcias no curto espaço do presente trabalho. Sinteticamente, todavia, podemos dizer que o Estado Democrático de Direito assume, abertamente, a ideia de ruptura com o matiz individualista que até então impregnava a ciência jurídica. Nesta novel etapa histórica, os juristas não têm mais como fugir da óbvia constatação de que na sociedade de massas e de riscos, os interesses juridicamente tuteláveis tendem à transindividualização.

Surgem, pois, para além dos direitos de liberdade e de igualdade, os direitos de solidariedade, inaugurando-se, via de consequência, uma terceira dimensão de interesses, cujo exemplo mais emblemático seria o direito das presentes e futuras gerações a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, capaz de garantir a vida com qualidade e em abundância.

---

18 MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 20.

## 5.2 Força normativa e aplicação imediata dos direitos fundamentais

Com o advento do Estado Democrático de Direito, os princípios ético-normativos das Constituições deixam de ser vistos como meras pautas programáticas ou declarações de boas intenções que podem ou não ser implementadas no decorrer do tempo sem maiores consequências práticas. A partir de então, tais princípios, por mais abstratos que sejam, exigem densificação, sendo-lhes reconhecida inequívoca força normativa e, via de consequência, aplicação imediata.

Relativamente a esta última faceta dos direitos fundamentais (a da aplicação imediata), esclarece Marinoni, se “as normas constitucionais têm força vinculante, não há razão para o juiz se curvar à ausência de lei, permitindo que os direitos fundamentais se tornem letra morta”<sup>19</sup>. Não é por outra razão, aliás, que no caso brasileiro, por exemplo, o § 1º do artigo 5º da Constituição assevera, com tintas fortes, que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Na prática, entretanto, a questão posta não é tão singela quanto parece ser à primeira vista. Ocorre que se por um lado é certo que os direitos de liberdade (primeira dimensão dos direitos fundamentais) são de observância relativamente simples por parte do Estado, na medida em que clamam meramente por um comportamento abstencionista para serem respeitados, por outro não é menos verdade que os direitos prestacionais (segunda dimensão dos direitos fundamentais), por reclamarem uma conduta ativa, não raramente encontram barreiras concretizadoras na ausência de lei que os regulamente e, ainda, em limites orçamentários.

No positivismo clássico seria impensável que o Estado-juiz pudesse suprir a ausência de lei que estivesse a impedir a concretização de um direito fundamental. Já na perspectiva pós-positivista (ético-positivista), tal possibilidade não se revela tão surpreendente, muito embora, naturalmente, deva ser executada com parcimônia. Eis aí uma comprovação da prefalada modificação das atribuições dos órgãos julgadores, da qual ainda agora falávamos, no Estado Democrático de Direito. A propósito, mostra-se apropriada a transcrição, mais uma vez, das palavras de Marinoni:

---

19 MARINONI, Luiz Guilherme. Teoria geral do processo. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 77.

Frise-se que a decisão a respeito de como um dever de tutela deve ser cumprido é, antes de tudo, questão afeta ao parlamento. Quando o legislador viola um direito fundamental na função de mandamento de tutela, cabe ao juiz atuar apenas para garantir que o dever de proteção satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência. Perceba-se que, mais do que responder a um dever de tutela, o Judiciário garante o controle da sua insuficiência da tutela devida pelo legislador. Na verdade, o controle da insuficiência tem, no raciocínio argumentativo judicial, o dever de proteção como antecedente lógico, no exato sentido de que o juiz, para controlar a insuficiência, deve verificar se há dever de proteção e analisar como a legislação deve se manifestar para não descer abaixo do mínimo de proteção jurídico-constitucional exigido. Só depois o juiz vai definir o meio que, tutelando o direito fundamental, não excede o mínimo necessário.<sup>20</sup>

Ao decidir tais matérias, com efeito, o Estado-juiz deve buscar as balizas da sua atuação na chamada ‘teoria do mínimo existencial’, pela qual, em resumo, o chamado núcleo duro do direito fundamental deve ser atendido em qualquer circunstância, ainda que na pendência de lei que o regulamentamente, ficando a plenitude da sua densificação condicionada à edição de legislação que defina com exatidão os seus contornos práticos.

Demais disso, o juiz, ao decidir, deve se atentar para aquilo que em termos orçamentários chamamos de ‘reserva do possível’<sup>21</sup>. Ocorre que o custeio dos direitos prestacionais (educação, saúde, moradia, transporte, lazer, etc.) demanda a afetação de recursos públicos, jamais existentes nos cofres estatais de modo ilimitado. É tarefa do Poder Judiciário ao decidir sobre a implementação deles, se ater à pelo menos dois cuidados básicos, quais sejam, o de agir na estrita medida do necessário para que não haja uma desmedida judicialização da política, bem como o de não comprometer o custeio de outros direitos igualmente reclamados pela sociedade, atuando, assim, com os olhos pousados no postulado da proporcionalidade. Nesta medida, a ‘reserva do possível’ deve ser compreendida, em termos didáticos, como aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade.

20 MARINONI, Luiz Guilherme. A ética dos precedentes (justificativa do novo CPC). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 103.

21 Segundo, MARMELSTEIN, George. Op. cit. p. 354, “o postulado da reserva do possível é fruto de uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional Federal, na Alemanha. No conhecido Caso Numerus Clausus das Vagas em Universidades, o TCF entendeu que o direito à educação não implicaria o dever do Estado de custear os serviços educacionais para todos os cidadãos, mas tão somente que estaria dando a maior efetividade possível ao direito social, em face dos recursos financeiros disponíveis”.

### **5.3 Dimensão subjetiva e dimensão objetiva dos direitos fundamentais**

Relativamente às dimensões subjetiva e objetiva, insta enfatizar que se por um lado os direitos fundamentais geram interesses juridicamente tuteláveis para os cidadãos, por outro eles se espraiam ao mesmo tempo pelo interior de todo o ordenamento jurídico, servindo, assim, de vetores interpretativos para uma boa subministração da justiça.

Pode-se assentar, dito de outro modo, que a face subjetiva dos direitos fundamentais se revela na normatividade que os caracteriza no Estado Democrático de Direito (pois, insista-se, eles não são meras pautas programáticas), ao passo que o seu aspecto objetivo se materializa na tarefa que a comunidade jurídica desenvolve ao interpretar, seja abstrata ou concretamente, o fenômeno jurídico.

Contemporaneamente, em síntese, os interesses fundamentais ao mesmo tempo em que são direitos (dimensão subjetiva), são igualmente princípios que ofertam legitimidade axiológica a todo o ordenamento jurídico (dimensão objetiva). Como direitos eles originam benefícios para os seus sujeitos ativos e obrigações para os seus sujeitos passivos. Como princípios eles são valores éticos que fundamentam e disciplinam a interpretação de toda a legislação infraconstitucional.

### **5.4 Eficácia vertical**

Como asseverado no curso do presente trabalho, na ocasião em que tratamos da conceituação dos direitos fundamentais, eles além de estarem atados à promoção da dignidade da pessoa humana, cumprem a importante missão de limitar o poder estatal, sendo considerados, em essência, como autêntica salvaguarda do cidadão contra o arbítrio público. Podemos dizer, deste modo, que os direitos fundamentais são as mais robustas pilstras de sustentação da democracia, que, acaso derruídas, abrirão margem ao ressurgimento do autoritarismo.

Percebe-se, dito isto, que o poder público, antes de qualquer outro, é obrigado a respeitar as garantias democráticas da sociedade, abstendo-se de qualquer conduta abusiva que viole a liberdade ou a propriedade privada cumpridora da sua função social, ou que ainda deixe de implementar satisfatoriamente os direitos sociais prestacionais como 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, etc.

Ocorre que entre o poder público e o cidadão existe uma relação assimétrica, desequilibrada por excelência, que, imagetivamente falando, podemos ilustrar como sendo um elevador em queda livre, pronto para esmagar aqueles que de maneira incauta estejam situados na sua rota de descida descontrolada. Quando reconhecemos o poder público como sujeito obrigado a respeitar os direitos fundamentais das pessoas, estamos justamente falando da sua eficácia vertical, de modo que a fundamentalidade dos ditos interesses vincula o legislativo, o executivo e o judiciário.

Em sendo assim, o Poder Legislativo está obrigado a editar leis que estejam em conformidade com a Constituição. O Poder Executivo deve respeitar as aludidas leis e, ainda, implementar políticas públicas capazes de promover o bem comum. Finalmente, o Poder Judiciário atuará, uma vez provocado, de modo a garantir a todos a observância do devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, com os meios recursos que lhes são inerentes, promovendo, sempre que necessário, o controle, tanto difuso quanto concentrado, da constitucionalidade das leis que estejam a macular a mensagem da Lei Fundamental da Nação.

## 5.5 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

### 5.5.1 O significado e o alcance da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Na perspectiva clássica, como visto, os direitos fundamentais sempre se dirigiram contra o Estado, que, assim, estava obrigado a adotar um comportamento omissivo, sem gerar entraves ao pleno exercício da liberdade burguesa, ou a tomar um procedimento comissivo, capaz de prover ao cidadão o direito ao trabalho, ao lazer, à previdência social e outros de semelhante jaez.

Já no desenho contemporâneo, não só o Estado, mas também os particulares ficam obrigados a respeitar os direitos fundamentais dos indivíduos. Um excelente exemplo desta nova visão transparece, manifestamente, na seara ambiental, quando o artigo 225, *caput*, da Constituição brasileira vaticina ser não apenas da atribuição do Poder Público, mas igualmente da coletividade, o dever de defender e preservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado para as presentes e futuras gerações.

Podemos afirmar, nessa última perspectiva, que o Estado de Direito contemporaneamente vai muito além do liberalismo ao arrimar-se na ideia de que o Estado não pode ser abstencionista, impondo-lhe, pois, o dever de garantir um meio ambiente ecologicamente equilibrado. Do mesmo modo, supera a social democracia, vez que ao exigir o envolvimento da sociedade na afirmação dos seus direitos, rompe abertamente com a ideia de um Estado provedor, paternalista por excelência, que muito quis garantir, mas pouco ofertou ao cidadão.

É fato que, ainda hoje, a ideia de que os particulares também estejam obrigados a respeitar e até mesmo a fomentar os direitos fundamentais dos seus próximos ressoa um tanto estranha para alguns. Tal representação jurídica, porém, não deveria causar espanto, na medida em que consabidamente existem em todo o mundo alguns enormes conglomerados econômicos e midiáticos muito mais poderosos que a maioria das nações existentes, os quais possuem um potencial opressor muito superior ao das mais sangrentas tiranias. Revela-se relevante, sobre o tema, reprodução do escólio do professor Sarmento:

No bojo da redefinição das fronteiras entre o público e o privado no estado social, pode se situar a questão da incidência dos direitos fundamentais nas relações privadas. Como se viu acima, o liberalismo, renegando suas origens filosóficas do jusnaturalismo racionalista, confinara os direitos fundamentais às relações entre indivíduo e estado. Entretanto, esta visão simplificadora e esquemática dos direitos fundamentais não tinha como sobreviver ao advento da sociedade técnica de massas, na sua enorme complexidade. No contexto da economia capitalista, o poder crescente de instâncias não-estatais como as grandes empresas e associações, tornara-se uma ameaça para os direitos do homem, que não poderia ser negligenciada, exigindo que a artilharia destes direitos se voltasse também para os atores privados. Estes, que até então eram apenas titulares de direitos humanos oponíveis em face do estado, assumem agora, em determinados contextos, a condição de sujeitos passivos de tais direitos. Se a opressão e a injustiça não provêm apenas dos poderes públicos, surgindo também nas relações privadas travadas no mercado, nas relações laborais, na sociedade civil, na família, e em tantos outros espaços, nada mais lógico do que estender a estes domínios o raio de incidência dos direitos fundamentais, sob pena de frustração dos ideais morais e humanitários em que eles se lastreiam. Diante da brutal desigualdade material que se verifica na sociedade, torna-se imperativo condicionar os atores privados – sobretudo os investidos de maior poder social – ao respeito dos direitos

fundamentais. A ficção da igualdade jurídica entre os indivíduos, num contexto de gritantes desigualdades sociais, não se presta mais para justificar a imunidade dos particulares aos direitos fundamentais, a partir do dogma da autonomia privada.<sup>22</sup>

Pela importância do tema para o desenvolvimento do presente trabalho, parece-nos imprescindível, ainda, o socorro da doutrina estrangeira, por via das palavras de Alexy:

Se sua influência se limitasse à relação Estado/cidadão, haveria uma resposta simples à questão acerca de como as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico. Essa resposta poderia, em grande parte, resumir-se à constatação de que as normas de direitos fundamentais influenciam o sistema jurídico na medida em que afetam a relação jurídica entre o Estado e os cidadãos, sob a forma de direitos subjetivos em face do legislador, do Poder Executivo e do Judiciário. Mas é fácil perceber que essa resposta é incompleta. Como já foi demonstrado anteriormente, fazem parte dos direitos dos indivíduos em face do legislador, dentre outros, os direitos a proteção contra outros cidadãos e a determinados conteúdos da ordem jurídico-civil. Isso demonstra que as normas de direitos fundamentais também têm influência na relação cidadão/cidadão. Essa influência é especialmente clara no caso dos direitos em face da Justiça Civil. Dentre esses direitos estão os direitos a que o conteúdo de uma decisão judicial não viole direitos fundamentais. Isso implica algum tipo de efeito das normas fundamentais nas normas do direito civil e, com isso, na relação cidadão/cidadão.<sup>23</sup>

À guisa de conclusão, neste presente tópico, podemos dizer que ao contrário do que preconizava o liberalismo jurídico, não é apenas o Estado que atualmente está obrigado a dar resposta aos direitos fundamentais das pessoas, devendo ficar claro que também os particulares devem respeitar as garantias essenciais dos seus semelhantes, principalmente naquelas relações que, ainda que regidas pelo direito privado, são caracterizadas pelo desequilíbrio contratual, como, entre outras, as trabalhistas e as consumeristas.

### 5.5.2 O precedente histórico que rendeu ensejo ao reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais

O precedente judicial que historicamente mais contribuiu para o reconhecimento jurisprudencial da eficácia horizontal dos direitos funda-

22 SARMENTO, Daniel. Direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 25.

23 ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 523-524.

mentais foi o notável caso Lüth, julgado definitivamente pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha no ano de 1958. Para melhor compreendermos a contenda em questão, faz-se necessário ilustrar, ainda que brevemente, quem foram os seus protagonistas e qual o objeto do dissenso ocorrido entre eles.

Harlan, um conhecido cineasta ligado ao regime Nacional-Socialista alemão, produziu, no auge do período nazista, alguns filmes de divulgação do ideário do Terceiro Reich. Entre eles, aquele que obteve maior repercussão foi *JudSüß* (1941), no qual Harlan, a par de alimentar o mito da supremacia da raça ariana, representou os judeus como cidadãos de segunda classe, indesejáveis por assim dizer, preparando o espírito da sociedade alemã para a chamada ‘solução final’, caracterizada pela matança massiva da população judia.

O aludido filme, à época, foi um verdadeiro êxito de público e crítica. Terminada a Segunda Guerra Mundial, com a derrota da Alemanha, inúmeros representantes do regime nazista foram a julgamento pelos crimes de guerra cometidos. Dos cineastas, o único julgado foi justamente Harlan, que, contudo, foi absolvido por insuficiência probatória, retomando, via de consequência, a sua carreira de cineasta no período pós-guerra.

Livre de acusações, pelo menos do ponto de vista formal, o cineasta em questão produziu um filme chamado *Amada Imortal* (*Unsterbliche Geliebte*), que, relativamente ao seu conteúdo, nada possuía de especial, nem de longe tocando nas temáticas caras ao nazismo. Na realidade, a mencionada película não passava de um filme romântico, que como tal contava despreziosamente uma estória edulcorada.

Ainda assim, a reação da comunidade judia ao filme foi das mais contundentes. Liderando o movimento, tínhamos à frente o presidente do Clube de Imprensa de Hamburgo, chamado Erich Lüth, que redigiu um enfático manifesto, no qual conclamava os ‘alemães decentes’ a não assistirem o filme, como forma de retaliação a um profissional que decisivamente dedicara suas energias à produção dos horrores nazistas.

Como consequência da campanha capitaneada por Erich Lüth, o filme *Amada Imortal* se transformou em um retumbante fracasso de bilheteria, fato que conduziu os seus produtores ao ajuizamento de uma ação judicial em face do Sr. Lüth, na qual, em síntese, com base no artigo 826 do Código Civil alemão (cuja inteligência apregoa que aquele que, de forma contrária

aos bons costumes, causa prejuízo a outrem, fica obrigado a indenizá-lo) ventilava dois pedidos básicos, quais sejam: a) a obtenção de uma tutela inibitória de cessação do evento danoso; b) a condenação em uma indenização pelos prejuízos causados.

A ação, para os menos atentos, poderia parecer apenas mais uma demanda civil sem maior relevância, dessas que rotineiramente se repetem na dinâmica forense. Revela-se relevante realçar, aliás, que como tal ela foi tratada nas instâncias ordinárias, que deram ganho de causa aos produtores do filme, aplicando sem maiores indagações o artigo 826 do Código Civil alemão para resolver o problema.

Nela, entretanto, estava inserido um tema que contribuiu decisivamente para o desenvolvimento do Direito Constitucional. Percebendo tal fato, Erich Lüth recorreu ao Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, alegando, em resumo, que o seu direito à livre manifestação do pensamento, inequivocamente dotado de força normativa, não poderia ser pura e simplesmente afastado pela literalidade do artigo 826 do Código Civil, sem uma leitura que conformasse tal preceito à inteligência da Lei Fundamental alemã, principalmente em um caso que estava em discussão, no mínimo por vias transversas, os males que o regime Nacional-Socialista havia causado à humanidade.

Ainda que em tom crítico, mas bem explicando o que de fato estava em jogo no caso Lüth a partir da sua análise pela instância ordinária, assim escreve Alexy:

O Tribunal Estadual de Hamburgo havia proibido Lüth de fazer determinadas declarações. Essa proibição jurídica concreta eliminava uma parte da liberdade jurídica da manifestação do pensamento de Lüth, que consiste exatamente no fato de que manifestações do pensamento não sejam nem proibidas nem obrigatórias. O fato de essa proibição ter concretizado uma norma abstrata-geral (§ 826 do Código Civil alemão) e de que essa norma é uma norma de direito privado em nada altera a constatação de que a proibição judicial, enquanto tal, é um ato do poder público que intervém na liberdade de opinião. Por isso, o que se deve indagar é se a intervenção está protegida pela cláusula de restrição do art. 5º, § 2º, da Constituição, ou seja, pelo § 826 do Código Civil, enquanto uma lei geral nos termos desse dispositivo constitucional.<sup>24</sup>

---

24 ALEXY, Robert. *Ibid.* p. 535.

Ao decidir o recurso, o Tribunal Constitucional se manifestou da seguinte forma em alguns excertos que destacamos do julgado, que, embora um tanto longos, merecem transcrição pela importância jurídico-histórica que possuem:

Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isso é o que se deduz da evolução histórica da ideia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. [...]

Da mesma forma é correto, entretanto, que a Grundgesetz, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico, estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um ordenamento axiológico objetivo, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais. [...]

Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos. Dessa forma, ele influencia obviamente o direito civil. Nenhuma norma do direito civil pode contradizer esse sistema de valores, cada norma precisa ser interpretada segundo o seu espírito. O conteúdo normativo dos direitos fundamentais como normas objetivas desenvolve-se no direito privado por intermédio do veículo (Medium) das normas que dominem imediatamente aquela área jurídica. Assim como o novo direito precisa estar em conformidade com o sistema axiológico dos direitos fundamentais, será, no que tange ao seu conteúdo, o direito preexistente direcionado a esse sistema de valores; dele flui para esse direito preexistente um conteúdo constitucional específico, que a partir de então fixará a sua interpretação. Uma lide entre particulares sobre direitos e obrigações decorrentes dessas normas comportamentais do direito civil influenciadas pelo direito fundamental permanece, no direito material e processual, uma lide cível. Interpretado e aplicado deve ser o direito civil, ainda que sua interpretação tenha que seguir o direito público, a Constituição. [...]

O Tribunal Constitucional Federal chegou, pelo exposto, à convicção de que o Tribunal Estadual desconheceu, no julgamento do comportamento do reclamante, o significado especial do direito fundamental à livre expressão do pensamento, que também alcança o caso em que ele entra em conflito com interesses privados. A decisão do Tribunal Estadual fundamenta-se nessa falha de aferição e uso dos critérios próprios do direito fundamental e, destarte, viola o direito fundamental do reclamante do art. 5, I, 1, GG. Portanto, deve ser revogada.<sup>25</sup>

---

25 Excertos obtidos em DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014, p. 264-272. PDF.

Na decisão em questão, estão inseridos alguns importantes elementos que balizaram decisivamente o desenvolvimento do Direito Constitucional na última metade do século XX, demonstrando, com tintas fortes, o quão paradigmático foi o caso L $\ddot{u}$ th; são eles: a) a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, tendo sido apontado que eles se irradiam por todo o ordenamento jur $\ddot{u}$ dico como c $\hat{a}$ nones interpretativos de todos demais ramos do direito; b) que os direitos fundamentais n $\hat{a}$ o possuem como sujeito passivo apenas o poder estatal, mas, tamb $\acute{e}$ m, o setor privado, haja vista que esse  $\acute{u}$ ltimo  $\acute{e}$  capaz de malferir devastadoramente os interesses dos cidad $\hat{a}$ os, n $\hat{a}$ o raro com intensidade igual ou superior  $\grave{a}$ s mais sangrentas tiranias (efic $\acute{a}$ cia horizontal dos direitos fundamentais); c) a necessidade de se ponderar direitos que eventualmente estejam em rota de colis $\hat{a}$ o (t $\acute{e}$ cnicas de concord $\hat{a}$ ncia pr $\acute{a}$ tica e pondera $\acute{c}$ o propriadamente dita).

### 5.5.3 A forma e a intensidade com que os direitos fundamentais incidem nas rela $\c$ o $\tilde{e}$ s privadas

Nem todas as Constitui $\c$ o $\tilde{e}$ s estabelecem com a necess $\acute{a}$ ria clareza que os direitos fundamentais s $\hat{a}$ o dotados de efic $\acute{a}$ cia horizontal. Algumas, de outro tanto, como a Portuguesa, que no seu artigo 18 $^{\circ}$ , item 1, dita que “os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias s $\hat{a}$ o *directamente* aplic $\acute{a}$ veis e vinculam as entidades p $\acute{u}$ blicas e privadas”, o dizem, como visto, explicitamente, mas, ainda assim, deixam margem de d $\acute{u}$ vida sobre o quanto tal fen $\acute{o}$ meno interfere no  $\hat{a}$ mbito particular. Existem, sobre a forma e a intensidade com que os direitos fundamentais incidem nas rela $\c$ o $\tilde{e}$ s privadas, tr $\hat{e}$ s teorias b $\acute{a}$ sicas, a saber: a) a doutrina da *stateaction* ou da nega $\c$ o; b) a tese da efic $\acute{a}$ cia indireta; c) a tese da efic $\acute{a}$ cia direta.

Pela primeira delas (*stateaction* ou nega $\c$ o), n $\hat{a}$ o existe margem para a aplica $\c$ o dos direitos fundamentais no  $\hat{a}$ mbito das rela $\c$ o $\tilde{e}$ s privadas. Podemos dizer, com efeito, que tal teoria reconhece apenas a efic $\acute{a}$ cia vertical e renega a efic $\acute{a}$ cia horizontal dos direitos fundamentais. Vale ressaltar, a prop $\acute{o}$ sito, que no conhecido Caso *Ingraham versus Wright*, a Corte Suprema Estadunidense (*United States Supreme Court*) compreendeu, pelo placar de cinco a quatro votos, que a oitava emenda da Constitui $\c$ o Americana (que pro $\acute{i}$ b $\acute{e}$  penas atroz $\acute{e}$ s), se restringe ao campo processual penal (ficando limitada, pois,  $\grave{a}$  rela $\c$ o p $\acute{u}$ blica existente entre o *jus puniendi* estatal e os r $\acute{e}$ us), raz $\hat{a}$ o pela qual os castigos disciplinares, eventualmente insertos em regulamentos

escolares, não podem ser tomados como penalidades cruéis. Tal decisão, portanto, tolerou imposição de corretivos físicos no âmbito escolar.

Já pela segunda tese, a da eficácia indireta, os direitos fundamentais possuiriam uma incidência meramente reflexa nas relações estabelecidas entre os particulares, servindo, quando muito, como indicativos de como a legislação infraconstitucional deve ser interpretada para estar em conformidade com a Constituição vigente em determinado Estado Democrático de Direito. Deste modo, a Lei Fundamental de um país cumpriria um papel indireto, supletivo por assim dizer, sendo muito mais reconhecida a dimensão objetiva do que propriamente a eficácia horizontal dos direitos fundamentais. A tese da eficácia indireta, a bem da verdade, foi o pano de fundo da decisão proferida no CasoLüth, ainda agora estudado.

Finalmente, a tese da eficácia direta se encontra a dizer que os direitos fundamentais incidem sem mediações nas relações privadas, tal e qual deitam efeitos nos relacionamentos entre o Estado e os cidadãos. A matéria, todavia, não é tão singela quanto possa ser imaginada à primeira vista. Ocorre que em face do Estado, os indivíduos possuem garantias fortes, que só podem ser afastadas em hipóteses especialíssimas. De outro lado, quando um particular invoca um direito fundamental em oposição a outro particular, não raramente nos defrontamos com uma situação em que dois interesses entram em rota de abalroamento, devendo o conflito, naturalmente, ser resolvido por via das técnicas de ponderação, muito mais difíceis de serem aplicadas.

Como sabemos, os direitos fundamentais tendem à colisão, sem que entre eles exista uma gradação hierárquica ou uma relação de anterioridade temporal, capaz de dizer com clareza qual deles prevalecerá sobre o outro. No Direito do Trabalho, por exemplo, tal situação é das mais comuns quando o direito de propriedade vai de encontro ao direito à intimidade do trabalhador<sup>26</sup>. Quanto adentramos nesse terreno, lidamos com os chamados *hard cases*, a que o positivismo jurídico não consegue dar resposta satisfatória. Ao fim e ao cabo, o que precisa ficar claro, é que no mundo pós-moderno as antinomias não mais são resolvidas esquematicamente, como sugeriam os vetustos critérios da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (vide, no específico, o conteúdo do seu artigo 2º).

---

26 Para a ilustração prática de ponderações trabalhistas, vide CESÁRIO, João Humberto. Provas no processo do trabalho: de acordo com o novo código de processo civil. Cuiabá: JHC, 2015, p. 77 et seq.

Atento a tal realidade, o § 2º do artigo 489 do Código de Processo Civil brasileiro, por exemplo, diz que no caso de colisão entre ‘normas’, o juiz deve justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão. Aqui, antes de tudo, parece-nos que o preceito, embora louvável, esteja a merecer censura quanto à sua técnica redacional. Ocorre que as ‘normas’, como sabemos, envolvem ‘princípios’ e ‘regras’. Assim, teria sido melhor que a disposição em tela tivesse falado em colisão de ‘princípios’ e não propriamente em colisão de ‘normas’<sup>27</sup>. Críticas à parte, o fato é que o preceito é dos mais importantes, merecendo, por isso, estudo atento.

O que o juiz deverá fazer, então, quando estiver diante da colisão de direitos fundamentais, para justificar a sua decisão? No caso, como já entrevisto, ele terá que ponderar os princípios colidentes. Aqui, antes de tudo, é necessário deixar claro que a ponderação está longe de ser uma técnica decisória perfeita. Entretanto, desde que realizada eticamente e com argumentação sólida, ela indiscutivelmente é, no atual estado da arte, o modelo decisório que melhor satisfaz o direito na quadra histórica pós-positivista.

Na ponderação, primeiramente, o Estado-juiz deverá se pautar pelo critério da ‘concordância prática’, tentando harmonizar os valores em conflito, de modo que, uma vez balanceados os direitos digladiantes, nenhum deles anule o outro. Isso significa dizer, na prática, que a solução jurisdicional deverá buscar a compensação recíproca para cada uma das teses opostas, preservando, ao máximo, o núcleo essencial de cada um dos direitos fundamentais contrapostos.

Haverá hipóteses concretas, entretanto, em que a solução conciliatória não se revelará viável. Em situações que tais, o sopesamento ou a ponderação serão inevitáveis. Para que ela seja séria e capaz de evitar os voluntarismos judiciais, deverá respeitar alguns critérios argumentativos sólidos, muito bem demonstrados por Ávila, cuja lição adiante reproduzimos:

---

27 Por dever de honestidade intelectual, faz-se necessário registrar que há doutrinadores do mais alto calibre que defendem que colisão de regras pode ser resolvida por ponderação. Citamos, por todos, ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 150: “A esse respeito, convém recordar a tese sustentada nesta obra, para novamente contrapô-la às teorias hoje predominantes, especialmente de Dworkin e Alexy. Essas teorias diferenciam os princípios das regras com base no modo de aplicação e no modo de colisão. Assim, enquanto as regras seriam aplicadas mediante ‘subsunção’, os princípios seriam aplicados mediante ‘ponderação’. A ponderação pode ter um sentido amplo, de sopesamento de razões, internas ou externas, presentes na interpretação de qualquer tipo de norma, quer regra, quer princípio. Esse é o conceito adotado neste trabalho [...]”

O essencial é que, mesmo havendo ponderação, ela deverá indicar os princípios objeto de ponderação (pré-ponderação), efetuar a ponderação (ponderação) e fundamentar a ponderação feita. E, nessa fundamentação, deverão ser justificados, dentre outros, os seguintes elementos: (i) a razão da utilização de determinados princípios em detrimento de outros; (ii) os critérios empregados para definir o peso e a prevalência de um princípio sobre outro e a relação existente entre esses critérios; (iii) o procedimento e o método que serviram de avaliação e comprovação do grau de promoção de um princípio e o grau de restrição de outro; (iv) a comensurabilidade dos princípios cotejados e o método utilizado para fundamentar essa comparabilidade; (v) quais os fatos do caso que foram considerados relevantes para a ponderação e com base em que critérios eles foram juridicamente avaliados. Sem a observância desses requisitos ou fases, a ponderação não passa de uma técnica, não jurídica, que explica tudo, mas não orienta nada. E, nessa acepção, ela não representa nada mais do que uma 'caixa preta' legitimadora de um 'decisionismo' e formalizadora e um 'intuicionismo moral'. Esclareça-se que defender a ponderação sem, ao mesmo tempo e de saída, apresentar os critérios intersubjetivamente controláveis para a sua aplicação, é legitimar doutrinariamente a sua utilização excessiva e arbitrária, de nada valendo a constatação tardia do seu desvirtuamento.<sup>28</sup>

O essencial, nessa área, é que a ponderação não abra margem para devaneios autoritários. Será a observância metódica de certos requisitos, com efeito, que inviabilizará o decisionismo voluntarista do juiz. Em última instância, será imprescindível que o magistrado justifique a eventual limitação de um direito fundamental, demonstrando, cabalmente, que: a) o meio escolhido era o mais adequado para se atingir a finalidade eleita (ideia de adequação); b) que tal meio era o mais ténue entre os vários possíveis (ideia de necessidade); c) que dentro de uma equação cujas variáveis são o peso e a importância dos valores colidentes, a solução eleita é capaz de trazer mais benefícios que prejuízos (ideia de proporcionalidade em sentido estrito)<sup>29</sup>.

#### 5.5.4 A eficácia horizontal dos direitos fundamentais na jurisprudência das cortes de vértice brasileiras

Há bom tempo que a chamada eficácia horizontal dos direitos fundamentais vem influenciando as decisões do Poder Judiciário brasileiro, es-

28 ÁVILA, Humberto. *Ibid.* p. 148-149.

29 Vide, a propósito, o lapidar escólio de MARMELSTEIN, George. *Op. cit.* p. 410.

pecialmente nas chamadas Cortes de Vértice. Para ilustrarmos o afirmado, transcrevemos, adiante, quatro ementas de decisões dos mais importantes tribunais do país, a saber: a) duas do Supremo Tribunal Federal; b) uma do Tribunal Superior do Trabalho; c) uma do Superior Tribunal de Justiça:

SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. UNIÃO BRASILEIRA DE COMPOSITORES. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. RECURSO DESPROVIDO. I. EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS. As violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados. II. OS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS COMO LIMITES À AUTONOMIA PRIVADA DAS ASSOCIAÇÕES. A ordem jurídico-constitucional brasileira não conferiu a qualquer associação civil a possibilidade de agir à revelia dos princípios inscritos nas leis e, em especial, dos postulados que têm por fundamento direto o próprio texto da Constituição da República, notadamente em tema de proteção às liberdades e garantias fundamentais. O espaço de autonomia privada garantido pela Constituição às associações não está imune à incidência dos princípios constitucionais que asseguram o respeito aos direitos fundamentais de seus associados. A autonomia privada, que encontra claras limitações de ordem jurídica, não pode ser exercida em detrimento ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, especialmente aqueles positivados em sede constitucional, pois a autonomia da vontade não confere aos particulares, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir ou de ignorar as restrições postas e definidas pela própria Constituição, cuja eficácia e força normativa também se impõem, aos particulares, no âmbito de suas relações privadas, em tema de liberdades fundamentais. III. SOCIEDADE CIVIL SEM FINS LUCRATIVOS. ENTIDADE QUE INTEGRA ESPAÇO PÚBLICO, AINDA QUE NÃO-ESTATAL. ATIVIDADE DE CARÁTER PÚBLICO. EXCLUSÃO DE SÓCIO SEM GARANTIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. APLICAÇÃO DIRETA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. As associações privadas que exercem função predominante em determinado âmbito econômico e/ou social, mantendo seus associados em relações de dependência econômica e/ou social,

integram o que se pode denominar de espaço público, ainda que não-estatal. A União Brasileira de Compositores - UBC, sociedade civil sem fins lucrativos, integra a estrutura do ECAD e, portanto, assume posição privilegiada para determinar a extensão do gozo e fruição dos direitos autorais de seus associados. A exclusão de sócio do quadro social da UBC, sem qualquer garantia de ampla defesa, do contraditório, ou do devido processo constitucional, onera consideravelmente o recorrido, o qual fica impossibilitado de perceber os direitos autorais relativos à execução de suas obras. A vedação das garantias constitucionais do devido processo legal acaba por restringir a própria liberdade de exercício profissional do sócio. O caráter público da atividade exercida pela sociedade e a dependência do vínculo associativo para o exercício profissional de seus sócios legitimam, no caso concreto, a aplicação direta dos direitos fundamentais concernentes ao devido processo legal, ao contraditório e à ampla defesa (art. 5º, LIV e LV, CF/88). IV. RECURSO EXTRAORDINÁRIO DESPROVIDO.<sup>30</sup>

CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE AO TRABALHADOR ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput. I. - Ao recorrente, por não ser francês, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil, não foi aplicado o Estatuto do Pessoal da Empresa, que concede vantagens aos empregados, cuja aplicabilidade seria restrita ao empregado de nacionalidade francesa. Ofensa ao princípio da igualdade: C.F., 1967, art. 153, § 1º; C.F., 1988, art. 5º, caput). II. - A discriminação que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc., é inconstitucional. Precedente do STF: Ag 110.846(Agrg)-PR, Célio Borja, RTJ 119/465. III. - Fatores que autorizariam a desigualização não ocorrentes no caso. IV. - R.E. conhecido e provido.<sup>31</sup> RECURSO DE EMBARGOS REGIDO PELA LEI Nº 11.496/2007. REVISTA ÍNTIMA. DANO MORAL. CONFIGURAÇÃO. 1.1. A CLT consagra o poder diretivo do empregador (art. 2º), que se manifesta por meio do controle, vigilância e fiscalização dos seus empregados. Tal poder encontra limites também legalmente traçados. Ninguém pode tudo. Os poderes de qualquer indivíduo, de qualquer instituição, para além do que trace o ordenamento, estão limitados não só pelo que podem os outros indivíduos e instituições, mas, ainda, pelo que, legitimamente,

30 STF, RE 201.819-8 RJ, rel. Min. Gilmar Mendes, j. em 11.10.2005. Disponível em: <<http://migre.me/vOxtN>> (Sítio Eletrônico do Supremo Tribunal Federal). Acesso em: 03 jan. 2017.

31 STF, RE 161243 DF, rel. Min. Carlos Velloso, DJ 19.12.1997. Disponível em: <<http://migre.me/vOxnX>> (Sítio Eletrônico do Supremo Tribunal Federal). Acesso em: 03 jan. 2017.

podem exigir na defesa de seus patrimônios jurídicos. 1.2. A Constituição da República (arts. 1º, inciso III, e 5º, “caput” e incisos III e X) tutela a privacidade e a honra, coibindo práticas que ofendam a dignidade da pessoa humana e constituam tratamento degradante. O art. 373-A, inciso VI, da CLT, por seu turno, traz vedação expressa à revista íntima - embora dirigido às mulheres empregadas, é passível de aplicação aos empregados em geral, em face do princípio da igualdade também assegurado pelo Texto Maior. 1.3. Ao assumir os riscos de seu empreendimento (CLT, art. 2º), o empregador toma a si a obrigação de adotar providências que garantam a segurança de seu patrimônio, iniciativa que encontrará larga resposta por parte da tecnologia moderna. 1.4. Não há nada e nenhuma norma que autorize o empregador ou seus prepostos a obrigar empregados ao desnudamento para revistas. 1.5. Não há revista íntima razoável. O ato em si constitui abuso de direito e, diante do regramento constitucional, é ilícito. O direito de propriedade não se estende a ponto de permitir ao empregador dispor da intimidade de seus empregados, submetendo-os, cruelmente, a humilhações, às quais se curvam pela necessidade de conservação do emprego. Não é razoável tolerar-se a recusa a valor tão básico, cuja reiteração, por certo, redundaria em rigorosa modificação do espírito e em irrecusável sofrimento para o trabalhador. 1.6. Pergunta-se como reagiriam empregador, seus prepostos e, ainda, aqueles que sustentam tal comportamento, acaso submetidos a diárias revistas íntimas. Não se crê que, então, sustentassem-nas com tal vigor. 1.7. São inapreensíveis por outrem os direitos pessoais à preservação da dignidade, intimidade, privacidade e honra. 1.8. Infligindo dano moral, obriga-se o empregador à indenização correspondente (CF, art. 5º, V). Recurso de embargos conhecido e desprovido.<sup>32</sup>

DIREITO CIVIL E DO CONSUMIDOR. EQUIPARAÇÃO DE COMPANHEIRO A CÔNJUGE PARA FINS DE COBERTURA DE CLÁUSULA DE REMISSÃO DE PLANO DE SAÚDE. O companheiro faz jus à cobertura de cláusula de remissão por morte de titular de plano de saúde na hipótese em que a referida disposição contratual faça referência a cônjuge, sendo omissa quanto a companheiro. De início, impende asseverar que a cláusula de remissão, pactuada em alguns planos de saúde, consiste em uma garantia de continuidade da prestação dos serviços de saúde suplementar aos dependentes inscritos após a morte do titular, por lapso que varia de 1 a 5 anos, sem a cobrança de mensalidades. Objetiva, portanto, a proteção do núcleo familiar do titular falecido, que dele dependia economicamente, ao ser assegurada, por certo período, a assistência médica e hospitalar, a evitar o desamparo abrupto. Diante disso, embora a cláusula de remissão de plano de saúde se refira a cônjuge como dependente, sendo omissa quanto à figura do companheiro,

32 TST – SDI-1 – E-ED-RR 90340-49.2007.5.05.0464 – Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira – DEJT 01/3/2013. Disponível em: <<http://migre.me/vOxiM>> (Site eletrônico do Tribunal Superior do Trabalho). Acesso em: 03 jan. 2017.

não deve haver distinção sobre esse direito, diante da semelhança de papéis e do reconhecimento da união estável como entidade familiar, promovido pela própria CF (art. 226, § 3º). Nesse sentido, o STJ já reconheceu a possibilidade de inclusão de companheiro como dependente em plano de assistência médica, mesmo em hipóteses mais singulares, como a união entre dois homens ou duas mulheres (AgRg no Ag 971.466-SP, Terceira Turma, DJe 5/11/2008). Desse modo, havendo a equiparação de companheiro e de cônjuge para fins de qualificação como dependente em plano de saúde, deve ser estendido ao companheiro o direito à cobertura adicional de remissão por morte.<sup>33</sup>

Na primeira das decisões, oriunda do Supremo Tribunal Federal, o que restou consagrado é que mesmo no âmbito de uma associação privada um sócio somente poderá ser excluído dos seus quadros se lhe for garantido, previamente, o devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos que lhes são inerentes, principalmente naqueles casos em que o associado dependa de tal condição para exercer a sua profissão e prover a sua subsistência pessoal e familiar.

Já na segunda, cuja origem repousa igualmente no Supremo Tribunal Federal, a Corte afirmou de modo claro, que mesmo no âmbito das relações privadas, não podemos conviver com a diferença de salário, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de nacionalidade, sexo, idade, cor ou estado civil (inteligência do artigo 7º, XXX, da Constituição brasileira).

De outra via, na terceira das decisões, prolatada pelo Tribunal Superior do Trabalho, ficou assentado que não apenas no âmbito público, mas também no privado, não são toleráveis práticas que importem em discriminação injustificada entre mulheres e homens, sendo certo, pois, que a regra que carrega consigo a vedação à revista íntima em mulheres, igualmente aplica-se a trabalhadores do sexo masculino, em face do princípio da igualdade previsto no artigo 5º, I, da Constituição brasileira.

Finalmente, na quarta e última das decisões, o Superior Tribunal de Justiça estabeleceu o entendimento conforme o artigo 226, § 3º da Constituição brasileira, de que existe a possibilidade de inclusão de companheiro como dependente em plano privado de assistência médica, mesmo na hipótese de união entre dois homens ou duas mulheres.

---

33 REsp 1.457.254-SP, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva, julgado em 12/4/2016, DJe 18/4/2016. Disponível em: <<http://migre.me/v/Oxhh>> (Sítio Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça). Acesso em: 03 jan. 2017.

## 6 SÍNTESES CONCLUSIVAS

Uma vez apresentado um trabalho, é sempre saudável veicularmos em tópicos algumas sínteses conclusivas:

Os Estados Liberal e Socialapostavam todas as suas fichas no legalismo em nome da segurança jurídica. Neles, o Direito, diminuído à esterilidade da lei, apartou-se completamente da moral. A ciência jurídica, em última instância, ansiava por mostrar-se neutra;

O Estado Democrático de Direito nasceu na quadra histórica da violação dos direitos da personalidade pelo nazismo. Ficou muito evidente para todos, politicamente falando, que em nome da legalidade foram cometidas inenarráveis atrocidades contra a espécie humana;

A irrefutável constatação da estreiteza do positivismo, abriu as portas para mais um salto qualitativo na evolução do Direito. Estava iniciada, a partir de então, a era do Estado Democrático de Direito, no qual os direitos fundamentais, ainda que abstratos, exigem densificação, sendo-lhes reconhecida inequívoca força normativa e, via de consequência, aplicação imediata;

Além disso, os direitos fundamentais têm uma dimensão subjetiva e outra objetiva. A face subjetiva dos direitos fundamentais se revela na normatividade que os caracteriza no Estado Democrático de Direito, ao passo que o seu aspecto objetivo se materializa na tarefa que a comunidade jurídica desenvolve ao interpretar a legislação infraconstitucional em conformidade com a Constituição;

Contemporaneamente, os interesses fundamentais ao mesmo tempo em que são direitos (dimensão subjetiva), são igualmente princípios que ofertam legitimidade axiológica a todo o ordenamento jurídico (dimensão objetiva). Como direitos eles originam benefícios para os seus sujeitos ativos e obrigações para os seus sujeitos passivos. Como princípios eles são valores éticos que fundamentam e disciplinam a interpretação de toda a legislação infraconstitucional;

Pela ótica da eficácia vertical dos direitos fundamentais, o Poder Público é obrigado a respeitar as garantias democráticas da sociedade, abstenendo-se de qualquer conduta abusiva que viole a liberdade ou a propriedade privada cumpridora da sua função social, ou que ainda deixe de implementar satisfatoriamente os direitos sociais prestacionais;

A partir do julgamento do Caso Lüth na Alemanha, ficou reconhecida a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, restando claro que não é

apenas o Estado que atualmente está obrigado a dar resposta aos direitos fundamentais das pessoas, na medida em que também os particulares devem respeitar as garantias essenciais dos seus semelhantes, principalmente naquelas relações que, ainda que regidas pelo direito privado, são caracterizadas pelo desequilíbrio contratual;

Existem, sobre a forma e a intensidade com que os direitos fundamentais incidem nas relações privadas, três teorias básicas, a saber: a) a doutrina da *stateaction* ou da negação; b) a tese da eficácia indireta; c) a tese da eficácia direta;

Pela primeira delas, não existe margem para a aplicação dos direitos fundamentais no âmbito das relações privadas. Pela segunda, os direitos fundamentais possuiriam incidência meramente reflexa nas relações estabelecidas entre os particulares, servindo, quando muito, como indicativos de como a legislação infraconstitucional deve ser interpretada para estar em conformidade com a Constituição. Para a terceira, os direitos fundamentais incidem sem mediações nas relações privadas, tal e qual deitam efeitos nos relacionamentos entre o Estado e os cidadãos;

A tese da eficácia direta não é tão singela quanto possa ser imaginada à primeira vista, haja vista que quando um particular invoca um direito fundamental em oposição a outro particular, não raramente nos defrontamos com uma situação em que dois interesses entram em rota de abalroamento, devendo o conflito ser resolvido por via das técnicas de ponderação, que não são simples de serem aplicadas;

Há bom tempo a eficácia horizontal dos direitos fundamentais vem influenciando as decisões do Poder Judiciário brasileiro, existindo julgamentos emblemáticos a respeito do tema nas três principais cortes brasileiras, quais sejam, o Supremo Tribunal Federal, o Tribunal Superior do Trabalho e o Superior Tribunal de Justiça.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.
- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. 16. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2008

- BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <<http://migre.me/vOxtN>>. Acesso em: 20 nov. 2016.
- CESÁRIO, João Humberto. **Provas no processo do trabalho**: de acordo com o novo código de processo civil. Cuiabá: JHC, 2015.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2014. PDF.
- ENGELS, Friedrich; MARX, Karl. **Manifesto do partido comunista**. 5. ed. Petrópolis: Vozes, 2006.
- GRAU, Eros Roberto. **Por que tenho medo dos juízes (a interpretação/aplicação do direito e os princípios)**. 6. ed. refundida. São Paulo: Malheiros, 2014.
- MARINONI, Luiz Guilherme. **A ética dos precedentes (justificativa do novo CPC)**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- \_\_\_\_\_. **Precedentes obrigatórios**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral do processo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 10. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- TRINDADE, José Damiano de Lima. **História social dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Livraria Peirópolis, 2002.



## LA TERCERIZACIÓN LABORAL (OUTSOURCING)

Omar Toledo Toribio<sup>1</sup>

*“Cuando el resultado que se obtiene de una rápida liberalización comercial es el aumento del desempleo, es posible que no se noten los beneficios que ésta prometía. Cuando los trabajadores pasan de puestos de trabajo de baja productividad, pero protegidos, al desempleo, es probable que aumente la pobreza, no el crecimiento”.<sup>2</sup>*

### RESUMEN

En el presente artículo se aborda el marco teórico de la tercerización (*outsourcing*), esto es, en lo referido a la definición, la ubicación conceptual del contrato y los antecedentes de la tercerización en el Perú. Luego existe un análisis de la regulación de la tercerización en el Perú para luego enfocar la regulación de la tercerización en el derecho comparado. En efecto se comenta los alcances de esta figura en Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, Uruguay y España. Finalmente, se establecen las conclusiones y la propuesta legislativa, esto es, el proyecto de ley que el autor considera debe adoptarse con el objeto de que regule de forma más extensa y completa la aplicación del *outsourcing*, esto es, los servicios de tercerización, de tal forma que lejos

<sup>1</sup> Doctor en Derecho y Ciencia Política (UNMSM), Magister en Derecho (UNMSM), Juez Supremo (p) de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Juez Superior Titular, Ex Presidente de la Cuarta Laboral Permanente de Lima encargada de conocer la Nueva Ley Procesal de Trabajo, con estudios en Litigación Oral en el California Western School Of Law (San Diego U.S.A), en la Universidad de Medellín y en la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” de Colombia. Catedrático de la Facultad de Derecho –Unidad de Post Grado, de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Catedrático de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (Sección de pre y post grado) de la Universidad de San Martín de Porres. Profesor Principal de la Academia de la Magistratura. Asociado Ordinario de la Asociación Peruana de Derecho Constitucional y Delegado en Perú de la Asociación Latinoamericana de Jueces de Trabajo. Ostenta la Condecoración con la Orden de Trabajo en Grado de Oficial otorgada el año 2010.

<sup>2</sup> Joseph E. Stiglitz. Como Hacer que Funcione La Globalización. Taurus, Pensamiento, Colombia 2006, p. 101.

de ser una forma de evadir el cumplimiento de las normas laborales se constituya en un efectivo instrumento de generación de empleo con calidad y con garantía de efectiva vigencia de los derechos laborales.

**PALABRAS CLAVE:** *Descentralización productiva. Tercerización. Outsourcing. Intermediación Laboral. Actividad Nuclear.*

## I INTRODUCCIÓN

Si bien la Ley que regula los servicios de tercerización laboral en el Perú, Ley N° 29245, define lo que se entiende por tercerización y establece normas que regulan esta figura, no aborda de manera precisa un tema neurálgico como es determinar si mediante la tercerización se puede descentralizar o no la actividad nuclear – *corebusiness* - de la empresa. A ello se añade que al día siguiente de la dación de la Ley 29245, se dictó el Decreto Legislativo N° 1038 que mediatizó algunas de sus normas limitando el ámbito de aplicación de la misma y restringiendo la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones laborales entre la empresa usuaria y la empresa tercerizadora, lo cual ha sido reflejado con mayor énfasis con la expedición del Reglamento aprobado por el D.S. 006-2008-TR, norma esta última que además abre las puertas a la utilización de la tercerización incluso para el cumplimiento de las funciones nucleares de la empresa.

Como consecuencia de ello se ha observado que las empresas han recurrido de manera más intensiva a la tercerización incluso de las actividades esenciales o nucleares de las mismas. Este recurso frecuente a recurrir a la tercerización ha originado la aparición de numerosas empresas de tercerización, muchas de las cuáles carecen del equipamiento propio que justifique su autonomía respecto a la empresa usuaria.

Si bien resulta innegable la importancia del *outsourcing* o tercerización, como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva, la utilización indiscriminada de dicha figura, incluso para el desarrollo de la actividad nuclear de la empresa, y, la intervención de empresas tercerizadoras que no cuentan con autonomía ni equipamiento propio, convierte a este mecanismo en un vehículo de abaratamiento de los costos laborales afectando los derechos de los trabajadores puesto que, para citar un ejemplo, el monto de las utilidades no sería el mismo entre lo percibido por el trabajador incluido en las planillas de la empresa usuaria y lo percibido por el trabajador de la empresa tercerista.

Precisamente frente a la citada cuestión problemática en el presente trabajo nos planteamos la siguiente pregunta: la utilización indiscriminada de la figura de la tercerización, incluso para el desarrollo de la actividad nuclear de la empresa, y la intervención de empresas tercerizadoras que no cuentan con autonomía ni equipamiento propio, convierten a este mecanismo en instrumento de abaratamiento de los costos laborales afectando los derechos de los trabajadores por lo que resulta necesario que se promulgue una norma que regule de forma más completa y precisa los servicios de tercerización, de tal forma que lejos de ser una forma de evadir el cumplimiento de las normas laborales se constituya en un efectivo instrumento de generación de empleo con calidad y con garantía de efectiva vigencia de los derechos laborales.

A partir de esta hipótesis la investigación aborda en la primera parte el marco teórico de la tercerización (*outsourcing*), esto es, en lo referido a la definición y los antecedentes de la tercerización en el Perú.

En la segunda parte se enfoca la regulación de la tercerización en el Perú explicando de manera sistemática la ley que regula los servicios de tercerización, los elementos característicos como es la pluralidad de clientes, el equipamiento y local propio, y otros elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal, los derechos de los trabajadores, la desnaturalización de la tercerización, el contenido de los contratos, los derechos de información de los trabajadores y la responsabilidad solidaria por las obligaciones laborales.

En la tercera parte se efectúa un análisis de la regulación de la tercerización en el derecho comparado. En efecto se comenta los alcances de esta figura en Argentina, Chile, Colombia, Ecuador, Venezuela, Uruguay y España. Si se quiere obtener un denominador común en las legislaciones se aprecia que tienden a establecer una serie de medidas con el objeto de evitar que la tercerización se convierta en un mecanismo destinado únicamente a ahorrar costos laborales perjudicando los derechos de los trabajadores. Finalmente, se establecen las conclusiones y la propuesta legislativa, esto es, el proyecto de ley que el autor del libro considera debe adoptarse con el objeto de que regule de forma más extensa y completa la aplicación del *outsourcing*, esto es, los servicios de tercerización, de tal forma que lejos de ser una forma de evadir el cumplimiento de las normas laborales se

constituya en un efectivo instrumento de generación de empleo con calidad y con garantía de efectiva vigencia de los derechos laborales.

Entre las conclusiones obtenidas podemos señalar que existe una utilización indiscriminada de la figura de la tercerización, incluso para el desarrollo de la actividad nuclear<sup>3</sup> – *corebusiness* - de la empresa, que la ley y el reglamento de la tercerización permiten la intervención de empresas tercerizadoras que no cuentan con autonomía ni equipamiento propio, que la solidaridad en el cumplimiento de las obligaciones laborales se encuentra restringida, que los órganos jurisdiccionales enfrentan una gran cantidad de procesos sobre tercerización fraudulenta, que la tercerización se ha convertido en un mecanismo de abaratamiento de los costos laborales afectando los derechos de los trabajadores, por lo que resulta necesario que se promulgue una norma que regule de forma más adecuada los servicios de tercerización.

## 2 TERCERIZACIÓN (OUTSOURCING)

### 2.1 Definición

La tercerización o subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, o descentralización, supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y el control del contratista, usualmente una empresa, que cuenta con un patrimonio y una organización propia dedicada a la producción de bienes o servicios, la cual se realiza a favor del contratante dentro del centro de labores de éste (*insourcing*) o fuera de él (*outsourcing*), de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las órdenes y el control de éste y no del contratante, y para su realización además se requiere de total independencia administrativa y funcional de la actividad tercerizada de las demás que realiza la empresa contratante de modo que su tercerización no entorpezca su normal desenvolvimiento, así tenemos el típico ejemplo de la tercerización de la contabilidad de una empresa.

---

3 En efecto esta posición ha sido denotada por Jorge Toyama Miyagusuku, quien señala lo siguiente: "Para otros, sin embargo, la tercerización debería proceder solamente respecto de actividades que califican como complementarias. Así por ejemplo, el profesor Toledo indica que: "una empresa puede tercerizar o descentralizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su *corebusiness*, esto es su actividad nuclear". En: Los contratos de trabajos y otras instituciones del derecho laboral", Lima 2008, Gaceta Jurídica S.A, p. 171.

En doctrina, la tercerización es conocida como outsourcing, figura que es definida por Juan Razo Delgue como “la transferencia al externo de la empresa de etapas de la gestión y de la producción, reteniendo ésta el control sobre las mismas”<sup>4</sup> Por otro lado, Jorge W. Peyrano, señala que “Una posible forma de definir el término outsourcing es atendiendo a su etimología. La traducción de la expresión inglesa outsourcing hace referencia al recurso a fuentes externas para lograr el fin deseado. En este sentido, el outsourcing se presenta como una oportunidad para incorporar a la empresa una serie de capacidades de las que no se dispone. Así, mediante el outsourcing los directivos tratan de configurar un mapa de competencias que les permita mantener y mejorar su posición competitiva. La empresa que acomete un proceso de outsourcing deja de gestionar internamente la operativa de una serie de funciones o procesos, que no están relacionados con sus competencias nucleares, para adquirirlas a un proveedor externo”.<sup>5</sup>

El uso más extendido e intenso de la tercerización, en el ámbito de la gestión empresarial, es un fenómeno que se explica por el avance de la tecnología y la especialización. Cada vez con mayor convicción, cunde el convencimiento de que a una empresa le conviene confiar ciertas partes de su labor a terceros, para lograr ventajas de una menor inversión propia en capital, un trabajo eficiente brindado por empresas especializadas en la tarea, y un menor coste. En la actualidad el outsourcing o tercerización constituye un fenómeno muy difundido en el ámbito empresarial.

Ben Schneider, señala que “se requiere de una herramienta de gestión a través de la cual una organización pueda optar por concentrarse únicamente en su corebusiness (actividad distintiva, según el propio Schneider) y no tomar parte en procesos importantes pero no inherentes a su actividad distintiva. Para dichos procesos existe la posibilidad de contratar a un proveedor de servicios especializados y eficientes que, a la larga, se convierta en un valioso socio de negocios. En eso consiste el outsourcing”.

A diferencia de la tercerización, la intermediación laboral constituye una figura distinta. En efecto, mediante la intermediación laboral una empresa denominada usuaria contrata a otra de servicios para que le suministre o propor-

---

4 En Cuarenta y Dos Estudios sobre la Descentralización Empresarial y Derecho del Trabajo, Fundación de la Cultura Universitaria, Montevideo, año 2000, p.38.

5 La Privatización, Transferencia o tercerización de funciones judiciales. En Revista Uruguaya de Derecho Procesal 3/2000, Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Uruguay.

cione personal, el cual, si bien prestará sus servicios a favor de la compañía usuaria, no sostendrá vínculo laboral con esta última y se mantendrá bajo la dirección y control de la empresa de servicios. En el Perú la Ley 27626 regula la intermediación laboral en nuestro medio, la misma que establece que se puede recurrir a la intermediación en tres supuestos taxativos siempre que no impliquen la ejecución permanente de la actividad principal de la empresa usuaria: a) la prestación de servicios temporales; b) la prestación de servicios complementarios y c) la prestación de servicios especializados. Asimismo, se ha establecido que la intermediación puede ser prestada por personas jurídicas, llámese empresa de servicios (service) o una cooperativa de trabajadores, siendo que el número de trabajadores de empresas de servicios o cooperativas que pueden prestar servicios a las empresas usuarias, bajo modalidad temporal, no podrá exceder del 20% del total de trabajadores de la empresa, en tanto que dicho porcentaje no será aplicable a los servicios complementarios o especializados, siempre y cuando la empresa de servicios o cooperativa asuma plena autonomía. A ello hay que agregar que mediante el D.S. Nº 008-2007-TR (27.4.07) se han modificado las definiciones contenidas en el D.S. 03-2002-TR, de tal forma que se define como “actividad principal” (prohibida para intermediación laboral) a aquella actividad consustancial al giro del negocio como son las actividades de exploración, explotación, transformación, producción, organización, administración, comercialización, esto es, toda actividad sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones.

Podemos concluir que mediante la tercerización la empresa beneficiaria va a contratar con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicio especializado, no de una prestación personal de los trabajadores de la contratista como si sucede en la intermediación. Al efectuar la distinción entre las citadas figuras Ben Schneider considera que “existe una diferencia radical entre simplemente complementar recursos a través de la intermediación laboral y la implementación de un verdadero outsourcing. Este último involucra una reestructuración sustancial de una actividad particular de la empresa, que incluye, frecuentemente, la transferencia de la operación de procesos de central importancia, pero no directamente vinculados con el corebusiness de la empresa, hacia un proveedor especialista”<sup>6</sup>

---

6 OUTSOURCING la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios. Grupo Editorial Norma, Lima, abr.2004, p. 31.

Para Antonio Martín Valverde, Fermín Rodríguez Sañudo Gutiérrez y Joaquín García Murcia, determinados ciclos o procesos productivos, debido a su complejidad, son llevados a cabo no por una sola organización empresarial sino por varias coordinadas entre sí pero que, a diferencia de las empresas integradas en los grupos que se han estudiado ya, conservan autonomía económica además de la jurídica. Es un caso frecuente, por ejemplo, en el sector de la construcción y obras públicas y en el sector de construcción naval; es un fenómeno más reciente su extensión a empresas del sector servicios (banca, informática, transportes, por ejemplo), cuando aquéllas desplazan una parte de su actividad hacia otras distintas.

Variado conjunto de casos de descentralización productiva a través de las prácticas de subcontratación entre empresas que se encuadra frecuentemente en el término genérico de externalización de los procesos productivos de la empresa (outsourcing en la terminología anglosajona), incentivado hoy sobre todo por razones económicas, como son la reducción de personal y de costes fijos en la empresa principal o el aumento de rentabilidad y de su flexibilidad de funcionamiento. Lo cual, a su vez, obliga a plantear cuáles pueden ser los efectos jurídicos provocados para los trabajadores de las empresas que se hacen cargo de esa parte descentralizada de la producción de la empresa principal.

El ordenamiento laboral ha dedicado tradicionalmente a esta figura una atención especial. Esto se debe, en primer lugar, a que, incluso cuando la contrata o subcontrata se utilice lícitamente y sin ninguna intención fraudulenta, se produce un desplazamiento de responsabilidades empresariales cuyos efectos es necesario prever y regular. De ahí que la reacción del ordenamiento haya sido la de crear una regulación protectora del trabajo en contratas; en otras palabras, una regulación en la que los trabajadores de la empresa auxiliares vean asegurado el cumplimiento de las obligaciones empresariales y reciban un tratamiento similar al de los trabajadores de la empresa principal.<sup>7</sup>

Para Manuel Alonso Olea y María Emilia Casas Baamonde, en la tercerización es preciso distinguir con claridad entre dos figuras:

El traficante de mano de obra que adopte la apariencia de empresario real, al que se asimila el pretendidamente independiente de otro principal

---

7 Martín Valverde Antonio, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez, Fermín y García Murcia, Joaquín. *Derecho Del Trabajo*, Decimoctava Edición, Editorial Tecnos, Madrid 2009, p. 237.

para el cual exclusivamente trabajada; estamos ante una forma de la recién analizada cesión ilícita de mano de obra a la que se ha de aplicar ET, art.43.

El empresario [*contratista*] que “asumiendo los riesgos, obligaciones y responsabilidades propios de dicha condición de empresario”[...], con “una organización y gestión propias”(Rodríguez-Piñero), asume la realización de obras o servicios cuya ejecución le confía otro [*empresario principal*], para sí propio o para la ejecución de un encargo que a su vez ha recibido de otro empresario, en cuyo caso éste es el principal, lo que quiere decir que el contratista subcontrata [confía a un *subcontratista*] parte de su encargo(apareciendo entonces la serie [1] empresario principal, [2] contratista, [3] subcontratista, en vez de la serie simple empresario principal-contratista). Contratos todos ellos lícitos -resultantes de la amplia posibilidad del uso por cada empresa de empresas auxiliares-, cuyos efectos laborales reflejos se abordan por ET, art.42.<sup>8</sup>

Según Wilfredo Sanguinetti Raymond, la Tercerización aparece vinculada a la realización por un tercero, en virtud de un acuerdo contractual, de una obra, un servicio o una actividad especializada, la cual deberá ser ejecutada por éste con autonomía, asumiendo todos los riesgos y con disposición de una organización y recursos propios, así como de personal a él subordinado. Emblemática resulta aquí la definición aportada en el caso del Perú por el artículo 2 de la Ley 29.245, de acuerdo con el cual “se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores se encuentren bajo su exclusividad subordinación”.<sup>9</sup>

### 3 ANTECEDENTES DE LA TERCERIZACIÓN EN EL PERÚ

La Ley 27626, (08/01/02), ha regulado en nuestro país la actividad de las empresas especiales de servicios (services) y de las cooperativas de trabajadores. Esta norma no ha previsto la figura del outsourcing o la tercerización

8 Olea Manuel Alonso, Casas Baamonde Maria Emilia. Derecho Del Trabajo. 19.ed. Rev. Madrid, 2001, p. 115-116.

9 Sanguinetti Raymond, Wilfredo. Derecho Del Trabajo. Tendencias Contemporaneas. Lima: GRJILEY, 20013, p. 206-207.

de servicios. Sin embargo, el artículo 4º del Decreto Supremo N° 003-2002-TR–Reglamento de la citada ley- ha efectuado un inventario de un conjunto de figuras que según la misma norma no constituyen intermediación laboral, entre ellas, los contratos de gerencia, los contratos de obra, los procesos de tercerización externa, los contratos que tienen por objeto que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo de una empresa y los servicios prestados por empresas contratistas o sub contratistas, siempre que asuman las tareas contratadas por su cuenta y riesgo, que cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales, y cuyos trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Que, de lo anterior se puede concluir que el Reglamento de la Ley 27626 ha introducido la tercerización de servicios con la finalidad de excluirla del ámbito de la aplicación de la misma.

Teniendo en cuenta que la norma reglamentaria citada era la única que se refería en nuestro espectro legal a la tercerización de servicios, la aplicación, o mejor dicho la mala aplicación, de este mecanismo ha originado malestar en determinados sectores laborales, especialmente en el área de la minería. Esto suscitó un debate acerca de la necesidad de reglamentar de manera más extensa y completa la aplicación del outsourcing, habiéndose expedido el Decreto Supremo N°. 020-2007-TR (E.P. 20/09/07) que amplía el artículo 4 del precitado Reglamento de la Ley de Intermediación Laboral, incorporándose los artículos 4º-A, 4º-B y 4º-C.

El artículo 4º-A del Decreto Supremo N° 020-2007-TR señala que los contratos de tercerización de servicios a que se refiere el artículo 4 del mismo decreto supremo “con desplazamiento de personal a las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no pueden tener por objeto afectar los derechos laborales y de seguridad social de los trabajadores y deben constar por escrito, especificando cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en que unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza. Las empresas que desplazan personal deben contar con recursos económicos suficientes para garantizar el pago de las obligaciones laborales y de seguridad social de los trabajadores desplazados”.

El artículo 4º-B de la citada norma hace referencia a la desnaturalización de la tercerización estableciendo que la contratación de servicios que incumpla las disposiciones del artículo 4º, antes citado, o que implique la simple provisión de personal, origina que los trabajadores desplazados tengan una relación laboral directa con la empresa principal.

Finalmente, el artículo 4° -C de la norma en comento bajo el rubro de garantía de derechos laborales determina que los trabajadores bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminado y que este derecho “se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización de servicios, que estén bajo contratos de trabajo sujetos a modalidad, respecto a su empleador”. (sic.).

Asimismo, uno de los aspectos saltantes de la citada norma consiste en que dispone que la tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación de los trabajadores amparados por el fuero sindical .

Finalmente, a partir del año 2008 en nuestro medio existe una regulación específica de la tercerización. En efecto, se expide la LEY N° 29245 (24-06-08) y, al día siguiente, el DECRETO LEGISLATIVO N° 1038 (25-06-08) que constituyen las normas que regulan los servicios de tercerización, normas que han sido reglamentadas por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, publicado en el Diario “El Peruano” el 12 de septiembre del 2008.

## **4 LA REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN EL PERÚ**

### **4.1 Ley que regula los servicios de tercerización**

La Ley N° 29245 recoge en gran medida las disposiciones que ya se habían previsto en el Decreto Supremo N° 020-2007-TR.

El Artículo 2 de la ley define lo que se entiende por tercerización en los siguientes términos: se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Constituyen elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.

Si bien en el artículo transcrito se define la tercerización, no se delimita el tema referido a que si mediante la tercerización se puede descentralizar o no la actividad nuclear – *corebusiness* - de la empresa, aspecto respecto del cual hemos fijado nuestra opinión, líneas arriba. Sin embargo, al hacer mención la Ley en el sentido de que se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, podemos concluir que son esas dos únicas las posibilidades de tercerización, esto es, para el cumplimiento de actividades especializadas u obras, lo cual, desde ya, constituye un avance frente a la posibilidad de que se pueda contratar trabajadores, vía tercerización, de manera irrestricta.

Es el reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 006-2008-TR que en su artículo 2 define el ámbito de la tercerización en los siguientes términos: El ámbito de la Ley comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas.

Teniendo en cuenta que en virtud a lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado una norma reglamentaria no puede contradecir o desnaturalizar lo dispuesto por la ley, nosotros sostenemos que no es posible tercerizar la actividad nuclear, esto es, el *corebusiness*, que constituye la razón de ser de la empresa y que precisamente es el tema central que abordaremos en la presente tesis.<sup>10</sup>

## 5 ELEMENTOS CARACTERÍSTICOS

Conforme a lo señalado en la segunda parte del artículo 2 de la ley constituye elementos característicos de la tercerización, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento y local, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal.

---

<sup>10</sup> En efecto esta posición ha sido denotada por Jorge Toyama Miyagusuku, quien señala lo siguiente: "Para otros, sin embargo, la tercerización debería proceder solamente respecto de actividades que califican como complementarias. Así por ejemplo, el profesor Toledo indica que: "una empresa puede tercerizar o descentralizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su *corebusiness*, esto es su actividad nuclear". En: Los contratos de trabajos y otras instituciones del derecho laboral. Lima: Gaceta Jurídica, 2008, p.171.

El Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°006-2008-TR, en adelante EL REGLAMENTO, en su artículo 4.1 establece que los elementos propios de los servicios de tercerización que se encuentran regulados en el segundo párrafo artículo 2 de la Ley constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora.

Corresponde señalar que el citado artículo 4.1 del reglamento ha sido materia de un proceso de Acción Popular planteado por Sindicato Unitario de Trabajadores Operadores de Estación de Control de Agua Potable y Alcantarillado, siendo que la Segunda Sala Laboral de Lima, en el proceso N° 169-08-AP, mediante resolución de 29 de diciembre de 2010, resolvió lo siguiente:

8.- Siendo así, en relación al cuestionamiento del demandante al **numeral uno del artículo cuarto del Reglamento** cabe señalar lo siguiente: Del análisis del artículo 2 de la Ley N°29245, se puede concluir que categóricamente fija la definición de tercerización, como la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores estén bajo su exclusiva subordinación. Además en este mismo artículo, segundo párrafo, nos informa cuales son elementos característicos de tales actividades, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. Por otro lado, en este artículo remarca que en ningún caso se admite la sola provisión de personal.

9.- De lo que se advierte a todas luces es que la definición y características establecidas por la norma, si bien es cierto es amplia y genérica en el ámbito de su aplicación, no lo es en cuanto establece los parámetros objetivos para la configuración de la tercerización, con sus características propias y definidas los cuales se configuran copulativamente y no de forma independiente, por lo que no dan espacio para el análisis e interpretación. Sin embargo, el numeral 1 del artículo 4 del Reglamento bajo análisis, al referirse a los elementos propios de los servicios de tercerización, estipula que los “indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora”. De lo anterior se advierte de la precitada norma del Reglamento al refe-

rirse a la autonomía empresarial permite una evaluación en cada caso concreto, en función a un conjunto de criterios, lo cual desvirtúa lo regulado por la Ley y permite que se pueda desnaturalizar la figura de tercerización como está regulada en la Ley pues, como se ha señalado líneas arriba, la tercerización constituye un instrumento de gerencia moderna que no es negativa en sí salvo su desnaturalización. Siendo así, en este punto, resulta fundada la demanda de acción popular.

Del análisis de la sentencia citada se puede concluir que la Segunda Sala Laboral de Lima declaró fundada, en parte, la demanda de Acción Popular e inaplicable el citado artículo 4.1 del REGLAMENTO. Sin embargo, con fecha de 20 octubre del 2011 la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica revoco la citada sentencia y declaro infundada la demanda (Exp. AP N°1338-2011-Lima).

### 5.1 Pluralidad de clientes

El Decreto Legislativo N° 1038, publicado al día siguiente de la Ley 29245, respecto a la pluralidad de clientes, establece que las empresas comprendidas en los alcances de la Ley N° 29245 podrán adecuarse a lo dispuesto por el artículo 2° de la misma, en lo que respecta a la pluralidad de clientes, en un plazo de un año a partir de la vigencia de la indicada ley. De igual plazo dispondrán las empresas que recién se constituyan, a contar desde el momento de su constitución.

Señala asimismo que esta disposición no exonera de la prohibición de efectuar simple provisión de personal ni de las exigencias de autonomía empresarial en la tercerización de servicios. En casos excepcionales, por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede ser no considerada como característica. El Reglamento de la Ley N° 29245 precisará lo pertinente a tal situación.

En efecto, el REGLAMENTO en su artículo 4.2 establece lo siguiente: De acuerdo con lo previsto por el artículo 1 del Decreto Legislativo, la pluralidad de clientes no será un indicio a valorar en los siguientes casos:

- a) Cuando el servicio objeto de tercerización sólo sea requerido por un número reducido de empresas o entidades dentro del ámbito geográfico, del mercado o del sector en que desarrolla sus actividades la empresa tercerizadora;
- b) Cuando, en base a la naturaleza del servicio u obra, existan motivos atendibles para el establecimiento de pacto de exclusividad entre la empresa principal y la tercerizadora;

c) Cuando la empresa tercerizadora se encuentre acogida al régimen de la micro empresa.

Corresponde señalar que el citado artículo 4.2 del reglamento fue materia de un proceso de Acción Popular planteado por Sindicato Unitario de Trabajadores Operadores de Estación de Control de Agua Potable y Alcantarillado, proceso antes citado, siendo que la Segunda Sala Laboral de Lima, en el proceso N° 169-08- AP, mediante resolución de 29 de diciembre de 2010, resolvió lo siguiente:

10.- En relación al cuestionamiento realizado por el sindicato accionante **al punto 4.2, literales a, b y c**. Al respecto es preciso señalar que el Decreto Legislativo N°1038, artículo 1, al referirse al plazo para adecuación al artículo 2 de la Ley N° 29245, en el párrafo in fine, se aprecia que esta norma autoriza a que este punto se regule posteriormente en el Reglamento, cuando señala que: “En casos excepcionales, por razones objetivas y demostrables, la pluralidad de clientes puede ser no considerada como característica. El Reglamento de la Ley N° 29245 precisará lo pertinente a tal situación.” (Sic). Siendo que existe una delegación expresa efectuada a través del Decreto Legislativo N° 1038, el cual tiene rango de ley, a efectos de que el Reglamento regule este aspecto, no se evidencia contravención alguna la ley de tercerización. Por lo que en este segmento corresponde declarar infundada la demanda.

## 5.2 Que cuente con equipamiento y local

Respecto a este elemento debemos señalar que con el objeto de evitar situaciones de fraude o simulación de tercerización se requiere que la empresa tercerizadora debe contar con equipamiento, lo que significa que las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquella.

Sin embargo, el artículo 4.3 del REGLAMENTO prevé que cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral.

Corresponde señalar que el citado artículo 4.3 del REGLAMENTO ha sido materia de un proceso de Acción Popular planteado por Sindicato Unitario de Trabajadores Operadores de Estación de Control de Agua

Potable y Alcantarillado, siendo que la Segunda Sala Laboral de Lima, en el proceso N° 169-08- AP antes citado, mediante resolución de 29 de diciembre de 2010, resolvió lo siguiente:

11.- En relación al cuestionamiento al primer párrafo del **punto 4.3 del Reglamento** y en cuanto al segundo párrafo de este punto en el extremo que se declara “Cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración”. Como se ha mencionado líneas arriba la ley de tercerización en su artículo dos establece, como parte integrante de la definición de la tercerización, que las empresas tercerizadoras “cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales”, asimismo, señala como uno de sus elementos que lo caracterizan a las empresas tercerizadoras es “que cuente con equipamiento,” , de lo que se aprecia que la Ley en mención no regula este aspecto bajo la figura de “propiedad” pues debe tenerse en cuenta además que en la gestión de las empresas existen mecanismos como el arrendamiento financiero (leasing) mediante los cuales las misma pueden contar con equipamiento. Siendo así, este extremo no contraviene la Ley de tercerización, por lo que debe declararse infundado.

12.- En relación al cuestionamiento al segundo párrafo del **punto 4.3 del Reglamento** respecto del extremo que establece “[...] o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral”. Como se ha señalado líneas arriba, la empresa tercerizadora debe contar necesariamente con el local o equipamiento necesario para el cumplimiento de la actividades o proceso encargados por la empresa principal, esto constituye un elemento caracterizante de la tercerización.

13.- Que, como se tiene anotado, los equipos o locales, antes mencionados, deben ser utilizados bajo la administración de la empresa tercerizadora, es decir, que deben estar a cargo de esta última. En consecuencia, al señalarse en el Reglamento la disyuntiva “o” con el complemento “formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral”, en el supuesto en comento, se abre la posibilidad de que se desnaturalice la tercerización pues se está permitiendo que el equipamiento pueda ser proporcionado por la empresa principal bajo el argumento o justificación de que forma parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral. De esta forma, se estaría desvirtuando uno de los elementos típicos de la tercerización, esto es, que la contratista cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales. Siendo así, dicho extremo de la demanda resulta amparable.

Del análisis de la sentencia citada se puede concluir que la Segunda Sala Laboral de Lima declaró fundada, en parte, la demanda de Acción Popular e inaplicable el citado artículo 4.3 del Reglamento. Sin embargo, con fecha de 20 octubre del 2011 la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica revoco la citada sentencia y declaro infundada la demanda (Exp. AP N°1338-2011-Lima).

### **5.3 Otros elementos**

Tanto la empresa tercerizadora como la empresa principal podrán aportar otros elementos de juicio o indicios destinados a demostrar que el servicio ha sido prestado de manera autónoma y que no se trata de una simple provisión de personal, tales como la separación física y funcional de los trabajadores de una y otra empresa, la existencia de una organización autónoma de soporte a las actividades objeto de la tercerización, la tenencia y utilización por parte de la empresa tercerizadora de habilidades, experiencia, métodos, secretos industriales, certificaciones, calificaciones o, en general, activos intangibles volcados sobre la actividad objeto de tercerización, con los que no cuente la empresa principal, y similares. (Artículo 4.4 del REGLAMENTO).

## **6 DERECHOS DE LOS TRABAJADORES**

El artículo 2 de la LEY señala que la aplicación de este sistema de contratación no restringe el ejercicio de los derechos individuales y colectivos de los trabajadores.

Por otro lado, el artículo 4 de la misma LEY señala que los contratos donde el personal de la empresa tercerizadora realiza el trabajo especializado u obra en las unidades productivas o ámbitos de la empresa principal, no deben afectar los derechos laborales y de seguridad social de dichos trabajadores, manteniéndose la subordinación de los mismos respecto de la empresa que presta los servicios de tercerización, lo cual debe constar por escrito en dicho contrato, en el cual debe especificarse cuál es la actividad empresarial a ejecutar y en qué unidades productivas o ámbitos de la empresa principal se realiza.

Asimismo, el artículo 7 de la LEY establece que los trabajadores de las empresas que prestan servicio de tercerización tienen los siguientes derechos, sin perjuicio de los ya establecidos en la legislación laboral vigente:

Los trabajadores bajo contrato de trabajo sujetos a modalidad tienen iguales derechos que los trabajadores contratados a tiempo indeterminados. Este derecho se aplica a los trabajadores desplazados en una tercerización, respecto de su empleador;

Los trabajadores que realicen labores en las instalaciones de la empresa principal en una tercerización, cualquiera fuese la modalidad de contratación laboral utilizada, como todo trabajador contratado a tiempo indeterminado o bajo modalidad, tiene respecto de su empleador todos los derechos laborales individuales y colectivos establecidos en la normativa vigente; en consecuencia, los trabajadores no están sujetos a subordinación por parte de la empresa principal;

La tercerización de servicios y la contratación sujeta a modalidad, incluyendo aquella realizada en la tercerización de servicios, no puede ser utilizada con la intención o efecto de limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho de negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación laboral de los dirigentes amparados por el fuero sindical;

Cuando corresponda, los trabajadores pueden interponer denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o recurrir al Poder Judicial, para solicitar la protección de sus derechos colectivos, incluyendo los referidos en el numeral 2 del presente artículo, a impugnar las prácticas antisindicales, incluyendo aquellas descritas en el numeral 3 del presente artículo, a la verificación de la naturaleza de los contratos de trabajo sujetos a modalidad de acuerdo con la legislación laboral vigente, a impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio del derecho de libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación, y obtener, si correspondiera, su reposición en el puesto de trabajo, su reconocimiento como trabajador de la empresa principal, así como las indemnizaciones, costos y costas que corresponda declarar en un proceso judicial, sin perjuicio de la aplicación de multas.

## **7 DESNATURALIZACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN**

El artículo 5 de la LEY señala que “los contratos de tercerización que no cumplan con los requisitos señalados en los artículos 2 y 3 de la presente Ley y que impliquen una simple provisión de personal, originan que los

trabajadores desplazados de la empresa tercerizadora tengan una relación de trabajo directa e inmediata con la empresa principal, así como la cancelación del registro a que se refiere el artículo 8 de la presente Ley, sin perjuicio de las demás sanciones establecidas en las normas correspondientes.”

El REGLAMENTO en su artículo 5 considera que se produce la desnaturalización de la tercerización: a) En caso que el análisis razonado de los elementos contemplados en los artículos 2 y 3 de la Ley y 4 del presente reglamento indique la ausencia de autonomía empresarial de la empresa tercerizadora. b) Cuando los trabajadores de la empresa tercerizadora están bajo la subordinación de la empresa principal. c) En caso que continúe la prestación de servicios luego de transcurrido el plazo al que se refiere el último párrafo del artículo 9 del presente reglamento, cuando se produce la cancelación del registro.

La desnaturalización tiene por efecto que la empresa principal sea el empleador del trabajador desplazado, desde el momento en que se produce la misma.

## **8 RESPONSABILIDAD SOLIDARIA POR LOS DERECHOS LABORALES**

El artículo 9 de la LEY establece que La empresa principal que contrate la realización de obras o servicios con desplazamiento de personal de la empresa tercerizadora es solidariamente responsable por el pago de los derechos y beneficios laborales y por las obligaciones de seguridad social devengados por el tiempo en que el trabajador estuvo desplazado. Dicha responsabilidad se extiende por un año posterior a la culminación de su desplazamiento. La empresa tercerizadora mantiene su responsabilidad por el plazo establecido para la prescripción laboral.

La norma contenida en la LEY respecto a la solidaridad tiene evidentemente el objetivo de resguardar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores inmersos en este sistema de contratación, regulación que podemos ver en otras legislaciones como es el caso del artículo 30° de la ley argentina de contrato de Trabajo, Ley 20.744, norma que según la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal de Argentina, en la resolución expedida en el Plenario “Ramírez c/ Russo Comunicaciones e Insumos S.A”, impone de una manera inequívoca la responsabilidad solidaria, como medio para proteger al trabajador (acree-

dor), en el marco de una segmentación del proceso productivo que, más allá de su legitimidad, puede traer aparejada, al menos en el terreno de las hipótesis, la afectación o licuación de la solvencia.<sup>11</sup>

Sin embargo, el Decreto Legislativo N°1038 ha establecido las siguientes limitaciones a la solidaridad regulada por la LEY. En ese sentido se señala que:

a) De conformidad con el Artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio 2008, las obligaciones y restricciones establecidas en los artículos 4 al 9 de la presente Ley, son aplicables a aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica;

b) De conformidad con el Artículo 3 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio 2008, la solidaridad a que se refiere el artículo 9 de la presente Ley se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral;

c) De conformidad con el Artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1038, publicado el 25 junio 2008, la empresa principal obligada a asumir obligaciones de la tercerista, en razón de la solidaridad establecida por la presente Ley, tiene derecho de repetición contra ésta, y adquiere los derechos y privilegios del crédito laboral en caso de insolvencia o quiebra.

El Reglamento respecto a la solidaridad señala lo siguientes alcances: la extensión de responsabilidad a la que se refiere el artículo 9 de la Ley alcanza al empresario principal, al contratista y al subcontratista, quienes son deudores solidarios frente al trabajador impago o a la entidad de previsión social. Las obligaciones laborales establecidas por norma legal incluyen el pago de las remuneraciones ordinarias y de los beneficios e indemnizaciones laborales previstas por ley.

Las obligaciones de previsión social incluyen las contribuciones y aportes que debe retener o pagar el empleador al Seguro Social de Salud, o a un sistema pensionario. La extensión de responsabilidad comprende a los incumplimientos que se produzcan durante el período de desplazamiento.

---

11 Toledo Toribio, Omar. La Tercerización en el Sistema Laboral Peruano. A propósito de la reciente aprobación de la Ley que la regula En Libro de Ponencias del III Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima 2008, p. 173-177.

La solidaridad en materia de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo se rige por lo dispuesto en el artículo 5 de las Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, aprobadas por el Decreto Supremo N° 003-98-SA. El plazo de prescripción de la responsabilidad solidaria se inicia ocurrido el fin del desplazamiento.

## 9 LA REGULACIÓN DE LA TERCERIZACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

La regulación de la tercerización en el derecho comparado es sumamente variada. Si queremos obtener un denominador común las legislaciones tienden a establecer una serie de medidas con el objeto de evitar que la tercerización no se convierta en un mecanismo destinado únicamente a ahorrar costos laborales.

En América del Sur podemos apreciar que existen dos tendencias a nivel legislativo respecto al tratamiento de la tercerización, derivadas de la consideración de los posibles efectos negativos. A estas tendencias se refiere el profesor Wilfredo Sanguineti Raymond, cuando llama **enfoque patológico** a la subcontratación como actividad prohibida, implementado por Ecuador y, en cierta forma, por Venezuela, y **enfoque fisiológico**, a la subcontratación como actividad regulada, modelo al que adscribe las regulaciones que tienen Chile, Uruguay, Colombia, Argentina y Perú.<sup>12</sup>

### a) Argentina

La Ley de Contrato de Trabajo de Argentina, (N° 20744), del 05-09-1974, establece en su Artículo N° 29, que habiendo sido contratados por terceros con vista a proporcionarlos a las empresas, serán considerados empleados directos de quien utilice su prestación. En tal supuesto, y cualquiera que sea el acto o estipulación que al efecto concierten, los terceros contratantes y la empresa para la cual los trabajadores presten o hayan prestado servicios responderán solidariamente de todas las obligaciones emergentes de la relación laboral y de las que se deriven del régimen de la seguridad social.

Los trabajadores contratados por empresas de servicios eventuales habilitadas por la autoridad competente para desempeñarse en los términos de los artículos 99 de la presente y 77 a 80 de la Ley Nacional de empleo,

---

<sup>12</sup> Sanguineti Raymond, Wilfredo. Derecho del Trabajo, Tendencias contemporáneas. Lima: GRIJLEY, 2013. p. 200-210.

serán considerados en relación de dependencia, con carácter permanente continuo o discontinuo, con dichas empresas.

Cabe precisar que según el artículo 29 (bis) establece que el empleador que ocupe trabajadores a través de una empresa de servicios eventuales habilitada por la autoridad competente, será solidariamente responsable con aquella por todas las obligaciones laborales y deberá retener de los pagos que efectuó a la empresa de servicios eventuales los aportes y contribuciones respectivos para los organismos de la seguridad social y depositarlos en término.

Sin embargo, la norma que se refiere de manera específica a la tercerización es el artículo 30 de dicha ley, referido a la subcontratación y delegación. El citado numeral establece que quienes cedan total o parcialmente a otros el establecimiento o explotación habilitado a su nombre, o contraten o subcontraten, cualquiera sea el acto que le dé origen, trabajos o servicios correspondientes a la actividad normal y específica propia del establecimiento, dentro o fuera de su ámbito, deberán exigir a sus contratistas o subcontratistas el adecuado cumplimiento de las normas relativas al trabajo y los organismos de seguridad social. Los cedentes, contratistas o subcontratistas deberán exigir además a sus cesionarios o subcontratistas el número del Código Único de Identificación Laboral de cada uno de los trabajadores que presten servicios y la constancia de pago de las remuneraciones, copia firmada de los comprobantes de pago mensuales al sistema de la seguridad social, una cuenta corriente bancaria de la cual sea titular y una cobertura por riesgos del trabajo.

Esta responsabilidad del principal de ejercer el control sobre el cumplimiento de las obligaciones que tienen los cesionarios o subcontratistas respecto de cada uno de los trabajadores que presten servicios, no podrá delegarse en terceros y deberá ser exhibido cada uno de los comprobantes y constancias a pedido del trabajador y/o de la autoridad administrativa.

El incumplimiento de alguno de los requisitos harán responsable solidariamente al principal por las obligaciones de los cesionarios, contratistas o subcontratistas respecto del personal que ocuparen en la prestación de dichos trabajos o servicios y que fueren emergentes de la relación laboral incluyendo su extinción y de las obligaciones de la seguridad social”.

Las disposiciones insertas en este artículo resultan aplicables al régimen de solidaridad específico previsto en el artículo 32 de la Ley 22.250.

## **b) España**

El Estatuto de los Trabajadores de España en su Artículo N° 42 regula la Subcontratación de obras y servicios en los siguientes términos:

1. Los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Al efecto, recabarán por escrito, con identificación de la empresa afectada, certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá librar inexcusablemente dicha certificación en el término de treinta días improrrogables y en los términos que reglamentariamente se establezcan. Transcurrido este plazo, quedará exonerado de responsabilidad el empresario solicitante;

2. El empresario principal, salvo el transcurso del plazo antes señalado respecto a la Seguridad Social, y durante el año siguiente a la terminación de su encargo, responderá solidariamente de las obligaciones de naturaleza salarial contraídas por los contratistas y subcontratistas con sus trabajadores y de las referidas a la Seguridad Social durante el período de vigencia de la contrata. No habrá responsabilidad por los actos del contratista cuando la actividad contratada se refiera exclusivamente a la construcción o reparación que pueda contratar un cabeza de familia respecto de su vivienda, así como cuando el propietario de la obra o industria no contrate su realización por razón de una actividad empresarial;

3. Los trabajadores del contratista o subcontratista deberán ser informados por escrito por su empresario de la identidad de la empresa principal para la cual estén prestando servicios en cada momento. Dicha información deberá facilitarse antes del inicio de la respectiva prestación de servicios e incluirá el nombre o razón social del empresario principal, su domicilio social y su número de identificación fiscal. Asimismo, el contratista o subcontratista deberán informar de la identidad de la empresa principal a la Tesorería General de la Seguridad Social en los términos que reglamentariamente se determinen;

4. Sin perjuicio de la información sobre previsiones en materia de subcontratación a la que se refiere el Artículo 64 de esta Ley, cuando la empresa concierte un contrato de prestación de obras o servicios con una

empresa contratista o subcontratista, deberá informar a los representantes legales de sus trabajadores sobre los siguientes extremos:

- a) Nombre o razón social, domicilio y número de identificación fiscal de la empresa contratista o subcontratista;
- b) Objeto y duración de la contrata;
- c) Lugar de ejecución de la contrata;
- d) En su caso, número de trabajadores que serán ocupados por la contrata o subcontrata en el centro de trabajo de la empresa principal;
- e) Medidas previstas para la coordinación de actividades desde el punto de vista de la prevención de riesgos laborales. Cuando las empresas principal, contratista o subcontratista compartan de forma continuada un mismo centro de trabajo, la primera deberá disponer de un libro registro en el que se refleje la información anterior respecto de todas las empresas citadas. Dicho libro estará a disposición de los representantes legales de los trabajadores.

5. La empresa contratista o subcontratista deberá informar igualmente a los representantes legales de sus trabajadores, antes del inicio de la ejecución de la contrata, sobre los mismos extremos a que se refieren el apartado 3 anterior y las letras b) a e) del apartado;

6. Los trabajadores de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando no tengan representación legal, tendrán derecho a formular a los representantes de los trabajadores de la empresa principal cuestiones relativas a las condiciones de ejecución de la actividad laboral, mientras compartan centro de trabajo y carezcan de representación. Lo dispuesto en el párrafo anterior no será de aplicación a las reclamaciones del trabajador respecto de la empresa de la que depende;

7. Los representantes legales de los trabajadores de la empresa principal y de las empresas contratistas y subcontratistas, cuando compartan de forma continuada centro de trabajo, podrán reunirse a efectos de coordinación entre ellos y en relación con las condiciones de ejecución de la actividad laboral en los términos previstos en el Artículo 81 de esta Ley.

La capacidad de representación y ámbito de actuación de los representantes de los trabajadores, así como su crédito horario, vendrán determinados por la legislación vigente y, en su caso, por los convenios colectivos de aplicación.

A su turno el Artículo 43° regula la Cesión temporal de trabajadores a otra empresa en los siguientes términos:

1. La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan;

2. En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente Artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario;

3. Los empresarios, cedente y cesionario, que infrinjan lo señalado en los apartados anteriores responderán solidariamente de las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos;

4. Los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan en condiciones ordinarias a un trabajador que preste servicios en el mismo o equivalente puesto de trabajo, si bien la antigüedad se computará desde el inicio de la cesión ilegal.

### c) Chile

Respecto a la República de Chile debemos hacer referencia a la Ley 20.123, del 16 de octubre de 2006, que agregando al LIBRO I del Código del Trabajo, el Título VII, regula el trabajo en régimen de subcontratación, el funcionamiento de las empresas de servicios transitorios y el contrato de trabajo de servicios transitorios. Conforme a esta Ley la tercerización tiene dos manifestaciones: la subcontratación y el régimen de los trabajadores transitorios.

El trabajo en el régimen de subcontratación se encuentra regulado en el artículo 183-A, y siguientes, en la forma siguiente:

**Artículo 183-A.-** Es trabajo en régimen de subcontratación, aquél realizado en virtud de un contrato de trabajo por un trabajador para un empleador, denominado contratista o subcontratista, cuando éste, en razón

de un acuerdo contractual, se encarga de ejecutar obras o servicios, por su cuenta y riesgo y con trabajadores bajo su dependencia, para una tercera persona natural o jurídica dueña de la obra, empresa o faena, denominada la empresa principal, en la que se desarrollan los servicios o ejecutan las obras contratadas. Con todo, no quedarán sujetos a las normas de este párrafo las obras o los servicios que se ejecutan o prestan de manera discontinua o esporádica. Si los servicios prestados se realizan sin sujeción a los requisitos señalados en el inciso anterior o se limitan sólo a la intermediación de trabajadores a una faena, se entenderá que el empleador es el dueño de la obra, empresa o faena, sin perjuicio de las sanciones que correspondan por aplicación del artículo 478.

**Artículo 183-B.-** La empresa principal será solidariamente responsable de las obligaciones laborales y previsionales de dar que afecten a los contratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores prestaron servicios en régimen de subcontratación para la empresa principal. En los mismos términos, el contratista será solidariamente responsable de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos. La empresa principal responderá de iguales obligaciones que afecten a los subcontratistas, cuando no pudiere hacerse efectiva la responsabilidad a que se refiere el inciso siguiente. El trabajador, al entablar la demanda en contra de su empleador directo, podrá hacerlo en contra de todos aquellos que puedan responder de sus derechos, en conformidad a las normas de este Párrafo. En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán estas responsabilidades cuando quien encargue la obra sea una persona natural.

**Artículo 183-C.-** La empresa principal, cuando así lo solicite, tendrá derecho a ser informada por los contratistas sobre el monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales que a éstos correspondan respecto a sus trabajadores, como asimismo de igual tipo de obligaciones que tengan los subcontratistas con sus trabajadores. El mismo derecho tendrán los contratistas respecto de sus subcontratistas.

El monto y estado de cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales a que se refiere el inciso anterior, deberá ser acreditado mediante certificados emitidos por la respectiva Inspección del Trabajo, o bien por

medios idóneos que garanticen la veracidad de dicho monto y estado de cumplimiento. El Ministerio del Trabajo y Previsión Social deberá dictar, dentro de un plazo de 90 días, un reglamento que fije el procedimiento, plazo y efectos con que la Inspección del Trabajo respectiva emitirá dichos certificados. Asimismo, el reglamento definirá la forma o mecanismos a través de los cuales las entidades o instituciones competentes podrán certificar debidamente, por medios idóneos, el cumplimiento de obligaciones laborales y previsionales de los contratistas respecto de sus trabajadores.

En el caso que el contratista o subcontratista no acredite oportunamente el cumplimiento íntegro de las obligaciones laborales y previsionales en la forma señalada, la empresa principal podrá retener de las obligaciones que tenga a favor de aquél o aquéllos, el monto de que es responsable en conformidad a este Párrafo. El mismo derecho tendrá el contratista respecto de sus subcontratistas. Si se efectuara dicha retención, quien la haga estará obligado a pagar con ella al trabajador o institución previsional acreedora.

En todo caso, la empresa principal o el contratista, en su caso, podrá pagar por subrogación al trabajador o institución previsional acreedora.

La Dirección del Trabajo deberá poner en conocimiento de la empresa principal, las infracciones a la legislación laboral y previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas. Igual obligación tendrá para con los contratistas, respecto de sus subcontratistas.

**Artículo 183-D.-** Si la empresa principal hiciere efectivo el derecho a ser informada y el derecho de retención a que se refieren los incisos primero y tercero del artículo anterior, responderá subsidiariamente de aquellas obligaciones laborales y previsionales que afecten a los contratistas y subcontratistas en favor de los trabajadores de éstos, incluidas las eventuales indemnizaciones legales que correspondan por el término de la relación laboral. Tal responsabilidad estará limitada al tiempo o período durante el cual el o los trabajadores del contratista o subcontratista prestaron servicios en régimen de subcontratación para el dueño de la obra, empresa o faena. Igual responsabilidad asumirá el contratista respecto de las obligaciones que afecten a sus subcontratistas, a favor de los trabajadores de éstos.

Se aplicará también, lo dispuesto en el inciso precedente, en el caso que, habiendo sido notificada por la Dirección del Trabajo de las infrac-

ciones a la legislación laboral previsional que se constaten en las fiscalizaciones que se practiquen a sus contratistas o subcontratistas, la empresa principal o contratista, según corresponda, hiciere efectivo el derecho de retención a que se refiere el inciso tercero del artículo precedente.

**Artículo 183-E.-** Sin perjuicio de las obligaciones de la empresa principal, contratista y subcontratista respecto de sus propios trabajadores en virtud de lo dispuesto en el artículo 184, la empresa principal deberá adoptar las medidas necesarias para proteger eficazmente la vida y salud de todos los trabajadores que laboran en su obra, empresa o faena, cualquiera sea su dependencia, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 66 bis de la ley N° 16.744 y el artículo 3° del decreto supremo N° 594, de 1999, del Ministerio de Salud. En los casos de construcción de edificaciones por un precio único prefijado, no procederán las obligaciones y responsabilidades señaladas en el inciso precedente, cuando quien encargue la obra sea una persona natural. Sin perjuicio de los derechos que se reconocen en este Párrafo 1° al trabajador en régimen de subcontratación, respecto del dueño de la obra, empresa o faena, el trabajador gozará de todos los derechos que las leyes del trabajo le reconocen en relación con su empleador.

Por otro lado, el régimen de los trabajadores transitorios se encuentra contemplado en el Artículo 183 F de la citada norma en los siguientes términos:

**Artículo 183-F-** Para los fines de este Código, se entiende por:

a) Empresa de Servicios Transitorios: toda persona jurídica, inscrita en el registro respectivo, que tenga por objeto social exclusivo poner a disposición de terceros denominados para estos efectos empresas usuarias, trabajadores para cumplir en estas últimas, tareas de carácter transitorio u ocasional, como asimismo la selección, capacitación y formación de trabajadores, así como otras actividades afines en el ámbito de los recursos humanos.

b) Usuaría: toda persona natural o jurídica que contrata con una empresa de servicios transitorios, la puesta a disposición de trabajadores para realizar labores o tareas transitorias u ocasionales, cuando concurra alguna de las circunstancias enumeradas en el artículo 183-Ñ de este Código;

c) Trabajador de Servicios Transitorios: todo aquel que ha convenido un contrato de trabajo con una empresa de servicios transitorios para ser puesto a disposición de una o más usuarias de aquélla, de acuerdo a las disposiciones de este Párrafo 2°.

#### d) Colombia

La regulación de la tercerización o subcontratación se encuentra regulada en el artículo 34 del código sustantivo del trabajo en los siguientes términos:

1. Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos empleadores y no representantes ni intermediarios las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos de que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

2. El beneficiario del trabajo o dueño de la obra, también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aun en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas.

A su turno, el Artículo 35º regula quienes son los simples intermediarios señalando lo siguiente:

1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador;

2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo;

3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del empleador. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.

### e) Ecuador

En Ecuador, el Mandato Constituyente N°8 de fecha 30 de abril de 2008 elimina y prohíbe la tercerización laboral. En efecto, se elimina y prohíbe la tercerización e intermediación laboral y cualquier forma de precarización de las relaciones de trabajo en las actividades a las que se dedique la empresa o empleador. La relación laboral será directa y bilateral entre trabajador y empleador (artículo n°1). Sin embargo el mismo mandato constituyente establece que se podrán celebrar contratos con personas naturales o jurídicas autorizadas como prestadores de actividades complementarias por el Ministerio de Trabajo y Empleo, cuyo objeto exclusivo sea la realización de actividades complementarias de: vigilancia, seguridad, alimentación, mensajería y limpieza, ajenas a las labores propias o habituales del proceso productivo de la usuaria.

En estos contratos la relación laboral operará entre los prestadores de actividades complementarias y el personal por esta contratado en los términos de la ley, sin perjuicio de la responsabilidad solidaria de la persona en cuyo provecho se preste el servicio. Los trabajadores de estas empresas de acuerdo con su tiempo anual de servicios participarán proporcionalmente del porcentaje legal de las utilidades líquidas de las empresas usuarias, en cuyo provecho se realiza la obra o se presta el servicio. Si las utilidades de la empresa que realiza actividades complementarias fueren superiores a las de la usuaria, el trabajador solo percibirá éstas. Además, los trabajadores que laboren en estas empresas, tendrán todos los derechos consagrados en la Constitución Política de la República, convenios con la OIT, ratificados por el Ecuador, este Mandato, el Código del Trabajo, la Ley de Seguridad Social y demás normas aplicables. Finalmente, en el contrato de trabajo que se suscriba entre la empresa que se dedica a actividades complementarias y cada uno de sus trabajadores, en ningún caso se pactará una remuneración inferior a la básica mínima unificada o a los mínimos sectoriales, según la actividad o categoría ocupacional. Dichos contratos de trabajo obligatoriamente deben celebrarse por escrito y registrarse dentro de los treinta días subsiguientes a su celebración, ante el Ministerio de Trabajo y Empleo.

Este Mandato Constituyente fue ratificado por el artículo 327 de la constitución en los siguientes términos: La relación laboral entre personas

trabajadoras y empleadoras será bilateral y directa. Se prohíbe toda forma de precarización, como la intermediación laboral y la tercerización en las actividades propias y habituales de la empresa o persona empleadora, la contratación laboral por horas, o cualquiera otra que afecte los derechos de las personas trabajadoras en forma individual o colectiva. El incumplimiento de obligaciones, el fraude, la simulación, y el enriquecimiento injusto en materia laboral se penalizarán y sancionarán de acuerdo con la ley.

#### **f) Venezuela**

En Venezuela la ley orgánica del trabajo, los trabajadores y las trabajadoras establece la prohibición de la tercerización, en los siguientes términos:

Artículo 48. Queda prohibida la tercerización, por tanto no se permitirá:

1. La contratación de entidad de trabajo para ejecutar obras, servicios o actividades que sean de carácter permanente dentro de las instalaciones de la entidad de trabajo contratante, relacionadas de manera directa con el proceso productivo de la contratante y sin cuya ejecución se afectarían o interrumpirían las operaciones de la misma;

2. La contratación de trabajadores o trabajadoras a través de intermediarios o intermediarias, para evadir las obligaciones derivadas de la relación laboral del contratante;

3. Las entidades de trabajo creadas por el patrono o patrona para evadir las obligaciones con los trabajadores y trabajadoras;

4. Los contratos o convenios fraudulentos destinados a simular la relación laboral, mediante la utilización de formas jurídicas propias del derecho civil o mercantil;

5. Cualquier otra forma de simulación o fraude laboral.

#### **g) Uruguay**

En Uruguay la Ley No. 18.099 establece que “todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional y de las sanciones y recuperos que se adeuden al Banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores (artículo N°1).

Asimismo, el artículo 3º de la Ley establece que en ningún caso podrán emplearse las modalidades de contratación referidas en el artículo 1 de la presente ley para reemplazar trabajadores que se encuentren amparados al subsidio por desempleo por la causal de suspensión parcial o total de trabajo o en conflicto, sin perjuicio de las disposiciones especiales que rigen los servicios esenciales. Por su parte el Artículo 4º precisa que todo trabajador contratado mediante alguna de las modalidades previstas por esta norma será informado previamente por escrito sobre sus condiciones de empleo, su salario y, en su caso, la empresa o institución para la cual prestará servicios. Por otro lado el Artículo 5º establece que los trabajadores provistos por empresas suministradoras de empleo temporal no podrán recibir beneficios laborales inferiores a los establecidos por laudos de los consejos de salarios, convenios colectivos o decretos del Poder Ejecutivo para la categoría que desempeñen y que corresponda al giro de actividad de la empresa donde los mismos prestan sus servicios.

## 10 CONCLUSIONES

La tercerización o subcontratación de la producción de bienes o de la prestación de servicios, o descentralización, supone que la producción o prestación se realice de manera organizada bajo la dirección y el control del contratista, usualmente una empresa, que cuenta con un patrimonio y una organización propia dedicada a la producción de bienes o servicios, la cual se realiza a favor del contratante dentro del centro de labores de éste (*insourcing*) o fuera de él (*outsourcing*), de manera que los trabajadores de la contratista se encuentran bajo las órdenes y el control de éste y no del contratante, y para su realización además se requiere de total independencia administrativa y funcional de la actividad tercerizada de las demás que realiza la empresa contratante de modo que su tercerización no entorpezca su normal desenvolvimiento, así tenemos el típico ejemplo de la tercerización de la contabilidad de una empresa;

Mediante la tercerización la empresa beneficiaria va a contratar con miras a satisfacer el requerimiento de un bien determinado o servicio especializado, no de una prestación personal de los trabajadores de la contratista como si sucede en la intermediación. Este último involucra una reestructuración sustancial de una actividad particular de la empresa, que incluye, frecuentemente, la transferencia de la operación de procesos de

central importancia, pero no directamente vinculados con el *corebusiness* de la empresa, hacia un proveedor especialista;

Resulta innegable la importancia del *outsourcing* o tercerización como herramienta de gestión de la empresa moderna que contribuye a hacerla competitiva. Sin embargo, nosotros somos partícipes de la corriente antes reseñada en el sentido de que una empresa puede tercerizar o descentralizar todas sus actividades, excepto aquellas que tienen que ver con su *corebusiness*, esto es su actividad nuclear. De esta forma, una empresa dedicada a prestar servicios de salud, como puede ser una clínica, puede tercerizar la actividad vinculada al lavado de la ropa de cama e incluso el servicio de alimentación de los pacientes pero no podría descentralizar la actividad vinculada estrictamente a la prestación de los servicios de salud como son las consultas médicas o las operaciones quirúrgicas. De igual forma, una Universidad no podría tercerizar su actividad nuclear que consiste en brindar servicios de enseñanza y formación profesional pues de lo contrario se estaría desvirtuando la naturaleza de este mecanismo de gestión y consecuentemente afectando los derechos laborales de los trabajadores puesto que, para citar un ejemplo, el monto de las utilidades no sería el mismo entre lo percibido por el trabajador incluido en las planillas de la empresa usuaria y lo percibido por el trabajador de la empresa contratista. No obstante, es preciso señalar que este criterio no es compartido por todos quienes tienen preocupación por los temas de carácter laboral pues existe otra opinión en el sentido de que si es posible que la empresa puede tercerizar todo tipo de actividades, incluso su actividad nuclear;

Recién a partir del año 2008 en nuestro medio existe una regulación específica de la tercerización. En efecto, se expide la Ley N° 29245 (24-06-08) - en adelante LA LEY- y, al día siguiente, el Decreto Legislativo N° 1038 (25-06-08) que constituyen las normas que regulan los servicios de tercerización, normas que han sido reglamentadas por el Decreto Supremo N° 006-2008-TR, publicado en el Diario “El Peruano” el 12 de septiembre del 2008, en adelante EL REGLAMENTO;

El Artículo 2 de LA LEY define que se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, siempre que aquellas asuman los servicios prestados por su cuenta y riesgo; cuenten con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales; sean responsables por los resultados de sus actividades y sus trabajadores

estén bajo su exclusiva subordinación. Si bien en el artículo transcrito se define la tercerización, no se delimita el tema referido a que si mediante la tercerización se puede descentralizar o no la actividad nuclear – *corebusiness* - de la empresa, aspecto respecto del cual hemos fijado nuestra opinión, líneas arriba. Sin embargo, al hacer mención la Ley en el sentido de que se entiende por tercerización la contratación de empresas para que desarrollen actividades especializadas u obras, podemos concluir que son esas dos únicas las posibilidades de tercerización, esto es, para el cumplimiento de actividades especializadas u obras, lo cual, desde ya, constituye un avance frente a la posibilidad de que se pueda contratar trabajadores, vía tercerización, de manera irrestricta. Es el REGLAMENTO que en su artículo 2 define el ámbito de la tercerización señalando que comprende a las empresas principales cuyos trabajadores estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, que tercerizan su actividad principal, siempre que se produzca con desplazamiento continuo de los trabajadores de las empresas tercerizadoras a los centros de trabajo o de operaciones de aquellas;

Teniendo en cuenta que en virtud a lo dispuesto en el artículo 51 de la Constitución Política del Estado una norma reglamentaria no puede contradecir o desnaturalizar lo dispuesto por la ley, nosotros sostenemos que no es posible tercerizar la actividad nuclear, esto es, el *corebusiness*, que constituye la razón de ser de la empresa;

Conforme a lo señalado en la segunda parte del artículo 2 de la ley 29245 constituye elementos característicos de la tercerización, entre otros, la pluralidad de clientes, que cuente con equipamiento y local, la inversión de capital y la retribución por obra o servicio. En ningún caso se admite la sola provisión de personal. El Reglamento aprobado por Decreto Supremo N°006-2008-TR, en adelante EL REGLAMENTO, en su artículo 4.1 establece que los elementos propios de los servicios de tercerización que se encuentran regulados en el segundo párrafo artículo 2 de la Ley constituyen, entre otros, indicios de la existencia de autonomía empresarial, los cuales deben ser evaluados en cada caso concreto, considerando la actividad económica, los antecedentes, el momento de inicio de la actividad empresarial, el tipo de actividad delegada y la dimensión de las empresas principal y tercerizadora;

La precitada norma del Reglamento al referirse a la autonomía empresarial permite una evaluación en cada caso concreto, en función a un

conjunto de criterios, lo cual desvirtúa lo regulado por la Ley y permite que se pueda desnaturalizar la figura de tercerización como está regulada en la Ley pues, como se ha señalado líneas arriba, la tercerización constituye un instrumento de gerencia moderna que no es negativa en sí salvo su desnaturalización;

El contar con equipamiento y local constituye un elemento establecido con el objeto de evitar situaciones de fraude o simulación de tercerización, esto es, se requiere que la empresa tercerizadora debe contar con equipamiento, lo que significa que las herramientas o equipos que utilizan sus trabajadores son de su propiedad o se mantienen bajo la administración y responsabilidad de aquello. Sin embargo, el artículo 4.3 del REGLAMENTO prevé que cuando resulte razonable, la empresa tercerizadora podrá usar equipos o locales que no sean de su propiedad, siempre que los mismos se encuentren dentro de su ámbito de administración o formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral;

Como se tiene anotado, los equipos o locales, antes mencionados, deben ser utilizados bajo la administración de la empresa tercerizadora, es decir, que deben estar a cargo de esta última. En consecuencia, al señalarse en el Reglamento la disyuntiva “o” con el complemento “formen parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral”, en el supuesto en comento, se abre la posibilidad de que se desnaturalice la tercerización pues se está permitiendo que el equipamiento pueda ser proporcionado por la empresa principal bajo el argumento o justificación de que forma parte componente o vinculada directamente a la actividad o instalación productiva que se le haya entregado para su operación integral. De esta forma, se estaría desvirtuando uno de los elementos típicos de la tercerización, esto es, que la contratista cuente con sus propios recursos financieros, técnicos o materiales;

La norma contenida en la LEY respecto a la solidaridad tiene evidentemente el objetivo de resguardar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores inmersos en este sistema de contratación, regulación que podemos ver en otras legislaciones. Sin embargo, el Decreto Legislativo N°1038 ha establecido limitaciones a la solidaridad regulada por la LEY. En ese sentido se señala que la solidaridad solo es aplicable a

aquellas empresas tercerizadoras que realizan sus actividades con desplazamiento continuo de personal a las instalaciones de la principal, no así a los supuestos de tercerización sin desplazamiento ni a las que lo hagan en forma eventual o esporádica. Asimismo, la solidaridad se contrae únicamente a las obligaciones laborales y de seguridad social de cargo de la empresa tercerizadora establecidos por norma legal, y no a las de origen convencional o unilateral.

Del análisis de la legislación comparada se puede apreciar que la regulación de la tercerización en el derecho comparado es sumamente variada. Si queremos obtener un denominador común las legislaciones tienden a establecer una serie de medidas con el objeto de evitar que la tercerización no se convierta en un mecanismo destinado únicamente a ahorrar costos laborales perjudicando los derechos de los trabajadores. En América del Sur podemos apreciar que existen dos tendencias a nivel legislativo respecto al tratamiento de la tercerización, derivadas de la consideración de los posibles efectos negativos. A estas tendencias se refiere el profesor Wilfredo Sanguineti Raymond, cuando llama **enfoque patológico** a la subcontratación como actividad prohibida, implementado por Ecuador y, en cierta forma, por Venezuela, y **enfoque fisiológico**, a la subcontratación como actividad regulada, modelo al que adscribe las regulaciones que tienen Chile, Uruguay, Colombia, Argentina y Perú;

Antes de la dación de la ley de tercerización 29245 se aprecia que la jurisprudencia, sobre todo a nivel de las salas laborales superiores, ha seguido mayoritariamente una línea en el sentido de considerar de que las actividades nucleares no pueden ser materia de tercerización. Como consecuencia de ello se aprecian diversos pronunciamientos que, luego de haber verificado que el se ha tercerizado una actividad nuclear, ha dispuesto la incorporación de los trabajadores en la planilla de la empresa usuaria.

Después de la dación de la Ley 29245, y en virtud de la precisión efectuada por el Reglamento aprobado por el D.S. 006-2008-TR, se ha observado que las empresas han recurrido de manera más intensiva a la tercerización incluso de las actividades esenciales o nucleares de las mismas. Este recurso frecuente a recurrir a la tercerización ha originado la aparición de numerosas empresas de tercerización, muchas de las cuáles carecen del equipamiento propio que justifique su autonomía respecto a la empresa usuaria. Ello ha traído como consecuencia que la jurisprudencia post ley 29245 ha exhibido

numerosos pronunciamientos referidos a casos de tercerización fraudulenta vinculados a la falta de real autonomía de la empresa tercerizadora respecto a la empresa usuaria. Ello ha determinado que el órgano jurisdiccional determine que en realidad ha existido una relación laboral con la empresa usuaria.

## BIBLIOGRAFÍA

- MARTÍN VALVERDE Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIA, Joaquín. **Derecho Del Trabajo**. 18.ed. Madrid: Tecnos, 2009.
- OLEA Manuel Alonso; CASAS BAAMONDE, María Emilia. **Derecho Del Trabajo**. 18.ed. Rev. Madrid, 2001.
- SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. **Derecho Del Trabajo, Tendencias Contemporaneas**. Lima: Grijley, 2013.
- RAZO DELGUE, Juan. **Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y Derecho del Trabajo**. Montevideo: Fundación de la Cultura Universitaria, 2000.
- PEYRANO, Jorge W. La privatización, transferencia o tercerización de funciones judiciales. **Revista uruguaya de Derecho Procesal**. Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, Uruguay, n.3, 2000.
- SCHNEIDER, Ben. **Outsourcing la herramienta de gestión que revoluciona el mundo de los negocios**. Lima: Grupo Editorial Norma, abr.2004.
- DRUKER, Peter F **La Gerencia en la Sociedad Futura**. Lima: Grupo editorial Norma, 2002.
- DRUKER, Peter F **La sociedad postcapitalista**. Bogotá: Grupo editorial Norma, 1994.
- CAMPANA, David y PRELLE, Herbert La Reforma Normativa de la contratación laboral durante los noventa: ¿Flexibilidad o precarización?. En: **Estudios sobre la flexibilización en el Perú**. Lima: Organización Internacional del Trabajo, 2000.
- PASCO, Mario. La flexibilización en el Perú. Aproximación metodológica y balance crítico. En: IUS ET VERITAS. **Revista editada por estudiantes de la Facultad de Derechos de la Pontificia Universidad Católica del Perú**. Lima, Año 9, N. 18, 1999.
- La Intermediación Laboral en el contexto de la flexibilización del Derecho del Trabajo. Entrevista al doctor Valdés Dal-Re. En: IUS ET VERITAS. **Revista editada por estudiantes de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú**. Lima, Año 6, N.11, 1995.
- VILLAVICENCIO, Alfredo. La Flexibilidad y los mecanismos de subcontratación laboral: El caso de la intermediación. En: **Estudios sobre flexibilización en el Perú**. Cuaderno de trabajo. Lima: OIT, 2000.
- NEVES MUJICA, Javier. **Introducción al Derecho Laboral**. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.

- SANGUINETI, Wilfredo. Los contratos de trabajo sujetos a modalidad de la Ley de Fomento del Empleo. En: **Revista Asesoría Laboral**. Lima, N.26. Feb. 1993, p.30.
- FERRO DELGADO, Víctor. La empresa y los límites de la intermediación laboral. En *Thémis*. **Revista de Derecho**. N. 31, Lima. p. 66-69.
- BOZA PRO, Guillermo. Convenios de Formación Juvenil y de Prácticas: ¿Capacitación para el empleo o precarización del mismo? En: **Asesoría Laboral**. N.18. Lima, jun. de 1992.
- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. **Los principios del Derecho del Trabajo**. 2. ed. Buenos Aires: Depalma, 1990.
- SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, **Libro de Ponencias del III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**, Chiclayo 29, 30, 31 de Oct. 2008.
- CONFERENCIA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. **95º Reunión**. 2006. Inspección del Trabajo. Ginebra. 2006.
- TLC y cumplimiento Laboral. **Análisis Laboral**. AELLE. Enero 2008.
- STIGLITZ, Joseph E. **Como Hacer Que Funcione La Globalización**. Colombia: Taurus, Pensamiento, 2006.
- MORALES CORRALES, Pedro G. Primacía de la realidad, intermediación laboral y tercerización de servicios; su aplicación en el origen, desarrollo y finalización de las actuaciones inspectivas. En: Alcances y eficacia del derecho del trabajo: Tercerización, inspección y derechos colectivos, **III Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho y Seguridad Social**, Lima, Set. 2008, p. 251.
- ECHAIZ MORENO, Daniel. **Instituciones de Derecho Empresarial**. Lima: Editorial APECC, 2010.
- CASTELLO, Alejandro. Relaciones Laborales en Los Grupos de Empresas. **Cuadernos da AMATRA IV**. 10º Cuaderno de Estudos sobre Processo e Direito do Trabalho. III Encontro Internacional de Professores do Direito e do Processo do Trabalho”, HS Editora Ltda., Porto Alegre – RS – Brasil, mar. 2009, p. 75.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Protección, privilegio, tiempo, forma y pago de los Beneficios Sociales. **Revista Derecho y Sociedad**. N. 17, p. 67.
- SEMPERE NAVARRO, A.V.; ARETA MARTINEZ, M. El Derecho del Trabajo y los grupos de empresas: inventario. **Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración**, 2004. Disponível em: <[http://www.uah.es/eduardo\\_lopez\\_ahumada/Estos.pdf](http://www.uah.es/eduardo_lopez_ahumada/Estos.pdf)>. Acesso em: 22 nov. 2012.
- PÉREZ DEL CASTILLO, Santiago. **Conjunto Económico o Grupos de Empresas**. En cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el derecho del trabajo, Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2000, p.196.

MONTOYA MANFREDI, Ulises y otros. **Derecho Comercial**: Tomo II. Lima: GRIJLEY, 2006, p. 319.

RASO DELGUE, Juan. **La Contratación Atípica del Trabajo**. Montevideo: Editorial Amalio M. Fernández S.R.L., 2009, p. 238.

BARRERA NICHOLSON, Antonio J. La Responsabilidad Laboral en la franquicia. **Derecho Laboral**. Santa fe: Editorial Nova tesis, 2000, p. 254.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral. En busca de respuestas jurídicas a la desprotección del trabajador. En: **Temas Centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI**, Lima: PUCP y Ara Editores, 2009, p.157.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. **Los contratos de trabajos y otras instituciones del derecho laboral**. Lima: Gaceta Jurídica 2008, p. 171.

TOLEDO TORIBIO, Omar. El outsourcing en el sistema laboral peruano. A propósito de la reciente regulación introducida por el D.S. 020-2007-TR (20/09/07). En: **Compendio De Temas De Derecho Laboral**. Centro de Investigaciones Judiciales. Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, Lima jun., 2008.

TOLEDO TORIBIO, Omar. A propósito de la reciente aprobación de la Ley que regula la tercerización en el sistema laboral peruano. **En Libro de Ponencias del III Congreso de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social**. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2008, p. 173-177.

TOLEDO TORIBIO, Omar. Intermediación Laboral, *Outsourcing* y *Downsizing*. En: **Revista Consejo Nacional de la Magistratura Información Institucional y Doctrina**. Lima Perú, Año 1, N.3, Nov. 2008.



# OS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

## *THE EMBARGOES OF DECLARATION IN THE NEW CODE OF CIVIL PROCEDURE*

---

**Vinicius Silva Lemos<sup>1</sup>**

---

### RESUMO

Este artigo tem o propósito de apresentar o recurso de embargos de declaração no novo código de processo civil. Os conceitos, as inovações, as alterações, um estudo sobre essa modalidade recursal. Vários novos aspectos legais, uma mudança no instituto, inclusão de mais possibilidades, uma maior importância a este recurso com múltiplos cabimentos. A positivação da infringência nos embargos, a fundamentação da resposta dos embargos, o processamento, dentre outras novidades. Um estudo sobre toda a atualização pertinente a este recurso.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Recurso. Processo. Embargos. Declaração.*

### ABSTRACT

This article aims to present the appeal of embargoes of declaration in the new code of civil procedure. The concepts, innovations and changes, a study on this modality recursal. Several new legal aspects, a change in the institute, inclusion of more opportunities, greater importance to this feature with multiples of place and other news. The positive violations of embargoes, the reasoning of the response of embargoes, the processing. A study of the entire update pertinent to this resourcee.

**KEYWORD:** *Resource. Process. Embargoes. Declaration.*

---

<sup>1</sup> Advogado. Mestrando em Sociologia e Direito pela UFF/RJ. Especialista em Processo Civil pela Faculdade de Rondônia – FARO. Professor de Processo Civil na FARO e UNIRON. Coordenador da Pós-Graduação em Processo Civil da Uninter/FAP. Vice-Presidente do Instituto de Direito Processual de Rondônia – IDPR. Membro da Associação Norte-Nordeste de Professores de Processo – ANNEP. Membro do Centro de Estudos Avançados em Processo – CEAPRO. Membro da Academia Brasileira de Direito Processual Civil – ABDPC. Membro da Associação Brasileira de Direito Processual – ABDPRO.

## 1 INTRODUÇÃO

O novo código de processo civil trouxe transformações nos ritos processuais, sobre tudo nos recursos. Com a positivação de tendências jurisprudências, novas facetas dos institutos recursais, acarretam uma transmutação da relação jurisdicional, com uma ênfase maior na fundamentação de todos os pontos, impactando no processo e nos recursos.

Os recursos como um todo sofreram alterações, ora pontuais, ora com inclusões ou retiradas de pontos, novidades para possibilitar uma melhor prestação jurisdicional recursal, ressaltando uma melhor relação propiciada pelo princípio da cooperação.

Os embargos de declaração, instituto de estudo neste artigo, tiveram muitas mudanças, com novas características, positivações de pontos em que a jurisprudência tinha pacificação, uma verdadeira atualização desta espécie recursal.

## 2 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

Não há no processo civil recurso parecido com os embargos de declaração. O recurso de embargos de declaração tem, em regra, finalidades diferentes dos demais recursos, buscando não a anulação ou a modificação da decisão, mas o esclarecimento de uma obscuridade ou contradição, integração de parte omissa na decisão ou, ainda, correção de um erro<sup>2</sup>.

O ato judicial decisório deve ser revestido de perfeição, não uma perfeição quanto ao conteúdo, posto que alguma das partes sempre se mostra insatisfeita, mas perfeição no modo processual, tendo o cuidado técnico de respeitar a formalidade, a fundamentação necessária para a cognição do juízo, entregando uma prestação jurisdicional completa, com todas as respostas aos questionamentos impostos na demanda. Qualquer dúvida sobre a decisão deve ser esclarecida exatamente por quem proferiu a decisão, qualquer falta de parte essencial da decisão, deve ser complementada. Os embargos de declaração são para uso quando numa decisão judicial

---

2 “O instrumento de que a parte se vale para pedir ao magistrado prolator de uma dada sentença que a esclareça, em seus pontos obscuros, ou a complete, quando omissa, ou, finalmente, que lhe repare ou elimine eventuais contradições que porventura contenha. Os embargos de declaração oferecem o exemplo mais rigoroso e completo de recurso apenas com efeito de retratação, sem qualquer devolução a algum órgão jurisdicional superior. Ele é interposto sempre perante o magistrado prolator da decisão impugnada, para ser por ele próprio julgado.” SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. Curso de Processo Civil. 5. ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 446-447.

falta um detalhe, processual ou meritório, ou não está muito clara em suas fundamentações ou parte decisória, com dificuldade de se entender<sup>3</sup>.

É importante a função do recurso de embargos de declaração para que a parte consiga entender ou complementar a decisão. A ciência dos fundamentos ou do dispositivo da forma correta e exemplar influencia na própria verificação pela parte do interesse de recorrer. Uma decisão completa demonstra claramente o seu entendimento determinando se tal parte se mostra satisfeita ou insatisfeita com a decisão, podendo ou não recorrer. Sem saber corretamente o conteúdo, não há formação da irresignação, tampouco se há interesse recursal.

Outra situação que demonstra a necessidade dos embargos de declaração recai nos argumentos a serem utilizados no eventual recurso contra a decisão judicial. Como impugnar parte da decisão em que não se entende? A parte, pelo princípio da dialeticidade, deve especificar fundamentadamente os motivos pelo qual se impugna a decisão, mas para tanto, necessita da ciência do que se decidiu, da clareza e perfeição na decisão ou da complementação da parte que se omitiu. Sem ciência do que se decidiu, não há como se fundamentar um recurso de forma completa, sem uma parte da decisão a fundamentação fica prejudicada, justamente por não existir decisão. Os embargos de declaração têm função primordial na fase recursal, para dirimir dúvidas e erros, possibilitando uma melhor prestação jurisdicional.

Num mundo ideal, talvez, toda sentença seria perfeita, com todos os fundamentos expostos lúcida e claramente, com os pedidos respondidos jurisdicionalmente de forma eficaz, sem necessidade de existência deste modo recursal. Entretanto, a realidade nos mostra sua necessidade, com decisões ainda longe da perfeição processual<sup>4</sup>. Quaisquer alegações impug-

---

3 "Nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, todo pronunciamento judicial há de ser devidamente fundamentado, sob pena de nulidade. A omissão, a contradição, a obscuridade e o erro material são vícios que subtraem da decisão a devida fundamentação. Para que a decisão esteja devidamente fundamentada, é preciso que não incorra em omissão, em contradição, em obscuridade ou em erro material. O instrumento processual destinado a suprir a omissão, eliminar a contradição, esclarecer a obscuridade e corrigir o erro material consiste, exatamente, nos embargos de declaração." DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. ref. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.p. 248.

4 "Por meio do instituto dos Embargos Declaratórios, absurdamente admite-se que uma decisão judicial não fundamentada possa ser "consertada", em cristalina manifestação do "instituto" do "jeito" no direito brasileiro (tão bem criticado, desde 1955, por Dante Moreira Leite). Pior: não se considera isto inconstitucional!". STRECK, Lenio. Azdak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios. 2012. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-29/senso-incomum-azdak-humpty-dumpty-embargos-declaratorios?pagina=3>>.

nativas realizadas nos embargos de declaração são em busca do ato jurídico perfeito, argumentando *erro in procedendo* na formalidade da decisão, seja por contradição, obscuridade, omissão e, agora, erro material. A incidência dessas possibilidades acarreta à decisão um erro de formalidade, ao não seguir como deve ser proferida uma decisão, há evidente alegação sobre a falta de procedimento ao decidir, *erro in procedendo* na decisão.

## 2.1 Natureza jurídica dos embargos de declaração

Embargos de declaração é recurso? É uma pergunta válida. Comparando com outras espécies recursais, os embargos são os que menos têm características que parecidas dos demais, não visa impugnar a decisão para a modificação, ao menos em regra, almeja um esclarecimento ou integração do ato, em busca de uma perfeição jurídica, um ato perfeito. Por não ter a igualdade de finalidade dos demais recursos, há dúvidas sobre seu enquadramento no âmbito recursal<sup>5</sup>.

Sobre a natureza jurídica dos embargos de declaração, Câmara expõe “em primeiro lugar, há que se considerar que a atribuição de natureza recursal a determinado instituto é função do legislador, cabendo ao intérprete, tão-somente, acatá-la (ao menos de *lege lata*)<sup>6</sup>.” O argumento pertinente resume bem a questão na vontade do legislador ao enquadrá-lo entre os recursos, o que, por mais que seja de características diferentes, legalmente está enquadrado como recurso. Não havendo discussão sobre este argumento. Tanto na codificação anterior, quanto na atual, o enquadramento é dentro do capítulo dos recursos.

Isso, no entanto, serve para fazer dos embargos simplesmente recursos? Dinamarco *não concorda que a simples previsão e alocação legal definem* os embargos como recurso, defendendo que não tem o mesmo escopo recursal, tendo razões e finalidades diversas, com interesse recursal totalmente diversos, com o intuito de se buscar

---

5 “Há acirrada polêmica sobre a natureza jurídica dos embargos de declaração” e esclarece que “Duas correntes se dividem. Para a primeira, os embargos de declaração não seriam recurso, porque: a) não são julgados por outro órgão judicial, e sim pelo mesmo que proferiu a decisão embargada; b) não há previsão para o contraditório; c) interrompem o prazo para recurso, e exatamente por isso não seriam recurso; d) não objetivam reforma da decisão; etc. Para a segunda corrente, os embargos declaratórios possuem natureza recursal, tendo em vista a sua expressa previsão no elenco dos recursos do CPC (art. 496, IV)”. LEITE, Carlos Henrique Bezerra. Curso de Direito Processual do Trabalho. 5. ed. São Paulo: LTr, 2007, p. 792.

6 CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de Direito Processual Civil. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. V.2, p. 114.

um aperfeiçoamento do próprio ato judicial, não uma substituição do ato em si, o que impossibilitaria a sua caracterização como recurso, tangenciando das características recursais, impossibilitando estar no rol recursal<sup>7</sup>. Entretanto, nos embargos de declaração que, por ventura, modificaram a decisão, em sua excepcionalidade, atribui a característica recursal.

Sobre a diferença de características recursais, há pacificação da matéria, pelo intuito dos embargos de declaração não ser idêntico<sup>8</sup> aos outros recursos, há sim requerimento por uma melhora na prestação jurisdicional, uma explicação ou integração, como Pontes de Miranda bem resume “não se pede que se redecida; pede-se que se reexprima<sup>9</sup>.” Que a decisão que já foi prolatada, seja esclarecida para as partes, em sua mesma condição decisória, porém com outras palavras, a reexpressão do ato judicial, o mesmo ato, com nova forma verbal.

Há uma evidente diferença entre os recursos e os embargos, restando clara a sua característica diferente, como Marques, que define que “os embargos de declaração apresentam-se como recurso *sui generis*<sup>10</sup>.” São diferentes, mas tem laços recursais que impedem de não alocá-lo fora dos limites recursais, às características que os diferenciam existem, mas devem ser relativizadas pelas convergentes, o que aproxima tem mais profundidade do que a parte que diferencia. Os embargos de declaração estão corretamente na parte recursal, apresentando-se como um recurso único, que utiliza muito da teoria geral dos recursos, mesmo tendo efeitos, prazos, finalidades diferentes. Um verdadeiro recurso *sui generis*.

---

7 “Continuo entendendo que em sua pureza conceitual eles não são um recurso, mas reconheço que essa pureza nem sempre está presente e, sempre que abram caminho a alguma alteração substancial no julgado, eles se conceituam como autêntico recurso. [...] Digo que em sua pureza esses embargos carecem de natureza recursal, sendo antes uma providência destinada a corrigir formalmente a sentença, porque não visam e não têm a eficácia de provocar alterações substanciais no decisum. Lidos em harmonia com o disposto no art. 463, caput, do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios não devem importar inovação substancial do julgado, porque, ao publicar este, o juiz terá cumprido e acabado o ofício jurisdicional posto a seu cargo. Eliminam-se contradições, suprem-se lacunas de motivação, mas o decisum permanece o mesmo. O vencido deve continuar vencido e o vencedor, vencedor. Vistos assim, tais embargos caracterizam-se como autêntico meio de correção e integração da sentença mediante seu aperfeiçoamento formal, não meio de impugnação do preceito substancial que ela exprime, ou do significado substancial de seu conteúdo preceptivo”. DINAMARCO, Cândido R. A nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 187.

8 “Trata-se, de todo modo, de recurso *sui generis*, que não tem por finalidade anular ou reformar, mas integra a decisão recorrida (no sentido de torná-la precisa, completa; cf., no entanto, comentário ao art. 1.023 do CPC/2015, sobre a possibilidade de modificação da decisão embargada).” MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado (livro eletrônico): com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 928.

9 PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. Comentários ao código de processo civil. Rio de Janeiro: Forense, 1975, v. 7, p. 400.

10 MARQUES, José Frederico. Manual de direito processual civil. Campinas: Bookseller, 1997, v. 3, p. 148.

Sônia Maria Hase de Almeida Baptista expõe que os embargos de declaração têm uma função primordial para os próximos recursos, ao esclarecer, ajuda toda a sistemática recursal, independentemente do viés recursal ou não, tem essa função, posto que “por eles apenas se faz clara a sentença; não são propriamente um recurso no sentido técnico de remédio, senão o único meio de logicamente desbravar a execução de dificuldades futuramente prováveis<sup>11</sup>.”

## 2.2 Objetivos dos embargos de declaração

O art. 1.022 especifica as hipóteses em que os embargos de declaração são cabíveis, dependendo do conteúdo da decisão para se ter ciência se há ou não enquadramento nas possibilidades recursais apresentadas. São motivos para intentar embargos de declaração: omissão, obscuridade, contradição ou erro material.

As hipóteses previstas na atual codificação remetem-se a quase as mesmas anteriores, somente acrescidas da possibilidade de alegação de erro material<sup>12</sup>.

### 2.2.1 Omissão

A decisão é o momento da manifestação judicial que causa impacto processual e, também, pode causar impacto material às partes. Deve-se, portanto, ser um ato jurídico perfeito, diante do enfrentamento de todos os pedidos, prolatando as respostas dos requerimentos das partes, fundamentando o seu parecer judicial. As partes merecem nada menos do que um ato processual perfeito, não uma perfeição quanto ao seu teor, pelo fato de agradar uma das partes, ou desagradar as duas. Ao decidir, necessariamente, causa prejuízos. Merecem uma decisão processualmente dentro das normas do código de ritos<sup>13</sup>.

11 BAPTISTA, Sônia Maria Hase de Almeida. *Dos Embargos de Declaração*. 2. ed. rev. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 4, p. 62.

12 “De modo geral, pode-se dizer que os embargos de declaração têm por conteúdo vícios de fundamentação na decisão judicial, que digam respeito à sua clareza (obscuridade, contradição e, sob certo ponto de vista, erro material) e, em hipóteses mais graves, de fundamentação deficiente ou falsa (ou fictícia, consoante se afirma na doutrina, cf. comentário ao art. 489 do CPC/2015).” MEDINA, José Miguel Garcia. *Novo Código de Processo Civil Comentado* (livro eletrônico): com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 928.

13 “a) pedido b) sobre argumentos relevantes lançados pela parte (para o acolhimento do pedido, não é necessário o enfrentamento de todos os argumentos deduzidos pela parte, mas para o não acolhimento, sim, sob pena de ofensa à garantia do contraditório) c) sobre questões de ordem pública, que não são apreciáveis de ofício, pelo magistrado, tenham ou não tenham sido suscitadas pela parte” CUNHA, Leonardo Carneira da, DIDIER JR, Fredie. *Curso de direito processual civil. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais*. 5. ed. Salvador: Podium, 2012. p. 183-184.

O juiz deve analisar as alegações das partes, para chegar à resposta estatal para todos os pedidos. Quando um dos pedidos não é respondido, não tem uma decisão sobre estes, seja um pedido inicial, que vincula o mérito ou um requerimento no meio do processo, há uma lacuna, um espaço sem preenchimento de uma resposta devida. Frustrante uma decisão judicial que esquece do seu pedido, simplesmente não o responde, criando uma não decisão sobre o assunto, sem manifestação. Essa é a omissão mais fácil de se visualizar, uma omissão mais objetiva. O defeito da omissão de qualquer pedido acaba por ser o mais acatado pelos juízes, verificando objetivamente o equívoco, dando provimento aos embargos, não necessariamente no intuito da procedência do pedido omissivo, mas no sentido de julgar o que deixou-se lacônico.

Mas, não somente pedido sem resposta que configura omissão. Essa era uma grande dúvida na aplicabilidade dos embargos de declaração, quando magistrados não aceitavam que falta de fundamentação ou análise de teses jurídicas ou questões suscitadas fossem passíveis de recurso, impondo somente a falta de análise dos pedidos como hipóteses. Quando os embargos de declaração são utilizados para alegar falta de análise sobre ponto da demanda, a resposta não é conclusiva, não admitindo o juiz a necessidade de analisar todas as questões suscitadas, o que leva a uma decisão não admitindo a existência da omissão.

O art. 1.022, em seu parágrafo único, estipula claramente o que é omissão na decisão. Especifica duas possibilidades sobre os fundamentos, a primeira recai sobre a não análise das matérias de julgamento de recursos repetitivos ou incidente de assunção de competência, o juízo deve fundamentar suas decisões com base na coerência, respeito e integridade da jurisprudência. Na situação em que a decisão tenha mesma matéria que já foi decidida em demandas repetitivas, o juízo deve se manifestar sobre o decidido pelos tribunais, não podendo deixar de enfrentar a decisão superior. O intuito é manter a coerência, mesmo que o juízo não concorde com a decisão, achando-a ultrapassada ou distinta, deve manifestar-se sobre esta, sob pena de omissão e cabimento de embargos de declaração<sup>14</sup>.

---

14 Art. 1.022 [...] Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que: I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento; II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

A segunda possibilidade estipulada também como omissão versa sobre a fundamentação de decisão descrita no art. 489, § 1º, determinando que em toda decisão o juízo deve fundamentar “todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador.” Na ausência de fundamentação, de análise sobre um argumento requerido por qualquer das partes, a decisão não está fundamentada, cabendo embargos de declaração para suprir a omissão em questão.

Em qualquer das possibilidades de alegação dos embargos por falta de análise de questões fáticas ou jurídicas, não há um pedido de alteração de decisão, uma impugnação do teor do que se decidiu, mas sim, um pleito para que se examine o que não se decidiu, querendo somente o enfrentamento da matéria, independente de qual consequência tenha a análise da questão suscitada<sup>15</sup>. Infelizmente, no cotidiano, essas alegações são respondidas com frases genéricas ao dizer que recurso para impugnar erro in judicando seria a apelação ou o próximo recurso, totalmente equivocado isto, já que requerer a análise do que está omissão é alegação de *erro in procedendo*, uma omissão, uma lacuna.

As questões de ordem pública, suscitadas ou não na demanda, não decididas ou analisadas na decisão, também servem como omissão para a interposição dos embargos de declaração. É dever de ofício do juízo enfrentar as questões de ordem pública, independente de requerimento da parte, podendo ser analisada via embargos de declaração, com a alegação de omissão quanto à matéria.

### 2.2.2 Obscuridade e contradição.

Nestas possibilidades, os embargos de declaração podem versar sobre contradição ou obscuridade na decisão. Ambas alegações amparam o recurso para uma reanálise da decisão pelo juízo recorrido, no intuito de corrigir o defeito na prestação jurisdicional, seja por uma decisão confusa e contraditória ou por uma decisão obscura e ininteligível, qualquer dessas

---

15 “Desta feita, quando se permite, por meio de embargos de declaração, a solução de questões de fato e de direito, não se pode dizer que se esteja corrigindo *error in judicando*, até porque, a ocorrência do vício de omissão pressupõe que a questão não tenha sido apreciada. O que se tem é a estréia da atividade julgadora na apreciação da matéria desgarrada como consequência secundária e inexorável à resolução do *error in procedendo*.” MAZZEI, Rodrigo Mazzei, Embargos de Declaração e a Omissão Indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado). 2004, p. 8. Disponível em: <[http://www.mmp.adv.br/artigos/Embargos\\_Declaracao\\_Omissao\\_Indireta.pdf](http://www.mmp.adv.br/artigos/Embargos_Declaracao_Omissao_Indireta.pdf)>.

hipóteses vicia a decisão a não alcançar sua razão de existência, de dirimir conflitos de interesses de modo claro e coerente. É dever do juízo proferir decisões fundamentadas para as partes. Exatamente para as partes, que devem entender o que se decidiu, para então, conformar-se ou não.

Uma decisão com vício na sua escrita, é uma decisão com erro e a alegação deve ser para sanar o vício, para alegar *erro in procedendo*.

Na contradição, na decisão há afirmações e argumentos conflitantes ou contraditórias, em qualquer de suas partes, seja na fundamentação ou dispositivo, em poucas hipóteses até sobre o relatório. Há na decisão uma notória incongruência entre na sua própria construção, com argumentos por vezes antagônicos, não sabendo qual dos pontos de vistas é a visão decisória.

Quando na decisão houver a incidência de contradição entre seus fundamentos ou dispositivos, possível a utilização dos embargos de declaração com a alegação da necessidade de esclarecimento, de se almejar a explicação a decisão para as partes, retirando o vício da aparente contradição, entregando uma decisão perfeita quanto à sua forma. Devemos lembrar que esta contradição deve ser interna, dentro da decisão.

No caso da alegação de obscuridade, há uma raridade, pela própria acepção do que seria obscuro, sua própria conceituação. A priori, é uma decisão ininteligível, que impossibilita as partes a entenderem algum capítulo na decisão, seja na fundamentação ou na parte dispositiva, levando-as a não saber exatamente o que se extrair daquele conteúdo decisório, consequentemente, não tendo ciência do que se impugnar e se há interesse em próximos recursos. Entender o que se decidiu é essencial para o prosseguimento recursal da demanda para as partes, sem a devida inteligência do conteúdo decisório, não há como se formar a vontade de recorrer, não se recorre, a princípio, do que não tem ciência.

Há uma evidente subjetividade sobre o que seria obscuridade<sup>16</sup>. Não há critérios objetivos para se definir a falta de clareza na decisão, tampouco uma fórmula ou requisito. Varia também da interpretação que se possa extrair do

---

16 "A obscuridade é a qualidade do texto de difícil ou impossível compreensão. É obscuro o texto dúbio, que careça de elementos que o organize e lhe confira harmonia interpretativa. O obscuro é o antônimo de claro. A decisão obscura é aquela que não ostenta clareza. A decisão que não é clara desatende à exigência constitucional da fundamentação. Quando o juiz ou tribunal não é preciso, não é claro, não fundamenta adequadamente, está a proferir decisão obscura, que merece ser esclarecida." DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3. p. 256.

texto legal. A arguição da obscuridade é a mais complexa entre as hipóteses dos embargos de declaração, pela dificuldade imposta pela própria definição do que seria esta obscuridade. Certamente o juízo decide com a sapiência do que escreveu, por vezes não entendendo o motivo pelo qual as partes possam não ter entendido, tornando o ciclo de alegações vicioso.

A princípio, ao alegar a existência de obscuridade na decisão, a finalidade é esclarecer o ponto obscuro, tornando inteligível para as partes, que poderão ao entendê-la, pode impugná-la. Não há necessariamente uma rediscussão sobre a matéria decidida, mas um esclarecimento dos pontos que estavam obscuros, sem, necessariamente, querer a alteração de decisão, mas uma explicação sobre a decisão já prolatada. A finalidade precípua é corrigir o erro na prolação da decisão, sanar a irregularidade na formação do ato judicial, com evidente alegação de *erro in procedendo*, somente com a intenção de esclarecimento.

### 2.2.3 Erro material

A arguição de erro material no ato decisório possibilita expressamente embargos de declaração, incluindo uma nova hipótese para a interposição do recurso. A inclusão pode parecer uma inovação, no sentido da expressão legal acrescer mais uma hipótese, no entanto, o erro material é ato de ofício, podendo ser realizado por iniciativa do juízo, sem danos para as partes, posto que é oriundo de um erro<sup>17</sup>. Wambier bem explana sobre o assunto definindo que “evidentemente, em nosso entender pode e deve o Judiciário corrigir erros materiais por ocasião da interposição dos embargos de declaração, ainda que a correção desses enganos gere alteração substancial da decisão.”<sup>18</sup>”

Não se trata de uma nova hipótese, pelo fato do antigo art. 463<sup>19</sup> especificar que o erro material era possibilidade do juiz mudar a sentença. Se o juiz deve fazê-lo quando perceber a existência, nada mais do que a parte alegar, an-

17 “O erro material é corrigível de ofício ou a requerimento da parte (cf. art. 494, I, do CPC/2015), a qualquer tempo. Por isso, pode o erro material seja suscitado por simples petição, nada impedindo que também o seja por embargos de declaração (cf. inc. III do art. 1.022 do CPC/2015, sem similar, no CPC/1973). Por isso, o erro material alegado em embargos de declaração intempestivos pode ser corrigido pelo órgão jurisdicional, ainda que o recurso não seja conhecido (cf., p.ex., STJ, 6.ª T., EDREsp 530.089/PB, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 05.02.2004). Sobre o tema, cf. comentário ao art. 494 do CPC/2015.” MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado (livro eletrônico): com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 929.

18 WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. O efeito suspensivo dos embargos de declaração. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadoimentos/n13/7.pdf>> depoimentos, Vitória, n. 13, jan./jun. 2008, p.192.

19 CPC/1973. Art. 463. Publicada a sentença, o juiz só poderá alterá-la: (Redação dada pela Lei nº 11.232, de 2005) I - para lhe corrigir, de ofício ou a requerimento da parte, inexistências materiais, ou lhe retificar erros de cálculo; II - por meio de embargos de declaração.

tes mesmo dessa positivação. Houve somente a inclusão de uma matéria que já era passível de embargos de declaração, não pela maneira recursal expressa em si, mas de forma diversa, alegando-se por ilação ao próprio dever do juízo.

O intuito da demanda é a resposta judicial sobre a questão de fato e direito exposta ao Estado-juiz. A sentença, bem como toda decisão judicial, deve ser perfeita, não em seu teor, posto que passível de interpretação, mas perfeita processualmente. As partes merecem uma prestação jurisdicional perfeita, com isso, qualquer erro na decisão, é um erro na prestação jurisdicional.

A correção do erro material pode gerar somente uma simples correção no processo, sem alterar o curso e o teor da decisão, bem como, pode alterar a decisão, dependendo da matéria e do erro realizado. Há de se imaginar que possibilita a finalidade transversa dos embargos de declaração, o efeito modificativo, em determinadas espécies de erro material.

#### 2.2.4 Objetos dos embargos de declaração

Como os embargos de declaração são, afinal, um recurso, então são cabíveis contra quaisquer decisões judiciais. Mas vimos que existem quatro tipos delas: sentenças, decisões interlocutórias, decisões monocráticas e acórdãos. Importante a alteração normativa. Na antiga codificação, a definição de objeto impugnável era sentença e acórdão, havendo de imaginar o termo sentença como amplo, no ato de toda decisão ser uma sentença na concepção maior da palavra, cabendo de qualquer decisão, contrariando a literalidade da lei, numa interpretação mais ampla<sup>20</sup>.

Apesar do texto expresso, a doutrina ao longo do tempo pacificou a utilização contra decisão interlocutória, bem como a monocrática, pela necessidade de, em qualquer destas, esclarecer os termos contidos na decisão em si, o intuito primordial do agravo em si. Barbosa Moreira já preconizava essa necessidade de ampliação do termo sentença e acórdão para qualquer espécie de decisão judicial<sup>21</sup>. A jurisprudência dos tribunais superiores pa-

---

20 CPC/1973. Art. 535. Cabem embargos de declaração quando: I-houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição II- for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal.

21 “Na realidade, qualquer decisão judicial comporta embargos de declaração, é incabível que fique sem remédio a obscuridade, a contradição ou a omissão existente no pronunciamento, não raro a comprometer a possibilidade prática de cumpri-lo. Não tem a mínima relevância que se trate de decisão de grau inferior ou superior, proferida em processo de cognição (de procedimento comum ou especial), de execução ou cautelar. Tampouco importa que a decisão seja definitiva ou não, final ou interlocutória. Ainda quando o texto legal, “*expressis verbis*”, a qualifique de “irrecorrível”, há de entender-se que o faz com a ressalva concernente aos embargos de declaração BARBOSA MOREIRA, José Carlos. Comentários ao Código de Processo Civil. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. V.5, p. 498.

cificaram a adequação dos embargos de declaração em qualquer espécie de decisão, com todos os efeitos deles provenientes<sup>22</sup>.

A codificação atual, em seu art. 1.022, positiva o posicionamento pertinente na doutrina e na jurisprudência possibilitando qualquer decisão, a expressão é exatamente esta, qualquer decisão<sup>23</sup>. O acerto é louvável, primando pela lógica de existência do próprio recurso em si. Qualquer decisão dada por um juízo, caso haja imperfeição que cause incompreensão, cabe reexpressão ou explicação, com o intuito de possibilitar as partes uma ciência maior e detalhada do ato decisório<sup>24</sup>.

Nas decisões interlocutórias ou monocráticas, o magistrado deve fundamentar, seguir uma lógica processual, motivando o concernente ao ato decisório, cientificando as partes não somente da decisão que as afeta, quanto dos motivos de tal caminho decisório. Há em qualquer decisão a possibilidade de obscuridade, contrariedade, omissão ou erro material, independentemente de ser uma determinada espécie de decisão. Onde houver dúvidas, caberá embargos de declaração.

### 2.2.5 A forma da decisão após os embargos

Os embargos de declaração impugnam uma decisão no intuito de, em regra, esclarecer ou integrar. Ao embargar se almeja uma correção na sentença, não nos moldes recursais gerais, do erro in julgando em si ou do *erro in procedendo*, há um intuito de tornar aquela sentença supostamente

22 PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OPOSIÇÃO CONTRA DECISÃO INTERLOCUTÓRIA. CABIMENTO. INTERRUPTÃO DO PRAZO RECURSAL. 1. É pacífico no âmbito do STJ o entendimento de que os embargos de declaração podem ser opostos contra qualquer decisão judicial, interrompendo o prazo para interposição de outros recursos, salvo se não conhecidos em virtude de intempestividade (q. v., verbi gratia: REsp 768.526/RJ, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 11.04.2007; REsp 716.690/SP, 4ª Turma, Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 29.05.2006; REsp 788.597/MG, 1ª Turma, Min. José Delgado, DJ de 22.05.2006; REsp 762.384/SP, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 19.12.2005; REsp 653.438/MG, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 07.11.2005). 2. Recurso especial a que se dá provimento. (REsp 1017135/MG, Rel. MIN. CARLOS FERNANDO MATHIAS (JUIZ CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2008, Dje 13/05/2008).

23 Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; III – corrigir erro material.

24 “É acertada a opção tomada pelo legislador. O dever de fundamentação tem assento constitucional, e diz respeito a todo tipo de decisão judicial (cf. art. 93, IX, da CF/1988; a respeito, cf. o que escrevemos em Constituição Federal comentada cit.). Não faria sentido, assim, que algumas decisões (mal fundamentadas ou não fundamentadas, por obscuras ou omissas, p.ex.) pudessem ser corrigidas por embargos de declaração, e outras, não. Ficam superadas, assim, à luz do CPC/2015, orientações manifestadas, na vigência do CPC/1973, que restringiam o cabimento dos embargos de declaração, em relação a determinadas decisões judiciais (p.ex., não admitindo o recurso, em relação a decisões monocráticas proferidas nos tribunais, cf. STF, ARE 663.031 AgR, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 2.º T., j. 28.02.2012; STJ, AgRg no Ag 1.341.818/RS, rel. Min. Maria Isabel Gallotti, 4.ª T., j. 20.09.2012).” MEDINA, José Miguel Garcia. Novo Código de Processo Civil Comentado (livro eletrônico): com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 928.

defeituosa em um ato perfeito, respondendo todos os fundamentos e pedidos de maneira total e clara.

Assim, para moldes do próximo recurso, qual será a decisão? Qual o caráter que decisão dos embargos de declaração ganha? A resposta judicial deste recurso tem o mesmo caráter da decisão embargada em si. Se a impugnação foi contra decisão interlocutória, a resposta tem a mesma forma, acontecendo igualmente quando for impugnação da sentença ou acórdão. Mas essa nova decisão é autônoma à decisão anterior impugnada? São duas diferentes? Não, é uma decisão integrando à outra, juntando-se as duas decisões (a embargada e a resposta aos embargos) como se fossem somente uma, já que a segunda nada mais deveria ser como um complemento da primeira.

#### 2.2.6 O interesse de recorrer nos embargos de declaração

Neste ponto, os embargos de declaração têm evidente diferença em relação aos outros recursos. Não há a necessidade do mesmo interesse recursal evidente nas outras espécies recursais. O normal do interesse em recorrer está no prejuízo da parte, na sucumbência propiciada pela decisão judicial, o que leva a parte a recorrer para o intuito da anulação ou reforma, simplesmente por almejar uma melhora, uma alteração no status quo processual ou material da decisão atacada.

Entretanto, nos embargos de declaração, esse interesse recursal natural tem outro lado, outra forma. Qualquer das partes, vencedores ou vencidos, tem interesse em recorrer, simplesmente pelo fato de que para todos os partícipes do processo é interessante a ciência completa do ato, seja a explicação nos pontos duvidosos que restaram ou na omissão. Wambier destaca este ponto ao explicar “que quando a decisão é embargável de declaração não há propriamente um “vencido”. Ambos têm interesse em ver a decisão esclarecida, integrada, complementada, tanto o que foi por esta beneficiado, quanto o que deve cumpri-la<sup>25</sup>.”

Uma parte que conseguiu a procedente na sentença tem igual interesse recursal para os embargos de declaração, simplesmente por, ainda, para esta parte, haver dúvidas. São estas que permitem a existência do recurso. O intuito é sanar as dúvidas, importando para tanto, que o interesse recursal seja ampliado, não restrito apenas para o sucumbente, mas a qualquer das partes.

---

25 Ob. cit. 2008, p.197.

Ao juiz, bem como podemos dizer, ao judiciário também é pertinente a existência dos embargos de declaração, com a sua amplitude referente ao interesse recursal, com as dúvidas sanadas, melhor entendimento, cognição e hermenêutica jurídica pode-se extrair da decisão judicial, interessando a melhor concepção do que se decidiu, o que influência naturalmente na possibilidade de irresignação ou não. Muitas vezes, a parte intenta os embargos de declaração para sanar uma dúvida pertinente, caso a resposta seja uma, deve interpor recurso, caso seja outra não, importando assim, até para a própria sistemática recursal.

### **2.3 Forma de interposição**

Os embargos de declaração são interpostos perante o mesmo juízo que se recorre, seja o juiz de primeiro grau, o relator ou o colegiado nos tribunais, o responsável pelo recebimento é o mesmo juiz que julgou a demanda, proferindo qualquer espécie de decisão. O prazo para a interposição do recurso é de cinco dias úteis, a contar da intimação para a decisão no diário oficial.

Não há a necessidade de preparo recursal, pelo fato de não ter alteração de juízo ou remessa com transferência para tribunal, deve a petição ser de maneira escrita, com os argumentos que ensejam a fundamentação limitada dos embargos de declaração, versando sobre as hipóteses delineadas no art. 1.022 ou na excepcionalidade dos efeitos infringentes, adequando os pedidos à argumentação apresentada, via de regra, para esclarecimentos ou integração da decisão.

### **2.4 Efeitos dos embargos de declaração: devolutivo, interruptivo e a possibilidade do suspensivo**

Todo recurso causa efeito ao processo, não diferente com os embargos de declaração, mesmo com sua situação *sui generis* dentre as possibilidades de recursos, com a discussão sobre a sua natureza ou não recursal, ainda assim, diversos efeitos são oriundos da interposição deste recurso. Veremos alguns efeitos e como a relação com os embargos de declaração acontecem na prática.

Elencamos como os mais importantes a serem analisados a relação do efeito devolutivo, interruptivo e suspensivo, com a interposição dos embargos de declaração.

### 2.4.1 Efeito devolutivo

Há efeito devolutivo nos embargos de declaração? Uma pergunta pertinente sobre qual a doutrina ao debruçar-se divergente. Há devolução da matéria para um novo julgamento? Evidentemente que sim. O recurso busca uma nova análise a ser realizada pelo mesmo juízo que proferiu a decisão embargada, efetuando-se uma nova cognição para a resposta recursal. Há a interposição de um recurso voluntário, mediante impugnação de um objeto processual para uma nova manifestação judicial.

Evidentemente, essa devolução material deve resguardar-se às possibilidades de interposição dos próprios embargos, não devolvendo por inteiro a matéria para um novo julgamento completo em si, mas com o intuito de sanar obscuridade ou contradição, omissão ou erro material<sup>26</sup>. Diante da necessidade de alegar estas matérias, há uma limitação ao efeito devolutivo deste recurso, não uma extirpação do recurso em si. Para Teresa Arruda Alvim Wambier, “o efeito devolutivo dos embargos, e estes os têm em nosso entender, limita-se, portanto, à parte da decisão em que houve contradição, obscuridade e à própria lacuna, para que seja eliminada, e, portanto, preenchida<sup>27</sup>.”

De outro fundamento, se defende que há a necessidade não somente de devolver a matéria para o juízo recorrido para se ter o efeito devolutivo, haveria a necessidade de mudança de jurisdição, transferindo de um órgão para outro para alcançar o efeito devolutivo. Não seria o efeito devolutivo ou não a devolução da matéria, tampouco sua extensão limitada ou não, mas sim, a falta de transferência de um juízo para outro<sup>28</sup>. Dinamarco analisa ainda além, que o efeito enquadrado seria somente o regressivo, com o “efeito de devolver o conhecimento da causa a um outro órgão, mas ao próprio juiz ou turma prolatora, o que a rigor não é autêntica devolução, mas mera regressão<sup>29</sup>.”

Tanto em uma posição ou em outra, resta claro que há matéria devolvida, independentemente da profundidade ali discutida, que evidente é

---

26 Assis leciona que “o efeito devolutivo dos embargos de declaração implica a remessa direta e automática da matéria controvertida ao órgão judiciário que emitiu o provimento”. ASSIS, Araken de. Manual dos recursos. São Paulo: RT, 2007, p. 606.

27 Ob. Cit. 2008 p. 194.

28 Neste sentido: BARBOSA MOREIRA, José Carlos. O novo processo civil brasileiro. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001, p. 156. CÂMARA, Alexandre Freitas. Lições de direito processual civil. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2, p. 119.

29 DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: Nova era do processo civil. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 151.

menor do que outros recursos. Os pontos que a parte embarga são automaticamente devolvidos para que o juízo esclareça ou integre a decisão. De uma maneira complexa, também se admite que os capítulos da decisão que não foram impugnados, podem excepcionalmente também ser atacados pela decisão, mesmo para esclarecer e, principalmente, para integrar. Num caso em que ao decidir o capítulo embargado, resolvendo aquela questão omissa, o reflexo dessa decisão recai sobre a necessidade de adequar outros pontos para guardar coerência, neste caso, também, de ofício, pode analisar pontos não impugnados<sup>30</sup>.

Há ainda a devolução das matérias de ordem pública, numa possibilidade do efeito translativo, consequência do efeito devolutivo, que ao devolver a matéria para um novo julgamento, devolve também as questões em que o juízo deve conhecer de ofício, o que neste momento, ao perceber a matéria, pode manifestar-se sobre essa possibilidade.

Independentemente de qual posicionamento sobre o conceito do efeito devolutivo se adote, a devolução material dos embargos é notória, ainda que limitada em suas finalidades recursais, mas ampla nas suas possibilidades reflexas, o que se resolve que necessariamente tem rediscussão material.

#### 2.4.2 Efeito interruptivo

O art. 1.026 estipula que a interposição dos embargos de declaração interrompem o prazo para os próximos recursos. Não é a modalidade principal dentro da correspondência para se atacar a decisão, somente uma espécie recursal para esclarecer ou integrar (ainda que excepcionalmente para modificar), a decisão. Dessa feita, o intuito não é substituir o modo recursal naturalmente de outro recurso que tem relação com aquela decisão, mas sim, impugnar uma decisão imperfeita, para torná-la pronta para a impugnação do recurso que podemos chamar de principal. Logo, a existência e interposição dos embargos de declaração servem até para auxiliar um próximo recurso, devendo o prazo para interposição desse possível próximo recurso somente iniciar-se depois da decisão sobre os embargos de declaração.

---

30 "Por exemplo, se a parte apontou omissão consistente na falta de exame de um dos fundamentos de defesa em relação ao pedido A, o juiz pode – além de resolver a questão atinente à omissão apontada –, constatando de ofício uma outra omissão, ou uma contradição ou obscuridade, relativamente ao julgamento do pedido B, corrigir esse defeito ao decidir os embargos?" TALAMINI, Eduardo. Embargos de declaração: efeitos. Embargos de declaração: efeitos. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. São Paulo: RT, 2008, p. 859.

A esta interrupção ocasionada pela interposição dos embargos de declaração conceituamos como efeito interruptivo, o impacto ao processo que a existência recursal resulta, interrompendo o prazo para outros recursos e para qualquer das partes

Independentemente de qual das partes realiza os embargos de declaração, a interrupção beneficia ambas as partes, posto que a revisão da decisão judicial neste ponto pode atingir o processo como um todo, causando impactos não somente para quem interpôs o recurso, mas para ambos. O prazo para os próximos recursos ficam interrompidos para a parte embargante, bem como para a parte embargada<sup>31</sup>.

A data da interrupção do prazo inicia quando da própria interposição do recurso, prolongando-se até o momento em que há a publicação da análise realizada pelo juízo embargado sobre o recurso em si. Durante este prazo, não há necessidade de interposição de outros recursos para atacar a decisão embargada, já que haverá outro julgamento, até este sobrevir ao processo, não há contagem de prazo. Caso as duas partes tenham interposto embargos em separado, com pontos em comum ou não, serão julgados juntos e interrompem juntos os prazos.

De acordo com Eduardo Talamini, a mera “interposição dos embargos interrompe o prazo mesmo relativamente aos capítulos decisórios que não foram embargados”<sup>32</sup>. Esta afirmação demonstra a ampliação do efeito interruptivo para toda a decisão, independentemente se os embargos foram somente sobre parte da sentença ou decisão. Não há a possibilidade de se desmembrar uma decisão, um capítulo decisório sendo hipoteticamente atacado por um recurso e o restante por outro. Totalmente inadmissível essa possibilidade, interrompendo o prazo para recursos sobre qualquer capítulo da decisão, guardando uma unicidade, não podendo ser dividida para fins recursais. O conteúdo sobre o qual não se resta dúvidas, mesmo não embargado, aguarda a resolução recursal, para após ser adequado algum recurso posterior, caso seja vontade da parte.

O efeito interruptivo tem tamanha importância que, ainda se os embargos forem protelatórios, o prazo para a interposição dos próximos recursos esta-

---

31 “PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ARTIGOS 538. EMBARGOS DECLARATÓRIOS. INTERRUÇÃO DO PRAZO PARA OUTROS RECURSOS. 1. Os embargos declaratórios interrompem o prazo para a interposição de outros recursos, por qualquer das partes, inclusive para novos embargos declaratórios. 2. Recurso especial conhecido parcialmente.” (STJ – REsp n.º 444.162, 6ª T, Rel. Min. Paulo Gallotti, J. 26.06.2003).

32 Ob. cit. 2008, p. 864.

rão interrompidos, o mesmo acontece com os embargos não conhecidos, caso o juízo não acolha o recurso por algum motivo de inadmissibilidade (exceto intempestividade) também há o efeito de interromper os prazos posteriores, devolvendo após a decisão o prazo para recursos sobre a decisão dos embargos.

### 2.4.3 Efeito suspensivo

Os embargos de declaração não têm efeito suspensivo<sup>33</sup>. Apesar de divergência na doutrina quanto aos embargos de declaração e o efeito suspensivo no antigo código, no atual art. 1.026 o texto expressa de forma bem clara a ausência de efeito suspensivo aos embargos de declaração, aplicando automaticamente somente o efeito interruptivo<sup>34</sup>.

Entretanto, há a possibilidade de concessão do efeito suspensivo, desde que fundamentado pedido pelo recorrente, demonstrando grave lesão ou difícil reparação ou ainda, caso demonstre-se probabilidade de provimento do recurso. Com esta possibilidade, os embargos de declaração não suspendem a eficácia da decisão, mas podem suspender mediante fundamentação ou demonstração pertinente ao caso, com visualização de provimento ou grave lesão, em situações excepcionais.

## 3 DAS PECULIARIDADES DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

### 3.1 Embargos de declaração com efeitos infringentes

Os embargos de declaração têm a função, em regra, de esclarecer ou integrar uma decisão. É um recurso de via saneadora ou de integração<sup>35</sup>.

33 “Os embargos de declaração também não produzem efeito suspensivo (art. 1.026). Assim, no caso de serem eles opostos contra decisão que seria desde logo eficaz (como se dá, por exemplo, com as sentenças mencionadas no art. 1.012, § 1º), o mero fato de terem sido interpostos embargos de declaração não é suficiente para obstar a produção de efeitos do pronunciamento judicial. Admite-se, porém, a atribuição *ope iudicis* de efeito suspensivo, por decisão do juízo de primeira instância ou do relator, se demonstrado ser provável que os embargos venham a ser providos ou, sendo relevante a fundamentação, houver risco de dano grave ou de difícil reparação (art. 1.026, § 1º). Perceba-se que há, aí, duas situações distintas. O efeito suspensivo pode ser atribuído pelo simples fato de ser provável o provimento do recurso (em verdadeira *tutela da evidência recursal*). É, porém, possível também que se atribua efeito suspensivo aos embargos de declaração por ser “relevante a fundamentação” (*fumus boni iuris*) e haver perigo de dano iminente (*periculum in mora*), em verdadeira *tutela de urgência recursal*.” CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 2. ed. Atlas, 03/2016. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>>.

34 Art. 1.026. Os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e interrompem o prazo para a interposição de recurso. § 1º A eficácia da decisão monocrática ou colegiada poderá ser suspensa pelo respectivo juiz ou relator se demonstrada a probabilidade de provimento do recurso ou, sendo relevante a fundamentação, se houver risco de dano grave ou de difícil reparação.

35 “Nessas condições, visualizando que os declaratórios não terão, por excelência, natureza integrativa quando a sua oponibilidade estiver motivada pela contradição, nos parece mais correto afirmar que os declaratórios devem ser vistos como recurso de saneamento e não de simples integração.” MAZZEI, Rodrigo. Ob. cit. 2004. p. 13.

O intuito da interposição deste recurso é sanear dúvidas das partes, indicando que a decisão não está amparada na perfeição necessária de todo ato judicial ou indicando a ausência de análise sobre ponto, pedido ou questão da demanda, restando uma lacuna material dentro do processo, uma decisão incompleta por natureza. Essas são as finalidades precípua dos embargos de declaração.

Entretanto, pelo efeito regressivo inerente a própria existência dos embargos de declaração, o processo volta, por causa da interposição do recurso, para apreciação do mesmo juízo, revisitando matéria que já foi objeto de decisão. Em algumas hipóteses, essa reanálise pelo mesmo julgador pode ocasionar não somente um recurso saneador ou integrativo, mas uma possibilidade infringente, com motivos para modificar o conteúdo do que se julgou, não somente reparando-a dos erros in procedendo, mas alterando-a parcialmente ou completamente.

Se há divergência na doutrina sobre quais as possibilidades em que a infringência pode acontecer, não há mais divergência quanto a sua existência e possibilidade, no código atual positivou-se a sua possibilidade de forma clara, no art. 1.024, § 4º, estipulando que “caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada [...]”. Não há dúvidas sobre a sua possibilidade<sup>36</sup>, o que sempre era alvo de polêmicas no cotidiano, muitas vezes negada pelos juizes, principalmente de primeiro grau. Se a possibilidade existe, o código não define em quais situações, dependendo de cada caso e alcance que a nova decisão impacta na decisão anterior, ocasionando o efeito infringente.

Para Wambier e Medina, os efeitos infringentes podem ser aplicados nas seguintes situações: “1. quando este efeito decorrer das hipóteses normais de cabimento deste recurso, como efeito secundário. O caso mais comum é o suprimento da lacuna na decisão, cujo preenchimento torne inviável a subsistência do resto do julgado; 2. quando houver correção de erro material; 3. quando se tratar de decretar de ofício ou a requerimento das partes, formulado nos próprios embargos declaratórios, nulidade absoluta<sup>37</sup>.”

---

36 “não existe no sistema processual vigente qualquer disposição que vede a alteração do julgado em sede de embargos declaratórios. Ao contrário, da leitura do artigo 463 do Código de Processo Civil, a orientação é no sentido da alteração do julgado, pois o texto é claro quando enfatiza que o juiz cumpre seu ofício jurisdicional quando a sentença é publicada: “Só podendo alterá-la”. O verbo aí empregado quer dizer que o juiz pode alterar a sua sentença quando, por meio de embargos de declaração, a parte alegue contradição e omissão no julgado.” BAPTISTA, Sônia Marcia Hase de Almeida. Ob. cit. 1993. p. 149.

37 MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. Processo civil moderno. Revista dos Tribunais, 2011. V.2, p. 204

Na primeira possibilidade elencada, mesmo quando o intuito seria de esclarecer ou integrar, por causa da contradição, obscuridade ou omissão, não tendo a intenção de se alterar a decisão, mas consegue isso pela consequência da resposta sobre estas possibilidades, de uma forma secundária e não primordial.

Na contradição, a finalidade do recurso é esclarecer a decisão, retirar a dúvida que impossibilita as partes de terem ciência da decisão, mas não implica necessariamente uma infringência, somente em casos extremos. Na possibilidade de antagonismo na decisão, ao dirimir a dúvida, demonstrando uma coerência entre um dos argumentos, pode-se alterar a decisão em si, para manter a coerência da decisão, retirando a parte com erros de contradição. Entretanto, é uma possibilidade, não uma regra. O intuito de esclarecer a contradição, não significa que sempre que houver contradição ou aparente contradição, o seu esclarecimento enseja uma modificação, podendo somente o juízo explicar os seus argumentos, sem alterar o conteúdo da decisão.

Quanto à obscuridade, seria o mesmo caminho da contradição, mas ainda mais rara as suas hipóteses, menos defendida na doutrina<sup>38</sup>, o intuito inicial recai no esclarecimento, na busca pela perfeição da decisão em si, mas somente de forma consequente, pode-se imaginar que para sanar eventual obscuridade acaba por alterar a decisão em si.

Para alguns autores, a contradição sempre tem um viés de alteração da decisão quando os embargos de declaração forem acolhidos, pois ao aceitar uma das proposições, a outra deve ser suprimida ou alterada, pela coerência, independente de forma consequente ou principal, nesta visão sempre teremos efeito infringente no acolhimento dos embargos de declaração sanando contradição.<sup>39</sup> Não merece prosperar tal alegação, pelo fato de precipuamente sanar contradição não altera a decisão, somente em casos excepcionais.

A omissão traz mais possibilidades para os efeitos infringentes. Porém, necessário realizar uma explicação, os embargos de declaração providos com alegação de omissão não acarretam sempre a infringência, mas sim, a integração. O fato de decisão ser aumentada, mas no tocante à sua existência anterior não se alterar nada, não configura a infringência em si, mas uma integração, com acréscimos à decisão, não com alteração da decisão.

38 CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Sobre os embargos de declaração. Revista dos Tribunais, São Paulo, n. 595, maio 1985.p. 15.

39 “ocorrendo o vício da contradição o julgador ao adaptar ou alienar algumas proposições constantes da decisão, cria uma nova, que altera, em certos aspectos, a anterior.” BAPTISTA, Sônia Marcia Hase de Almeida. Ob. cit. 1993, p. 144.

Mas, há possibilidades da omissão causar um efeito infringente. No caso da omissão sobre a matéria de prescrição, não analisando esta parte na decisão, logo, caso a sentença for procedente, se o juízo julgar a prescrição procedente, suprimindo a lacuna anteriormente alegada, necessariamente teria reflexo no resultado anterior da decisão, possibilitando assim, o efeito infringente, como consequência da análise de parte omissa da decisão. Há, ainda, a possibilidade da alegação de premissa equivocada, quando o embargante alega que o juízo não analisou algum fato, fundamento ou documento da demanda, fundamentando sua decisão em uma premissa totalmente equivocada, evoluindo seus motivos para um padrão diferente do que os documentos ou provas dos próprios autos levam. Todo juízo tem um momento de cognição para definir tanto os fatos e os seus reflexos jurídicos, uma definição equivocada dos fatos, partindo de premissa equivocada, vicia os demais fundamentos, podendo, em embargos de declaração, requerer que seja analisada a premissa correta, suprimindo omissão e, conseqüentemente, alterando a decisão<sup>40</sup>.

A segunda hipótese elencada pela Wambier e Medina, quando houver erro material na decisão, é possível a interposição dos embargos de declaração com finalidade infringente, para não somente sanar o erro material, bem como alterar a decisão para adequá-la à realidade material. Essas hipóteses são oriundas dos erros na decisão caracterizada pela decisão *ultra petita* ou *extra petita*, causando um vício na formalidade do ato judicial, julgando, como consequência, a mais ou diferente do que se pediu na inicial.

No caso da decisão *extra petita*, o erro material recai num julgamento sobre matéria diversa daquela que se pleiteou, com fundamentação e decisão sobre fatos ou direito que nada tem com o caso naquele processo, ocasionando uma decisão que julga o que não se pediu, causando estranheza não somente ao processo e sua matéria, mas para as partes, que nunca discutiram ou pediram solução judicial para aqueles fatos ou direitos. Decisão fora da matéria da ação é erro material, contrariando o princípio da adstrição, pode ser sanado com os embargos de declaração, ganhando estes, efeitos infringentes. Se a matéria da lide foi integralmente julgada, com o acréscimo de matéria estranha, os embargos podem anular a parte *extra petita*, retirando o conteúdo indevido.

---

40 EMBARGOS DECLARATÓRIOS. EFEITOS MODIFICATIVOS. ERRO DE FATO. EXCEPCIONALIDADE DO CASO. Ocorrendo erro de fato no acórdão do embargo, face ter-se reconhecido protesto por novos esclarecimentos do perito, quando, na realidade, isso não ocorreu, consoante realçaram as instâncias ordinárias, há de se corrigir o julgado para fazer prevalecer a matéria de prova nelas acertadas. Embargos conhecidos e acolhidos com efeitos modificativos, para não conhecer do recurso. (EDRESP, Nº 131883, STJ, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, julgado em 13/09/2000).

Na possibilidade do juízo ter trocado a matéria da demanda por outra, a anulação do julgado ocorrerá somente nas partes que houve a inclusão de matéria indevida, podendo ser parcial, se outros capítulos forem referentes a ação ou total, se a decisão integralmente for estranha à lide<sup>41</sup>.

Na decisão *ultra petita*, a matéria da demanda foi julgada, mas o resultado do julgamento vai além das questões suscitadas e colocadas em juízo, penalizando de forma inapropriada uma das partes, não se respeitando o limite elencado pelo princípio da adstrição do pedido. A matéria está correta, a interpretação e a fundamentação podem estar corretas, mas a aplicabilidade do direito são além do pleiteado, concedendo a mesma matéria em quantidade a maior do que colocou-se para a solução do conflito de interesses. Decisão *ultra petita* tem erro material, com a possibilidade de infringência via embargos de declaração, no caso, não para alterar no sentido de mudar a decisão para outro direito, mas para extirpar a parte além do pedido. A decisão é alterada para uma decisão menor, dentro dos limites materiais impostos pelas partes<sup>42</sup>.

41 PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. PRESENÇA DE OMISSÃO, OBSCURIDADE, CONTRADIÇÃO OU ERRO MATERIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. VIOLAÇÃO AOS ART. 128 E 460, DO CPC. JULGAMENTO EXTRA PETITA. RETORNO DOS AUTOS À ORIGEM. 1. Na presença de omissão, obscuridade, contradição ou erro material, merecem ser acolhidos os embargos declaratórios interpostos que têm o propósito infringente. 2. Compulsando o acórdão de e-STJ fls. 1380/1387 verifica-se que não foi adequadamente fundamentada a decisão de se afastar a violação de vigência dos artigos 128 e 460 do Código de Processo Civil, razão pela qual deve ser novamente examinado o recurso especial pela alegada violação a tais dispositivos legais. 3. A estabilização da demanda, na forma do art. 264, parágrafo único, do CPC, foi realizada pelo juízo de primeiro grau no sentido de não reconhecer como controversa a discussão a respeito da possibilidade de repetição de indébito das contribuições ao PIS e COFINS no regime de substituição tributária "para frente". A lide, portanto, limitou-se à discussão do prazo prescricional para a repetição de indébito dos tributos sujeitos a lançamento por homologação tendo por parâmetro a data do protocolo dos pedidos de restituição e compensação na seara administrativa. 4. Nessa toada, o recurso especial de e-STJ fls. 1251/1274 deve ser conhecido e provido pela ocorrência de violação aos artigos 128 e 460, do CPC, para que sejam anulados os acórdãos de e-STJ fls. 1226/1233 e 1243/1248 e para que a Corte de Origem profira novo julgamento da demanda abordando tão somente o prazo prescricional aplicável à repetição de indébito dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação quando há pedido de compensação/restituição protocolado administrativamente antes de 09.06.2005 e processo judicial ajuizado em 09.06.2005. 5. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para determinar o retorno dos autos à origem. (STJ - EDcl no REsp: 1123347 RS 2009/0027237-0, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 20/08/2013, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/08/2013).

42 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. PRESENÇA DE OBSCURIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS COM EFEITOS INFRINGENTES. PROCESSUAL CIVIL. JULGAMENTO ULTRA PETITA. 1. Há evidente descompasso entre o que pedido pela embargante em sua inicial do mandado de segurança e o provimento dado pela Corte de Origem. Com efeito, o pedido inicial não fez qualquer alusão à incidência da COFINS sobre os valores relativos às aplicações financeiras da sociedade cooperativa no mercado. Desse modo, o acórdão da Corte de Origem é, no ponto, *ultra petita*, havendo que ser reduzido aos limites da inicial, dele extraindo-se essa parte. 2. Por se tratar de recurso interposto pela sociedade cooperativa, deixo de aplicar o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal - STF em sede de repercussão geral no RE n. 599.362 e no RE n. 598.085, julgados na sessão do dia 06.11.2014, onde se entendeu que as sociedades cooperativas têm a sua receita bruta submetida às contribuições ao PIS e COFINS, na forma da legislação em vigor. Isto porque a aplicação de ofício dos ditos precedentes implicaria *reformatio in pejus*. 3. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes para dar provimento ao recurso especial e extrair a parcela *ultra petita* do julgado proferido pela Corte de Origem, especificamente a parte do julgado que determina a incidência da COFINS sobre as aplicações financeiras da sociedade cooperativa. (STJ - EDcl no AgRg no Ag: 1076671 MG 2008/0165070-8, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 25/11/2014, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/12/2014).

Na última hipótese levantada por Wambier e Medina, via embargos de declaração, quando se pleiteia a análise judicial sobre matéria de ordem pública, a qual o juízo deve conhecer de ofício, mas que não o fez, abrindo a possibilidade do requerimento das partes em pleitear a manifestação sobre questão de ofício.

Neste caso, acatada matéria de ordem pública pelo juízo, decretando-se assim a nulidade absoluta da decisão, inevitavelmente há uma alteração na decisão, não mantendo-se o que se decidiu<sup>43</sup>. O exemplo de uma sentença que julga procedente os pedidos do autor, a parte ré interpõe embargos de declaração para requerer a manifestação do juízo por omissão em matéria de ordem pública, como quando não atentou sobre a coisa julgada anterior sobre esta matéria ou sobre litispendência entre ações. Em um exemplo como este, ao analisar o requerimento, acatando-o, a consequência desse viés decisório recai na necessidade de mudança de posicionamento quanto à matéria anterior, naturalmente modificando o teor da decisão recorrida, para uma que declare a nulidade absoluta.

Importante o atual código positivar os efeitos infringentes ou modificativos dos embargos de declaração, colocando-o como consequência real à interposição deste recurso, dirimindo qualquer dúvida possível sobre a matéria. Faltou positivar as possibilidades de cabimento e o impacto sobre a matéria.

### 3.1.1 Da necessidade de contraditório quando possível a modificação

Sem uma regulamentação anterior sobre os efeitos infringentes possíveis nos embargos de declaração, não havia um rito a seguir no caso dessa possibilidade, seguindo a mesma forma de interposição e andamento processual dos embargos que tinham como finalidade somente esclarecimento ou integração.

---

43 PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EFEITOS INFRINGENTES MATÉRIA DE ORDEM PÚBLICA CONDIÇÕES DA AÇÃO. CONHECIDO E PROVIDO. 1) O Secretário de Fazenda Estadual não possui legitimidade para rever lançamento, realizar autuações, apreender mercadorias, de forma que não pode figurar como autoridade coatora em mandado de segurança. 2) Embargos de Declaração conhecidos e acolhidos para extinguir a ação, por ausência da condição da ação legitimidade das partes, nos termos do disposto no art. 267, VI, do Código de Processo Civil. (TJ-PA - MS: 201130093523 PA, Relator: JOSE ROBERTO P M BEZERRA JUNIOR - JUIZ CONVOCADO, Data de Julgamento: 24/06/2014, CÂMARAS CÍVEIS REUNIDAS, Data de Publicação: 26/06/2014).

A codificação atual teve o cuidado de garantir o contraditório<sup>44</sup> quando possível a modificação da decisão, via embargos de declaração. O art. 1.023, § 2º, delimitou que o juízo quando vislumbrar a possibilidade do efeito infringente em caso de acolhimento, necessariamente deve intimar a outra parte para se manifestar, apresentando contrarrazões para tanto, no mesmo prazo do recurso, representando um contraditório sobre a questão, fato inexistente na codificação anterior<sup>45</sup>.

A doutrina já caminhava no sentido da necessidade de se abrir a possibilidade de manifestar da parte embargada em caso de possível efeito infringente, com a utilização plena do contraditório, como forma de respeitar-se a paridade de armas processuais e manifestações no processo. Possível uma modificação, possível um prejuízo para a outra parte com estas alterações, pertinente a abertura de prazo para manifestação, o que se torna elogiosa a positivação contida na atual codificação<sup>46</sup>.

### 3.1.2 Da possibilidade do *reformatio in pejus* por causa dos efeitos infringentes

Há como princípio recursal a proibição do *reformatio in pejus*, entretanto, há uma hipótese excepcional que permite o prejuízo para o recorrente quando houver, em algumas situações processuais, o acolhimento do recurso nos seus efeitos infringentes.

Não é normal, tampouco usual, mas conforme vimos nos capítulos anteriores, a possibilidade de infringência dos embargos de declaração tem

---

44 “Portanto, a adoção, como regra, da concessão de prazo para manifestação da parte contrária contorna o problema da prévia avaliação do potencial efeito modificativo dos embargos de declaração, especialmente quando interpostos contra decisão colegiada. Isso porque, se adotado o § 2.º do artigo ora comentado em sua literalidade, pode ocorrer que o relator dispense a oitiva da parte contrária, por entender que não há potencial modificativo, o que não necessariamente será corroborado pelo restante do órgão colegiado por ocasião do julgamento. Nessas hipóteses, o que se vislumbra é um problema que pode acarretar, de um lado, no provimento dos embargos de declaração com efeito modificativo à revelia da parte contrária, ou, de outro lado, a retirada dos embargos de declaração de pauta – mesmo depois de iniciado o julgamento – para intimação do recorrido, com a consequente retomada do julgamento após o decurso de tal prazo. Visando evitar casos como esses é que se defende, então, que sempre seja oportunizada manifestação à parte contrária, sendo os embargos de declaração incluídos na pauta de julgamento subsequente ao decurso do prazo para contrarrazões. Até porque será nula a decisão modificativa prolatada em embargos de declaração sem que tenha havido prévia oitiva da parte contrária.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. Comentários aos arts. 1.022 a 1.026 CABRAL, Antonio Passo; CRAMER, Ronaldo (orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2. Ed. Método, [Minha Biblioteca]. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>>. Acesso em: 10 jun. 2016.

45 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada.

46 Porém, quando os embargos de declaração assumam o caráter modificativo do julgado, para que a parte não seja surpreendida, é de ser aplicado o princípio do contraditório, devendo o juiz dar vista à parte contrária para contra-arrazoar o recurso interposto.” BAPTISTA, Sônia Marcia Hase de Almeida. Ob. Cit. 1993. p. 152.

total respaldo doutrinário e jurisprudencial, entretanto, matérias de ordem pública podem ser suscitadas ou simplesmente retornam à análise pelo juízo, ainda que não suscitadas, via embargos de declaração.

No caso da interposição de embargos de declaração, qualquer das partes pode interpor o recurso para sanar vícios de esclarecimento ou integração, possibilitando a reanálise da decisão pelo juízo, que ao constatar nesse novo momento processual, matéria de ordem pública, deve manifestar-se, independentemente de quem interpôs os embargos e, ainda, do resultado da decisão anterior. Ao dispor sobre a matéria de ordem pública, com possibilidade da nulidade absoluta, invariavelmente, haverá prejuízo, mesmo que a parte tenha vencido, mas recorreu para sanar alguma dúvida ou omissão. Evidente que a reforma para piorar será por motivo transversal do que o seu pedido, mas, ainda assim, acarreta prejuízo ao recorrente, fato totalmente possível nos embargos de declaração.

### **3.2 Embargos de declaração protelatórios**

Os embargos de declaração representam um modo recursal diferente dos demais, atacando qualquer decisão e interrompendo o prazo dos demais recursos, possuindo como já vimos efeito interruptivo. Logo, podem ser interpostos antes de qualquer dos recursos e, ainda, a parte pode interpor posteriormente o recurso adequado para aquela situação. Com essas características, os embargos de declaração muitas vezes são invocados não para suas finalidades precípua, mas para fins tergiversantes, servindo para revisar o que não se tem mais dúvidas ou omissão, com mero intuito de se alcançar o efeito interruptivo a todo custo.

Estes embargos de declaração que não guardam uma fundamentação adequada de suas finalidades servem para protelar o processo, situação pela qual o juízo competente pode declará-los como protelatórios, com intuito somente de protelar a eficácia da decisão ou da interposição recursal posterior. Qualquer que seja o motivo que leva a parte a utilizar de tal artifício atrasa o processo, complica a prestação jurisdicional, ato típico da má-fé processual, protelando todo o processo, merecendo sem amplamente combatido.

O art. 1.026, § 2º permite ao juízo condenar a parte que utilizou de embargos de declaração com meros fins protelatórios, devendo para tanto, fundamentar a decisão sobre os motivos que acreditam configurar o ato como protelatório, ao pagamento de multa a parte embargada, pelo fato de atrasar

demanda. O valor da multa será de até 2% do valor da causa devidamente atualizado. Um aumento em relação ao antigo código que estipulava somente 1%.

Se houver reiteração, a interposição de novos embargos de declaração, considerados estes como protelatórios também, pode-se aumentar a multa para 10%. Nesta hipótese, o recolhimento da multa em depósito judicial prévio se torna requisito de admissibilidade para a interposição dos próximos recursos, qual seja o próximo recurso<sup>47</sup>. As exceções sobre esta possibilidade de inclusão de novo requisito de admissibilidade são os beneficiários de gratuidade e Fazenda Pública, que recolherão ao final.

No § 4º do mesmo artigo supracitado, positivou-se que caso os dois embargos de declaração anteriores forem considerados protelatórios, independentemente do que se alega, não serão admitidos, pelo simples fato de se esgotar as possibilidades pela interposição insistente de embargos meramente com o intuito de gerar atraso ao processo.

### 3.3 Embargos de declaração e o princípio da complementariedade

Como os interesses recursais nos embargos de declaração têm um caráter diferente, possibilitando ambas as partes a impugnarem a decisão para sanar dúvidas, não muito comum, uma parte interpõe embargos de declaração e a outra o próximo recurso pertinente. Por ato contínuo, os embargos terão preferência sobre o julgamento, já que são julgados pelo próprio juízo recorrido, enquanto os demais recursos serão por outros juízos.

Dependendo do resultado do julgamento dos embargos de declaração temos duas possibilidades sobre o recurso já interposto. Primeiramente, se a decisão dos embargos de declaração ensejar uma modificação ou integração na decisão anterior recorrida, a parte que já interpôs recurso anterior aos embargos de declaração, tem nova oportunidade de se manifestar, não sobre a decisão por completo, mas na exata medida do que se integrou ou do que se modificou. Essa possibilidade existe pelo princípio da complementariedade, a decisão não é a mesma da qual a parte interpôs recurso anteriormente, já que foi acrescida ou modificada

---

47 Art. 1.026 [...] § 2º Quando manifestamente protelatórios os embargos de declaração, o juiz ou o tribunal, em decisão fundamentada, condenará o embargante a pagar ao embargado multa não excedente a dois por cento sobre o valor atualizado da causa. § 3º Na reiteração de embargos de declaração manifestamente protelatórios, a multa será elevada a até dez por cento sobre o valor atualizado da causa, e a interposição de qualquer recurso ficará condicionada ao depósito prévio do valor da multa, à exceção da Fazenda Pública e do beneficiário de gratuidade da justiça, que a recolherão ao final. § 4º Não serão admitidos novos embargos de declaração se os 2 (dois) anteriores houverem sido considerados protelatórios

de alguma matéria, o que não foi impugnado no recurso, simplesmente por não existir naquele momento processual. Sobre essa matéria nova da decisão, nunca houve prazo para impugná-la, abrindo prazo para uma manifestação sobre essa parte em específico. Não é uma devolução do prazo, mas um prazo inicial de uma matéria que não existia antes, por isso não se pode falar de preclusão consumativa do recurso anterior, pelo fato de ter capítulos novos, abrindo a possibilidade de complementar a impugnação à decisão<sup>48</sup>.

Evidente que este recorrente não pode manifestar-se sobre os capítulos que não foram alterados, estes já estão acobertados ou pelo recurso anterior ou pela preclusão da decisão anterior. Somente impugnação sobre os capítulos novos inseridos pelos embargos de declaração.

Se a decisão foi totalmente modificada, claro que o prazo será devolvido em sua integralidade para falar sobre toda a decisão, não mais somente sobre algum capítulo, pelo fato da alteração ser integral.

A segunda possibilidade ocorre quando a decisão dos embargos de declaração não altera a matéria da decisão recorrida, mantendo-a em sua integralidade, seja pela rejeição do recurso ou pelo simples esclarecimento em si, não há motivos para reabertura de prazo para a outra parte que já interpôs recurso, posto que este ainda impugna uma decisão válida e inalterada. Nada foi acrescida na decisão, nada a se crescer no recurso, o que torna desnecessária a complementação<sup>49</sup>.

Sem a necessidade de manifestação de quem interpôs o recurso, este deve prosseguir o seu curso, com o processamento natural, não necessitando de manifestação de ratificação<sup>50</sup> ou de que a parte mantém o in-

---

48 Art. 1.024. [...] § 4º Caso o acolhimento dos embargos de declaração implique modificação da decisão embargada, o embargado que já tiver interposto outro recurso contra a decisão originária tem o direito de complementar ou alterar suas razões, nos exatos limites da modificação, no prazo de 15 (quinze) dias, contado da intimação da decisão dos embargos de declaração.

49 “Como se vê, é possível que se oponham embargos de declaração apenas para discutir aspectos relacionados à fundamentação, como a sua obscuridade ou contradição, ainda que eventual acolhimento não implique alteração da conclusão da decisão.” DIDIER JR, Fredie; CUNHA, Leonardo Carneiro. Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal. 13. ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.p. 117.

50 “Do mesmo modo, privilegiando a economia processual e o aproveitamento dos atos processuais, foi eliminada a exigência da ratificação dos recursos interpostos antes dos embargos de declaração, o que tinha origem em construção jurisprudencial, sumulada no Enunciado n. 418 do STJ, a qual restará prejudicada com a vigência do novo Código. Nessa linha, o novo CPC prevê que os demais recursos interpostos antes do julgamento dos embargos de declaração serão processados e julgados regularmente e independentemente de ratificação, salvo se houver modificação da decisão recorrida por força do provimento dos embargos de declaração.” MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. Comentários aos arts. 1.022 a 1.026 CABRAL, Antonio Passos; CRAMER, Ronaldo (orgs.). Comentários ao Novo Código de Processo Civil. 2. Ed. Método. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>>. Acesso em: 01 jun. 2016.

teresse recursal, passando a ser pelo art. 1.024, § 5<sup>o</sup><sup>51</sup>, automaticamente processado em seu andamento natural recursal. Essa alteração impacta no entendimento dos tribunais, principalmente os superiores, inclusive com a súmula 418 do STJ, que insistiam na necessidade nesta hipótese do recorrente manifestar-se informando que queria manter o recurso anteriormente interposto, sem a manifestação o recurso se tornava intempestivo<sup>52</sup>.

Louvável a alteração imposta no atual código, pelo fato do interesse recursal já existir, não influenciando para o recorrente a manifestação ou não posterior ao julgamento dos embargos. O interesse prossegue. Há de se lembrar que o recurso é ato voluntário e de disposição da parte, caso queira desistir, que o faça. A jurisprudência sumulada era uma jurisprudência defensiva inóspita ao direito de recorrer.

### 3.4 Fungibilidade dos embargos de declaração e o agravo interno

Pela ênfase ao princípio da instrumentalidade das formas, o código de 2015 positiva o princípio da fungibilidade em alguns pontos, quanto aos embargos, ao permitir que o relator que prolatou uma decisão monocrática, ao eventualmente, forem opostos embargos de declaração contra esta decisão singular, caso entenda necessário ou pertinente, os transforme agravo interno no tribunal, mas desde que o recorrente seja intimado previamente para regularizar sua peça<sup>53</sup>.

O art. 1.024 § 3<sup>o</sup> estipula essa possibilidade da aceitação de um recurso por outro, dos embargos de declaração pelo agravo interno, não julgando-o de ma-

---

51 Art. 1.024. [...] § 5<sup>o</sup> Se os embargos de declaração forem rejeitados ou não alterarem a conclusão do julgamento anterior, o recurso interposto pela outra parte antes da publicação do julgamento dos embargos de declaração será processado e julgado independentemente de ratificação.

52 AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RATIFICAÇÃO DO RECURSO INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OBRIGATORIEDADE. AGRAVO IMPROVIDO. 1. "É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação." (Súmula do STJ, Enunciado n<sup>o</sup> 418). 2. Agravo regimental improvido. (STJ - AgRg no RMS: 32391 SC 2010/0111245-3, Relator: Ministro HAMILTON CARVALHIDO, Data de Julgamento: 19/10/2010, T1 - PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/12/2010)

53 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. FUNGIBILIDADE RECURSAL. RECURSO RECEBIDOCOMO AGRAVO REGIMENTAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO CARACTERIZAÇÃO. 1. Em nome dos princípios da economia processual e da fungibilidade, admitem-se como agravo regimental os embargos de declaração opostos a decisão monocrática proferida pelo relator do feito no Tribunal. 2. Quando suscitada a divergência entre paradigmas de turmas da mesma seção e de seção diversa daquela de que provém o aresto embargado, ocorre a cisão do julgamento com primazia da Corte Especial, com posterior remessa dos autos à seção competente em relação aos demais paradigmas. 3. Segundo o art. 546, I, do CPC, c/c o art. 266 do RISTJ, é requisito para a interposição de embargos de divergência que o dissenso ocorra entre acórdão proferido por turma e aresto exarado por outra turma, seção ou órgão especial em sede de recurso especial. 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento. (STJ - EDcl nos EREsp: 1223586 RS 2011/0116367-7, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 07/05/2012, CE - CORTE ESPECIAL, Data de Publicação: DJe 18/05/2012).

neira monocrática e, sim, remetendo ao colegiado<sup>54</sup>. Obviamente, os embargos de declaração têm fundamentação estranha ao agravo interno e vice-versa, para essa aceitação sem prejuízo da parte recorrente, deve-se intimar o recorrente para adequação recursal, moldando o recurso não somente para impugnar decisão no intuito de esclarecer ou integrar, mas para versar sobre os pontos da decisão embargada como um todo, transformando o recurso interposto como embargos de declaração em um autêntico agravo interno. A jurisprudência já era pacificada<sup>55</sup> neste sentido com entendimento dos tribunais superiores sobre essa possibilidade calcada na economia processual e instrumentalidade das formas, o código de 2015 somente positivou um entendimento pacificado, dando-lhe força de lei.

### 3.5 Embargos de declaração e o prequestionamento

Os embargos de declaração servem de acordo com o art. 1.022 para sanar omissão, uma de suas hipóteses de enquadramento, quando o órgão colegiado julgar acórdão não enfrentando ou fundamentando sobre parte das alegações da parte recorrida ou recorrente, estes podem opor embargos de declaração para sanar a omissão. Entretanto, caso o próximo recurso seja para um tribunal superior, mais pertinente ainda a interposição para sanar o vício, o tribunal manifestar-se sobre questão suscitada e possibilitar a arguição da matéria para o tribunal superior, o chamado prequestionamento. Os embargos de declaração com base no art. 1.025 servem para fins de prequestionar eventual matéria omissa<sup>56</sup>.

54 Art. 1.024. [...] § 3º O órgão julgador conhecerá dos embargos de declaração como agravo interno se entender ser este o recurso cabível, desde que determine previamente a intimação do recorrente para, no prazo de 5 (cinco) dias, complementar as razões recursais, de modo a ajustá-las às exigências do art. 1.021, § 1º.

55 “Não se pode deixar de abordar, também, a possibilidade de os embargos de declaração serem recebidos como agravo interno (art. 1.024, § 3º). É que muito frequentemente se vê, na prática, a interposição de recurso contra decisão monocrática de relator sob o rótulo de embargos de declaração quando, na verdade, tudo o que se pretende é a reforma ou invalidação da decisão monocrática. É preciso, então, ter claro que não é o rótulo, o *nomen iuris*, atribuído à peça oferecida pela parte, que determina a natureza do ato praticado. Sempre que, contra uma decisão monocrática proferida em tribunal, apresentar-se recurso em que se postula sua reforma ou invalidação, sem qualquer alusão à existência de obscuridade, contradição, omissão ou erro material, mas com fundamento consistente na alegação de *error in iudicando* ou de *error in procedendo*, não se estará diante de verdadeiros embargos de declaração, mas de um *agravo interno*. Neste caso, deverá o relator determinar a intimação do recorrente para, no prazo de cinco dias, complementar as razões recursais, adaptando sua petição ao recurso que verdadeiramente se interpôs, o agravo interno (art. 1.024, § 3º) e, se for o caso, comprovando também o recolhimento das custas.” CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 2. ed. Atlas. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>>. Acesso em: 13 mar. 2016.

56 “Outro efeito do julgamento dos embargos de declaração é a produção do *prequestionamento ficto* (art. 1.025). Como se verá adiante, na análise dos recursos excepcionais, o prequestionamento (e não “pré-questionamento”, como equivocadamente grafado no texto do art. 1.025) é um requisito específico de admissibilidade do recurso especial e do recurso extraordinário. Não é este o momento adequado para tratar-se do tema, a que se voltará adiante, mas é preciso dizer desde logo que, nos termos do art. 1.025, serão considerados “incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de [prequestionamento], ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade”. CÂMARA, Alexandre Freitas. O Novo Processo Civil Brasileiro. 2. Ed.. Atlas. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>>. Acesso em: 2 mar. 2016.

### 3.6 A fundamentação da resposta aos embargos de declaração

Os embargos de declaração têm finalidades, em regra, diferentes dos outros recursos, apontando não erros na condução do processo ou erros nos julgamentos, na maioria das situações, pleiteiam-se uma explicação, um esclarecimento do juízo recorrido sobre alguma parte da decisão que causa dúvidas para as partes.

Entretanto, nas decisões de embargos de declaração, em muitos casos, o juízo simplesmente se limita a negar a existência de contradição, obscuridade ou omissão, sem fundamentação, sem motivação suficiente para tanto, com dizeres genéricos, sem maiores especificações, refutando a própria existência daquele ato processual<sup>57</sup>. A própria finalidade dos embargos de declaração se torna inócua pela ausência de fundamentação para respondê-lo, limitando-se a negar a existência de uma das hipóteses previstas em lei.

Com a alteração realizada na fundamentação das decisões judiciais, imposta pelo art. 489, §1º<sup>58</sup>, o juízo há de responder cada ponto suscitado nas peças, no caso, nos embargos de declaração, por mais que o intuito seja para refutar, que não se utilize argumentos gerais e sem vinculação com a situação. Se não há omissão, debruça-se sobre a matéria explicando o motivo pelo qual a alegada omissão não prosperar, o mesmo nas outras hipóteses de cabimento dos embargos de declaração. Respeitar a fundamentação da resposta a qualquer manifestação das partes é respeitar o processo e o jurisdicionado, que merece mesmo sendo vencido entender os motivos que levaram a tal situação.

### 3.7 Embargos de declaração nos juizados especiais

Com o CPC/2015, o efeito interruptivo presente nos embargos de declaração se estende para essa espécie recursal no âmbito dos juizados es-

---

57 PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS REJEITADOS. Sem o prequestionamento explícito e havendo superveniente perda do interesse recursal, não há omissão a ser sanada. (STJ - EDcl no AgRg no Ag: 226002 SP 1999/0011180-0, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/08/2000, T2 - SEGUNDA TURMA, Publicação: DJ 11.09.2000 p. 242).

58 Art. 489 [...] § 1º Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: I – se limitar à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida; II – empregar conceitos jurídicos indeterminados, sem explicar o motivo concreto de sua incidência no caso; III – invocar motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; IV – não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador; V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos; VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

peciais. Na redação da lei 9099/95, a delimitação do efeito da interposição dos embargos previa a suspensão dos prazos, não a interrupção, ocasionando somente a devolução de parte do prazo recursal, conforme a antiga redação do art. 50 da supracitada lei.

Entretanto, o art. 1.065 do atual código altera expressamente o art. 50 da lei sobre os juizados especiais, atribuindo aos embargos de declaração perante aqueles órgãos o mesmo efeito interruptivo que detém nos processos da justiça comum<sup>59</sup>. Importante alteração da lei processual para pacificar em um impacto que este recurso causará, independentemente, de qual espécie de utilização que faça do instituto, que detenha todas suas peculiaridades, não possibilitando anacronismos.

Com isso, a devolução do prazo recursal, após a decisão que julga os embargos de declaração acaba sendo por completo, iniciando integralmente o prazo. No caso de recurso nominado, voltam há contar 10 dias, no caso de recurso extraordinário, novos 15 dias para a interposição. Uma grande alteração expressa para não manter o instituto com duas óticas diversas.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O recurso é interposto perante o mesmo juízo que prolatou a decisão, com finalidade, em regra, de esclarecer e integrar, fundamentadamente, no prazo de 5 dias da intimação da decisão. O processo com os embargos de declaração será remetido ao juízo recorrido para que faça o juízo de admissibilidade, se positivo, posteriormente, o juízo de mérito. Pelo fato de ser endereçado ao mesmo juízo, não há necessidade de preparo.

Caso o juízo entenda que há possibilidade pelas argumentações do recorrente sobre a modificação da decisão, conforme art. 1.023, § 3º, abre-se prazo para manifestação do recorrido para se manifestar sobre eventual possibilidade de modificação do julgado<sup>60</sup>. Após eventual manifestação da parte recorrida, o juízo deve julgar os embargos no prazo de cinco dias. Complexo pensarmos em um prazo para quem não é revestido de preclusão, com excesso de serviço. Uma forma de se legislar sem sentido prático processual, posto que não cumprirão estes prazos, tampouco punidos.

---

59 Art. 1.065. O art. 50 da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, passa a vigorar com a seguinte redação: "Art. 50. Os embargos de declaração interrompem o prazo para a interposição de recurso."

60 § 2º O juiz intimará o embargado para, querendo, manifestar-se, no prazo de 5 (cinco) dias, sobre os embargos opostos, caso seu eventual acolhimento implique a modificação da decisão embargada

Quando os embargos de declaração forem perante o tribunal, não há prazo para tanto, mas é julgado na sessão subsequente. Se a decisão embargada for de relator ou magistrado de tribunal, a competência também será na forma monocrática, não necessitando ainda o julgamento colegiado.

Da mesma forma dos demais recursos, deve-se julgar a admissibilidade como conhecido ou não conhecido, somente na primeira hipótese adentrando-se ao mérito recursal, podendo acolhê-los ou rejeitá-los. Com a publicação da decisão dos embargos de declaração, esta se integra à decisão anterior, formando as duas uma só decisão, abrindo prazo para o próximo recurso, findando o efeito interruptivo com a publicação oficial intimação.

## REFERÊNCIAS

- ASSIS, Araken de. **Manual dos recursos**. São Paulo: RT, 2007.
- BAPTISTA, Sônia Maria Hase de Almeida. **Dos Embargos de Declaração**. 2. ed. ver. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993. v. 4.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. **Comentários ao Código de Processo Civil**. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1994. V.4
- \_\_\_\_\_. **O novo processo civil brasileiro**. 21. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2001.
- BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei N.º 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Brasília, DF
- \_\_\_\_\_. **Projeto de Lei PL 8046/10**. Brasília. DF
- \_\_\_\_\_. **Constituição Federal, 1988**. Outubro. Brasília, DF
- \_\_\_\_\_. **Código de Processo Civil**. Lei N.º 13105, de 16 de março de 2015. Brasília, DF
- CÂMARA, Alexandre Freitas. **Lições de direito processual civil**. 7. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, v. 2.
- \_\_\_\_\_. **Lições de Direito Processual Civil**. 18. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.v.2
- \_\_\_\_\_. **O Novo Processo Civil Brasileiro**. 2. ed. Atlas, 03/2016. Disponível em: < <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788597005967/>>. Acesso em: 12 mar. 2016.
- CINTRA, Antônio Carlos de Araújo. Sobre os embargos de declaração. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, 1985.
- CUNHA, Leonardo Carneira da; DIDIER JR, Fredie. **Curso de direito processual civil**. Meios de impugnação às decisões judiciais e processo nos tribunais. 5. ed. Salvador: Podivm, 2012.
- \_\_\_\_\_. **Curso de direito processual civil: o processo civil nos tribunais, recursos, ações de competência originária de tribunal e querela nullitatis, incidentes de competência originária de tribunal**. 13. ed. reformn. Salvador: JusPodivm, 2016. v. 3.

DINAMARCO, Cândido Rangel. Os efeitos dos recursos. In: **Nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2003.

\_\_\_\_\_. **A nova era do processo civil**. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 187.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de Direito Processual do Trabalho**. 5. Ed. São Paulo: LTr, 2007.

MARQUES, José Frederico. **Manual de direito processual civil**. Campinas: Bookseller, 1997, v. 3.

MAZZEI, Rodrigo. **Embargos de Declaração e a Omissão Indireta (matérias que devem ser resolvidas de ofício, independentemente de arguição prévia pelo interessado)**. Disponível em: <[http://www.mmp.adv.br/artigos/Embargos\\_Declaracao\\_Omissao\\_Indireta.pdf](http://www.mmp.adv.br/artigos/Embargos_Declaracao_Omissao_Indireta.pdf)>. Acesso em: 23 de abr. 2015.

MEDINA, José Miguel Garcia; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **Processo civil moderno**. 2011. V2.

MEDINA, José Miguel Garcia. **Novo Código de Processo Civil Comentado** (livro eletrônico): com remissões e notas comparativas ao CPC/1973. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

MENDES, Aluisio Gonçalves de Castro; TEMER, Sofia. Comentários aos arts. 1.022 a 1.026 CABRAL, Antonio Passos, CRAMER, Ronaldo (orgs.). **Comentários ao Novo Código de Processo Civil**. 2. ed. Método. [Minha Biblioteca]. Disponível em: <<https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788530971441/>>. Acesso em: 16 jun. 2016.

SILVA, Ovídio Araújo Baptista da. **Curso de Processo Civil**. 5.ed. rev. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

STRECK, Lenio. **Az dak, Humpty Dumpty e os Embargos Declaratórios**. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2012-mar-29/senso-incomum-azdak-humpty-dumpty-embargos-declaratorios?pagina=3>>. Acesso em: 23 de abr. 2015.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. **Comentários ao código de processo civil**. Rio de Janeiro: Forense, 1975, V. 2.

TALAMINI, Eduardo. **Embargos de declaração: efeitos**. Embargos de declaração: efeitos. Os poderes do juiz e o controle das decisões judiciais. São Paulo: RT, 2008.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. **O efeito suspensivo dos embargos de declaração**. Disponível em: <<http://www.fdv.br/publicacoes/periodicos/revistadepoimentos/n13/7.pdf>> depoimentos, vitória, n. 13, jan./jun. 2008, p.192.





# O IRAQUE ENQUANTO ESTADO FALIDO É UM FATOR DE PERTURBAÇÃO E INSTABILIDADE DO SISTEMA INTERNACIONAL

*IRAQ AS A FAILED STATE CAUSES DISTURBANCES AND  
INSTABILITY IN THE INTERNATIONAL SYSTEM*

---

**Ane Cristina Figueiredo Pereira de Faria<sup>1</sup>**

**Jéssica Gárcia<sup>2</sup>**

**André Ricardo Cruz Machado<sup>3</sup>**

---

## RESUMO

Após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, o cenário global vislumbrou uma nova perspectiva quanto a importância da segurança internacional e, somado ao tema dos Estados Falidos, ganhou notoriedade na política e na academia. No transcorrer deste artigo, é enfatizado as raízes dos denominados Estados Falidos e todo o enredo envolvendo o fenômeno da globalização e do terrorismo, ficando evidente que esta problemática alcançou uma proporção muito maior no século XXI, auferindo lugar de destaque na agenda internacional. Esta pesquisa analisa que, o Iraque enquanto Estado Falido é um fator de perturbação e instabilidade do Sistema Internacional. O material utilizado na pesquisa foi coletado de autores renomados internacionalmente, utilizando-se vasto referencial em inglês, dos quais pode-se citar Barry Buzan, Samuel Huntington, Fukuyama e Alessandro Visacro, bem como artigos científicos. Ainda, utiliza-se o *Fragile States Index* para evidenciar a situação do Iraque como Estado Falido e

---

1 Mestranda em Estudos Políticos na Universidade de Manitoba – Canadá. Formada em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina, UNISUL – Brasil. Pesquisadora do GREENS - Grupo de Pesquisa em Eficiência Energética e Sustentabilidade.

2 Graduada em Relações Internacionais pela Universidade do Sul de Santa Catarina, UNISUL – Brasil.

3 Graduada em Relações Internacionais pela Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI – Brasil.

a invasão americana no País em 2003, como um dos fatores que levaram a nação a um aprofundamento nesta condição. Por fim, é explorada a fragilidade do Estado Iraquiano frente ao Estado Islâmico e as implicações desta condição para o sistema internacional.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Terrorismo. Segurança Internacional. Estado Falido. Iraque. Estado Islâmico.*

## ABSTRACT

After the terrorist attacks on September 11, 2001, the global scenario envisioned a new perspective on the importance of international security and, combined with the theme of failed states, gained notoriety in politics and academia. In the course of this article, the roots of so-called failed states and the entire plot involving the phenomenon of globalization and terrorism are emphasized, showing that this issue has achieved a higher proportion in the twenty-first century, and earned a prominent place on the international agenda. This research analyzes that Iraq, as a failed state, causes disturbances and instability in the international system. The material used in this research was collected from scientific articles and internationally renowned authors such as Barry Buzan, Samuel Huntington, Francis Fukuyama, and Alessandro Visacro. The Fragile States Index is used to highlight Iraq's situation and the US invasion in 2003, as one cause that contributed to the nation's failure. Finally, the weakness of the Iraqi state is exposed through the creation of the Islamic State and its implications for the international system.

**KEYWORDS:** *Terrorism. International Security. Failed State. Iraq. Islamic State.*

## 1 INTRODUÇÃO

As Relações Internacionais se dão através das interações entre Estados e vivem em constante mutação. Isto ocorre devido à mudança de caráter nas relações, que terminam gerando momentos conturbados no sistema internacional (KISSINGER, 1999). Essas mudanças possuem alguns fatores, tais como as políticas econômicas, visto que tais variáveis se transformam conforme há alteração de dados ou parâmetros no sistema econômico (SAMUELSON, 1983), pelas visões políticas, que se modificam à medida que os Estados visam alterar suas estratégias.

De acordo com o Relatório do Secretariado Geral das Nações Unidas intitulado *A more secure world: our shared responsibility*, os Estados Falidos são a sexta ameaça com as quais o mundo precisa lidar (UNITED NATIONS, 2004). As demais ameaças seriam: (1) guerras interestatais; (2) pobreza e doenças infecciosas assim como degradação ambiental; (3) armas nucleares, químicas, radiológicas e biológicas; (4) terrorismo; e (5) crime transnacional organizado.

Em 2002, o presidente americano George W. Bush havia afirmado que os Estados Falidos seriam uma ameaça tão sensível quanto a de Estados fortes com ambições expansionistas (ROJAS, 2010). Seguindo a mesma linha, ao assumir a presidência, Barack Obama também considerou os Estados Falidos e a ameaça terrorista como os maiores desafios em termos de segurança nacional, demonstrando que não importa o partido, as crises e as falhas nos Estados estarão no centro da formulação da política externa americana (SANÍN, 2010).

Muitos são os fatores que levam um Estado a tornar-se frágil e, por fim, chegar a ser considerado “fracassado”. A violência interna é vista por Rotberg (2004, p. 1) como um agravante para o fenômeno, assim como quando o Estado deixa de prover bens públicos aos seus habitantes, o que culmina na perda de sua credibilidade junto a seus cidadãos e o porquê de existir. Assim como os Estados Falidos são ameaças reais a segurança internacional, o terrorismo também o é, uma vez que este pode ser visto como consequência do primeiro, pois se desenvolve inversamente proporcional à segurança interna de países considerados “falidos”.

No caso do Iraque, faz-se necessário a compreensão do contexto histórico iraquiano e a sua inserção no cenário internacional, o que torna interessante o papel deste país no estudo da segurança internacional na última década. Essa inserção está conectada principalmente com o crescimento do terrorismo e às ameaças que isto pode representar a outros Estados. O fenômeno é visto por Howard (2010, p. 81) “como uma clássica ilustração da intrincada relação entre refugiados, Estado Falido e o crescimento do terrorismo enquanto o país encontra-se envolto em crise.”

A partir do exposto, um novo conceito de ameaças para a segurança mundial veio à tona: a temática dos “Estados Falidos”. De acordo com Rotberg (2002, p. 127), “a segurança deixou de ser ameaçada por nações poderosas, passando a ser colocada em risco pela falta de poder em determinados países”. Com isso em vista, as diferenças culturais e a resistência ao fenômeno global, faz com que as nações se posicionem de modo defensivo para evitar a vulnerabilidade frente as culturas mais dominante, no caso o Ocidente. Kupchan (2012) conota que a globalização está produzindo um grande distanciamento entre o que o eleitorado está exigindo de seus governantes e o que eles podem de fato fazerem.

A insatisfação por não alcançar o “conceito ideal” de padrão de vida, forma grupos revoltados com seus governos e suas políticas internas, isto é, uma crise de representatividade, ou ainda, quando tais conceitos vão de encontro com suas crenças, costumes e ideologias, o que ocorre com frequência, é que esses grupos vão além de suas fronteiras e ganham proporção no cenário internacional, ocasionando terror e insegurança no sistema.

A hipótese do presente artigo, é que o Iraque, enquanto Estado Falido, é um fator de perturbação e instabilidade do sistema internacional. Para a confirmação ou não da hipótese, fez-se uso do Método Materialista Dialético. Este Método tem seu foco na abordagem dos fenômenos da natureza e sua interpretação. Seu foco é materialista, ou seja, ele busca desmitificar que os acontecimentos são apenas fatos casuais, desligados e isolados uns dos outros e sem nenhuma relação de dependência entre si, mas sim que, os fatos estão vinculados uns aos outros.

Além disto, o Método Materialista Dialético não considera a natureza como algo quieto e imóvel, parado e imutável, mas sim, como um sujeito em constante movimento e mudança, e que os fenômenos da natureza levam sempre implícitas, contradições internas, pois, todos eles têm seu lado positivo e o seu lado negativo, seu passado e seu futuro, seu lado de desenvolvimento e seu lado de caducidade. Igualmente, esse trabalho para confirmar ou não a hipótese, foi estruturado em sete partes essenciais, sendo trabalhado em cada ponto, quesitos bibliográficos, qualitativos e documentais. A divisão é realizada da seguinte maneira: a primeira é a introdução, onde através de bibliografias, foi apresentado sobre o sistema internacional como um todo, as influências dos Estados, e a definição de Estado. No segundo ponto é questionado sobre a segurança internacional, sendo comentado sobre o 11 de Setembro, e os grupos terroristas. O terceiro ponto é sobre os Estados Falidos, seu nascimento, sua origem, suas problemáticas e fragilidades.

O quarto ponto, por sua vez, aborda o Iraque enquanto Estado Falido, apresentando argumentos sobre o motivo pelo qual o mesmo pode ser tratado como um. No quinto ponto, é explanado sobre as intervenções Norte Americana no Oriente Médio, apontado motivos, resultados, e consequências quando houve a retirada das tropas. O penúltimo ponto, é pincelado o levante do ISIS – Estado Islâmico – e suas problemáticas para o cenário internacional. E por fim, é apresentado as referências.

## 2 SEGURANÇA DO SISTEMA INTERNACIONAL

O 11 de setembro de 2001 trouxe uma nova dimensão para o contexto de segurança internacional, ampliou a agenda internacional e deu destaque para o fator do terrorismo. O terrorismo age por intermédio do medo, e gerar medo num público específico pode ser o objetivo para garantir uma resposta política específica. Rogers (2008) explana que há dois tipos de terrorismo: terrorismo estatal e terrorismo sub-estatal. Ele elucida que o terrorismo estatal atualmente é mais difundido em suas implicações, tanto em termos de baixas diretas, quanto na provocação do medo. Ainda nos dias atuais, os “Estados têm se utilizado de táticas terroristas contra sua própria população, como tortura, detenção sem julgamento, execução sumária, desaparecimentos e esquadrões da morte” (ROGERS, 2008, p. 174). Sendo assim, o terrorismo nasce em busca de mudanças essenciais na sociedade ou Estado, com base em ideologias políticas e revolucionárias, muitas vezes com viés religioso (ROGERS, 2008).

O fato é que para se manter a segurança, não se pode apenas pensar no ato do terrorismo em si, mas sim considerar suas raízes, levando-se em consideração que grupos rebeldes atuam pela falta ou incapacidade dos Estados em manter a autoridade, a força e a ordem (ROTBERG, 2003a). Isto é visto nos países considerados fracassados ou em vias de tornar-se. Segundo Woodward (2004), todas as ameaças concretas para a segurança internacional são consequência da fragilidade estatal e, portanto, a ameaça primária são os Estados frágeis e em falência. Frente ao exposto, o ex-secretário-geral da ONU, Kofi Annan (THE FUND FOR PEACE, 2005), advertiu que “ignorar os Estados fracassados criaproblemas que às vezes voltam para nos incomodar”, referindo-se as ações dos grupos terroristas.

## 3 ESTADOS FALIDOS

O surgimento dos Estados Falidos, pode-se considerar ter emergido dos eventos ligados aos efeitos do fim da Guerra Fria, onde uma grande alteração no sistema internacional ocorreu devido ao término do mundo bipolarizado. Para Fukuyama (2004, p. 93), “desde o período da queda do muro de Berlin em 1989 ao 11 de setembro de 2001, a maioria das crises internacionais eram provenientes de Estados Falidos ou frágeis.” De acordo com Mazarr (2014), já se passou mais de uma década desde que

a narrativa dominante da segurança nacional tem sido os Estados frágeis e falidos, na qual os EUA teriam o papel de auxiliar a transição desses Estados para a democracia através de intervenções militares em uma escala neo-imperial, contudo, não houve grandes avanços.

Para muitos estudiosos da temática, os Estados Falidos ou frágeis, são a principal ameaça para a estabilidade da segurança global, pois estes servem de base para a proliferação de caos e insegurança no Sistema Internacional. Fukuyama (2004) exemplifica o perigo em sua obra “State Building”, expondo o caso do Afeganistão, onde o estado estava tão frágil que foi sequestrado por um ator não estatal, referindo-se ao grupo terrorista da al-Qaeda. Segundo McConnell et al (2012) atores não estatais podem, inclusive, imitar modelos práticos e materializar práticas de soberania e diplomacia.

Quando um Estado fracassa, muitas são as implicações no cenário global. Wendt (2014, p. 239), aborda que os “Estados são atores importantes na regulação da violência organizada, que é um dos problemas básicos da política internacional”. Quando este falha, coloca em alerta os demais *players*. Contudo, Logan e Preble (2006) argumentam que se o Haiti se tornar um Estado Falido, os riscos para a segurança internacional são bem menores do que o caso da Indonésia, que tem uma população de 240 milhões, ou do Paquistão, que possui armas nucleares. Contudo, a problemática dos Estados frágeis, fracassados, falidos ou colapsados, alcançou uma proporção maior no século XXI, ganhando lugar de destaque na agenda internacional.

### 3.1 Conceituando estados falidos

Segundo Rotberg (2003b), os Estados existem para provisionar seus cidadãos com bens políticos públicos, tendo a segurança humana como número um, seguida pelos direitos políticos, civis e sociais e depois outros desejos que englobam educação, saúde, comércio, infraestrutura e distribuição de renda. Rotberg (2003b), ainda acrescenta que o termo colapsado ou falido, é designado à consequência da decadência de um Estado-nação. Isto é, quando um Estado torna-se incapaz de exercer sua atividade plena em toda a extensão de seu território e garantir os serviços básicos à população, perde sua identidade e/ou autoridade e muitas das vezes, são tidos como ilegítimos pela sociedade, deixando Ele deixa de exercer sentido para a sua ação social, uma vez que está atrofiado, ocasionando tensões, que podem culminar em conflitos.

Para os diferentes autores, estão os distintos conceitos de como exercer bem as funções e obrigações de um Estado. Sendo assim, muitas são as qualificações que podem ser utilizadas. O Estado pode ser considerado forte, fraco, frágil, fracassado, falido ou colapsado (ZARTMAN, 1995; BUZAN; LITTLE, 2000). O colapso de um Estado é entendido pelos autores supracitados (BUZAN; LITTLE, 2000), quando as funções básicas, essencialmente de responsabilidade governamental, não são plenamente exercidas, gerando instabilidade, medo e conflito entre seus cidadãos (ROTBURG, 2004).

Rotberg (2004, p. 4) afirma que “um Estado é considerado forte quando este controla bem seus territórios e oferece a seus cidadãos amplo espectro e uma alta qualidade nas benesses políticas.” Quando o índice de desenvolvimento é alto, a distribuição de renda é igualitária, a política internacional é transparente e o nível de segurança política e criminal são altos, impulsionando a economia desta nação ao crescimento. Pode se observar estes indicativos em países como Finlândia e Nova Zelândia (THE FUND FOR PEACE, 2014).

Já os Estados fracos, “são aqueles que estão em crise e tipicamente apresentam tensões étnicas, religiosas, linguística, entre outras” (ROTBURG, 2004, p. 4). Contudo, ainda não tornaram-se violentíssimos, mas a falta de infraestrutura física é notória. Pode-se ainda expor que a má distribuição de renda e o alto índice de corrupção são fortemente presentes nestes lugares, como é apontado pelo autor. Ele exemplifica com países como a Líbia e Coréia do Norte. Nesses Estados a atuação do governo é eficaz em alguns setores e deteriorante em outros, não conseguindo um equilíbrio na gestão interna da nação.

Ao que refere-se aos Estados Falidos, Rotberg (2004, p. 5) apresenta esses como tensos, profundamente conflituosos e perigosos. “Esses Estados são tipificados pela deterioração ou destruição de suas infraestruturas. Em muitos desses Estados, as tropas governamentais travam confrontos com grupos revoltosos armados liderados por um ou mais rivais.” Todavia, não é a intensidade da violência que caracteriza um Estado como falido, mas o caráter duradouro de tal desordem, que podem culminar em Guerras Civis. Não há Estado Falido sem desarmonia entre comunidades. Muitas nações recentemente legitimadas, são fracas devido em grande parte, a heterogeneidade de crenças e culturas colocadas lado a lado sem um fator histórico preponderante que una tais povos

(ROTBURG, 2004). O estudioso enfatiza a opressão que é gerada pela maioria sobre a minoria e que o uso da brutalidade é o maior ingrediente que impulsiona o país em direção ao fracasso, características notórias em países como o Iraque e Afeganistão.

Por último, Rotberg (2004, p. 9) explana o Estado colapsado como sendo “uma versão rara e extrema de Estado Falido. Os serviços que eram supostos serem proporcionados pelo governo, podem ser obtidos apenas através do setor privado.” Exibe um vácuo de autoridade onde a segurança é alcançada pela lei do mais forte. Ele transforma-se em uma mera expressão geográfica, um “buraco negro” onde as políticas públicas sucumbem (FUKUYAMA, 2004), citando a Somália e a República Democrática do Congo para ilustrar a precariedade vivenciada por esses países. Sendo assim, uma intervenção militar não seria a resposta, e sim auxiliar esses Estados para o fortalecimento de suas instituições e prepará-los para os novos desafios globais (GOMES et al, 2014).

É iminente que quando um governo não funciona bem e suas leis não são respeitadas, as consequências são conflituosas. Isto não apenas cria desconforto para a nação fragilizada, como dissemina o mal estar em outros Estados suscitando causa e consequência no ambiente internacional.

### **3.2 Causas e consequências no sistema internacional**

O número de países que estão na lista do “*Failed States Index*” (relatório dos Estados Falidos) como colapsados, falidos, frágeis ou fracos têm crescido de modo alarmante desde sua criação. Não que este crescimento seja algo novo, mas porque ganhou mais destaque nas duas últimas décadas, em especial no século XXI. Rotberg (2004) ilustra a causa como sendo uma consequência do aumento do número de Estados legitimados no século passado, visto que em 1914 eram apenas 55 países reconhecidos e em 2002 esse número quase quadruplicou, passando a 192. Isto porque, muitas colônias ganharam ou conquistaram independência de suas metrópoles. Contudo, esses novos Estados não estavam preparados para enfrentar um cenário econômico oscilante e uma política internacional complexa. Outra causa relevante seria a forte imposição do nível de controle na sociedade, forçando normas e culminando em um autoritarismo (DI JOHN, 2008).

Quando um Estado torna-se enfraquecido, sua vulnerabilidade perante o cenário global torna-se visível, assim como os efeitos desta situação. Buzan (1991) ilustra a ideia de um Estado forte através do modelo de um triângulo, onde cada lado representa uma característica fundamental para o seu bom funcionamento. A base deste triângulo seria a expressão institucional, e o seu topo seria a base física e a ideia comum de Estado. Caso uma dessas partes não estiver presente ou atuando bem, o modelo não se manterá e seus impactos serão sentidos como resultantes de um Estado fraco (ROTBERG, 2003a).

Woodward (2004), aborda a importância de se ter um Estado forte, pois de maneira geral, os Estados são indispensáveis para que se alcance segurança. Ele continua explicando que hoje os Estados frágeis e falidos enfrentam conflitos que resultam da redução de tamanho dos mesmos que vem ocorrendo ao longo dos últimos 25 anos e também pela crescente exigência do Estado em lidar com as ameaças à segurança internacional. Tais tensões e ameaças abordadas por Woodward (2004) e Umaña (2012) podem ser vistas no Iraque, enquanto ainda ocorrem conflitos armados que são reflexos da disputa pelo poder por parte de dissidentes.

Além desses Estados causarem grandes desafios para o cenário internacional, eles ainda representam desafios legais, como Brooks (2005, p. 1162), expõe que quando ocorre falha na funcionalidade dos seus governantes, isto impossibilita-os de firmarem ou perseverarem em tratados; Impede-os de participarem do comércio internacional e outros afins; ainda, “eles não podem cumprir os contratos entre os seus cidadãos e estrangeiros ou proteger os interesses de propriedade estabelecidos”.

As razões para a fragilidade dos Estados são complexas, porém não imprevisíveis (THE FUND FOR PEACE, 2014). Portanto, é de suma importância a criação de relatórios com o intuito de monitorar as condições que podem contribuir para o fracasso de um Estado. Sem dados confiáveis, é impossível identificar problemas que podem estar crescendo discretamente fora do alcance dos órgãos internacionais. Na publicação mais recente do *Failed States Index* (Relatório dos Estados Falidos), o relatório é apresentado “como uma ferramenta crítica no destaque não somente das pressões que os Estados experimentam, mas também como indicador quando estas pressões estão levando o Estado a beira da falência.” (THE FUND FOR PEACE, 2014, p. 9).

#### 4 CARACTERIZANDO O IRAQUE COMO ESTADO FALIDO

Após uma década de conflitos internos e internacionais, o Estado Iraquiano continua em uma posição econômica, política, social e democrática crítica, como pode ser constatado na análise dos dados coletados há dez anos pelo *The Fund for Peace* (2014). O País possui fortes características de “fraqueza” e até mesmo “falência”. Em um artigo publicado pela revista *Foreign Affairs*, Parker (2012) expõem que, após 9 anos da queda do regime de Saddam Hussein e alguns meses da retirada das tropas norte-americanas, a nação não consegue se erguer e a lei existe como uma arma a ser usada contra os rivais e seus aliados, rapidamente desvanecendo o sonho de um Iraque democrático.

Como abordado por Rotberg (2004, p. 5), Estados Falidos “são tipificados pela deterioração ou destruição de suas infraestruturas. Em muitos desses Estados, as tropas governamentais travam confrontos com grupos revoltosos armados liderados por um ou mais rivais”. Estas características podem ser encontradas facilmente no Iraque como aponta Parker (2012), que descreve que o Estado Iraquiano não consegue prover o povo mesmo com serviços básicos. Outro forte fator ponderado é o problema do desemprego entre os homens jovens que gira em torno de 30 por cento, o que resulta em alvos fáceis para recrutamento por parte de gangues criminosas e facções militantes. As divergências na esfera política e a violência que se encontram nos centros urbanos geram um ciclo vicioso de desestabilização. Portanto os conflitos armados, as intervenções militares e assanções econômicas podem ser classificadas como um desastre causado pelo homem, que incapacitou o Iraque, tanto socialmente, quanto economicamente (AL-DAHASH et al, 2014).

Ainda, de acordo com Parker (2012), o Iraque hoje é dividido entre três partidos: os religiosos xiitas, outrora perseguidos, como o Partido Dawa de Maliki; os partidos seculares sunitas, que há muito esperam por uma versão menos sangrenta do Partido Baath, de Saddam, com a sua ideologia nacionalista, intolerância religiosa e política étnica; e os Curdos, que manobram cuidadosamente em torno das divisões em Bagdá.

Rotberg (2003b) acrescenta que para um Estado fracassar é necessário a associação de determinados fatores tais como: violência entre Estados,

ascensão de atores não estatais, o aumento do uso de armas com poder letal utilizadas em combate, o comércio ilegal de armas de pequeno porte e o comércio recíproco em extração ilegal e exportação de minerais, madeira, narcóticos, mulheres e crianças, com o intuito de pagar pelas armas e munições desejadas. As características de um Estado Falido perduram no Iraque e as dificuldades para se alcançar a ordem e a paz na nação parecem estar longe de se tornar realidade.

#### 4.1 O Iraque na perspectiva do Failed States Index

O relatório dos Estados Falidos, há dez anos coleta informações para alimentar a base de dados dos 12 indicadores que sugerem o desenvolvimento, ou não, de uma nação. Durante este processo, o Iraque tem sido acompanhado pelo *The Fund for Peace* e o relatório elaborado ao longo desde período, testificado os lucros e fracassos do País. Com base nesses dados, será analisado o comportamento iraquiano durante esta jornada, pois segundo Lawrence (2014, p. 17), quando se Identifica e se explora a fragilidade dos estados, é possível encontrar formas que possibilitem lidar e combater possíveis tensões futuras, visto que “saber que tipo de pressão os estados têm sido capazes (ou não) de reduzir no ano anterior cria uma visão sobre as capacidades que existem (ou não) dentro de cada estado e seus governos.”

Logo na primeira edição do relatório em 2005, o Iraque aparece na lista dos dez piores países colocados, fato que ocorre um ano após a invasão estadunidense na nação. No quadro 4, exibido na sequência, o País ocupa a quarta posição, com 103.2 pontos dos 120.0 que se pode alcançar, ficando atrás apenas dos países Sudão, República Democrática do Congo e Côte d'Ivoire, que aparece em primeiro lugar na listagem (THE FUND FOR PEACE, 2005).

No relatório de 2010 (THE FUND FOR PEACE, 2010), a organização *The Fund for Peace*, fez uma análise na performance dos países por região. Quais seriam os melhores ou piores colocados? No mapa, pode-se observar a performance do Iraque, que aparece na primeira posição, como pior colocado na sua região.

Mapa 1 – Performance dos países por região: Oriente Médio e África do Norte

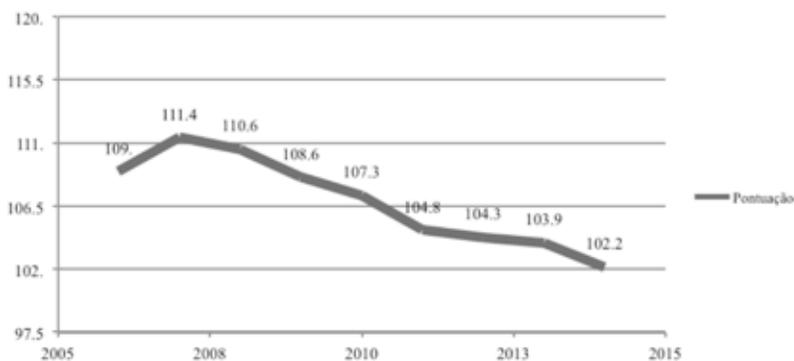


<i>The best performer</i>		
144.	Oman	48.7
<i>The worst performers</i>		
7.	Iraq	107.3
15.	Yemen	100.0
32.	Iran	92.2
34.	Lebanon	90.9
39.	Mauritania	89.1

Fonte: The Fund for Peace, Disponível em: <<http://ffp.statesindex.org/2010>>. Acesso em: 20 jun. 2014.

Em 2011, o País é exposto pelo *Failed States Index* (2011), na nona posição dos “*The Trouble Ten*”. Após uma década de relatórios, pode-se visualizar através do gráfico abaixo como o Iraque se comportou ano a ano. Os movimentos ascendentes representam as tendências de agravamento, enquanto os movimentos descendentes representam melhoria nas tendências (THE FUND FOR PEACE, 2014).

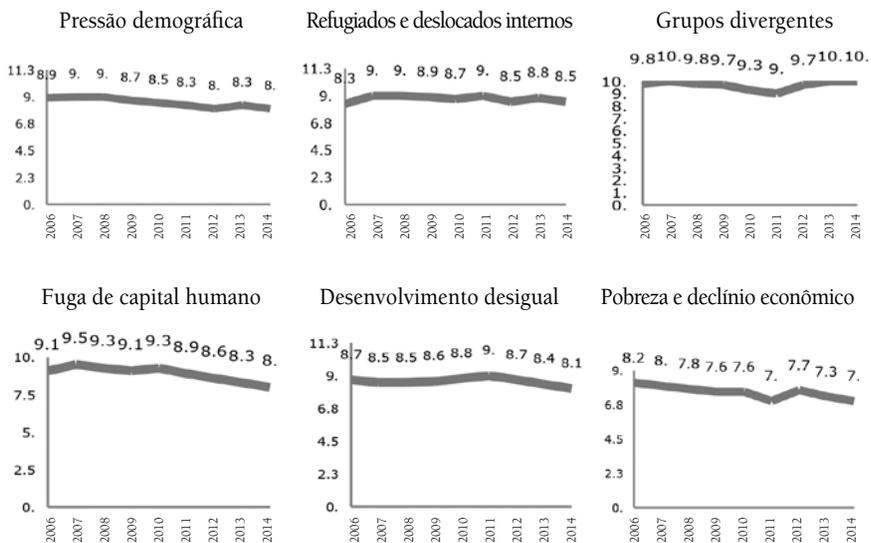
Gráfico 1 - Tendência Iraquiana no período de 2006 à 2014



Fonte: The Fund for Peace, Disponível em: <<http://ffp.statesindex.org/2014-iraq>>. Acesso em: 18 jun. 2014. Elaborado pelo autor.

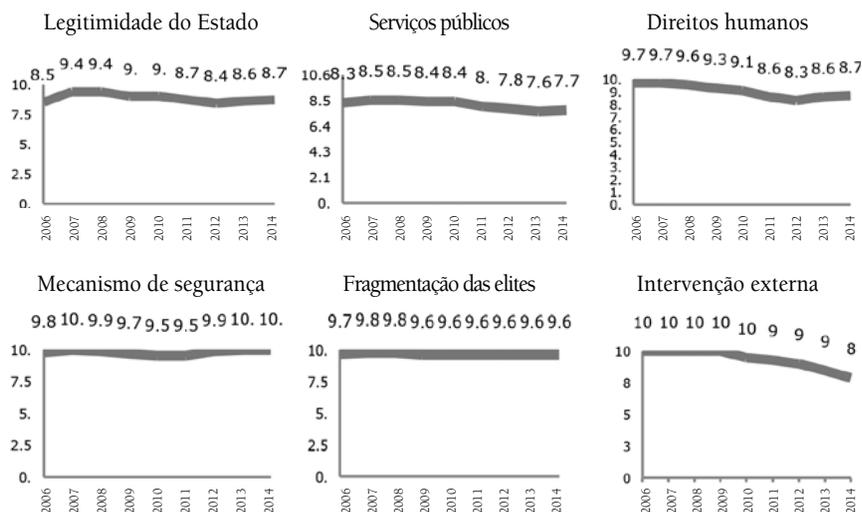
O mesmo ocorre para os indicadores sociais e econômicos exposto no gráfico 2 e os políticos e militares vistos no 3.

Gráfico 2 - Tendência Iraquiana social e econômica no período de 2006 à 2014.



Fonte: The Fund for Peace, Disponível em: <<http://ffp.statesindex.org/2014-iraq>>. Acesso em: 18 jun. 2014. Elaborado pelo autor.

Gráfico 3 - Tendência Iraquiana Política e Militar no período de 2006 à 2014



Fonte: The Fund for Peace, Disponível em: <<http://ffp.statesindex.org/2014-iraq>>. Acesso em: 18 jun. 2014. Elaborado pelo autor.

Pode-se observar na figura 7, a atual pontuação iraquiana, sua melhor e pior performance considerando o período de análise de dez anos do *The Fund for Peace*.

Figura 7 – Melhor e pior performance iraquiana

	Pontuação Base	Pontuação 2014	Maior Pontuação	Menor Pontuação	Intervalo de Pontuação	Mudança
<b>Iraque</b>	<b>109</b>	<b>102.2</b>	<b>111.4</b>	<b>102.2</b>	<b>9.2</b>	<b>- 6.8</b>

Fonte: The Fund for Peace, Disponível em: <<http://ffp.statesindex.org/fsi-decadetrends>>. Acesso em: 23 set. 2014. Elaborado pelo autor.

Contudo, apesar de o Iraque aparecer no *ranking* do *Failed States Index* de 2014 com uma melhor pontuação, deve-se levar em consideração que os dados avaliados pela Instituição são referentes ao ano anterior, 2013. Até então, o Iraque ainda não estava sofrendo fortes pressões por parte do grupo islâmico *Islamic State in Iraq and the Levant* (ISIS), que na atualidade está direcionando o país a uma nova guerra civil.

Quando os dados são coletados e analisados, uma série de acontecimentos continuam em andamento no cenário global, sendo impossível fazer um registro atualizado no momento em que é divulgado o índice. O que parece claro é que a tendência de melhorias no País sofrerá alterações devido aos seus conflitos internos e externos (THE FUND FOR PEACE, 2014).

## 5 ANÁLISE E CONSEQUÊNCIAS DA INVASÃO AMERICANA NO IRAQUE EM 2003

O governo americano já tinha conhecimento das ligações existentes entre a al-Qaeda e o regime do Talibã e este foi o primeiro alvo: atacar o Afeganistão, que era a base das operações do grupo. Logo, a urgência em atacar o Iraque torna-se notória. Segundo Bodansky (2005), a principal razão seria a cooperação do serviço de inteligência do ditador Hussein com o grupo terrorista de Osama bin Laden, que tivera início na década de noventa, quando as forças jihadistas na Somália receberam auxílio militar iraquiano pelo Sudão. Bodansky (2005, p. 1) ainda acrescenta que “esta aliança foi consolidada em 1998-1999, quando Saddam e bin Laden perceberam que eles precisavam de ajuda mútua para confrontar os Estados Unidos.”

Ademais, Bush, em conjunto com seus secretários, argumentavam que se o Iraque se tornasse democrático, conseqüentemente a democracia se espalharia pelo Oriente Médio, em uma promessa de paz regional (SANTOS; TEIXEIRA, 2013). Ainda segundo Santos e Teixeira (2013), apesar de que essa visão de paz regional foi pouco mencionada (cerca de 5% durante os discursos de 2001 e 2002), ainda assim essa era uma premissa que auxiliava a coleção de bons valores para justificar a intervenção.

Na famosa obra “O Choque de Civilizações” de Huntington (2010), o cientista político contrasta os terroristas do passado com os do futuro, explanando que no passado, a violência cometida pelos terroristas era limitada e alcançava apenas algumas vítimas tanto físicas quanto materiais. Se fosse necessário produzir violência maciça, eram necessárias grandes esforços militares. A destruição maciça da qual Huntington falava, se concretizou com a dimensão dos atentados de 2001 em Nova Iorque. Contudo, ainda faltava impedir que as forças não ocidentais se fortalecessem e criassem caos no cenário internacional. Sendo assim, a invasão norte-americana no Iraque no dia 19 de março de 2003, teve o objetivo de desarmar o país de armas de destruição em massa, libertar o povo do regime imposto pelo ditador Saddam Hussein e derrubar o suporte que o regime estava dando ao grupo al-Qaeda. Para isto, a operação *Iraqi Freedom* (Iraque Livre) foi posta em ação (FITRI, 2012).

Estes foram os motivos expostos na imprensa pelo vice-presidente norte americano, Dick Chaney em 2002. Todavia, muitas são as teorias que sugerem outros vieses para a invasão. Ainda, enquanto as armas de destruição em massa, os Estados Unidos argumentaram que o Iraque não havia provado adequadamente a quantidade de armas e nem convencido os inspetores das Nações Unidas, mesmo após o prazo final determinado pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas para o desarmamento, através da Resolução 1441 de 8 de novembro de 2002 (UNITED NATIONS, 2002).

Deve-se considerar que havia um grande pano de fundo para toda esta situação: a necessidade de garantir acesso às matérias primas essenciais, no caso o petróleo, e assegurar a influência política na região, visando preservar a estabilidade regional e erradicar a ameaça terrorista (VISACRO, 2009). O autor ainda acrescenta que, após a ocupação e derrubada do regime, o próximo passo para fortalecer sua influência seria ter o Iraque como aliado, o que isolaria geograficamente o Irã e a Síria, dois oponentes

tes norte-americanos, o que demonstra que a invasão iraquiana foi um ato pensado mais politicamente que propriamente econômico (FITRI, 2012; STRAKES, 2006).

Fitri (2012) confirma a teoria de Visacro (2009) quando diz que os EUA perceberam que seus problemas relacionados ao petróleo poderiam ser solucionados caso conseguissem controlar a segunda maior reserva de petróleo do mundo. Ainda, se adquirissem o controle militar do petróleo, ocorreria um efeito dominó na região, proporcionando mais segurança para seu maior parceiro no Oriente médio, Israel, e ainda colocaria pressão sobre a Síria.

Para tal atrito, a teoria de Huntington (1998, p. 273) afirma que o Islã, sendo uma civilização diferente, é o verdadeiro problema subjacente para o Ocidente, pois “tais pessoas estão convencidas da superioridade de sua cultura e obcecadas com a inferioridade de seu poderio.” Ainda argumenta que “para o Islã, o problema maior não é a CIA ou o Departamento de Defesa dos Estados Unidos e sim o Ocidente, que é uma civilização diferente e lhes impõe a obrigação de estender sua cultura por todo o mundo.” Para os jihadistas, a única religião válida é o Islã, e como afirmou Bin Laden, a Declaração dos Direitos Humanos das Nações Unidas seria anti-islâmica por afirmar o contrário, validando todas as religiões (TRIANDIS, 2013).

O choque cultural é evidente entre o povo iraquiano e o Ocidente e apesar de 60 por cento da população ter ficado feliz com a captura do ditador Saddam Hussein, segundo Bodansky (2005) a invasão e o controle americano sobre o País era desaprovada pelo povo, pois grande parte dos iraquianos acreditam que os Estados Unidos desbancaram Saddam porque ele era contra o governo Bush. No fim, os esforços americanos a fim de impor sua própria solução de reconstrução na nação do Iraque, é vista como “mais um método de reprimir o povo do Iraque, a fim de controlar os seus recursos de petróleo e suas terras” (BODANSKY, 2005, p. 476).

O intento de reconciliação da administração Bush com o Iraque para no futuro tê-lo como aliado no Oriente Médio, é rejeitado pela população iraquiana, que desconfia das reais intenções norte-americanas sobre o País. Como abordado, muito se especula que a invasão ocorrida no Iraque fazia parte de um plano para eliminar o governo ditatorial de Saddam Hussein e incorporar a democracia neste Estado, além de demarcar um ponto estratégico para garantir grande poder de intervenção no Oriente Médio (STRAKES, 2006).

Todavia, Zakaria (2007), em uma entrevista com Veelen (2007), considera que há dois equívocos no pensamento das pessoas a respeito da possibilidade de exportar democracia para o Iraque ou Afeganistão. O primeiro é o pensamento que não há como exportar democracia, devido as diferenças culturais. Ele desfaz este argumento explicando que é notório o desenvolvimento da democracia desde pequenos estados do norte da Europa, a América do Norte à Coreia do Sul, Japão e Índia. O segundo erro é ponderar sobre poder exportar a democracia para “qualquer lugar a qualquer hora”. Zakaria expõe seu pensamento considerando que para a democracia ter a capacidade de ser propagada ao redor do mundo, é preciso que isso ocorra de forma orgânica e partir das sociedades, e que o país precisa estar disposto a se modernizar.

A administração Bush ao querer introduzir a democracia à força através de eleições, se depara com a resistência por parte do povo no Oriente Médio, pois quando a administração Bush introduziu eleições competitivas nos moldes ocidentais, foi como “criar efeitos em cascata em vários estados do Oriente Médio, tanto aumentando a agitação interna em favor da reforma institucional como por instigar possíveis campanhas de terror” Strakes (2006, p. 31). Não havia dúvidas de que a segurança na região seria um oponente forte da Doutrina Bush, ainda mais depois do pronunciamento dos Islâmicos à captura de Saddam Hussein.

Bodanski (2004, p. 478) descreve o comunicado da liderança da al-Qaeda reagindo à prisão Saddam: “Saddam é passado e al-Qaeda está se movendo para cima”, deixando evidente que a guerra contra o terrorismo continuava em andamento e os conflitos de segurança na região seriam um desafio ainda maior no cenário internacional.

Com o Estado iraquiano enfraquecido, somado a vulnerabilidade gerada pela retirada das tropas americanas a partir de 2007, proporcionaram um ambiente fértil para a atuação de atores não-estatais (CAMARGO, 2014; ROTBERG, 2003a). O vácuo criado pelo governo xiita de Nuri al-Maliki, que logo após a saída das tropas americanas demonstrou uma política étnica sectária em relação as outras etnias do país, trouxe à tona uma organização que já se encontrava em marcha nos bastidores do poder desde 2004 e que utilizou-se do descontentamento, entre outros fatores, para se levantar com força, o grupo por trás do Estado Islâmico (MUDHOON, 2014; BODANSKI, 2004; LEHMANN 2014; CAMARGO 2014). Segundo

Visacro (2009, p. 36), “[...] ao derrubar governos antixiitas radicais no Iraque e no Afeganistão, Washington inadvertidamente permitia que o antigo Império Persa, isto é, o Irã, estabelecesse sua histórica área de influência.”

Desta forma, no contexto da “Guerra Global Contra o Terror”, a reconstrução do Iraque mostrar-se-ia ainda, uma tarefa de grandes proporções. Principalmente devido ao surgimento do Estado Islâmico dentro do Estado Iraquiano, criado pelos radicais que não se conformavam com a política expansionista americana, mais conhecida como “doutrina Bush”, na região (RUIC, 2014; ROTBERG, 2003a; LIMA, 2014). Segundo Saint-Pierre (2015), os Estados Unidos tornaram o Iraque, um Estado que poderia ser um grande aliado na luta contra o terrorismo, em um país devastado, com uma vasta desordem política e social, depreciando uma cultura milenar e deixando o ódio em sua população.

## **6 A FRAGILIDADE IRAQUIANA FRENTE AO ESTADO ISLÂMICO E SUAS IMPLICAÇÕES NO SISTEMA INTERNACIONAL**

Faz-se necessário o entendimento que a situação do Iraque como Estado Falido, demonstra a fragilidade desta nação diante de novas forças não-estatais que surgem dos conflitos não resolvidos na região. A realidade vivida no Oriente Médio, em especial no Iraque, é de um contexto histórico onde, sunitas, curdos e xiitas, entre outros, replicam os conflitos que as gerações passadas vivenciaram a fim de impor suas ideologias e tentar dominar a região.

Logo, estes conflitos entre etnias aprofundam a fragilidade do Estado enquanto instituição de governo. Tanto que o grupo islâmico tem crescido devido ao povo não aceitar a repreensão do regime de Assad na Síria, “[...] mas a aturam porque ela trouxe estabilidade a região” e também, no caso do Iraque, “por não quererem se submeter a um governo central composto majoritariamente por xiitas, o qual é temido por muitos” (LIMA, 2014). Com a autodenominação do Estado Islâmico, em 30 de junho de 2014, como autoridade sobre os 1,5 bilhões de muçulmanos ao redor do mundo (ISIS..., 2014), muitos tomaram esta proclamação como uma instituição que defende os interesses e ideologias deste povo, inclusive em alguns lugares sendo considerados como protetores dos sunitas.

A fragilidade do Estado Iraquiano em manter a sua segurança interna é o problema principal e alimenta a dificuldade do Estado Iraquiano em

conter o avanço e o crescimento do Grupo Radical Islâmico dentro de seu território. Este fato se reflete diretamente na estabilidade da segurança internacional, uma vez que estes grupos transcendem fronteiras a fim de propagar sua ideologia e combater a cultura Ocidental (VASCONCELOS apud CAMARGO, 2014). A expansão de grupos divergentes, a desconsideração aos Direitos humanos, refugiados e deslocamentos internos são algumas provas cabais de um Estado que é falido, conforme abordado pelo *Failed States Index*. A pobreza e o declínio econômico também são pungentes como aborda Lima (2014), pois com a insatisfação da população, ela tende a apoiar qualquer grupo ativista que se erga, mesmo que deslegitimado, desde que estabeleça um mínimo de estabilidade.

A perda do controle iraquiano sobre o Estado Islâmico devido à fragilidade do Estado, tem causado caos e instabilidade tanto regional quanto mundialmente. Todos estes são fatores cruciais, que de forma clara, demonstram a fragilidade Iraquiana, enquanto Estado falido, face ao crescimento do Estado Islâmico e exemplificam as ameaças que esta causa à segurança e a estabilidade do sistema internacional.

## 7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Assim sendo, tendo por base todos os dados supracitados e utilizados, o presente artigo que objetivou compreender o fenômeno dos Estados Falidos, colocando uma maior observação em especial no Iraque, apresentou duas questões importantes e reais. A primeira é a evidencia que, os Estados, e estes entendidos como personalidade originária do direito internacional público que para serem considerado como, devem possuir: território, população e governo não subordinado (REZEK, 2008), que deixam de exercer suas funções básicas, como provisão de bens públicos como defesa, lei e saúde pública, bem como, a função intermediária, caracterizada pela educação, regulamentação financeira entre outros, e por fim, a função ativista onde é esperado que o Estado crie política industrial e cuide de assuntos pertinentes a redistribuição de riqueza, são considerados Estados “fracassados”, e assim sendo, os mesmo representam uma preocupação tanto interna - devido às guerras civis, grupos terroristas, grupos rebeldes - quanto uma preocupação no âmbito internacional.

Os Estados Falidos dentro do cenário internacional são reais, e preocupantes, como apresenta o relatório do *Failed States Index*, países esses

originários pós 1914, onde inúmeras colônias romperam com a dominante metrópole, porém as mesmas entraram sem força em um sistema global, ou até mesmo com problemas relacionados a etnia, religião no interior do sistema cultura, como é a questão do ISIS, Estado Islâmico, que vem ao encontro da justificativa dos Estados Falidos.

Em um segundo momento, temos a situação do Iraque, que em uma análise geral, mas com atenção especial, e como resultado da proposta apresentada, o mesmo pode servir como exemplo de um caso de Estado Falido, devido alguns pontos. Como primeiro argumento, temos a situação econômica, política, social e democrática do País, sendo inviável o provimento dos serviços básicos para a população. Após décadas de conflitos internacionais e nacionais, o clima continua tenso. Mesmo com a retirada do governo de Saddam Hussein e das tropas norte-americanas, a nação não consegue se colocar em igualdade com os Estados fortes.

Outro argumento é que o Iraque atualmente é dividido em três partidos: Xiitas, os Sunitas e os Curdos, e desta forma ainda existe um conflito interno que é violento e duradouro dentro do território iraquiano. Terceiro argumento condiz com o relatório do *The Fund For Peace*, que apresenta a situação do Iraque de 2006 até 2014, podendo ser percebido uma pequena melhora, porém aquém da necessidade. Deve-se ainda levar em consideração a presença do ISIS, que direciona o país a uma nova guerra civil, devido ao seu rápido crescimento.

Não obstante, foi necessário o comentário acerca do motivo da invasão dos EUA no país. Duas vertentes surgem a respeito das ações: a primeira, motivada pela criação de uma aliança entre o ditador Saddam Hussein e o líder islâmico Osama Bin Laden para enfrentarem os Estados Unidos e suas ações “imperialistas”. Como reflexo desta aliança, o mundo assistiu atônito o colapso deflagrado em 11 de Setembro. A segunda vertente remete aos interesses econômicos sobre o mercado petrolífero iraquiano, além de criar um ambiente de segurança para Israel, seu principal parceiro no Oriente Médio. Contudo, independente da motivação, ao retirar as tropas do Iraque, proporcionou a insurreição de atores não-estatais, impossibilitando ainda mais uma possível estabilização política.

Com estas considerações, é possível demonstrar que o Iraque, devido a sua fragilidade governamental, tornou-se um centro de disseminação de terroristas, que causa inquietação no âmbito nacional e internacional. Fica evidente através das ações do ISIS, que este ator não-estatal ocasionou, em

um primeiro momento, desestabilização dentro das fronteiras nacionais iraquianas, transbordando, em seguida, para a segurança do sistema internacional. Ainda, é certo que pela região do Oriente Médio não possui um governo estabilizador, possibilita atores não-estatais, atuando nesta zona sensível aos interesses do ocidente, tornarem-se mais proeminentes e notórios no Sistema Internacional do que outros grupos terroristas localizados em zonas menos importantes para tais interesses.

## AGRADECIMENTOS

Os autores gostariam de agradecer ao professor José Baltazar Salgueirinho Osório de Andrade Guerra, pela dedicação e motivação ao orientar e nortear seus alunos na busca pelo conhecimento do Estado da Arte.

Este artigo foi produzido pelo Grupo de Pesquisa em Eficiência Energética e Sustentabilidade (GREENS), da Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). A pesquisa foi realizada no âmbito do Projeto LINKS 2015 – Ligações entre o consumo de energia, alimentos e água no Brasil, no contexto das estratégias de mitigação das mudanças climáticas, com o fomento do Fundo de Newton e da FAPESC – Fundação de Apoio à Pesquisa Científica e Tecnológica do Estado de Santa Catarina.

## REFERÊNCIAS

AL-DAHASH, Hajer; KULATUNGA, Udayangani; AMARATUNGA, Dilanthi. *Evaluation of the System of Disaster Management Resulting from War Operations and Terrorism in Iraq: Procedia Economics And Finance*, v. 18, n. 0, p. 900-907, nov. 2014. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2212567114010168>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

BODANSKY, Yossef. *The Secret History of the Iraq War*. New York: HarperCollins Publishers, 2005.

BROOKS, E. Rosa. *Failed States, or the State as failure?*. In: GEORGETOWN UNIVERSITY LAW CENTER, 2005, [S.L.]. *Georgetown Law Library 2005. Anais eletrônicos...* Disponível em <<http://scholarship.law.georgetown.edu/facpub/1108>>. Acesso em: 23 set. 2014.

BUZAN, Barry. *People, States, and Fear: An Agenda for International Security Studies in the Post-Cold War Era*. London: Harvester Wheatsheaf, 1991.

\_\_\_\_\_; LITTLE, Richard. *International Systems in World History: Remaking the Study of International Relations*. Oxford: Oxford University Press, 2000.

CAMARGO, Gabriel. **Estado Islâmico desafia Ocidente em meio a crise no Oriente Médio**, 26 set. 2014. Disponível em: <[http://puc-riodigital.com.puc-rio.br/Jornal/Mundo/Estado-Islamico-desafia-Ocidente-em-meio-a-crise-no-Oriente-Medio-25116.html#VDNCbUsk\\_1o](http://puc-riodigital.com.puc-rio.br/Jornal/Mundo/Estado-Islamico-desafia-Ocidente-em-meio-a-crise-no-Oriente-Medio-25116.html#VDNCbUsk_1o)>. Acesso em: 6 out. 2014.

DIJOHN, Jonathan. *Conceptualizing the causes and consequences of Failed States: A critical review of the literature*. **Crisis State Research Centre: development studies institute**. London, n. 2, p. 1-53, jan. 2008. Disponível em: <<http://www.lse.ac.uk/internationalDevelopment/research/crisisStates/download/wp/wpSeries2/wp252.pdf>> Acesso em: 23 set, 2014.

ITRI, Nofia. *Understanding the 2003 United States – Iraq Invasion: A Study of Level Analysis*. 9 may 2012. Disponível em: <<http://yellowpolitics.wordpress.com/2012/05/09/understanding-the-2003-united-states-iraq-invasion-a-study-of-level-analysis/>>. Acesso em: 1 out. 2014.

FUKUYAMA, Francis. **Construção de Estados: governo e organização mundial no século XXI**. Rio de Janeiro: Rocco, 2005.

\_\_\_\_\_. *State Building: Governance and World Order in the 21st century*. New York: Cornell University Press, 2004.

GOMES, Aureo de Toledo; REIS, Rossana Rocha; ESPÍNDOLA, Tainah. Terrorismo e Estados Falidos: uma análise de discurso crítica. **Opinião Pública**, Campinas, v. 20, n. 2, p.291-310, ago. 2014. Disponível em: <[www.cesop.unicamp.br/site/htm/arquivo\\_artigo\\_revista.php?art=500](http://www.cesop.unicamp.br/site/htm/arquivo_artigo_revista.php?art=500)>. Acesso em: 25 abr. 2015.

HOWARD, Tiffany O. *The Tragedy of Failure: Evaluating State Failure and its Impact on the spread of Refugees, Terrorism, and War*. Santa Barbara: ABC-CLIO, LLC, 2010.

HUNTINGTON, Samuel P. **O Choque de Civilizações a e recomposição da Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2010.

\_\_\_\_\_. **O Choque de Civilizações**. Rio de Janeiro: Bibliex, 1998.

\_\_\_\_\_. **O Choque de Civilizações a e recomposição da Ordem Mundial**. Rio de Janeiro: Objetiva, 1996.

ISIS fast facts. **CNN**, 9 out. 2014. Disponível em: <<http://edition.cnn.com/2014/08/08/world/isis-fast-facts/>>. Acesso em: 6 out. 2014.

KISSINGER, Henry A. **Diplomacia**. 2. ed. Rev. Rio de Janeiro: Universidade, 1999.

KUPCHAN, A. Charles. The Democratic Malaise: Globalization and the Threat to the West. **Foreign Affairs**, Jan/Fev, 2012. Disponível em: <<http://www.foreignaffairs.com/print/134048>>. Acesso em: 22 de fev., 2014.

LAWRENCE, Kendall. *The World's ten Most Fragile States*. In: **THE FUND FOR PEACE. The Failed States Index 2014**. Washington: The Fund For Peace, 2014. p. 17-22. Disponível em: <<http://library.fundforpeace.org/cfsir1423>>. Acesso em: 29 set. 2014.

LIMA, José A. O Estado Islâmico veio para ficar. **Carta Capital**, 30 set. 2014. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/internacional/o-estado-islamico-veio-para-ficar-7652.html>>. Acesso em: 6 out. 2014.

LOGAN, Justin; PREBLE, Christopher. *Failed States and Flawed Logic: The Case against a Standing Nation-Building Office*. **Policy Analysis**, p. 1-5. jan. 2006. Disponível em: <<http://>>

www.cato.org/publications/policy-analysis/failed-states-flawed-logic-case-against-standing-nationbuilding-office>. Acesso em: 25 abr. 2015.

MAZARR, Michael J.. *The Rise and Fall of the Failed-State Paradigm: Requiem for a Decade of Distraction*. **Foreign Affairs**, jan. 2014. Disponível em: <<http://www.foreignaffairs.com/articles/140347/michael-j-mazarr/the-rise-and-fall-of-the-failed-state-paradigm>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

MCCONNELL, Fiona; MOREAU, Terri; DITTMER, Jason. *Mimicking state diplomacy: The legitimizing strategies of unofficial diplomacies*. **Geoforum**, v. 43, n. 4, p.804-814, jun. 2012. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0016718512000322>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

MUDHOON, Loay. Crise no Iraque evidencia fragilidade dos Estados do Oriente Médio. **DW**, 23, jun. 2014. Disponível em: <<http://www.dw.de/opini%C3%A3o-crise-no-iraque-evidencia-fragilidade-dos-estados-do-oriente-m%C3%A9dio/a-17730505>>. Acesso em: 6 out. 2014.

OTTAWAY, M. Marina. *States at Risk and Failing states*. In: *CARNEGIE ENDOWMENT FOR INTERNAIONAL PEACE, 2014, [S.L.]. Policy Outlook, democracy and Rule of Law Project*. 2014. **Anais eletrônicos...** Disponível em: <[www.carnegiedowment.org](http://www.carnegiedowment.org)>. Acesso em: 16 jun. 2014.

PARKER, Ned. *The Iraq Left Behind: Welcome to the World's Next Failed Sate*. **Foreign Affairs: Iraq Retrospective**, New York, mar/apr. 2012. Disponível em <<http://www.foreignaffairs.com/print/134546>>. Acesso em: 29 set. 2014.

REZEK, José Francisco. **Direito Internacional Público**: curso elementar. 11.ed.rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.161.

ROGERS, Paul. *Terrorism*. In: WILLIAMS, Paul D. **Security Studies: An Introduction**. Routledge: Oxon, 2008.

ROJAS, Diana Marcela. *La falla estatal y la globalización*. **Análisis Político**, Bogotá, v. 26, n. 61, p.73-85, dez. 2007. Disponível em: <[http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0121-47052007000300005](http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0121-47052007000300005)>. Acesso em: 26 abr. 2015.

ROTBURG, Robert I. **Failed States in a World of Terror**. *Foreign Affair*. NEW YORK, jul/ago, 2002 p. 127.

\_\_\_\_\_. **State Failure and State Weakness in a Time of Terror**. Washington: Brookings Institution Press, 2003a.

\_\_\_\_\_. **When State Fail: Cause and consequences**. Princeton: Princeton University Press, 2003b.

\_\_\_\_\_. **When State Fail: Cause and consequences**. Princeton: Princeton University Press, 2004.

RUIC, Gabriela. 10 fatos para entender o violento Estado Islâmico. **Exame**, 22 set. 2014. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/mundo/noticias/10-fatos-para-entender-o-violento-estado-islamico>>. Acesso em: 6 out. 2014.

SAINT-PIERRE, Héctor Luis. 11 de Setembro: do terror à injustificada arbitrariedade e o terrorismo de Estado. **Revista de Sociologia e Política**, v. 23, n. 53, p.9-26, mar. 2015. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rsocp/v23n53/0104-4478-rsocp-23-53-0009.pdf>>. Acesso em: 27 abr. 2015.

SANÍN, Francisco Gutiérrez. *¿Estados fallidos o conceptos fallidos? La clasificación de las fallas estatales y sus problemas*. **Revista de Estudios Sociales**, Bogotá, n. 37, p.87-104, dez. 2010. Disponível em: <<http://res.uniandes.edu.co/view.php/664/index.php?id=664>>. Acesso em: 26 abr. 2015.

SANTOS, Maria Helena de Castro; TEIXEIRA, Ulysses Tavares. *The essential role of democracy in the Bush Doctrine: the invasions of Iraq and Afghanistan*. **Revista Brasileira de Política Internacional**, v. 56, n. 2, p.131-156, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v56n2/v56n2a08.pdf>>. Acesso em: 25 abr. 2015.

SAMUELSON, Paul A. **Fundamentos da Análise Econômica**. São Paulo: Editora Abril Cultural, 1983.

STRAKES, E., Jason. *Navigating the Post-Iraq War Landscape in the Persian Gulf*. **Yale Journal of International Affairs**, New Haven, Fall|Winter, p. 27-36, 2006. Disponível em: <<http://yalejournal.org/wp-content/uploads/2011/01/062103strakes.pdf>>. Acesso em: 2 out. 2014.

THE FUND FOR PEACE. **The Failed States Index 2014**. Washington: The Fund For Peace, 2014. Disponível em: <<http://library.fundforpeace.org/cfsir1423>>. Acesso em: 23 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **The Failed States Index 2013**. Washington: The Fund For Peace, 2013. Disponível em: <<http://library.fundforpeace.org/cfsir1306>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

\_\_\_\_\_. **The Failed States Index 2011**. Washington: The Fund For Peace, 2011. Disponível em: <<http://www.fundforpeace.org/global/library/cr-11-14-fs-failedstatesindex2011-1106p.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **The Failed States Index 2010**. Washington: The Fund For Peace, 2010. Disponível em: <<http://www.fundforpeace.org/global/library/cr-10-99-fs-failedstatesindex2010-1103g.pdf>>. Acesso em: 25 set. 2014.

\_\_\_\_\_. **The Failed States Index 2005**. Washington: The Fund For Peace, 2005. Disponível em: <[http://www.foreignpolicy.com/articles/2005/07/01/the\\_failed\\_states\\_index\\_2005](http://www.foreignpolicy.com/articles/2005/07/01/the_failed_states_index_2005)>. Acesso em: 16 jun. 2014.

TRIANDIS, Harry C. *Toward Understanding Violence in Islam*. **Acta de Investigación Psicológica**, v.3, n.1, p.969-985, 2013. Disponível em: <<http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S2007471913709463>>. Acesso em: 23 abr. 2015.

UMAÑA, Felipe. *The Trouble Ten (plus one)*. In: THE FUND FOR PEACE. **The Failed States Index 2012**. Washington: The Fund For Peace. 2012, p. 18. Disponível em: <<http://library.fundforpeace.org/fsi12?q=cfsir1210>>. Acesso em: 18 jun. 2014.

UNITED NATIONS. **A more secure world: our shared responsibility**. New York: UN, 2004. Disponível em: <[https://www.un.org/en/peacebuilding/pdf/historical/hlp\\_more\\_secure\\_world.pdf](https://www.un.org/en/peacebuilding/pdf/historical/hlp_more_secure_world.pdf)>. Acesso em: 19 mar, 2014.

\_\_\_\_\_. **Resolution n° 1441, 8 November 2002.** *Recognizing the threat Iraq's non-compliance with Council resolutions and proliferation of weapons of mass destruction and long-range missiles poses to international peace and security.* Disponível em: <<http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/682/26/PDF/N0268226.pdf?OpenElement>>. Acesso em: 2 out. 2014.

VEELEN, V. Ijsbrand. *Interview met Fareed Zakaria.* **VPRO Tegenlicht**, 30 set. 2007. Disponível em: <<http://tegenlicht.vpro.nl/nieuws/2007/september/interview-met-fareed-zakaria.html>>. Acesso em: 2 out. 2014.

VISACRO, Alessandro. **Guerra Irregular:** Terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história. São Paulo: Contexto, 2009.

WENDT, Alexander. **Teoria Social da Política Internacional.** Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2014

WOODWARD, Susan. *Fragile States: Exploring the Concept.* In: *PEACE AND SOCIAL JUSTICE*, Rio de Janeiro, 2004. **Anais...** p. 1-9. Disponível em: <[http://statesandsecurity.org/\\_pdfs/Fragile%20States\\_Exploring%20the%20Concept.pdf](http://statesandsecurity.org/_pdfs/Fragile%20States_Exploring%20the%20Concept.pdf)>. Acesso em: 29 abr., 2014.

ZARTMAN, I. William. **Collapsed States: The Disintegration and Restauration of Legitimate Authority.** Colorado: Lynne Rienner, 1995.





# EL PROCESO DE ARMONIZACIÓN FISCAL EN EUROPA: UN RECORRIDO HISTÓRICO CON BASE EN LOS INFORMES MÁS RELEVANTES

---

**Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo<sup>1</sup>**

---

## ABSTRACT

La Unión Europea y el proceso de armonización fiscal en los Estados miembros es objeto de profundos debates en la comunidad científica. Por ello, en este trabajo se analizan los esfuerzos realizados desde la creación de la Comunidad Económica Europea hasta la consolidación de la actual Unión Europea en materia de armonización fiscal. Además, se analiza esta armonización desde dos bloques diferenciados, coincidiendo con las estrategias y acciones seguidas por la Unión Europea: un primer bloque, consistente en asentar en la comunidad europea la idea de aplicar unos estándares comunes en el Impuesto sobre Sociedades; y un segundo bloque, consistente igualmente en una armonización, pero esta vez, en la lucha contra el fraude fiscal internacional.

**PALABRAS CLAVE:** *Unión Europea. Armonización fiscal. Impuesto sobre Sociedades. Fraude fiscal internacional.*

---

1 Investigador predoctoral del Área de Derecho Financiero y Tributario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Málaga (España). Correo electrónico: gsanchezarchidona@uma.es

## **I A MODO DE INTRODUCCIÓN: DE UN PROCESO ARMONIZADOR A UN PROCESO ANTI FRAUDE EN LA UNIÓN EUROPEA**

La Unión Europea (en adelante, UE) y el proceso de armonización fiscal en los Estados miembros es objeto de profundos debates en la comunidad científica.

A pesar de los múltiples esfuerzos realizados en el seno de la institución en materia de imposición directa e indirecta, aún se sigue debatiendo sobre cómo debe ser la armonización fiscal, y más aún, sobre si debe haber o no una armonización fiscal en la UE.

La cuestión no es baladí, y para su comprensión hay que analizar, por un lado, las diferentes medidas e instrumentos promovidos desde la constitución de la Comunidad Económica Europea (en adelante, CEE) hasta la actual UE, y por otro lado, la evolución que han experimentado tanto las medidas promovidas como la metodología de su ejecución.

En estos términos, nos encontramos ante dos bloques diferenciados. Un primer bloque, centrado en la armonización del Impuesto sobre Sociedades en la UE, y un segundo bloque, de lucha frente al fraude fiscal internacional. En otras palabras, el primero, desde la publicación del *Informe Tinbergen* en 1953 a raíz del artículo 99 del Tratado de Roma, hasta la publicación del *Informe Bolkestein* en 2001; y el segundo, desde la publicación del Código de Conducta en 1998 de la UE hasta la Directiva 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, *por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del mercado interior*.

Por ello, la armonización fiscal en la UE es el objeto de nuestro estudio. No obstante, no podríamos profundizar en la evolución del proceso armonizador comunitario sin analizar el concepto de armonización fiscal desde los inicios de la CEE y, además, hay que reflexionar si la acepción establecida desde los inicios de la andadura europea se puede compartir en plenitud actualmente. Por ello, el término <<armonización fiscal>> será el prelude del estudio sobre la armonización fiscal en la UE.

## **2 EL CONCEPTO DE ARMONIZACIÓN FISCAL. UNA APROXIMACIÓN CON BASE EN LOS INICIOS DE LA COMUNIDAD ECONÓMICA EUROPEA**

Durante la evolución y consolidación de la UE, numerosas han sido las iniciativas que pretendía una armonización de la imposición directa

(principalmente del Impuesto sobre Sociedades), con el fin de contrarrestar el fraude fiscal internacional. Si bien, no debemos olvidar que aunque la armonización de la imposición directa presenta hoy día multitud de dificultades para su consecución, no sucede lo mismo en el plano de la imposición indirecta, *v.gr.*, en el Impuesto sobre el Valor Añadido (en adelante, IVA), ya que éste es uno de los principales recursos financieros de la UE y el mejor ejemplo de armonización tributaria en la UE.

En términos generales, la complejidad de un Ordenamiento jurídico-tributario radica en conseguir que se respeten los principios del Derecho tributario internacional<sup>2</sup> y que, además, reparta conforme a éstos la carga tributaria y ordene los ingresos y gastos públicos. En consecuencia, el grado de complejidad es mayor cuando interactúan los Ordenamientos jurídico-tributarios de varios Estados, por varias razones.

La primera, la configuración histórica del Derecho tributario general y la reticencia a la cesión de soberanía fiscal por parte de los Estados, *v. gr.*, a entes supranacionales que tengan por objetivo lograr una equiparación del tratamiento fiscal en determinados territorios de forma homónima.

La segunda, la configuración del Derecho tributario en particular, puesto que si bien la interacción de los ordenamientos jurídicos de los distintos países puede seguir líneas similares en su configuración, pueden diferir en el modo en que sus sistemas tributarios están configurados, y suponer a su vez un mal mayor que la propia diferencia en cuanto a la concepción dogmática del Derecho en general.

La tercera, la interacción de diversos conceptos tributarios en la normativa interna, ya que, *v. gr.*, el concepto de base imponible puede poseer un significado análogo en las legislaciones comunitarias, pero sin embargo los elementos que componen dicha base imponible pueden no estar configurados de la misma forma<sup>3</sup>.

Y cuarta, que los distintos conceptos de armonización tributaria sólo son una de las opciones que tienen los países para actuar frente a las lla-

---

2 Para más detalle, véase ROSEMBUJ, T. *Principios globales de fiscalidad internacional*. Barcelona: El fisco, 2012, p. 89-90; RUBIO GUERRERO, J. J., "Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional" en AA.VV. *Manual de Fiscalidad Internacional*. Madrid: IEF, 2016, p. 47-74.

3 *Cfr.* CORONA J. F.; VALERA, F., en *La Armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea*. Barcelona: Ariel Economía, 1989, p. 135, tratan la necesidad de la configuración de una base imponible consolidada común desde el punto de vista de la armonización de los distintos elementos esenciales de la propia base, como son, a su juicio: las amortizaciones fiscales; la valoración de activos fijos y existencias; los ajustes a la inflación; la compensación de pérdidas; y los incentivos fiscales a la inversión y al empleo.

madas <<distorsiones fiscales>>, siendo las otras dos restantes la neutralización fiscal y la integración financiera plena<sup>4</sup>.

La eliminación de estas distorsiones fiscales supone un mayor problema cuanto más amplio es el objetivo a lograr. Así, Mata Sierra establece que la creación de un Mercado Único producto de la CEE genera en los diferentes sistemas fiscales de los Estados una serie de distorsiones que constituyen, a priori, un grave obstáculo para la consolidación de dicho Mercado. Así, la <<Teoría de la Integración Fiscal Europea>>argumentada en el *Informe Neumark* de 1967 trata de ordenar sistemáticamente los problemas y tipos de distorsiones que pueden producirse para poder establecer mecanismos de lucha frente a estas<sup>5</sup>.

Así, hay que mencionar los fenómenos que causan estas distorsiones fiscales. El *Informe Neumark*<sup>6</sup> establecía tres situaciones por las que se producen dichas deficiencias:

1. Diferente carga fiscal global;
2. Desigualdad en la compensación de gastos públicos; y
3. Desigualdad en la estructura de los sistemas fiscales.

En la primera causa, la diferencia entre el nivel de ingresos fiscales de los Estados no producían distorsiones significativas, y en la segunda, la cuantía global de los gastos públicos de los diferentes Estados no es sustancialmente distinta, y el Informe se centra fundamentalmente en la tercera de ellas<sup>7</sup>.

Por tanto, la definición de distorsión fiscal tiene una vigencia de más de 50 años, y numerosos han sido los mecanismos para su eliminación. González<sup>8</sup> establece tres soluciones frente a las distorsiones que producen la interacción de distintos sistemas fiscales, que son: adoptar mecanismos de compensación

4 Por distorsión fiscal, siguiendo la tesis de FUENTES QUINTANA, E. *Política Fiscal e Integración Europea: España ante la integración europea*. Barcelona: Ariel Economía, 1966, p. 121 es la "la existencia de una discriminación de origen fiscal que altera las condiciones de concurrencia en un mercado, de tal suerte que se provoquen modificaciones en las corrientes normales del tráfico". Asimismo, añade CALLE SAIZ, R. "La progresiva concreción del Sistema Fiscal de la CEE" *La Armonización fiscal europea: un balance actual*, Edit. AC, Madrid, 1990, p. 61 que esta diferencia entre los sistemas tributarios de los Estados es una de las principales preocupaciones desde los inicios de la Comunidad Económica Europea, y que actualmente persiste.

5 Cfr. MATA SIERRA, M.T. *La Armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea*. Lex Nova. Valladolid, 1993, p. 35.

6 El *Informe Neumark* será objeto de profundo análisis posteriormente, por lo que nos limitamos a mencionar sucintamente las situaciones que éste menciona como detonantes de las distorsiones fiscales.

7 Véase al respecto Casado Ollero, G., "Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado de la CCE", *Revista Española de Derecho financiero*, núm. 38, 1983, p. 34-38 en el que el autor describe que un límite precisamente a la armonización tributaria internacional en relación a los diferentes sistemas fiscales viene determinado por el propio Tratado de la CCE, ya que establece ciertos límites al poder soberano tributario de los Estados miembros sobre el ámbito fiscal.

8 Cfr. ALONSO GONZÁLEZ, L.M.; CORONA ROMÁN, J.F.; VALERA TABUENA, F. *La Armonización fiscal en la Unión Europea*. Barcelona: McGraw-Hill, 1997, p. 20-21.

o neutralización fiscal, es decir, aquellos que actúan para evitar las consecuencias de las distorsiones sobre las condiciones de competencia pero sin afectar a sus causas; adoptar mecanismos de armonización fiscal, consistente en adoptar un conjunto de medidas que contribuyan a eliminar las distorsiones a través de la cesión parcial de la soberanía e integración plena de los Estados en la actividad financiera; y adoptar una integración financiera plena, en la que, por su propia condición, no se producirían distorsiones fiscales.

Establecidos estos parámetros, analizamos el concepto de armonización fiscal. En una primera aproximación, como algún autor ha dicho, nos situaría en “aquella actividad por la que se intenta conseguir una cierta integración parcial de la actividad financiera de los países miembros a partir de medidas que contribuyan a eliminar las distorsiones existentes”<sup>9</sup>. Por su parte, Di Pietro argumenta que la armonización fiscal consiste en “un proceso de ajuste de los sistemas fiscales nacionales para adaptarlos a los objetivos comunes del mercado único”<sup>10</sup>. Corona Romá Nalude al concepto de armonización contenido en el *Informe Neumark*, ya que tuvo gran trascendencia a la hora de asentar unas bases sobre la armonización fiscal europea. Así, dicho Informe la define como “la actividad de incentivar la interacción de la competencia de forma que la integración y el crecimiento económico de los seis [hoy 27] países pueda conseguir de manera simultánea y gradual. No es un problema de estructura de los sistemas tributarios, sino de los efectos y la incidencia de los impuestos existentes en cada país sobre los procesos de integración y crecimiento económico”<sup>11</sup>.

Por otra parte, Pérez define este fenómeno como “la homogeneización de los sistemas fiscales nacionales con el objetivo de eliminar las distorsiones tributarias que impiden la consecución del mercado interior común”<sup>12</sup>.

---

9 MATA SIERRA, M.T. *La Armonización fiscal...* Op. Cit, p. 39.

10 DI PIETRO, A., “Informe del Relator General sobre el estado de la fiscalidad en la Unión Europea y para el futuro de la Unión Europea”, en AA.VV. *Armonización y coordinación fiscal en la UE. Situación actual y posibles líneas de reforma*, CEF, Madrid, 2010, p. 62-63 hace referencia a tres enfoques posibles en el concepto de armonización fiscal, siendo estos: el enfoque igualación, consistente en iguales tipos impuestos y tipos impositivos; el enfoque aproximación, siendo éste proclive a que se tienda a un acercamiento de los impuestos en el tiempo; y el enfoque diferencial, consistente en que los Estados han de ajustar sistemáticamente sus estructuras fiscales para maximizar el bienestar social.

11 ALONSO GONZÁLEZ, L.M.; CORONA ROMÁN, J.F.; VALERA TABUEÑA, F. *La Armonización fiscal...* Op. Cit, p. 22. Este autor hace referencia al enfoque de la armonización de la UE desde la perspectiva estadounidense empleado por BIRD, R. “Corporate-personal tax integration and fiscal harmonization in the EEC”, en CNOSEN, S., (Dir.) *Tax Coordination in the EEC*, Kluwer, Deventer, 1986, p. 167-189 en el que hace referencia a un modelo de coordinación horizontal de un impuesto distinto en los Estados miembros, en los que deben cohesionar las distintas políticas fiscales de los Estados, en contraposición al modelo de la coordinación vertical que articula las normas federales y las normas estatales.

12 Cfr. APARICIO PÉREZ, A., “La integración fiscal europea” en la obra colectiva *Constitución española y Ordenamiento Comunitario Europeo (I)*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1996, p. 36.

En estas definiciones, se expone la armonización fiscal desde dos puntos de vista: en primer lugar, como un sistema que no conduce a una armonización unánime de los sistemas fiscales nacionales, sino más bien a un acercamiento o aproximación gradual de los mismos, conservando los países en cuestión una parte de la soberanía tributaria a la hora de establecer unos parámetros básicos en su sistema tributario; y en segundo lugar, constituye un instrumento del propio proceso armonizador, es decir, la armonización fiscal y todas las medidas para llevarlas a cabo son un instrumento para conseguir los objetivos comunes del mercado único.

La Comisión Europea fijó los parámetros por los que debía regirse el proceso armonizador en su Informe de 1991, estableciendo que “la armonización fiscal perseguida por las Comunidades debe llevar a la creación de un espacio comunitario sin fronteras interiores, en el que puedan circular libremente personas, mercancías, servicios y capitales. La política fiscal comunitaria no pretende recaudar impuestos comunitarios. Su verdadero objetivo es crear un Mercado interior operativo”<sup>13</sup>.

Sin embargo, esta concepción que describe la Comisión sobre la armonización fiscal ralentiza el proceso que se inició en 1957 con la creación de la CEE y que, como afirmaban Arrizaga Y Álvarez, “la amplitud y objetivos propuestos por la CEE han estado siempre condicionados precisamente por la consecución de los objetivos planteados, y siempre acordes al proyecto de integración europea que se pretendía conseguir”<sup>14</sup>.

Otra posible aproximación al concepto de armonización fiscal, vendría dada por ser un mecanismo de ajuste de los diversos sistemas tributarios nacionales con el fin de alcanzar unos objetivos o fines económicos comunes, siendo finalmente un proceso gradual en el tiempo, pues los sis-

13 Texto extraído de la redacción dada por la Comisión en el Informe “*Armonización fiscal, ¿por qué?*”, Bruselas, 1991, p. 3-5.

14 Cfr. ARRIZAGA JUNQUERA, C.; ÁLVAREZ GARCÍA, S. “La influencia del Derecho Tributario Europeo en la legislación española sobre impuestos especiales”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 134, 1996, p. 71. Vid. Artículo 99 TCCE en el que se encarga a la Comisión “el examen de la mejor forma en que resulte posible armonizar las legislaciones de los Estados miembros relativas a los impuestos indirectos”. Resulta destacable la referencia expresa a la imposición indirecta puesto que, en esencia y producto de la redacción, parece excluirse del ámbito de aplicación de este artículo la imposición directa, y por ende el Impuesto sobre Sociedades. Resaltan FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E.; ÁLVAREZ GARCÍA, S. *Evolución de la armonización comunitaria del Impuesto sobre sociedades en materia contable y fiscal*, IEF, núm. 17/2002, p. 7 que “no es extraño esta referencia expresa a los impuestos indirectos ya que la CEE se limitaba a ser un área de libre comercio y una Unión aduanera, lo que explica que tengan que transcurrir más de 30 años, hasta el Consejo ECOFIN de 23 de julio de 1990, para que se aprueben las primeras directivas sobre armonización de la imposición directa”. Argumenta por otro lado PELECHA ZOZAYA que “los tributos directos internos de los Estados miembros sólo serán incompatibles con el Derecho comunitario si se constata que su aplicación comporta o puede comportar la vulneración indirecta de lo establecido en algún artículo del Tratado de Roma de 1957”. Cfr. PELECHA ZOZAYA, *Hacienda pública y Derecho comunitario*, IEF, Madrid, 1994, p. 81.

temas fiscales, por su carácter estructural, tratan de adecuarse a las nuevas realidades económicas que la unión económica y monetaria va generando. Así, la armonización implica un cierto grado de consenso acerca de las reglas del juego fiscal, asegurando un reparto equitativo de las ganancias del mercado único a través de una división justa de los ingresos fiscales y una suavización de los incentivos al arbitraje fiscal<sup>15</sup>.

Entrados en materia, esta secuencia de definiciones nos ayuda a comprender qué se conoce por armonización fiscal en la UE. Ahora bien, es necesario analizar cuáles han sido las estrategias para llevar a cabo esa armonización y si los objetivos establecidos en el Tratado de Roma se han cumplido.

Todo ello, entiéndase, porque la teoría sobre la armonización fiscal en Europa carece de sustento sin una estrategia firme para llevarla a cabo. De este modo, dos son los métodos que se plantearon frente a las primeras ideas de armonización propuestas por el *Informe Tinberguen*<sup>16</sup>:

- Estrategia competitiva: consistente en que los Estados actúan acordes a las reglas del libre mercado, sin ningún tipo de ente supranacional con carácter jerárquico superior que actúe como cauce para ello; o
- Estrategia institucional: mediante la que la armonización será llevada a cabo por un organismo encargado de ello, pero esta vez con carácter supranacional, previo acuerdo de los Estados miembros, y como sabemos, finalmente la opción elegida

La segunda estrategia resultaba ser una solución de compromiso frente al ambicioso y sin precedentes proyecto de armonización de la CEE, ya que, por un lado, suponía mantener un cierto margen de actuación a los Estados para el diseño de su normativa interna conforme a sus intereses en vista de competir en el mercado abierto, y por otro lado, permitía que se cediese parte de esa soberanía de los Estados a un ente jerárquicamente superior para la gestión de los intereses europeos, con el consentimiento de estos propios Estados, algo sumamente positivo, ya que un beneplácito proveniente de los propios involucrados en el proceso suponía un gran aliciente.

---

15 Definición extraída de DI PIETRO, A. "Informe del Relator General... Op. Cit, p. 65, en la que el autor establece que a pesar de lo descrito, la resistencia de los Estados a perder una parte de su soberanía fiscal marcará el hecho de la armonización de los sistemas fiscales.

16 Al igual que hacíamos referencia anteriormente, el *Informe Tinberguen* será objeto de análisis a posteriori.

Adentrándonos en los objetivos de la armonización fiscal en la UE, el artículo 3 del Tratado de Roma de 1957<sup>17</sup> hace referencia a un objetivo central y fundamental que es la coordinación o armonización de los sistemas fiscales de los Estados miembros a fin de establecer el tan ansiado mercado único basado en la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales entre los distintos países, así como un régimen común no discriminatorio de la competencia<sup>18</sup>. No sólo eso, si no que los objetivos que pretende la armonización fiscal en la UE se verán alterados por la mayor o menor confluencia de las disposiciones en materia de imposición directa de los Estados miembros y de sus legislaciones nacionales.

Visto esto, el soporte normativo del Tratado de Roma ensalzó la idea fundamental sobre los objetivos que planteaba la armonización fiscal en Europa, y que pasamos a mencionar.

El artículo 12 prohíbe expresamente la discriminación por razón de la nacionalidad, es decir, adentrados en el terreno fiscal, cualquier discriminación tanto a un residente por parte de un no residente previsto en una disposición normativa en un Estado miembro de la UE como viceversa se tendrá por prohibida.

El artículo 13 del Acta Única Europea (en adelante, AUE) recoge las libertades básicas en las que se fundamenta la UE, entrando íntimamente en conexión con los artículos 18 del Tratado de Roma (libre circulación de personas); artículo 23 (libre circulación de mercancías); artículo 49 (libre circulación de servicios); y artículo 56 (libre circulación de capitales).

El principio de libertad de establecimiento ocupa un plano fundamental en el Tratado de Roma, ya que es éste el que legitima a cualquier empresa su libre instauración en el territorio comunitario y resulta amparada por la protección de él<sup>19</sup>. El artículo 43 prohíbe expresamente “las restricciones a la libertad de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro”.

---

17 Como bien es sabido, los Tratados de Roma de 1957 suponen el comienzo de lo que actualmente es la UE, mediante la creación de la CEE y de la Comunidad Europea de la Energía Atómica (CECA o Euratom), firmados originariamente por Alemania federal, Bélgica, Francia, Italia, Luxemburgo y los Países Bajos.

18 *Vid.* Artículo 3 del Tratado de Roma de 1957, apartados a), b), c), d), g), h) y k).

19 Consúltese al respecto el trabajo de MONDINI, A. “Movilidad de las sociedades entre competencia fiscal perniciosa, planificación fiscal agresiva y libertad europea: algunas reflexiones desde la experiencia italiana” en RAMOS PRIETO, D. (Dir.) *Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna*, Aranzadi, Navarra, 2014, pp. 321-323 donde realiza una reflexión sobre la libertad de circulación de las empresas en relación con la lucha frente a las estrategias de planificación fiscal agresiva, tema muy debatido en el seno de los Estados y entes supranacionales (especialmente, UE y OCDE).

La importancia de estos tres artículos y los principios que establecen mayor de la que parece. Estos principios han sido repetidos en numerosas ocasiones por el Tribunal de Justicia de la UE hasta el punto de que la jurisprudencia asentada ha contribuido a modificar el contenido normativo de determinadas disposiciones<sup>20</sup>.

Al respecto, Paredes hace referencia expresa al artículo 98 del Tratado de Roma, en el que se alude a la necesidad de la armonización indirecta por exclusión de los impuestos directos. Igualmente, la autora hace referencia al artículo 100, que considera necesaria una “aproximación de las disposiciones nacionales para el establecimiento del mercado común”<sup>21</sup>.

Por otro lado, en el artículo 67 del Tratado se establece como objetivo la obligación progresiva de las restricciones que pesan sobre los movimientos de capital dentro de las fronteras comunitarias y de las discriminaciones relacionadas con la nacionalidad o residencia de los inversores. Así, el artículo 220 requiere de los Estados miembros el establecimiento de negociaciones para evitar la doble imposición de residentes y empresas, mientras que el 221 lo hace para la concesión de igual trato a los residentes en la Comunidad con respecto a la participación de capital en empresas de cada país<sup>22</sup>.

Visto esto, resulta ampliamente complicado establecer un sistema de armonización –o aproximación– que emplee el mismo lenguaje en todos los Estados, y más aún cuando interactúan disposiciones fiscales que pueden ser dispares tanto en forma como en fondo entre estos.

El proceso de armonización desde que la CEE se puso en marcha ya partió con la idea de una aproximación inicial entre legislaciones con el futuro puesto en conseguir paulatinamente una mayor similitud entre las disposiciones tributarias de los Estados, y por tanto, podemos afirmar que

---

20 Argumentan al respecto CORDÓN EZQUERRO, T.; GUTIÉRREZ LOUSA, M. “La libertad de movimiento en factores productivos en la Unión Europea. Los principios de libre establecimiento y no discriminación” *Revista Euroamericana de Estudios Tributarios*, núm. 5, 2000, pp. 154-156 la existencia de “la falta de normas tendentes directamente a garantizar el desarrollo de una armonización fiscal directa. La labor interpretativa del Tribunal de Luxemburgo, en relación con la fiscalidad directa, ha tenido una función de integración negativa, en el sentido de que no trata de desarrollar un mandato comunitario que obligue a evolucionar en un determinado sentido, sino que trata de reducir progresivamente el crecimiento de las políticas estatales autónomas que puedan influir en cualquier política común y afectar al mismo tiempo a la prohibición de discriminación fiscal”.

21 Como vemos, el arraigo de la idea de aproximación de los sistemas fiscales en lugar de una armonización plena ya estaba descrita desde el inicio de la CEE. Véase la aportación descrita *infra* en CORONA F.; PAREDES, R., en *La Reforma de la Tributación empresarial en España*, IEF, Madrid, 1996, p. 234-238.

22 CORONA, J.F.; VALERA, F. *La Armonización fiscal...* Op. Cit, p. 125. *Vid.* Artículos 67, 220, y 221 del Tratado de Roma de 1957.

el proceso de armonización todavía sigue buscando ese nexo de unión que acerque aún más las disposiciones fiscales entre los Estados miembros.

Dicho esto, para la consecución de los objetivos establecidos en la creación de la CCE, y que actualmente perviven en la UE, en opinión de Tabueña<sup>23</sup> debían producirse varias circunstancias:

1. Abolición de los aranceles de aduana;
2. Armonización de los Impuestos indirectos;
3. Desaparición de las fronteras fiscales;
4. Aproximación de las cargas fiscales que gravan el uso del capital; y
5. Aproximación a la tributación de las personas físicas

Es obvio que la armonización de los impuestos indirectos, por la propia configuración de los hechos imponibles, resultaba más fácilmente armonizable que la imposición directa, y quizás el mejor ejemplo de ello sea el consenso generalizado sobre los ingresos financieros de la UE provenientes de una parte del IVA recaudado por los Estados, en contraposición a las dificultades que entraña, si quiera, una mínima armonización del Impuesto sobre Sociedades.

En otro orden de cosas, trayendo a colación lo descrito por Lasheras, el proceso de armonización fiscal tiene tres efectos económicos fundamentales<sup>24</sup>: sobre la eficiencia en el uso de los factores productivos, como consecuencia de la falta de neutralidad en la importación y exportación de capitales; sobre la equidad, concebida como principio rector de la política social que pretende compensar desequilibrios nacionales y regionales y; sobre la incertidumbre de los agentes económicos que provocarán diferentes reacciones en los Estados miembros.

Visto esto, hay que realizar una descripción de las numerosas disposiciones emanadas desde la UE para articular la armonización de la imposición directa, y por ello, nos detendremos en todos aquellos documentos que lo propiciaron, aunque, a modo de adelanto, situamos nuestro punto

---

23 ALONSO GONZÁLEZ, L.M.; CORONA ROMÁN, J.F.; VALERA TABUEÑA, F. *La Armonización fiscal...* Op. Cit, p. 25-26. Exponemos la opinión del autor en términos genéricos puesto que, como resulta evidente, el avance en la UE ha afianzado la abolición de fronteras. La abolición de los aranceles de aduana entra en conexión con la idea de la abolición de fronteras y en consecuencia con la libre circulación de mercancías y capitales, produciendo a su vez un incremento de los precios reflejado en una competencia directa entre los entes que participan en el mercado ya que, aboliendo el incremento de valor que constituya el paso de un bien por una frontera –arancel- se favorece la competencia entre empresas y eso repercute en una mejora de los productos finales.

24 Cfr. LASHERAS, M.A. La armonización de la fiscalidad directa en la CEE. Ideas para el diseño de una estrategia española” en la obra colectiva *Reformas recientes y tendencias de reforma del Impuesto sobre sociedades*, IEF, Madrid, 1988, p. 145-156.

de partida en el artículo 99 del Tratado de Roma, actualmente artículo 93, en el que se establece que “el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social, adoptará las disposiciones referentes a la armonización de las legislaciones relativas a los impuestos sobre el volumen de negocios, los impuestos sobre consumos específicos y otros impuestos indirectos, en la medida en que dicha armonización sea necesaria para garantizar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior en el plazo previsto en el artículo 14”<sup>25</sup>.

### 3 LA IMPORTANCIA DE LOS INFORMES SOBRE ARMONIZACIÓN FISCAL

#### 3.1 Período 1950-1990

El primer resultado del artículo 99 del Tratado de Roma fue la publicación del *Informe Tinberguen* en 1953, que analizaba la incidencia de los distintos ordenamientos jurídicos nacionales sobre el Mercado Común<sup>26</sup>.

Sin embargo, la repercusión de este Informe fue ínfima, ya que su aplicación práctica resultó inexistente. No obstante, los conceptos que el profesor Jan Tinbergen empleó para realizar dicho Informe fueron muy útiles a posteriori y utilizados por grandes economistas, como Iversen y Leontief.

El año 1966 comenzó con la polémica en torno al Impuesto sobre Sociedades y el desarrollo del mercado europeo de capitales. Así, el *Informe Segré*<sup>27</sup> incidía en la necesidad de que la imposición societaria en la CEE se fundase en una estructura similar entre los Estados, aunque no fuese idéntica, con el objetivo de no obstaculizar los movimientos del capital.

Ya en el año siguiente, en 1967 el conocido como *Informe Neumark*<sup>28</sup> fue publicado por el Comité Fiscal y Financiero de la Comisión de las Comuni-

---

25 Recordemos lo establecido en el artículo 14: “1. La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992, de conformidad con las disposiciones del presente artículo... 2. El mercado interior cumplirá un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado”.

26 No debemos olvidar que este Informe es inédito, puesto que es el único en el que, por publicarse antes de 1960, no contaba con su elaboración por parte del Comité Fiscal y Financiero de la Comisión de las Comunidades Europeas (posteriormente, Comité Fiscal y Financiero de la UE)

27 Vid. Segré Report, *Le développement d'un marché européen des capitaux*. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1966.

28 Vid. Neumark Report, “*Report of the Fiscal and Financial Committee in the EEC on Tax Harmonisation*”, International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1963.

dades Europeas y supuso, de un lado, el primer gran intento de avanzar hacia la armonización del Impuesto sobre sociedades en la Unión Europea (por entonces, CEE) y, de otro, un hito por el planteamiento de cuestiones que si bien eran cotidianas, no habían sido tratadas por la CEE con la suficiente precisión.

Este Informe es el más ambicioso del siglo XX en cuanto a la reestructuración y postulación de los principios sobre los que debía versar la armonización tributaria en Europa, que se estructuraba en tres etapas<sup>29</sup>.

La primera etapa pretendía la consecución de una serie de ambiciosos objetivos, como son: la instauración de un IVA sustituyendo a los numerosos impuestos múltiples análogos; la unificación de las normas de desgravación aplicables en los Impuestos sobre Consumos Específicos; la armonización sobre dividendos e intereses; el establecimiento de un Convenio Multilateral<sup>30</sup> para evitar la doble imposición; preparar la reforma de los Impuestos sobre sociedades nacionales, para adoptar un impuesto general de tipo único; adoptar las medidas necesarias para que los países adopten un gravamen sintético global sobre la renta y; preparar la creación de un fondo de financiación común de la CE alimentado con los recursos procedentes de la tarifa exterior común.

La segunda etapa consistiría en la entrada en vigor, una vez armonizado, del Impuesto sobre Sociedades<sup>31</sup>; armonización a su vez del Impuesto sobre la Renta (personas físicas); armonización de los Impuestos sobre Consumos Específicos; conclusión del Convenio Multilateral<sup>32</sup>; análisis de la armonización de los impuestos sobre la riqueza; análisis de la necesidad de armonizar los Impuestos sobre sucesiones; y el estudio sobre la necesidad de proceder a la armonización del IVA<sup>33</sup>.

---

29 Las etapas que se describen a continuación han sido extraídas de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E; ÁLVAREZ GARCÍA, S., *Op. Cit.*, p. 8

30 A modo de adelanto, resulta enormemente significativo lo siguiente: los objetivos de la primera etapa recogidos en el *Informe Neumark* siguen siendo los objetivos pretendidos por la Comisión Europea y por la OCDE en la actualidad. Es decir, el Plan de Acción BEPS de la OCDE publicado en 2013 pretendía como objetivo final la instauración de un Convenio Multilateral que solventara las deficiencias existentes en los Convenios de doble imposición bilaterales, y la Comisión Europea en 2011 con la publicación del proyecto CCCTB y posteriormente en 2015 con el Plan de Acción para cohesionar el Impuesto sobre Sociedades en la UE alegaban los mismos objetivos finales, lo que le dota al *Informe Neumark* de una importancia mayúscula, aún 60 años después de su publicación.

31 Para más inri, vemos como la previsión de armonizar el Impuesto sobre sociedades se trataba conseguir en el año 1965, y aun es un tema pendiente.

32 El Plan de Acción BEPS de la OCDE prevé su consecución definitiva en diciembre de 2015.

33 Resulta de nuevo enormemente llamativo el hecho de que el último objetivo de la segunda etapa del *Informe Neumark* fuese el primero en conseguirse, ya que la armonización indirecta en materia de IVA constituyó el primer paso para que comenzasen las negociaciones acerca de la imposición directa.

En la tercera etapa, se adoptarían las medidas armonizadoras pendientes de las etapas anteriores; se crearía un sistema de intercambio de datos para asegurar un control fiscal eficaz; se crearía un sistema de compensación financiera entre países y; se crearía un tribunal especial a nivel comunitario para resolver los litigios que no fuera posible resolver entre países.

Sin embargo, este Informe carecía de un calendario temporal para su puesta en práctica, algo que generó gran incertidumbre.

El *Informe Neumark* se vió implementado en 1963 por el denominado *Informe Deringer e Informe Roche*, algo menos conocidos, ya que su principal baza era la iniciativa de establecer un sistema de IVA común en todos los países, y, aunque parece que su utilidad fue escasa, resultó ser el impulso para la consecución posterior de la armonización de la imposición indirecta. Prueba de ello es la publicación el 11 de abril de 1967 de las dos primeras Directivas en las que se establecen las características y el proceso para la implantación del IVA. De igual modo, el 17 de julio de 1969 se aprobó la Directiva relativa a los Impuestos indirectos que gravan la concentración de capitales, estableciendo normas comunes para la tributación de las denominadas "aportaciones a sociedades" y cuyo objetivo es eliminar los supuestos de discriminación, doble imposición y disparidades que obstaculizan la libre circulación de capitales<sup>34</sup>.

Posterior al *Informe Neumark*, una comisión Específica de la UE trató el problema de la armonización de las estructuras del Impuesto sobre Sociedades y, paralelamente, la imposición de dividendos provenientes de una sociedad de un Estado miembro<sup>35</sup>. Fue entonces en 1968 cuando dicha comisión, presidida por A. J. Van der Tempel, implementó el *Informe Van der Tempel*<sup>36</sup>, que versaba sobre la armonización de la estructura de la imposición sobre sociedades. En opinión de Esteve, dicho informe constituyó un análisis profundo de las implicaciones internacionales del gravamen de los beneficios de las sociedades y de los métodos posibles para atenuar los efectos de la doble imposición de dividendos, propugnando un

---

34 Un exhaustivo análisis sobre la armonización de la imposición directa en Europa lo realizan ÁLVAREZ GARCÍA, S.; URIOL EGIDO, C., en "La armonización de la Imposición indirecta en la Unión Europea" en la obra colectiva *La Constitución Española en el Ordenamiento Comunitario Europeo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 2000, p. 256-267.

35 ALONSO GONZÁLEZ, L.M., CORONA ROMÁN, J.F.; VALERA TABUEÑA, F. *La Armonización fiscal...* Op. Cit, p. 126-127.

36 Vid. Van der Tempel Report "El impuesto sobre sociedades y el Impuesto sobre la Renta en la Comunidad Económica Europea", recogido en la Sección de Documentos de Hacienda Pública Española, núm. 9, 1971, p. 78-90.

gravamen absolutamente autónomo del beneficio obtenido por la sociedad y distribuido por ésta a sus socios<sup>37</sup>.

En este Informe, se producía la comparación entre el sistema de doble tipo, los sistemas de crédito impositivos y el sistema clásico, llegando a la conclusión de que el sistema clásico implicaba una doble imposición integral de beneficios, en el que se presentaba unos efectos negativos más reducidos.

Sin embargo, como argumenta Tabueña, las críticas a este Informe se centraron en tres aspectos<sup>38</sup>:

En primer lugar, la amplia diferencia entre el tipo de gravamen del Impuesto sobre sociedades y el tipo marginal máximo aplicable a la renta personal suponía una fuerte discriminación para los negocios constituidos bajo forma no societaria.

En segundo lugar, que el sistema clásico no tenía en cuenta los objetivos políticos y económicos que se derivan de una ampliación del mercado de capitales.

Y en tercer lugar, la postura que adopta el Informe está basada principalmente en la simplicidad del sistema clásico, que aparentemente considera más importante la neutralidad impositiva.

Durante el año 1970 varias fueron las reuniones de expertos en torno al problema latente de la armonización societaria, con algunas posturas propicias a la consecución de una armonización societaria plena<sup>39</sup>. Así, el clima de tensión y la falta de consenso entre los Estados propiciaron la imposibilidad de llevar a cabo dichas prácticas. No obstante, se publicó el denominado *Informe Werner*<sup>40</sup>, llamado así por su precursor, Pierre Werner, primer ministro luxemburgués, que recogía las bases hacia el camino de una armonización plena en la CEE para la definitiva Unión Monetaria. Así, se establece la necesidad, en palabras del propio Werner, de "armonizar ciertos tipos de impuestos que son susceptibles de tener una gran influencia directa sobre los movimientos de capitales en el interior de la Comunidad. En especial, del régimen fiscal aplicable a los intereses pro-

37 Véase la opinión del autor recogida en ESTEVE, M<sup>a</sup>.L. *El Impuesto sobre sociedades en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, p. 50-61.

38 ALONSO GONZÁLEZ, L.M., CORONA ROMÁN, J.F.; VALERA TABUEÑA, F. *La Armonización fiscal... Op. Cit.*, p.127.

39 La doctrina alemana se mostraba propensa a esta hipótesis, en particular, los profesores alemanes STUTZEL y ENGELS.

40 Vid. Werner Report "Rapport au Conseil et a la Commission concernant la réalisation par étapes de L'Union Economique et Monétaire dans la Communauté", Comisión Europea, Bruselas, 1970.

cedentes de valores mobiliarios de renta fija y a los dividendos. Asimismo, será necesario abordar activamente la armonización de la estructura de los Impuestos sobre sociedades”<sup>41</sup>.

A pesar de los trabajos llevados a cabo por Werner y los trabajos anteriores, los avances en materia de imposición directa no culminaron, y no se llegó a una alternativa posible, ya que, entre otros motivos, se pretendía una integración financiera plena, y no un término medio de aproximación fiscal. Así, durante el año 1973 varios miembros del grupo de trabajo en el seno de la Comisión Europea se mantuvieron proclives a adoptar las medidas recogidas en el Informe, aunque durante 1974 esa tendencia cambió de parecer, siendo plasmada oficialmente en 1975.

Fruto de los estudios llevados a cabo durante el lustro 1970-1975 se llegó a proponer una serie de Directivas por parte de la Comisión que, dellegar a buen puerto, habrían significado un enorme avance en la imposición directa e indirecta. Sobre esto, Vasco argumenta que los objetivos de estas propuestas de directivas suponían mejorar la neutralidad en la toma de decisiones de carácter económico, y favorecer la competitividad de las empresas y eliminar las dobles imposiciones<sup>42</sup>.

De este modo, las propuestas de Directiva fueron:

– Directiva de 15 de enero de 1969 *relativa al régimen fiscal aplicable a fusiones, escisiones y aportaciones de activos entre sociedades de Estados miembros diferentes;*

– Directiva de 16 de enero de 1969 *relativa al régimen fiscal común aplicable a las sociedades matrices y filiales ubicadas en Estados miembros diferentes;*

– Directiva de 1 de agosto de 1975 *relativa a la armonización de los sistemas del Impuesto sobre sociedades y retención en origen;*

– Directiva de 29 de noviembre de 1976 *relativa a la eliminación de dobles imposiciones en caso de corrección de los beneficios entre empresas asociadas (procedimiento arbitral);*

– Directiva de 2 de agosto de 1978, *relativa a la extensión a los organismos de inversión colectiva de la Directiva de 1975 sobre armoni-*

---

41 Las conclusiones extraídas por Werner en su Informe fueron literalmente adoptadas por la Resolución del Consejo de 22 de marzo de 1971 sobre la creación de la Unión Económica y Monetaria (DOCE C 28/1 de 27 de marzo).

42 Cfr. CARBAJO VASCO, D. “Evolución y perspectivas de la Armonización fiscal de los Impuestos Directos en la Comunidad Económica Europea” *Noticias de la Unión Europea*, n. 85, 1992, p. 39-42.

*zación de los sistemas del impuesto sobre sociedades y los regímenes de retención en la fuente sobre los dividendos.*

Sin embargo, entre estas numerosas propuestas de Directivas que no prosperaron, si llegó a buen puerto la Directiva 77/779/CEE, de 19 de diciembre de 1977, *sobre asistencia mutua de las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos*, que fue modificada posteriormente por la Directiva 79/1070/CEE, de 27 de diciembre de 1979, que amplió su campo de aplicación incluyendo la imposición indirecta.

Tras las mencionadas Directivas, en el año 1980 se presentó un Informe de la Comisión al Consejo sobre las perspectivas de convergencia de los sistemas fiscales en la CEE, tildado con el nombre de *Informe Burke*<sup>43</sup>. Este Informe goza de una extraordinaria relevancia, ya que plantea una reformulación y la vuelta al principio de la armonización fiscal como instrumento para la consecución de un mercado común con libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, así como para garantizar la libre competencia<sup>44</sup>.

Resulta particularmente significativo en este Informe el hecho de que, a pesar de que las medidas armonizadoras llevadas a cabo habían resultado ser insuficientes, se produjo una cierta aproximación de las legislaciones nacionales en materia fiscal, y además, una vinculación estrecha entre esas nuevas medidas adoptadas por los Estados y los objetivos de armonización fijados por la CEE.

En referencia a la imposición societaria, Álvarez y Arizaga<sup>45</sup> aclaran que son dos los aspectos en los que pone más énfasis el *Informe Burke*, que son: primero, en relación a la libre circulación de capitales en el territorio comunitario, la necesidad de armonizar la tributación de intereses y dividendos<sup>46</sup>; y segundo, en relación a la necesidad de garantizar la libre competencia eliminando las distorsiones provocadas por la interrelación de distintas normas para el cálculo de la base imponible del impuesto, aproximando las reglas aplicables al respecto<sup>47</sup>.

43 Vid. Burke Report. "Perspectivas de convergencia de los sistemas fiscales en la Comunidad". Comisión Europea, 1980.

44 Opinión extraída de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E.; ÁLVAREZ GARCÍA, S., *Op. Cit.*, p. 11. En el mismo sentido ESTEVE, M<sup>a</sup>.L., *El Impuesto sobre sociedades...* *Op. Cit.*, p. 58-60.

45 Álvarez García, S.; ARIZAGA JUNQUERA, C., *Op. Cit.*, p. 56-59.

46 Para la consecución de esto, se propuso la aprobación de la propuesta de Directiva concerniente a la armonización de los sistemas del Impuesto sobre sociedades y de retención en origen, de 1 de agosto de 1975, y la aproximación de los tipos impositivos de los diferentes países.

47 *Cfr.* CORONA ROMÁN, J.F., *Op. Cit.*, pp. 50.52 donde el autor hace referencia a las reglas aplicables, pero estrictamente las relativas a amortizaciones, valoración de activos fijos e inventarios, variaciones patrimoniales y compensación de pérdidas.

Como ya adelantábamos anteriormente, a partir las consideraciones emitidas en el *Informe Burke*, la Comisión adoptó dos iniciativas, sin éxito final. La primera de ellas tuvo su origen en la Comunicación de la Comisión al Consejo de las Comunidades Europeas de 28 de abril de 1982<sup>48</sup>, contemplándose la posibilidad de que las pérdidas de un ejercicio se compensen con los beneficios de ejercicios posteriores o con los ejercicios anteriores mediante la devolución del ingreso pagado<sup>49</sup>. Esta es la propuesta de Directiva de 11 de septiembre de 1984 *referente a la armonización de las legislaciones de los Estados miembros respecto al régimen fiscal de compensación de pérdidas de las empresas*, modificada el 19 de junio de 1985.

La segunda fue el Anteproyecto de Propuesta de Directiva de la Comisión sobre armonización de las reglas de determinación de los beneficios imponibles, de marzo de 1988, que no llegó a publicarse de forma oficial, y que contenía disposiciones sobre amortizaciones, valoración de existencias y variaciones patrimoniales<sup>50</sup>.

Precisamente, para cumplir los objetivos enunciados de facilitar la cooperación entre las empresas en el ámbito Comunitario, se aprobó el Reglamento 2137/85, de 25 de julio, *relativo al establecimiento de una agrupación europea de interés económico*, en el que se obliga a los Estados miembros a aplicar su derecho fiscal nacional a los beneficios obtenidos por la agrupación, siendo esta la segunda disposición aprobada en materia de fiscalidad directa.

Dicho esto, durante 1990 se publicaron varias Directivas sobre la armonización de la imposición directa, ya que, como hemos hecho referencia anteriormente, las medidas y Directivas anteriores no tenían un carácter armonizador.

El origen de este cambio de tendencia fue iniciado por la Comunicación de la Comisión al Parlamento y al Consejo sobre fiscalidad de las em-

---

48 Vid. Comunicación de la Comisión "*Medidas fiscales y financieras de fomento a la inversión*", Bruselas, 1992.

49 Véase sobre la tesis tratada la opinión de CORONA ROMÁN, J.F., *Op. Cit.*, p. 58 y ROZAS VALDÉS, J.A., "Armonización de la base imponible de los Impuestos sobre Beneficios societarios en la CEE", *Impuestos*, núm. 1, 1989, p. 23-24.

50 Previamente, conviene mencionar la repercusión del Libro Blanco sobre consecución del mercado interior, aprobado en el Consejo Europeo celebrado en Milán el 28 y 29 de junio de 1985, que señalaba literalmente que "para la consecución de las denominadas cuatro libertades básicas... era necesaria la supresión de tres tipos de barreras en el interior del espacio comunitario: las físicas; las técnicas; y las fiscales".

presas, de abril de 1990<sup>51</sup>. Con base en dicha Comunicación, se aprobaron dos Directivas y un Convenio de vital importancia:<sup>52</sup>

– Directiva 90/434/CEE, *relativa al régimen fiscal común aplicable a las fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de acciones realizados entre sociedades de diferentes Estados miembros*<sup>53</sup>, que establecía un mecanismo básico consistente en la exención de las plusvalías que se realicen en la operación y el posterior mantenimiento de los valores fiscales históricos a efectos del futuro cómputo de amortizaciones y plusvalías en su enajenación;

– Directiva 90/435/CEE, *relativa al régimen fiscal aplicable a las sociedades matrices y filiales de Estados miembros diferentes*<sup>54</sup> aplicable a las distribuciones de beneficios desde las filiales a su matriz y que prohíbe al Estado de residencia de las filiales la aplicación de imposición en la fuente sobre los dividendos que reparta a su matriz comunitaria y;

– Convenio 90/436/CEE, *relativo a la supresión de la doble imposición en caso de corrección de los beneficios a las empresas asociadas*, en vigor desde el 1 de enero de 1995 tras ratificación de los Estados miembros, que contempla la utilización de precios de transferencia entre empresas asociadas.

### 3.2 Período 1992-2006

Tras un período en el que parecía asentarse la idea de la armonización comunitaria del Impuesto sobre Sociedades y, aún más importante, la voluntad para llevarla a cabo, la última década del pasado siglo atisbó

---

51 Vid. Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y Consejo "Fiscalidad de las empresas", Bruselas, 1990, en la que se especifica literalmente que "respetando el principio de subsidiariedad, todas las iniciativas se definieran a través de un proceso consultivo con los Estados miembros".

52 Destacamos las Directivas citadas *supra* a través de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E.; ÁLVAREZ GARCÍA, S., *Op. Cit.*, p. 13 como las que finalmente llegaron a publicarse, sin embargo, otras dos medidas propuestas por la Comisión no llegaron a ser aprobadas en 1990, aunque también tuvieran su origen en la Comunicación de abril, como son la propuesta de Directiva concerniente a la compensación transfronteriza de pérdidas y la propuesta de Directiva relativa al régimen fiscal común aplicable al pago de intereses y cánones efectuados entre sociedades matrices y filiales situadas en Estados miembros diferentes.

53 Directiva traspuesta al ordenamiento español por Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas y recogida en los artículos 20 bis y 30 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre sociedades.

54 Directiva traspuesta al ordenamiento español por Ley 29/1991, de 16 de diciembre, de adecuación de determinados conceptos impositivos a las Directivas y Reglamentos de las Comunidades Europeas y recogida en los artículos 20 bis y 30 de la Ley 43/1995, de 27 de diciembre, del Impuesto sobre sociedades, y el artículo 13.g de la Ley 41/1998, de 9 de diciembre, del Impuesto sobre la Renta de no residentes.

un hilo de cambio en la metodología de la UE en la implementación de sus directrices.

Así, la Comunicación de la Comisión Europea de 1990 sobre orientaciones en materia de fiscalidad empresarial en el mercado interior trajo consigo la conclusión del llamado *Informe Ruding* en 1992, definido por la propia Comisión como “un estudio completo de los Impuestos sobre Sociedades en la UE en el que se examina la relación entre los mismos y el funcionamiento del mercado interior”<sup>55</sup>.

Por ello, hay que valorar la importancia que tiene dicho Informe ya que supuso un gran avance en la promulgación de disposiciones armonizadoras. Román establece las tres cuestiones fundamentales que la Comisión Europea encargó al Comité de expertos presidido por Onno Ruding, que son.<sup>56</sup>

1. Las diferencias existentes en la imposición societaria en los países de la CEE que fuesen susceptibles de ocasionar distorsiones importantes en el funcionamiento del mercado interior;
2. La posibilidad de que estas distorsiones fueran eliminadas por las propias fuerzas del mercado a través de la competencia fiscal entre los Estados miembros, sin que fuese necesaria la actuación de la CEE; y
3. Las medidas que tendría que adoptar la CEE para eliminar las distorsiones fiscales.

Sobre la primera cuestión, este Informe consideró que los factores más distorsionantes son los métodos para atenuar la doble imposición de las rentas transfronterizas y las retenciones en la fuente sobre los dividendos.

En relación a la segunda, se constató que la competencia fiscal entre países condujo a una convergencia de los impuestos hacia los niveles más bajos de imposición, aunque subsisten diferencias importantes.

Por último, referente a la tercera cuestión, el Informe consideró que las distorsiones fundamentales no pueden ser eliminadas sin una política armonizadora por parte de la CEE, citando una serie de recomendaciones al respecto sumamente rompedoras, como: la armonización de los tipos impositivos entre el 30 y 40%; adopción de un sistema común de compensación de pérdidas; la homogeneización de los sistemas de amortización y de valoración de inventarios; y la introducción de medidas de atenuación

---

55 Vid. Ruding Report “Informe del Comité de Expertos Independientes sobre la imposición sobre Sociedades”. Comisión Europea, 1992.

56 CORONA ROMÁN, J.F., *Op. Cit.*, pp. 59-61.

de la doble imposición económica y la aplicación del método de exención para atenuar la doble imposición internacional.

La repercusión del Informe y las conclusiones extraídas no fueron tomadas íntegramente en conciencia, ya que, como sucedió con sus predecesores, sólo se recogieron algunas de estas recomendaciones, que pasamos a analizar<sup>57</sup>.

Por un lado, la Comisión acogió favorablemente las propuestas sobre la tributación de los intereses así como la extensión y mejora del tratamiento de las matrices y filiales<sup>58</sup>, rechazando la vía de armonizar los tipos impositivos, algo que, aun en nuestros días, sigue siendo un foco de conflicto.

Poco después, en 1994, la Comisión presentó dos Recomendaciones sin carácter vinculante, para el establecimiento de una fiscalidad favorable para las pequeñas y medianas empresas.

La primera de ellas, la Recomendación 94/390/CE, de 25 de mayo, *relativa al régimen fiscal de las pequeñas y medianas empresas*, en la que se solicita a los Estados miembros que adopten las medidas necesarias para corregir los efectos de la progresividad del Impuesto sobre la Renta, limitando la carga fiscal aplicable a un tipo comparable al Impuesto sobre Sociedades.

La segunda, la Recomendación 84/1069/CE, de 7 de diciembre, *sobre la transmisión de las pequeñas y medianas empresas*. En ella se invita a los Estados miembros a promover su facilitación en la transmisión con el fin de garantizar su pervivencia, mediante la asunción de tres tipos de medidas,<sup>59</sup> a saber: reducir, siempre que la actividad de la empresa continúe en un período de tiempo mínimo, la carga fiscal que grava los activos estrictamente profesionales en caso de transmisión mediante donación o sucesión; ofrecer a los herederos la posibilidad de escalonar o aplazar el pago de los derechos de donación o sucesión, siempre y cuando prosiga la actividad de la empresa, además de conceder exención de

57 Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo "Presentación de conclusiones del Comité de Expertos Independientes sobre orientaciones de fiscalidad empresarial en el marco del perfeccionamiento del mercado interior", Comisión Europea, Bruselas, 1992.

58 Cabe destacar que en este punto la Comisión recupera la propuesta de Directiva relativa al régimen fiscal común aplicable al pago de intereses y cánones efectuados entre sociedades matrices y filiales situadas en Estados miembros diferentes, además de presentar las propuestas de Directivas 90/434 y 90/435 que finalmente no fueron aprobadas.

59 FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E.; ÁLVAREZ GARCÍA, S., *Op. Cit.*, p. 14-17.

intereses; y velar porque en la evaluación fiscal de la empresa se pueda tener en cuenta la evolución de su valor hasta unos meses después del fallecimiento del empresario.

En este punto, la Comunicación de la Comisión de 20 de febrero de 1996<sup>60</sup> reconoce los obstáculos a la coordinación fiscal, argumentando literalmente que “la coordinación fiscal a nivel europeo se ha visto frenada por dos grandes obstáculos: las normas para la adopción de decisiones y la falta de una perspectiva global que permita ver los inconvenientes económicos y sociales que supone la no adopción de decisiones”.

La Comisión se mostraba francamente preocupada sobre la falta de acción por parte los Estados, argumentando que “los repetidos fracasos en materia de coordinación fiscal han contribuido sustancialmente no sólo a mantener distorsiones en el mercado único, sino también, de forma menos visible, a generar desempleo e incluso, a facilitar la erosión de la base imponible”<sup>61</sup>.

Conviene, llegados a este apartado, el análisis de la repercusión del *In-forme Ruding* como medida de impulso para futuras actuaciones. Así, precisamente a raíz de su publicación, en la reunión del Consejo ECOFIN<sup>62</sup> celebrada en Verona se decide la creación del Grupo de Política Fiscal, más conocido como Grupo Monti<sup>63</sup>, que culminaría en la aprobación del paquete fiscal o “paquete Monti” de diciembre de 1997, tendente a generar un impulso en el proceso armonizador, y que, como afirman Rubio Guerrero y Barruso Castillo, estaba llamado a tener una gran influencia en el futuro diseño de los impuestos en el ámbito de la Unión Europea<sup>64</sup>.

En vista a la consecución de estas medidas, tres fueron las Comunicaciones presentadas por la Comisión:

---

60 Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo “La fiscalidad en la Unión Europea”, Comisión Europea, Bruselas, 1996.

61 Esta Comunicación constituía la primera vez en que aparecía el término <<erosión de la base imponible>> y que supone dotarle de una enorme relevancia puesto que entrado el siglo XXI ésta ha sido una de las principales preocupaciones tanto de la Comisión como de la OCDE, publicando numerosas propuestas para erradicar dicha situación que será objeto de estudio con posterioridad.

62 El ECOFIN es el Consejo de Asuntos Económicos y Financieros de la Unión Europea, integrado por los Ministros de Economía y Finanzas de los 28 Estados miembros de la Unión Europea.

63 Este Grupo llegó a su creación durante el Consejo de los días 13 y 14 de abril de 1996 presidido por el Comisario de Fiscalidad Mario Monti, que en 2013 se convertiría en Primer Ministro italiano.

64 Cfr. RUBIO GUERRERO, J.J.; BARRUSO CASTILLO, B. *El futuro de la imposición directa en la Unión Europea*, recogido en el IX Encuentro de Economía pública, Vigo, 2002, p. 9-10 donde los autores analizan la evolución del proceso armonizador tras la publicación del “paquete Monti”.

- Comunicación de 22 de octubre de 1996, “La fiscalidad en la Unión Europea: Informe sobre la evolución de los sistemas tributarios”<sup>65</sup>;
- Comunicación de 1 de octubre de 1997, “Hacia la coordinación de la fiscalidad en la Unión Europea: paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa”<sup>66</sup> y;
- Comunicación de 5 de noviembre de 1997 “Paquete de medidas para hacer frente a la competencia fiscal perniciosa en la Unión Europea”

Una segunda reunión celebrada del Consejo ECOFIN en septiembre de 1997 trajo consigo un mandato expreso a la Comisión para que presentase medidas concretas que debían incluirse en el paquete fiscal, de las que, como dice Serrano, hay que destacar, por su grado de repercusión, el Código de Conducta en materia de fiscalidad de las empresas, que trataba de eliminar las medidas perniciosas con incidencia en la localización de las actividades empresariales<sup>67</sup>.

Este Código de Conducta constituye un acuerdo de carácter político entre los países miembros de la UE, por el que deciden desterrar las medidas fiscales susceptibles de producir competencia desleal. De este modo, dos de las medidas que recoge son la denominada “práctica *standstill*” y la “práctica *rollback*”.

La primera de ellas, hace referencia a un sistema por el que los Estados miembros se comprometen a no introducir nuevas medidas consideradas perjudiciales, y la segunda, hace referencia a que los Estados se comprometen a revisar las legislaciones fiscales de acuerdo con los principios del Código.

---

65 Dicho Informe considera que “el entorno más favorable para las empresas es aquel en que los sistemas tributarios son los más sencillos, justos y eficaces posible”. Para ello considera positiva la tendencia, como aclara FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E.; ÁLVAREZ GARCÍA, S. *Op. Cit.*, p. 17, experimentada en los últimos años de establecer sistemas con una base de imposición amplia y tipos impositivos generalmente bajos, preferible a la concesión generalizada de exenciones o deducciones fiscales. Así, considera prioritario “tanto suprimir las medidas fiscales que desincentiven los flujos transfronterizos de ingresos como adoptar medidas encaminadas a restringir o eliminar la competencia desleal en el ámbito de la fiscalidad empresarial”. Sin embargo, resulta sorprendente que no considerase prioritario el hecho de “establecer, en las circunstancias actuales, tipos o bases mínimos para el IS, aun cuando el objetivo global fuese garantizar un grado mínimo de imposición efectiva dentro de la Unión”, ya que este es una de la principal medida actualmente, la fijación de una base armonizada en el Impuesto sobre Sociedades a nivel europeo, lo que muestra la varianza mostrada desde entonces.

66 Es necesario hacer una referencia a dicha Comunicación puesto que se puso en marcha el concepto de “competencia fiscal perniciosa”, lo que a la postre suscitaría multitud de reacciones precisamente tendentes a encontrar soluciones frente a ésta.

67 Cfr. PATTERSON, B.; MARTÍNEZ SERRANO, A. “Tax Co-ordination in the European Union”, *Economic Affairs Series*, Documento de trabajo núm. 12, 2000, p. 9-12.

Sin embargo, la tarea de llevar a cabo las disposiciones recogidas en el Código requería una acción mayor y específica para llegar a una consecución de los objetivos finales. Así, resultó necesaria la creación de un Grupo de trabajo, el 9 de marzo de 1998, integrado por representantes de los Estados miembros y de la Comisión, que concluyó en un Informe conocido como *Informe Primarolo*, en el que se analizaron 271 medidas llevadas a cabo por los países miembros de la UE, concluyendo que 66 de éstas eran perjudiciales.

La segunda de las medidas propuestas por el Consejo ECOFIN fue una Directiva destinada a garantizar un mínimo de imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses dentro de la CEE, presentada la propuesta de Directiva por la Comisión el 4 de junio de 1998, siendo sustituida posteriormente por una nueva propuesta denominada "Propuesta de Directiva del Consejo, de 18 de julio de 2001, destinada a garantizar la imposición efectiva de los rendimientos del ahorro en forma de intereses en la Comunidad".

Por último, la tercera de estas medidas fue una Directiva relativa a un régimen fiscal común aplicable a los pagos de intereses y cánones efectuados entre sociedades asociadas de diferentes Estados miembros, para evitar la doble imposición existente en relación con las operaciones efectuadas entre empresas relacionadas, presentada por la Comisión el 6 de marzo de 1998.

Respecto al conjunto de estas tres medidas surgidas a raíz del Consejo ECOFIN, la aportación de Rubio Guerrero y Barruso Castillo es esclarecedora sobre dos aspectos fundamentales del "paquete Monti"<sup>68</sup>. La primera de ellas, hace referencia a que este paquete constituye un único cuerpo del que sólo entrará en vigor si se aprueban los tres conjuntamente. La segunda, que la aprobación de las citadas medidas está condicionada a la adopción de su contenido por parte de otros países terceros, para evitar una salida de capital de la UE hacia otros mercados.

No cabe duda de la importancia y repercusión del *Informe Ruding* que, como adelantamos anteriormente, supuso un hito en la armonización de la imposición directa.

Ya adentrados en el nuevo siglo, se produjo un cambio en la configuración del sistema armonizador societario. En el año 2001 se aprueban dos Comunicaciones con una relevancia mayúscula en el proceso armonizador.

---

68 RUBIO GUERRERO, J.J.; BARRUSO CASTILLO, B. *Op. Cit.*, p. 8-9.

La primera, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social “Política fiscal en la Unión Europea. Prioridades para los próximos años”<sup>69</sup>.

La segunda, la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social “Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales”<sup>70</sup>.

Ambas comparten un patrón común, ya que como argumentó la Comisión: “se considera necesario avanzar hacia un sistema común de imposición sobre sociedades, que permita a las empresas con actividades transfronterizas calcular los beneficios de todo el grupo basándose en un mismo conjunto de normas, y establecer cuentas consolidadas a efectos fiscales, eliminando de esta manera los posibles efectos fiscales en las transacciones puramente internas dentro del grupo”.

De este modo, Calderón Carrero y Martín Jiménez aclaran que se planteó la aprobación de soluciones globales ambiciosas, tales como el ofrecimiento a las sociedades de acogerse a un conjunto de normas único sobre las que rija la base imponible de las sociedades que realicen actividades empresariales en el entorno comunitario<sup>71</sup>.

Así, la Comunicación “Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales” constituye un alto en el camino. Esta considera que solamente una base imponible consolidada del Impuesto sobre Sociedades<sup>72</sup> para las actividades empresariales a escala comunitaria podrá lograr reducir los costes de cumplimiento derivados de la coexistencia de los 15 (actualmente, 28) sistemas fiscales en el mercado comunitario interior, además de acabar en la UE con los problemas de fijación de precios de transferencia.

Además, permitiría la compensación y consolidación global de los beneficios y pérdidas a escala comunitaria, incluso simplificar muchas operaciones internacionales de reestructuración. Cabe resaltar que podría evitar

---

69 Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social “Política fiscal en la Unión Europea. Prioridades para los próximos años” Comisión Europea, Bruselas, 2001.

70 Vid. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social “Hacia un mercado interior sin obstáculos fiscales”, Comisión Europea, Bruselas, 2001.

71 Cfr. CALDERÓN CARRERO, J.M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. “La armonización jurisprudencial de la imposición directa: las implicaciones fiscales del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad” en CORDÓN EZQUERRO, T. (Dir.) *Manual de fiscalidad internacional*, IEF, Madrid, 2001, p. 342-345.

72 Esta Comunicación sirvió a la postre de inspiración para otro proyecto estrella de la Comisión Europea, el proyecto *Common Consolidate Corporate Tax Base*, conocido en España como proyecto BICCS, en 2011.

numerosos casos de doble imposición y acabar con muchas situaciones y restricciones discriminatorias<sup>73</sup>.

Estos argumentos esgrimidos por la Comisión fueron acogidos con agrado, dado que no interfería en la soberanía tributaria de los países a la hora de fijar los tipos impositivos del Impuesto sobre Sociedades, ya que como establecía la Comisión “estos (Estados) aplicarían su tipo impositivo nacional a la parte de la base imponible global que les corresponda específicamente, calculada por medio de un sistema de reparto aprobado de común acuerdo”. Estas Comunicaciones fueron el prelude de lo que posteriormente vio la luz como la Directiva Bolkestein<sup>74</sup>, también conocida como “Directiva de Servicios”, que fue presentada por la Comisión en febrero de 2004 y aprobada en 2006.

Los objetivos de la Directiva, *grosso modo*, eran favorecer la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios entre los Estados miembros de la UE, aunque no estuvo exenta de polémica, ya que su ratificación estuvo paralizada por dos años, coincidiendo con el intento de publicación de la fallida Constitución Europea.

#### 4 EL PASO DE LOS INFORMES A LAS DIRECTIVAS DE ARMONIZACIÓN (PERÍODO 2007-2016). EL PAPEL DE LA OCDE

Los Informes sobre armonización fiscal que venimos analizando dejan patente la preocupación para armonizar la imposición directa, primero en la CEE, y después con la consolidación de la UE.

No obstante, tras la Directiva de Servicios o Bolkestein, producto del *Informe Bolkestein*, la elaboración de los Informes sobre armonización fiscal dejó paso a la tónica dominante que regiría las sucesivas propuestas hasta la actualidad: las Directivas sobre armonización fiscal, ya sean sobre aspectos generales (lucha contra las prácticas perjudiciales o los paraísos fiscales) o parciales (v. gr., sobre dividendos, intereses y cánones).

---

73 Además de las propuestas citadas supra, otras propuestas de la Comisión fueron: formular una serie de directrices sobre las sentencias principales del TJCE (hoy TJUE); extender y modificar la Directiva sobre sociedades matrices y filiales; elaborar una nueva Directiva sobre compensaciones transfronterizas de pérdidas; convocar un foro conjunto sobre precios de transferencia; entre otras.

74 Vid. Directiva 123/2006/CE de 28 de noviembre de 2006.

Este proceso de consolidación de las Directivas europeas responde, bajo nuestro criterio, a dos factores: primero, las Directivas, como bien es sabido, constituyen un instrumentos de *hard law* jurídicamente vinculantes para los Estados miembros, obligados a trasponer en un plazo establecido su contenido; y segundo, la propia evolución de la actividad económica, la globalización y la introducción de nuevos modelos de negocio, en los que la actividad económica no tiene porqué gravarse exclusivamente en el territorio donde se genera la renta. Por ello, el proceso de armonización fiscal ha seguido, producto del propio desarrollo y evolución de las actividades económicas y empresariales, un hilo argumental lógico; se ha pasado de un enfoque armonizador en los inicios de la CEE y consolidación de la UE a, una vez conseguido –parcialmente- dicho objetivo, la necesidad de armonizar la lucha contra el fraude fiscal internacional.

Para esta tarea, es decir, afianzar en la UE las Directivas como instrumento habitual y aceptado de armonización fiscal, la UE ha contado con un socio nada desdeñable, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que tal es el protagonismo adquirido, que a partir del año 2000 las numerosas medidas articuladas por la UE van al unísono con los planes de acción e iniciativas previamente articulados por la OCDE. Así, la preocupación actual de la comunidad internacional pasa por eliminar la conocida como <<erosión de las bases imponibles>><sup>75</sup> un proceso cuya génesis sigue siendo la armonización fiscal, ya que se pretenden articular mecanismos para eliminar las distorsiones fiscales, que como aludía el *Informe Neumark*, dificultan una completa armonización del Impuesto sobre Sociedades en el territorio comunitario.

Esta cuestión no es baladí, ya que en los países miembros de la OCDE los ingresos obtenidos por el Impuesto sobre Sociedades representan un tres por ciento del producto interior bruto y el equivalente al diez por ciento de sus ingresos tributarios<sup>76</sup>.

75 Define CARBAJO VASCO, D. "El nuevo orden fiscal internacional tras la BEPS y su plan de acción" en AA.VV. *Manual de Fiscalidad Internacional*, IEF Madrid, 2016, p. 1708-1709 la erosión de las bases imponibles "como una síntesis de fórmulas modernas de elusión fiscal internacional, practicadas esencialmente por las empresas multinacionales, que conducen a una no imposición o en una menor tributación de sus bases imponibles respecto de la legalmente querida por el legislador", si bien ni el propio *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* la define. Por nuestra parte, entendemos este fenómeno como la consecuencia de las estrategias de planificación fiscal agresiva de las multinacionales que rompe el equilibrio presupuestario establecido en un conjunto de territorios con sistemas fiscales próximos o con algún vínculo de similitud (v. gr, la UE).

76 OCDE, *Lucha contra la erosión...* Op. Cit, p. 19-20. Si bien no sólo tenemos que tener en cuenta estos factores a la hora de valorar un descenso en la recaudación, ya que hay que valorar la inversión extranjera directa (IED), PIB per cápita del país en cuestión, etc.

Por ello, como venimos diciendo, desde hace ya algunos años han evolucionado los instrumentos de armonización fiscal comunitaria: de un enfoque armonizador societario en la UE, hacia un enfoque de armonización en lucha contra el fraude fiscal internacional.

En nuestra opinión, nos encontramos ante dos bloques diferenciados debido a las diversas directrices de los organismos líderes en la lucha frente al fraude fiscal internacional (UE y OCDE).

El primer bloque tiene su encaje en los últimos años del pasado siglo, y se caracteriza por una lucha unilateral de la OCDE y la UE frente a los paraísos fiscales. Como muestra de ello, el conocido informe *Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue* publicado por la OCDE en 1998, que identificó los elementos característicos para considerar a un territorio como paraíso fiscal.

Más adelante, ya en la primera década del siglo XXI se creó la lista de países denominados “sospechosos” de constituir un paraíso fiscal, el Modelo de Acuerdo sobre Intercambio de Información y el Foro Global en 2002 y 2003, respectivamente. Así entre los años 2006 a 2009 el principal acometido de la OCDE consistió en elaborar una lista negra de paraísos fiscales y en la firma de acuerdos de colaboración con determinadas jurisdicciones, cuyo resultado fue la eliminación de la mencionada lista y su conversión en la denominada “lista gris”<sup>77</sup>.

En el plano de la UE, las directrices iban al unísono con las dictadas por la OCDE: ya hemos mencionado que en el año 1998 se creó el Código de Conducta y, ya en el nuevo siglo, las Directivas de la Unión Europea fueron el instrumento elegido para trasladar a los Estados miembros su preocupación sobre los paraísos fiscales. Ejemplos de ello, entre otras destacables, son la Directiva 2003/47/CE del Consejo, de 3 de junio, *en materia de fiscalidad de los rendimientos del ahorro en forma de pago de intereses*; la Directiva 2003/49/CE *sobre el régimen fiscal común en materia de intereses y cánones*; y la Directiva 2009/133/CE, *sobre régimen fiscal común de fusiones, escisiones, aportaciones de activos y canje de títulos*.

La publicación en septiembre de 2013 del *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting* (conocido como Plan BEPS) por la OCDE supuso la con-

---

77 No debemos olvidar el importante papel que desempeñó el G-20 en este asunto, y que contribuyó sobremedida a un cambio en la respuesta internacional frente a las situaciones de fraude fiscal, hasta tal punto que su intervención fue decisiva para adoptar, como se verá más adelante, el Plan de Acción BEPS.

firmación definitiva de que el problema de la erosión de las bases imponibles y, en definitiva, el fraude fiscal internacional, debe atajarse globalmente y no de manera unilateral entre los Estados. Tras esto, los informes BEPS publicados en septiembre de 2014 y los *Final Report Action by Action* de octubre de 2015 han implementado las medidas especificadas contenidas en el Plan, y actualmente la comunidad internacional trata la erosión de las bases imponibles como un problema real y se buscan soluciones multilaterales consensuadas entre los Estados.

Es más, algunos autores afirman que se ha producido una auténtica revolución fiscal que ha provocado un cambio en la metodología de actuación de los Estados. Así se expresan Malherbe, Tello y Grau Ruíz cuando dicen que “el año 2014 aparece como el de una verdadera revolución en el mundo del derecho fiscal” y califican al Plan de Acción BEPS como la iniciativa novedosa que refuerza la idea de cambio en unas normas fiscales a nivel internacional que requerían de una renovación<sup>78</sup>.

En el plano comunitario, numerosas han sido las iniciativas que confirman este cambio de tendencia, como entre otras<sup>79</sup>: la Directiva 2010/24/UE del Consejo, de 16 de marzo, *sobre la asistencia mutua en materia de recaudación*; la Directiva 2011/16/UE, de 15 de febrero, *relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad*; la Directiva 2014/107/UE, de 9 de diciembre, *que modifica la Directiva 2011/16/UE por lo que se refiere a la obligatoriedad del intercambio automático de información en el ámbito de la fiscalidad*; y el “Paquete de medidas contra la elusión fiscal” publicado el 28 de enero de 2016<sup>80</sup>.

Este último supone un nuevo intento por acabar con la elusión fiscal en la zona comunitaria, cuyo estandarte es la Directiva 2016/1164 del Consejo, de 12 de julio de 2016, *por la que se establecen normas contra las prácticas de elusión fiscal que inciden directamente en el funcionamiento del*

---

78 Cfr. MALHERBE, J., TELLO, C.; GRAU RUÍZ, M.A., *La revolución fiscal de 2014: FATCA, BEPS, OVDP, ICDT*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Bogotá, 2015, p. 31-32.

79 No debemos olvidar mencionar varias iniciativas de la Comisión Europea que, de analizarlas en profundidad, nos dispersaríamos del objetivo de este estudio, pero que sin embargo requieren de atención, como son: el proyecto estrella de la Comisión Europea en 2011 sobre la CCCTB, conocido en España como proyecto BICCS; la conocida Recomendación sobre planificación fiscal agresiva de 6 de diciembre de 2012; y el Plan de Acción contra el Fraude fiscal y la Evasión fiscal, de junio de 2012, también de la Comisión Europea.

80 Además, cabe destacar, en el plano de la imposición indirecta, la reciente publicación del Plan de Acción del Impuesto sobre el Valor Añadido por la Comisión Europea, de 7 de abril de 2016, en el que, entre otras medidas destacables, se pretende la lucha contra el fraude, el apoyo a las empresas y ayudas a la economía digital y al comercio electrónico.

*mercado interior*<sup>81</sup> conocida también como *Anti Avoidance Tax Base* (ATAD, por sus siglas en inglés), como símbolo de que los organismos supranacionales líderes en la lucha contra el fraude fiscal (en este caso concreto, la Unión Europea) se comprometen a ir al unísono con las medidas articuladas por la OCDE, con el matiz de que las recomendaciones de ésta última constituyen un instrumento de *soft law* y las directrices de la UE son fuente de obligaciones jurídicas para los Estados miembros.

En síntesis, entre estos dos bloques se aprecia una diferencia fundamental; en el primero de ellos, la erosión de las bases imponibles es un problema cuya solución fue unilateral, es decir, focalizaba sobre los elementos que caracterizan a un territorio como paraíso fiscal y, por tanto, se intentó atajar el problema poniendo énfasis en el destino de los beneficios obtenidos y su deslocalización a otra jurisdicción distinta de la fuente y de la residencia. Sin embargo, en el segundo bloque se ha puesto el foco de atención en la raíz del problema: la metodología empleada por las empresas y grupos multinacionales mediante las estrategias de planificación fiscal agresiva cuyo fin último es lograr una menor tributación, aprovechando las lagunas y fricciones existentes cuando interactúan Ordenamientos jurídico-tributarios de varios Estados y, por tanto, éstos últimos han abandonado – como sucedía en el primer bloque- la lucha unilateral centrada únicamente en el destino de los beneficios.

Así, la evolución entre ambos bloques es clara; el primero de ellos representa una lucha unilateral frente a los territorios calificados como paraísos fiscales, mientras que en el segundo bloque la lucha es multilateral – mediante un consenso entre los Estados- y se centra, además del destino final de los beneficios (los paraísos fiscales), en erradicar, o al menos dificultar la articulación de las estrategias de planificación fiscal agresiva por parte de las empresas y grupos multinacionales. Por ello, en la segunda etapa se focaliza tanto en el destino de los beneficios desviados (los paraísos fiscales), como en la metodología empleada para su deslocalización indebida (las estrategias de planificación fiscal agresiva).

Tras lo expuesto, es evidente que el rol de la UE en la armonización fiscal ha pasado a un plano meramente de ejecución, es decir, para articular los mecanismos que obliguen jurídicamente a los Estados a acatar

---

81 Publicado en el DOUE el 19.7.2016. (L 193/1).

una serie de medidas que han sido promovidas, en su mayoría, por otro u otros organismos (v. gr., la OCDE; o la ONU). Parafraseando a Di Pietro, la UE paga con su propia debilidad institucional, con la manifiesta dificultad para ser sujeto político, el impulso para ensanchar los límites del mercado único, donde la fiscalidad, incluso jugando un importante papel económico, no aparece aún en el plano europeo como aquella garantía financiera que le atribuyen los planteamientos tradicionales nacionales<sup>82</sup>.

Esta situación responde a una exigencia del actual contexto económico-financiero, ya que como afirma Carbajo Vasco, “sólo se puede concebir y emprender la lucha contra el fraude fiscal desde una visión internacional del problema, aunque solamente sea porque en el plano internacional son las empresas multinacionales las que aprovechan tales contradicciones (lagunas y fricciones entre los Ordenamientos jurídico-tributarios) para desarrollar políticas sofisticadas de elusión y planificación fiscal agresiva”<sup>83</sup>.

## 5 A MODO DE RECAPITULACIÓN. UNAS BREVES CONSIDERACIONES FINALES

La armonización fiscal en la CEE primero, y después en la UE, ni es ni ha sido un asunto que los gobiernos e instituciones (nacionales o supranacionales) se hayan tomado a la ligera.

No hay más que observar que durante decenios, desde el seno comunitario, partiendo ya desde el artículo 99 del Tratado de Roma se han publicado Informes sobre la armonización fiscal comunitaria, todos ellos con iniciativas e instrumentos para llegar a tal fin. Desde el *Informe Tinbergen* de 1953, pasando por el *Informe Neumark* de 1967, al *Informe Ruding* de 1992 o el *Informe Bolkestein* de 2001.

Todos estos, en menor o mayor medida, han intentado afianzar a lo largo de los años en los Estados miembros de la UE la importancia de una correcta armonización en la imposición directa, si bien, a tenor de las experiencias en la materia, es la imposición indirecta la que goza del privilegio de una armonización relativamente completa (v. gr., en relación al IVA). Por ello, es evidente que la armonización de la imposición direc-

---

82 DI PIETRO, A. "Informe del Relator General... Op. Cit, p. 13.

83 CARBAJO VASCO, D. "Objetivos y medidas... Op. Cit, p. 151.

ta sigue siendo, actualmente, tema de debate en el seno de los Estados y organizaciones internacionales, ya que son frecuentes los planes de acción dirigidos a conseguir una armonización del Impuesto sobre Sociedades.

Si bien, producto de la evolución de la actividad económica a lo largo de los años, los objetivos de esa armonización fiscal han ido evolucionando: desde una primera etapa, que podemos enmarcar entre los años 1950 a 1990, en la que el objetivo prioritario era afianzar la unión económica y la armonización fiscal, entendida ésta última como la eliminación de las distorsiones fiscales y el afianzamiento en la aplicación de disposiciones comunes o próximas en los Estados miembros, a una segunda etapa, desde 1990 hasta la actualidad, que se centra del mismo modo en una armonización del Impuesto sobre Sociedades, pero centrados en una lucha coordinada entre los Estados miembros contra el fraude fiscal internacional.

Por ello, la armonización fiscal en la UE sigue hoy día en fase de construcción, y ya no sólo de la imposición directa, en la que evidentemente los avances deben ser mayores, también en la imposición indirecta, para perfeccionar los instrumentos ya en funcionamiento.

Para su consecución, la UE ha contado con un socio en sus trabajos, la OCDE, y se han afianzado como los organismos supranacionales líderes en lucha contra el fraude fiscal internacional, por una serie de factores: primero, la necesidad de una lucha conjunta contra un proceso de globalización económica incontrolable; segundo, el avance de la denominada economía digital<sup>84</sup>; y tercero, las estrategias de planificación fiscal agresiva de empresas y grupos multinacionales, que conllevan, parafraseando SANZ GADEA, a que los patrones de tributación heredados del pasado siglo y hoy vigentes no sean los más idóneos para afrontar la realidad de las multinacionales<sup>85</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GONZÁLEZ, L.M.; CORONA ROMÁN, J.F.; VALERA TABUENA, F. **La Armonización fiscal en la Unión Europea**. Barcelona: McGraw-Hill, 1997.

---

84 Pueden verse estudios recientes sobre la economía digital en SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G., "La economía digital y su influencia en el concepto de establecimiento permanente en un entorno post-BEPS", *Quincena Fiscal*, núm. 13, 2016, p. 59-80; CRUZ PADIAL, I. "La economía digital en BEPS: una síntesis", *Nueva Fiscalidad*, núm. 2, 2016, p. 33-65.

85 *Cfr.* SANZ GADEA, E. "Hacia dónde van y hacia dónde deberían ir las normas de fiscalidad internacional", *Revista de Economía Vasca*, núm. 88, 2015, p. 99-100.

ÁLVAREZ GARCÍA, S.; URIOL EGIDO, C. La armonización de la Imposición indirecta en la Unión Europea. In.: **La Constitución Española en el Ordenamiento Comunitario Europeo**. Madrid: Ministerio de Justicia, 2000.

APARICIO PÉREZ, A. La integración fiscal europea. In.: **Colectiva Constitución española y Ordenamiento Comunitario Europeo (I)**. Madrid: Ministerio de Justicia, 1996.

ARRIZAGA JUNQUERA, C.; ÁLVAREZ GARCÍA, S. La influencia del Derecho Tributario Europeo en la legislación española sobre impuestos especiales. **Noticias de la Unión Europea**, n. 134, 1996.

BURKE Report. **Perspectivas de convergencia de los sistemas fiscales en la Comunidad**. Comisión Europea, 1980.

BIRD, R. Corporate-personal tax integration and fiscal harmonization in the EEC. In: CNOSEN, S. **Tax Coordination in the EEC**. Kluwer, Deventer, 1986.

CALDERÓN CARRERO, J.M.; MARTÍN JIMÉNEZ, A.J. La armonización jurisprudencial de la imposición directa: las implicaciones fiscales del principio comunitario de no discriminación por razón de la nacionalidad. In.: CORDÓN EZQUERRO, T. **Manual de fiscalidad internacional**. Madrid: IEF, 2001.

CALLE SAIZ, R. **La progresiva concreción del Sistema Fiscal de la CEE**. La Armonización fiscal europea: un balance actual. Madrid: Edit. AC, 1990.

CARBAJO VASCO, D. Evolución y perspectivas de la Armonización fiscal de los Impuestos Directos en la Comunidad Económica Europea. **Noticias de la Unión Europea**, n. 85, 1992.

CARBAJO VASCO, D. El nuevo orden fiscal internacional tras la BEPS y su plan de acción. In.: AA.VV. **Manual de Fiscalidad Internacional**. Madrid: IEF, 2016.

CASADO OLLERO, G. Fundamento jurídico y límites de la armonización fiscal en el Tratado de la CEE. **Revista Española de Derecho financiero**, n. 38, 1983.

CORONA J.F.; VALERA, F. **La Armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea**. Barcelona: Ariel Economía, 1989.

CORDÓN EZQUERRO, T.; GUTIÉRREZ LOUSA, M. La libertad de movimiento en factores productivos en la Unión Europea. Los principios de libre establecimiento y no discriminación. **Revista Euroamericana de Estudios Tributarios**, n. 5, 2000.

CORONA F.; PAREDES, R. **La Reforma de la Tributación empresarial en España**. Madrid: IEF, 1996.

COMUNICACIÓN de la Comisión al Parlamento Europeo y Consejo. Fiscalidad de las empresas. Bruselas, 1990.

COMUNICACIÓN de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social. Política fiscal en la unión Europea. Prioridades para los próximos años. Comisión Europea, Bruselas, 2001.

- CRUZ PADIAL, I. La economía digital en BEPS: una síntesis. **Nueva Fiscalidad**, n. 2, 2016.
- DI PIETRO, A. Informe del Relator General sobre el estado de la fiscalidad en la Unión Europea y para el futuro de la Unión Europea. In.: AA.VV. **Armonización y coordinación fiscal en la UE**. Situación actual y posibles líneas de reforma. Madrid: CEF, 2010.
- ESTEVE, M. L. **El Impuesto sobre sociedades en la Unión Europea**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, E.; ÁLVAREZ GARCÍA, S. **Evolución de la armonización comunitaria del Impuesto sobre sociedades en materia contable y fiscal**, IEF, n. 17, 2002.
- FUENTES QUINTANA, E. **Política Fiscal e Integración Europea**: España ante la integración europea. Barcelona: Ariel Economía, 1966.
- GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M. El exit tax en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en España. **Unisul de Fato e de Direito**, v. 7, n. 13, 2016.
- LASHERAS, M.A. La armonización de la fiscalidad directa en la CEE. Ideas para el diseño de una estrategia española. In.: **Reformas recientes y tendencias de reforma del Impuesto sobre sociedades**. Madrid: IEF, 1988.
- MALHERBE, J.; TELLO, C.; GRAU RUÍZ, M.A. **La revolución fiscal de 2014: FATCA, BEPS, OVDP, ICDT**. Bogotá: Instituto Colombiano de Derecho Tributario, 2015.
- MATA SIERRA, M.T. **La Armonización fiscal en la Comunidad Económica Europea**. Valladolid: Lex Nova, 1993.
- MONDINI, A. Movilidad de las sociedades entre competencia fiscal perniciosa, planificación fiscal agresiva y libertad europea: algunas reflexiones desde la experiencia italiana. In: RAMOS PRIETO, D. (Dir.) **Competencia fiscal y sistema tributario: dimensión europea e interna**. Navarra: Aranzadi, 2014.
- NEUMARK Report, Report of the Fiscal and Financial Committee in the EEC on Tax Harmonisation. International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam, 1963.
- PATTERSON, B.; MARTÍNEZ SERRANO, A. Tax Co-ordination in the European Union. Economic Affairs Series, **Documento de trabajo**. N. 12, 2000.
- PELECHA ZOZAYA. **Hacienda pública y Derecho comunitario**. Madrid: IEF, 1994.
- ROSEMBUJ, T. **Principios globales de fiscalidad internacional**. Barcelona: El fisco, 2012.
- ROZAS VALDÉS, J.A. Armonización de la base imponible de los Impuestos sobre Beneficios societarios en la CEE. **Impuestos**, n. 1, 1989.
- RUDING Report. Informe del Comité de Expertos Independientes sobre la imposición sobre Sociedades. Comisión Europea, 1992.

RUBIO GUERRERO, J.J.; BARRUSO CASTILLO, B. El futuro de la imposición directa en la Unión Europea. **IX Encuentro de Economía pública**, Vigo, 2002.

SÁNCHEZ-ARCHIDONA HIDALGO, G. La economía digital y su influencia en el concepto de establecimiento permanente en un entorno post-BEPS. **Quincena Fiscal**, n. 13, 2016,

SANZ GADEA, E. Hacia dónde van y hacia dónde deberían ir las normas de fiscalidad internacional. **Revista de Economía Vasca**, n. 88, 2015.

SEGRÉ Report. **Le développement d'un marché européen des capitaux**. Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 1966.

VAN DER Tempel Report. El impuesto sobre sociedades y el Impuesto sobre la Renta en la Comunidad Económica Europea. **Sección de Documentos de Hacienda Pública Española**, n. 9, 1971.

WERNER Report. **Rapport au Conseil et a la Comission concernant la realisation par etapes de L'Union Economique et Monetaire dans la Communauté**. Bruselas: Comisión Europea, 1970.



# CONCURSO DE CRIMES: ANÁLISE À LUZ DO DIREITO PENAL PORTUGUÊS E BRASILEIRO

*CRIMES OF COMPETITION: ANALYSIS OF THE RIGHT  
TO LIGHT CRIMINAL AND BRAZILIAN PORTUGUESE*

.....  
**Rafael Freire Ferreira<sup>1</sup>**  
.....

## RESUMO

Este artigo objetivou o estudo do concurso de crimes efetivo e aparente, apresentando suas semelhanças e tênues diferenças entre as leis, doutrinas e jurisprudências do Brasil e de Portugal. Promovendo, portanto, uma revisão bibliográfica. Neste cenário discorrer-se-á sobre o concurso efetivo, subdividido em real quando ocorre uma pluralidade de fatos criminosos e o ideal que ocorre único fato qualificado por diversas normas. Como também o crime continuado que lesiona um único bem jurídico com uma pluralidade do mesmo crime ou de vários. Tratou-se, ainda, do conflito aparente de normas, confrontando-o com o concurso efetivo. A relevância dos estudos luso-brasileiros se confirma pelo constante intercâmbio entre os dois países, contribuindo o presente trabalho para esse cenário.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Cúmulo. Crimes. Aplicação da norma.*

## ABSTRACT

This article aimed to study the effective and apparent crimes contest, showing their similarities and subtle differences between the laws, doctrines and jurisprudence of Brazil and Portugal. Promoting therefore a literature review. In this scenario it will be talk about the actual competition, divided into real when a plurality of criminal acts and the ideal that occurs only fact qualified by different rules. As well as the continued

---

<sup>1</sup> Advogado. Professor. Mestre e Doutorando em Ciências Jurídicas – UAL. Especialista em Direito Público Material – UGF

crime that injures a single legal interest with a plurality of the same offense or more. It was also apparent conflict of standards, comparing it with the actual competition. The relevance of the Luso-Brazilian studies is confirmed by the constant exchange between the two countries, contributing this work for this scenario.

**KEYWORDS:** *Cumulus. Crimes. Application of the standard.*

## 1 INTRODUÇÃO

Este artigo declina sobre o concurso de crimes, importante temática da teoria geral do Direito Penal.

Depreende-se do estudo do direito penal que o titular do *ius puniendi* é o Estado, que tem claramente a função de proteger os bens jurídicos essenciais do indivíduo no Estado Democrático de Direito.

Sobre esta missão protetiva, Fernandes (2001. p. 6) afirma que “o fim último que deve estar direcionado o Direito Penal é a indispensável tutela dos bens jurídicos essenciais, a partir da contenção das condutas lesivas ou que exponham a perigo tais bens”.

Por conseguinte o Direito Penal protege os bens jurídicos, aplicando a sanção quando estritamente necessário, na ideia da intervenção mínima do Estado, garantindo o cumprimento não só dos ditames penais, mas, sobretudo dos constitucionais.

Essa função dentro do Estado Democrático de Direito, remete a teoria criminal, notadamente, o objeto do presente estudo, concurso de crimes.

O crime é considerado consumado quando o agente completa os elementos essenciais do fato típico, concluindo o *iter criminis*. Essa consumação pode ser formal – quando ocorreu o tipo legal de crime - ou material – quando as consequências/efeitos prejudiciais que o agente se propôs ocorrem através do crime plenamente realizado, a primeira também chamada de jurídica e a última de exaurimento do crime.

Os crimes consumados podem ser ainda classificados como imediatos ou permanentes, na consumação imediata a ação produz efeito imediatamente, independente dos acontecimentos futuros. Já a consumação permanente tem ação contínua, é consumado enquanto durar a ação.

Por sua vez, há várias formas de participação em crime, tal qual a autoria simples, quando o autor comete o crime sozinho; a comparticipação, quando vários agentes atuam no fato típico, podendo aqui ser considerado os instigadores e cúmplices; os instigadores convencem outrem a prática

criminosa, o cúmplice auxilia o autor do crime na prática do crime, mesmo que sua participação não seja determinante; o cúmplice material aprovisiona os meios para execução do crime, enquanto o cúmplice moral apenas aconselha, não sendo ato determinante para a prática do crime; há ainda o concurso de crimes, objeto de estudo deste trabalho, no qual as infrações se acumulam, punindo o agente por vários crimes.

Dentre os sistemas possíveis para aplicação da pena no concurso de crimes, existe o de absorção de todas as penas pela mais grave, o de cúmulo jurídico das penas formando uma única, ou de cúmulo material daquelas penas que foram efetivamente aplicadas.

Discorreu-se, portanto, sobre os institutos do concurso de crime.

Iniciando pelo concurso efetivo, onde se viola vários tipos penais, em razão da prática de uma pluralidade de ações pelo agente. Consequentemente analisar-se-á o concurso real que acontece pela pluralidade de fatos criminosos, e o concurso ideal, que em sentido oposto ocorre um só fato que é qualificado por várias normas diferentes. Ainda no concurso efetivo, perpassará pelo concurso homogêneo quando uma única ação engloba vários crimes iguais, e concurso heterogêneo quando, também através de uma única ação se comete crimes diferentes.

Na sequencia o concurso de normas ou aparente é tratado, neste, ou se aplica uma norma ou outra, pois só na aparência são cumulativas, ou seja, por mais que se considerem várias normas, apenas uma será aplicada. É também chamado de legal ou impuro.

Não se pretende neste estudo esgotar o conteúdo destes temas, trata-se, portanto de um artigo de revisão bibliográfica da doutrina e legislação brasileira comparando-a com a portuguesa.

## 2 O CONCURSO DE CRIMES

Preliminarmente, da análise das espécies de concursos de crimes faz-se uma indagação: para que se criar tantos institutos para se punir quem cometeu vários crimes? Não seria mais fácil promover o somatório das penas de cada crime praticado?

Certamente seria mais fácil, mas não seria razoável!

Imagine uma funcionária de uma loja, que almejando determinada quantidade em dinheiro, toda sexta-feira retira do caixa da loja determinado valor e

consegue repetir a conduta por 15 semanas até ser flagrada, se condenada por furto, acaso somadas as penas de cada um dos 15 furtos, esta pessoa receberia uma pena no direito brasileiro, de no mínimo 30 anos, enquanto se ela tivesse entrado na mesma loja com uma arma de fogo, assassinado o gerente e levado uma fortuna em dinheiro, receberia uma pena de no máximo 30 anos.

Neste ponto de vista, os institutos do concurso de crimes, como política de Estado, atende o princípio da razoabilidade. Afinal, o desvalor de cada conduta exemplificada justifica a criação destes institutos do concurso de crimes.

Ainda preliminarmente, antes de adentrar na conceituação do concurso de crimes, imprescindível se faz diferenciá-lo do concurso aparente de normas, que também merecerá tópico específico, não por menos da necessidade de se identificar concretamente, se há conflito de normas, por existir único fato, ou concurso de crimes no caso de vários delitos.

Pois bem, mesmo que aparentemente vários dispositivos legais possam ser aplicados em uma só infração, efetivamente somente um deles o será quando deparado com o conflito aparente de normas penais. A mais, quando há várias infrações penais existentes pode surgir o concurso de crimes. Ao se interpretar uma ação criminosa, nem sempre se identifica com facilidade se está diante de um ou vários crimes.

Como proposta à resolução deste questionamento, Busato ensina que o desvalor contido na ação analisada é primordial, e continua, como critério diferenciador orienta que, quando haja um dispositivo legal que corresponda à totalidade do desvalor, trata-se de crime único, portanto aplicam-se as soluções do conflito aparente de normas. Contrariamente, quando apenas um dispositivo legal não é suficiente para esgotar o desvalor, corresponde ao concurso de crimes. Dirimindo por completo esta diferenciação, o doutrinador citado exemplifica:

Se um indivíduo resiste à um mandado de prisão mediante violência física e moral, não apenas comete crime de resistência, mas também desacato. Ao contrário, um funcionário público que se apodera de valores, que era de sua responsabilidade, destinados ao pagamento de trabalhadores terceirizados, não comete apropriação indébita, mas apenas peculato (BUSATO, 2013, p. 199).

No primeiro exemplo resolveu-se o concurso de crimes, enquanto no segundo exemplo, resolveu-se o conflito aparente de normas, sempre pautado na identificação do desvalor da ação, se foi apenas um ou vários desvalores.

## 2.1 Conceito de concurso de crimes

Por concurso de crime entende-se pela mesma atividade que deriva em vários crimes, quer dizer que a ação (ou ações) de um ou mais indivíduos cometeu dois ou mais crimes.

Masson (2014, p. 347) o conceitua como “uma ou várias condutas do agente que pratica duas ou mais infrações penais, havendo unidade ou pluralidade de condutas, cometendo-se duas ou mais infrações penais”.

Neste sentido Prado (2011, p. 471) leciona que “o Concurso de Delitos se verifica quando o agente, por meio de uma ou mais ações ou omissões, pratica dois ou mais delitos. Isso significa uma pluralidade delitiva”.

Por sua vez, ensina o ilustre doutrinador Jesus (2011, p. 641) que o surgimento do concurso de agentes se dá quando duas ou mais pessoas praticam um crime, porém quando apenas uma pessoa pratica dois ou mais delitos, seja pela unidade ou pluralidade de ações, surge o concurso de crimes ou de penas.

Definido o concurso de crimes, mister demonstrar os sistemas que o envolve, recorrendo mais uma vez ao professor Jesus (2011, p. 643):

1.º) Cúmulo material: considera que as penas dos vários delitos devem ser somadas. 2.º) Absorção: a pena mais grave absorve a menos grave. 3.º) Acumulação jurídica: a pena aplicável não é da soma das concorrentes, mas é de tal severidade que atende à gravidade dos crimes cometidos. 4.º) Sistema da responsabilidade única e da pena progressiva única: os crimes concorrem, mas não se acumulam, devendo-se aumentar a responsabilidade do agente ao crescer o número de infrações. 5.º) Sistema da exasperação da pena: aplica-se a pena do crime mais grave, aumentada de um quantum determinado.

A partir das lições acima colacionadas, nota-se que no Brasil são utilizados os sistemas da Exasperação de Pena, do Cúmulo Material e o da Absorção, como foi exposto no tópico seguinte.

Importante não confundir o concurso de crimes com o concurso aparente de normas, mais uma vez explica Jesus (2011, p. 641):

A concorrência de normas, como vimos, pressupõe: a) unidade de fato; b) pluralidade de leis definindo o mesmo fato como criminoso. Quando existe pluralidade de ações, não se fala em conflito aparente de normas penais, pois a questão é de concurso de crimes.

No conflito aparente de normas há duas ou mais normas incriminadoras para o mesmo fato, porém apenas uma será utilizada, por isso que o conflito é meramente aparente.

Em reconhecido esforço, Dias (2012, p. 1013) analisa a obra de Puppe para “estear a distinção entre concurso efetivo e concurso aparente, não maximizando a unidade e a pluralidade de ações, mas sim a circunstância de que no concurso aparente se verifica um parentesco ou afinidade do ilícito dos tipos preenchidos pela conduta”.

O Concurso de crimes é definido no Código Penal Português no número 1 do artigo 30, *ipsis litteris*: “o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente”.

Trata-se, portanto de uma pluralidade de infrações, seja do mesmo tipo repetidamente ou tipos diferentes, sendo o agente responsabilizado por todas as infrações. Ocasões em que se poderá aplicar normas conjuntamente ou uma única por absorção.

Atualmente, “a discussão doutrinária do concurso de crimes é uma questão dogmática, já tendo sido de aplicação de pena” (SILVA, 2012, p. 417).

O Juiz Conselheiro Dr. António Artur Rodrigues da Costa, ao analisar o cúmulo jurídico na doutrina e jurisprudência do Supremo Tribunal de Justiça Português, esclarece quando será utilizada pena única ou cúmulos sucessivos em Portugal:

Nos termos do art. 77.º, n.º 1 do CP, quando alguém tiver praticado vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles é condenado numa única pena, sendo nesta considerados, em conjunto, os factos e a personalidade do agente. Por conseguinte, são dois os pressupostos que a lei exige para a aplicação de uma pena única: - prática de uma pluralidade de crimes pelo mesmo arguido, formando um concurso *efectivo* de infracções, seja ele concurso real, seja concurso ideal; - que esses crimes tenham sido praticados antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles, ou seja: a decisão que primeiro transitar em julgado fica a ser um marco intransponível para se considerar a anterioridade necessária à existência de um concurso de crimes. Se o crime ou crimes forem praticados depois do trânsito, já a pluralidade ou concurso de crimes não dá lugar à aplicação de uma única pena, mas sim a penas ou cúmulos sucessivos, eventualmente considerando-se a agravante da reincidência, se se verificarem os respectivos pressupostos do art. 75.º do CP<sup>2</sup>.

Sobre o conhecimento superveniente do concurso de crimes em Portugal, ou seja, após o trânsito em julgado, se manifestou o Tribunal da

2 COSTA, António Artur Rodrigues da. O cúmulo jurídico na doutrina e jurisprudência do STJ. Disponível em: < [http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/rodrigues\\_costa\\_cumulo\\_juridico.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/rodrigues_costa_cumulo_juridico.pdf)>. Acesso em: 24 dez. 2014.

Relação de Coimbra, no mesmo sentido acima, o que pode ser verificado no *link* do acórdão<sup>3</sup>.

Frisa-se que seja no concurso real ou ideal, no homogêneo ou heterogêneo, o regime adotado pelo Código Penal de 1995 é o do cúmulo jurídico das penas, já que, para se proceder o cúmulo, as penas devem estar em concurso e ser da mesma espécie.

Portanto, haverá concurso efetivo de crimes, quando várias normas penais forem violadas pela prática de diversas ações, ainda que seja um único fato.

Desta forma, no concurso efetivo, o agente praticará dois ou mais crimes, condizendo, portanto, com a pluralidade de crimes.

Afirma Silva (2012, p. 419):

A distinção tradicional entre concurso real e concurso ideal assenta na unidade ou pluralidade de condutas criminosas. Assim, se o agente comete mais de um crime mediante duas ou mais ações, como, *vg.*, se hoje furta e amanhã mata uma pessoa, teríamos dois crimes, um concurso real; se, porém, com a mesma conduta, em sentido amplo, produz mais do que um evento, como, *vg.*, se com um só tiro mata duas pessoas, ou se com um só tiro destrói uma montra e mata ou fere uma pessoa, estaríamos perante um *concurso ideal ou formal*. Os exemplos apontados mostram que o concurso pode ser homogêneo ou heterogêneo. É homogêneo quando os crimes cometidos são idênticos, da mesma espécie – a mesma espécie de crime é perpetrado duas ou mais vezes pela conduta do agente – e é heterogêneo quando são de espécie diferente – duas ou mais espécies de crime são efectivamente cometidos.

Ante a todo o exposto, uma síntese esclarecedora da conceituação do concurso de crime encontra-se na obra de Dias (2012, p. 1005):

[...] traduz-se numa unidade ou pluralidade de ações – preenche mais que um tipo legal de crime previsto em mais que uma norma concretamente aplicável, ou preenche várias vezes o mesmo tipo legal de crime previsto pela mesma norma concretamente aplicável: art. 30.º-1. [...] esta figura do concurso de crimes, à primeira impressão, unitária, se divide em duas categorias: a do concurso efectivo, puro ou próprio, em que se verifica uma pluralidade de sentidos de ilícito do comportamento global; e a do concurso aparente, impuro ou impróprio, em que, no comportamento global, se verifica uma absoluta dominância ou prevalência de um sentido de ilícito sobre outro ou outros sentidos de ilícito concorrentes, mas assim dominados, subordinados, dependentes ou acessórios. [...].

3 PORTUGAL, Tribunal da Relação de Coimbra. Acórdão nº 158/07.8JA AVR-C.C1 de Tribunal da Relação de Coimbra, 21 de Maio de 2014. Disponível em: <<http://tribunal-relacao.vlex.pt/vid/-513122246>>. Acesso em: 24 dez. 2014.

Com essa noção preliminar, no tópico 2.4 deste trabalho foi realizada a análise da subdivisão do concurso efetivo de crime.

## 2.2 Aplicação da pena no concurso de crimes

Para o cômputo da pena no concurso de crime, evidenciam-se os sistemas da acumulação material, da exasperação, da absorção e o da acumulação jurídica.

Masson (2014, p. 348) destaca que no Brasil existem três sistemas de aplicação da pena: cúmulo material, exasperação e absorção. Ele assegura que no

Cúmulo material aplica-se ao réu o somatório das penas de cada uma das infrações penais, sendo que este sistema será utilizado no concurso material, no concurso formal imperfeito ou impróprio e no concurso das penas de multa. No sistema da exasperação aplica-se apenas a pena mais grave aumentada de percentual em relação ao concurso formal próprio ou perfeito e ao continuado. Já na absorção aplica-se exclusivamente a pena mais grave, sem qualquer aumento, encontrando-se na jurisprudência brasileira em relação aos crimes falimentares.

A exasperação será aplicada ao concurso formal perfeito (artigo 70, *caput* primeira parte, do Código Penal Brasileiro de 1940) e crime continuado (artigo 71 do mesmo diploma legal).

Já o Cúmulo Material se aplica ao concurso formal imperfeito (artigo 70, *caput* segunda parte, também do Código Penal Brasileiro) e ao concurso material de crimes (artigo 69 da mesma lei).

No cúmulo material como exposto, soma-se todas as penas que compõem o concurso. Este sistema é alvo de muitas críticas uma vez que penas exorbitantes podem não atingir a finalidade ressocializadora.

Por sua vez, a exasperação apregoa a aplicação da pena mais grave dentre as possíveis para os crimes do concurso acrescidos de um quantitativo.

Ao se falar de aplicação de pena em concursos de crime no Brasil, não se pode descurar das súmulas<sup>4</sup> 711 e 723 do STF. A primeira determina que no crime continuado ou permanente, aplica-se a lei penal mais grave, se sua vigência for anterior a cessação da continuidade ou permanência. Outrossim, a segunda, não permite a suspensão condicional do processo

---

4 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_701\\_800](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800)>. Acesso em: 03 set. 2015.

por crime continuado, se a soma da pena mínima da infração mais grave com o aumento de 1/6 for superior a um ano.

No tocante a acumulação jurídica ocorrerá a fixação de um teto para a aplicação de penas, evitando-se excesso punitivo, revela-se contrariamente ao regime do acúmulo material, fixando limite a soma de penas, mediante fixação de um teto.

Em Portugal, o tratamento é o seguinte.

Quando o agente praticar vários crimes antes de transitar em julgado a condenação por qualquer deles, incidirá uma única pena, de certo que ali houve uma pluralidade de crimes em concurso efetivo, seja concurso real ou ideal (homogêneo ou heterogêneo) e não houve transito em julgado.

Portanto, o preceito funciona com as seguintes regras: “se tratar de concurso de infrações do art. 30.º; haja conhecimento do concurso antes de julgar qualquer destas infrações; e a condenação por qualquer dos crimes concorrentes não tenha transitado em julgado; situação em que incorrerá em uma única pena” (LEAL-HENRIQUES, 2002, p. 911).

Após o transito em julgado, aplica-se o cúmulo sucessivo de penas, assim no concurso de crimes não terá mais lugar a aplicação de pena única, podendo haver agravante da reincidência, alcançados os pressupostos do artigo 75 do Código Penal Português.

Neste sentido se posiciona o Supremo Tribunal de Justiça Português (LEAL-HENRIQUES, 2002, p. 917):

O cúmulo jurídico das diversas penas tem lugar sempre que se descubram infracções anteriores que formam uma acumulação com a já julgada sem que a pena esteja totalmente expiada ou quando se verifique que não fora feito o cúmulo jurídico das diversas penas por crimes que formam uma acumulação de infracções. *AcSTJ de 91/03/20, BMJ 405-237.*

Enfim, o Direito Penal Português estabeleceu o sistema do cúmulo jurídico para apenar no concurso efetivo de crimes.

Quanto ao crime continuado, o artigo 79.º/1 do Código Penal Português é claro ao determinar que se aplique a pena relativa à conduta mais grave que integra a continuação. Nucci (2007, p. 480) esta menção sobre a legislação portuguesa, apontando o sistema da absorção para as situações de crime continuado, pois o citado artigo prescreve que: “o crime continuado é punível com a pena aplicável à conduta mais grave que integra a continuação”.

Este dispositivo, ao tratar do crime continuado, o coloca como “crime único, embora não o seja, supondo estabelecer essa gravidade por aplicação das regras gerais que permitem determinar a medida abstrata da pena” (LEAL-HENRIQUES, 2002, p. 963).

### 2.3 Unidade e pluralidade de crimes

A unidade de crime, como afirma o professor Jesus, “é a identidade de infração para todos os participantes não propriamente de um requisito, mas sim de verdadeira consequência jurídica diante das outras condições” (JESUS, 2002, p. 424).

Mas a alteração relativa à unidade ou pluralidade de infrações é comum e já foi repetidamente objeto de discussões nos tribunais portugueses.

O Supremo Tribunal de Justiça Português editou jurisprudência elucidativa sobre o assunto que pode ser consultada no *link*<sup>5</sup> do acórdão.

Outra jurisprudência<sup>6</sup>, do mesmo Tribunal, encontra uma solução à celeuma:

I - A problemática relativa ao concurso de crimes (unidade e pluralidade de infracções), das mais complexas na teoria geral do direito penal, tem no art. 30.º do CP, a indicação de um princípio geral de solução: o número de crimes determina-se pelo número de tipos de crime efectivamente cometidos, ou pelo número de vezes que o mesmo tipo de crime for preenchido pela conduta do agente.

II - O critério determinante do concurso é, assim, no plano da indicação legislativa, o que resulta da consideração dos tipos legais violados. E efectivamente violados, o que aponta decisivamente para a consagração de um critério teleológico referido ao bem jurídico.

Havendo pluralidade de crime, significa que os requisitos de cada tipo foram preenchidos na integralidade.

Identificar a unidade ou pluralidade de crimes é importante para se definir se está diante do concurso real ou ideal, com será visto na sequência.

5 Idem. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 29/04.0JDLSB-Q.S1 de 05/06/2013. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bb46eeff3362510b80257b9c002f1195?OpenDocument>>. Acesso em: 24 dez. 2014.

6 Idem. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 474/09.4PSLSB.L1.S1 de 27/05/2010. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba8ffed362818a7080257758002dc052?OpenDocument>>. Acesso em: 24 dez. 2014.

## 2.4 Espécies de concurso de crime

Vigora no Brasil três espécies de concurso de penas, o material (artigo 69 do Código Penal), o formal (artigo 70 do Código Penal) e o crime continuado (artigo 71 do Código Penal).

Na primeira espécie, concurso material, utiliza-se o critério do cúmulo material, soma das penas, cumulação de penas, ocorre quando o sujeito tem mais de uma conduta comissiva ou omissiva praticada dois ou mais crimes (idênticos ou não). Em caso de crimes idênticos chama-se homogêneo (mesmo tipo), quando não os são, heterogêneo (tipos diferentes). Casos em que, as penas serão cumuladas, no limite de 30 (trinta) anos, sempre executando primeiro a pena de reclusão, o que parece óbvio.

A segunda espécie, concurso formal, também chamado de ideal, será impróprio quando há o desejo (dolo) pelo agente de cada resultado, e próprio quando foi desejado apenas um crime ou nenhum deles. O impróprio utiliza a regra do cúmulo material de somatória das penas.

Já no concurso formal próprio utilizar-se-á o critério da exasperação, quando o juiz adotar a pena mais grave aumentada de 1/6 à 1/2. Sua diferença para o concurso material é a unidade da conduta que origina dois ou mais (pluralidade) crimes. Também pode ser homogêneo ou heterogêneo nos termos explicados supra.

A última espécie, crime continuado ou continuidade delitiva, harmoniza-se ao concurso material, no qual os crimes cometidos são da mesma espécie, proveniente de mais de uma ação ou omissão, nas mesmas circunstâncias. Aplica-se aqui, também, o critério da exasperação, a pena do crime mais grave aumentada de 1/6 à 2/3. A ocorrência do crime continuado pode ser considerada quando o agente através de duas ou mais ações ou omissões, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie, nas mesmas condições, como se verifica no artigo 71 do Código Penal Brasileiro.

Depreende-se deste dispositivo legal o que já foi explanado acima, é bastante que os crimes da mesma espécie guardem semelhança nos elementos objetivos de tempo, lugar, maneira de execução e etc.

Doravante, na doutrina portuguesa, Dias (2012, p. 1006) diz que

A pluralidade de normas típicas concretamente aplicáveis ao comportamento global, revela uma pluralidade de sentidos sociais de ilicitude, os quais devem ser integralmente valorados para efeito de punição. Apontando ainda o sistema de soma de penas como adequado para esta situação de crimes efetivo, puro ou próprio.

Ao fim, conclui-se que a continuidade delitiva tem a pluralidade de condutas e de crimes da mesma espécie, continuação e unidade de desígnio.

Na sequência, serão tratadas as espécies de concurso de crime em tópicos próprios, e para efeito didático, optou-se por trazer aqui, os conceitos das doutrinas e legislação de Portugal e Brasil conjuntamente, por tratarem de forma semelhante tais institutos, não havendo assim, necessidade de tratar da mesma espécie em tópicos diferente para demonstrar como são estudadas nos dois países.

Ressalvando o seguinte: “dado o critério de distinção entre a unidade e a pluralidade adotados pela legislação portuguesa, foi equiparado o concurso ideal ao concurso formal” (LEAL-HENRIQUES, 2002, p. 385).

#### 2.4.1 Concurso Material ou Real

O cerne do concurso real é a pluralidade de crimes, quando todos os fatos preenchem os requisitos para enquadramento em tipos penais diversos. “Quando à pluralidade de crimes cometidos corresponde uma pluralidade de ações” (LEAL-HENRIQUES, 2002, p. 385).

Esta espécie de concurso, segundo Masson (2014, p. 348), verifica-se “quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não. Há pluralidade de condutas e pluralidade de resultados. Pouco importa se os fatos ocorreram ou não no mesmo contexto fático”.

Enuncia o Supremo Tribunal de Justiça português, na primeira parte do número 1 de um acórdão<sup>7</sup>, segue grifo jurisprudencial: “O concurso efectivo de crimes é real quando o agente pratica vários actos que preenchem autonomamente vários crimes ou várias vezes o mesmo crime (pluralidade de acções)” [...].

7 Idem. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão nº 04P3210 de 13/10/2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f4cbe2ecdeea9311802571bc003d0d06?OpenDocument>>. Acesso em: 24 dez. 2014.

No caso da prática de vários atos, ou seja, tipos de crimes diferentes, trata-se do concurso heterogêneo. Ao se falar em mesma ação, pois os crimes cometidos são da mesma espécie, trata-se do concurso homogêneo.

Com efeito, a título de exemplificação, colaciona-se jurisprudências dos tribunais portugueses que tratam sobre o concurso material ou real:

**Concurso real – peculato – destruição de documentos**

“Verifica-se concurso real de infracções quando o agente comete o crime de peculato através de destruição de documentos”. AcSTJ de 95/11/30, proc. n.º 47074

**Concurso real – furto qualificado – introdução em casa alheia**

“Face ao disposto no art. 204.º, n.º 3, do C. Penal de 1995, não se verifica a possibilidade de concursos dos crimes de furto qualificado e de introdução em casa alheia”. AcSTJ de 96/01/17, proc. n.º 48578

**Concurso real – exibicionismo**

“1 – Comete o crime de exibicionismo e ultraje público ao pudor do art. 212º do CP/82, aquele que à passagem de menores, exhibe os seus órgãos sexuais. 2 – Se essa exibição foi feita para dois menores, são cometidos dois crimes dessa natureza, por serem ofendidos bens eminentemente pessoais.” AcSTJ de 97/06/18, proc. n.º 100/97(LEAL-HENRIQUES, 2002, p. 421;431).

Enfim, conclui-se assim que o concurso real ocorre quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não.

#### 2.4.2 Concurso Formal ou Ideal

Antes de adentrar no conceito, colacionamos a segunda parte do número 1 do acórdão<sup>8</sup> do Supremo Tribunal de Justiça apresentado supra, quando fala sobre o concurso ideal, segue o grifo jurisprudencial: [...] “é ideal quando através de uma mesma acção se violam normas penais ou a mesma norma repetidas vezes (unidade de acção)”.

Restou esclarecido que no concurso ideal o agente pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, com apenas uma ação ou omissão. “Quando mediante uma só ação se violam diferentes tipos ou várias vezes o mesmo tipo” (LEAL-HENRIQUES, 2002, p. 385).

---

8 *Idem.* Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão n.º 04P3210 de 13/10/2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f4cbe2ecdeea9311802571bc003d0d06?OpenDocument>>. Acesso em: 24 dez. 2014.

Conduta única e pluralidade de resultados são os requisitos para o concurso ideal. Masson (2014, p. 350) explica ainda que “a unidade de conduta depende do mesmo contexto temporal e espacial na realização dos atos, podendo ser fracionada em vários atos, como no caso de um homicídio mediante diversos golpes de punhal”.

Assim como no concurso real, quando os crimes são idênticos trata-se de concurso formal homogêneo. Quando os crimes são diferentes, trata-se do concurso formal heterogêneo.

Esta espécie de concurso de crime se subdivide ainda em perfeito e imperfeito. Novamente, para esclarecer esta subdivisão, expõe as lições de Masson (2014, p. 351):

Perfeito, ou próprio, é a espécie de concurso formal em que o agente realiza a conduta típica, que produz dois ou mais resultados, sem atuar com desígnios autônomos. Desígnio autônomo, ou pluralidade de desígnios, é o propósito de produzir, com uma única conduta, mais de um crime. É fácil concluir, portanto, que o concurso formal perfeito ou próprio ocorre entre crimes culposos, ou então entre um crime doloso e um culposos. Imperfeito, ou impróprio, é a modalidade de concurso formal que se verifica quando a conduta dolosa do agente e os crimes correntes derivam de desígnios autônomos. Existem, portanto, dois crimes dolosos.

Então no concurso formal próprio ou perfeito o sujeito não tem mais de um desígnio (dolo de apenas um ou nenhum resultado), enquanto no impróprio ou imperfeito o sujeito tem mais de um desígnio (dolo de dois ou mais resultados).

Subjetivamente, o concurso ideal tem unidade de conduta e pluralidade de crimes, enquanto objetivamente, exige unidade de comportamento e pluralidade de crimes.

Infere-se, portanto, que a diferença entre o concurso real e o ideal paira na conduta, no primeiro há pluralidade de condutas, enquanto no segundo há unidade de conduta.

#### 2.4.3 Crime Continuado

Não há dúvida que a disposição de crime continuado disposto no artigo 30, número 2, do Código Penal Português elucida seu conceito:

Constitui um só crime continuado a realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos de crime que fundamentalmente protejam o mesmo bem jurídico, executada por forma essencialmente homogênea e no quadro da solicitação de uma mesma situação exterior que diminua consideravelmente a culpa do agente.

Infere-se que para ser continuado deve haver uma pluralidade do mesmo tipo de crime ou uma diversidade de crimes visando o mesmo bem jurídico.

Leal-Henriques (2002, p. 387) enumera os seguintes pressupostos do crime continuado:

Realização plúrima do mesmo tipo de crime ou de vários tipos que protejam fundamentalmente o mesmo bem jurídico; - homogeneidade da forma de execução; - lesão do mesmo bem jurídico; - unidade de dolo; - persistência de uma situação exterior.

Masson (2014, p. 353) evidencia que “o crime continuado, ou continuidade delitiva, se verifica quando o agente, por meio de duas ou mais condutas, comete dois ou mais crimes da mesma espécie, e, pelas condições de tempo, local, modo de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro”.

A definição do crime continuado por Greco (2011, p. 108):

[...] quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro.

Para ratificar o entendimento do crime continuado indicam-se a leitura das jurisprudências<sup>9</sup> portuguesas sobre o assunto, quais sejam: Ac. TRC de 16-11-2011, CJ, 2011, T.V, pág.65, I; Ac. TRL de 13-04-2011, XV; Ac. TRC de 18-04-2012, n.º 1 e 2; Ac. TRE de 6-10-2012, I; Ac. TRP de 9-07-2014, I, II e III.

Ante ao exposto, constatou-se que na continuação de um só crime há pluralidade de resoluções criminosas, onde fatores externos levam o agente a reiterar as condutas. Sendo que a utilização do crime continuado será verificada quando a culpa do agente for diminuída, portanto, medida excepcional.

Estes chamados fatores externos são relacionados com a oportunidade inicial que originou a conduta típica, é reiterada através do mesmo meio que permitiu a prática daquele primeiro crime. Pois o sucesso da primeira conduta leva a condição favorável para sua reiteração.

Para sedimentar estes entendimentos explanados, recorrendo à doutrina portuguesa, segue ensinamento de Silva (2012, p. 423-424):

---

9 *Idem*. Disponível em: < [http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&tabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&tabela=leis)>. Acesso em: 24 dez. 2014.

O conceito de crime continuado é um daqueles em que há profundas divergências na doutrina e nas legislações, ora sendo dada predominância ao elemento objectivo, isto é, aos elementos objectivos do crime e às circunstâncias em que foi praticado, ora dando predominantemente revelo ao elemento subjectivo do tipo que unificaria todas as condutas. [...] Como nota característica do crime continuado destaca-se uma pluralidade de acções que constituem o *corpus* de uma pluralidade de crimes, tantos quantas as acções, mas que a lei unifica e trata como um crime só, embora os fins desta unificação não tenham sido sempre os mesmos [...].

Na esteira de exemplificações, indica-se a leitura de jurisprudência sobre o assunto: Crime Continuado – medida da pena - AcSTJ de 99/06/30, proc. n.º 601/99: “O agente que viola várias vezes o mesmo bem jurídico é merecedor de mais forte censura por mostrar um mais elevado grau de culpa, do que o arguido que somente pratica um facto ilícito típico.” (LEAL-HENRIQUES, 2002, p. 485).

No crime continuado há uma pluralidade de condutas (mais de uma acção ou omissão) e pluralidade do mesmo crime ou de vários tipos de crime, que lesionam o mesmo bem jurídico, através de uma execução homogênea (conexão no tempo, lugar e maneira de execução) e de uma mesma situação exterior que diminua sensivelmente a culpa do agente, e por fim, unidade de desígnio (homogêneo) de dolo onde a resolução posterior se apresente como continuação da anterior.

Por fim, constata-se que o Direito Penal Português estabelece uma visão mais ampla para reconhecer a continuidade delitiva, em comparação ao Brasileiro. Nota-se neste, “que deve ocorrer vários crimes da mesma espécie, enquanto aquele, abrange todos os crimes que lesionem o mesmo bem jurídico” (SILVA, 2012, p. 431).

### 3 CONCURSO APARENTE

#### 3.1 Definições

No concurso aparente quem concorre são as normas penais e ocorrerá quando duas ou mais delas descrever o mesmo fato, existindo assim um conflito, por ter mais de uma regulando um mesmo fato, contudo, denomina-se aparente, pois apenas um delas será efetivamente aplicada.

Esta modalidade caracteriza-se, conforme descrito acima, pela unidade da infração penal (um fato típico), pela pluralidade de normas descrevendo o fato e, por fim, a aplicação de apenas um destas normas.

Apesar da conduta se adequar a mais de um tipo penal, em prestígio ao princípio do *non bis in idem*, é impossível se punir o mesmo fato mais de uma vez, por isso prevalece uma única norma.

Isto posto, “o conteúdo da conduta é exclusiva e totalmente abrangido por um só dos tipos violados” (LEAL-HENRIQUES, 2002, p. 383).

Segundo o Supremo Tribunal de Justiça Português há três princípios que soluciona o conflito aparente de normas, quais sejam: especialidade, subsidiariedade e consunção; vejamos o número 2 do acórdão<sup>10</sup> já citado: “A par categoria de concurso efectivo de crimes temos a de concurso aparente, onde as leis penais concorrem só na aparência, excluindo umas as outras, segundo regras de especialidade, subsidiariedade ou consunção”.

Quanto ao primeiro princípio, uma norma atina-se com outra em uma relação de especialidade, quando sem contradição, apresenta mais de um tipo incriminador, só que um dos tipos incorpora elementos essenciais de outro tipo.

Hungria (1958, p. 51) esclarece a definição da especialidade desta forma:

Uma norma penal se considera especial em relação a outra (geral) quando, referindo-se ambas ao mesmo fato, a primeira, entretanto, tem em conta uma especial condição (objetiva ou subjetiva) e apresenta, por isso mesmo, um plus ou um minus de severidade. Desde que se realize tal condição (elemento especializante), fica excluída a aplicação da norma geral. O *typus specialis* substitui-se ao *typus generalis*.

Já o princípio da subsidiariedade, orienta que uma norma só seja aplicada quando outra não for, assim, a aplicação de uma fica atrelada a não aplicação da outra que prevalece em relação aquela, por ser mais grave. Esta determinação pode partir expressamente da lei ou da interpretação da mesma que não falou expressamente, mas está implícita a determinação.

No magistério de Hungria (1958) constata-se que uma norma pode ser subsidiária a outra quando seu próprio texto condiciona a sua aplicação (expressamente) ou quando o fato típico de uma entra como com-

10 *Idem*. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão n° 04P3210 de 13/10/2004. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f4cbe2cedee9311802571bc003d0d06?OpenDocument>>. Acesso em: 24 dez. 2014.

ponente ou agravante de outra norma, de forma que a última exclui a aplicação da primeira.

Por fim, o princípio da consunção orienta a resolução do conflito aparente, quando um fato típico tem característica de outro tipo penal, não por força de lei, mas por abranger elementos de outra norma. Assim aplica-se a norma mais grave, exceto na consunção impura que ocorrerá o inverso, ou seja, a norma mais leve será aplicada.

Novamente recorre-se a Hungria (1958) por ter consagrado em sua doutrina a análise do conflito aparente de normas, ele ensina sobre a consunção que uma norma é consumida por outra quando o crime daquela não passa de uma fase ou de uma transição para realização do crime desta, assim a maior absorve a menor, pois o tipo da norma consuntiva é fase mais avançada para realização do mal.

Na relação de consunção deverá se identificar a razão da conduta descrita em cada fato típico, pois os bens jurídicos protegidos estão em conexão, mas ao contrário do princípio da especialidade, na consunção, não há necessidade de conter todos os elementos típicos na norma que prevalecerá.

Assim, não existe prevalência da norma, mas sim dos fatos mais graves que absorverá o menos grave, óbvio que a predominância de fatos, resulta no império de uma única norma, o que não deixa de ser uma prevalência.

Conclusivamente Dias (2012, p. 1012) supõe “que nestes casos se verifica uma pluralidade de normas típicas concretamente aplicáveis, mas não uma pluralidade de crimes ‘efectivamente cometidos’”.

### **3.2 O conflito do concurso efetivo com o concurso aparente**

Forçoso se torna novamente imergir na diferenciação de um concurso efetivo para um concurso aparente, pela relevância da sua elucidação. Nesta orientação, o elemento da teoria do crime, qual seja, tipicidade, fornece um direcionamento, pois um suposto delito será confrontado com as condutas proibidas tipicamente, para se identificar se houve ou não fato incriminador.

Neste momento estará se realizando o juízo de tipicidade, que levará a concluir pela irrelevância penal daquele fato, ou enquadrá-lo como crime, momento em que, pode surgir a divergência, se é compatível com um fato típico ou vários fatos típicos.

Na última suposição ocorrerá um concurso de crimes. Mas, quando isto ocasiona a dúvida entre ser um concurso efetivo ou aparente, a solução está na unidade de fato e pluralidade de fatos.

Ora pois, a pluralidade de fatos remete a pluralidade de crimes ou continuidade do mesmo. Outrossim, na unidade de fato, identificará unidade ou pluralidade de crimes. Então surge a celeuma.

Quando se percebe que há unidade de crime, pois um dos tipos prevaleceu sobre os demais, situação em que tipos aparentemente concorrem, elucidada-se pela utilização dos critérios estudados no item anterior, com a apresentação da doutrina de Nelson Hungria, conforme sugestão da citada jurisprudência portuguesa, quais sejam: especialidade, subsidiariedade e consunção.

Porventura não seja possível aplicar qualquer destes critérios, significa que o há pluralidade de crimes, decorrendo daí um concurso formal/ideal de crimes.

Assim, identificada a unidade ou pluralidade de fatos, parte para os critérios sugeridos para dirimir a existência de concurso formal/ideal ou aparente de normas.

Finalmente, os resultados desta explanação sugerem que o critério distintivo destes concursos, habita na autonomia do(s) ilícito(s) encontrado(s) no comportamento global. Ilícitos autônomos desvendam o concurso efetivo de crimes. Um ilícito predominante em relação aos demais, que se sobrepõe, conduz ao concurso aparente de normas.

### **3.3 Aplicação dos princípios da subsidiariedade, da consunção e da especialidade na resolução do concurso aparente**

Sabe-se que o crime de roubo tem como elementos, além da subtração de bem alheio, a coação física ou violência. Sendo a ofensa corporal um crime. Mas se esta foi cometida com a finalidade de roubar, torna-se um crime meio.

Poderá ocorrer a consunção do crime meio pelo crime fim, mas esta condição depende da forma que os fatos se sucederam.

Caso o objeto do roubo seja de valor econômico ínfimo, mas por resistência da vítima em entregá-lo o criminoso tenha utilizado de violência desproporcional que o levou ao coma por várias semanas.

O objetivo era apenas roubar (crime fim), mas pelo princípio da subsidiariedade, a violência física (crime meio), por ser mais grave, é que será considerada para efeito de punição.

Há doutrinadores que consideram uma consunção (impura), afirmando que o crime meio consumiu o crime fim.

Por sua vez, “o crime de ofensa à integridade física simples, encontra-se numa relação de concurso aparente, por consunção, com o crime de coação (*AcSTJ de 00/10/04, proc. n.º 1209/00-3*)” (LEAL-HENRIQUES, 2002, p. 454). Pois aquele integra o elemento típico ‘violência’ deste.

Outro caso de consunção é o crime de fraude fiscal, no qual “a existência de falsificação corresponde a um elemento típico daquele ilícito quando a sua ocorrência resulte da ocultação de factos ou valores que devem ser inseridos nas declarações apresentadas (*AcSTJ de 98/10/08, Acs STJ VI, 3, 189*)” (LEAL-HENRIQUES, 2002, p. 450).

Com relação ao princípio da especialidade, haverá concurso aparente entre o crime de peculato e o abuso de confiança, “o peculato pode se apresentar como abuso de confiança qualificado, face à evidência das semelhanças na delimitação do tipo (*AcSTJ de 01/02/08, proc. nº 2745/00-5*)” (LEAL-HENRIQUES, 2002, p. 455)”.

Além dos princípios demonstrados, Bobbio (1982) inseriu na doutrina jurídica os critérios cronológico, hierárquico e da especialidade (este último já demonstrado neste, quando a norma especial afasta a aplicação da norma geral).

O critério cronológico foi bem observado no Recurso Especial<sup>11</sup> impetrado no Superior Tribunal de Justiça Brasileiro, no qual o Decreto-Lei 201/67 e a Lei 8.666/90 entraram em conflito por equivalência hierárquica, sendo que a última foi utilizada pelos atos terem sido praticados após a sua entrada em vigor.

Percebe-se aqui, que a norma editada posteriormente prevaleceu em face da revogação da norma anterior.

Já o critério hierárquico é vislumbrado na decisão em sede de Apelação<sup>12</sup> do Tribunal de Justiça de São Paulo, quando resolveu o conflito aparente entre um decreto e uma lei municipal, ocasião em que o decreto determinou aplicação de multa a situações que teriam sido anistiadas através de lei. Portanto, não pode um decreto, como ato hierarquicamente inferior à lei, contrariá-la ou extrapolá-la.

11 Idem. Superior Tribunal de Justiça. STJ - Recurso Especial: REsp 1288855 SP 2011/0256155-7. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24603090/recurso-especial-resp-1288855-sp-2011-0256155-7-stj>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

12 Idem. Tribunal de Justiça de São Paulo. TJ-SP - Apelação APL 00215699420098260114 SP 0021569-94.2009.8.26.0114. Disponível em: <<http://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/117349340/apelacao-apl-215699420098260114-sp-0021569-9420098260114>>. Acesso em: 08 ago. 2015.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foi possível identificar neste artigo, que os conceitos dos temas aqui estudados, são semelhantes na doutrina e legislação do Brasil e de Portugal. Entretanto, a distinção repousa nos critérios utilizados para fixação da pena.

Esta realidade é perceptível no crime continuado, que em Portugal utiliza o sistema da absorção, enquanto no Brasil adotou o sistema da exasperação.

Tendo em vista os conceitos apresentados, verifica-se que este artigo não se propôs a averiguar o sistema de cálculos na aplicação da pena nos crimes aqui estudados, mas sim, analisar de forma conceitual os temas propostos, através da legislação de Portugal e do Brasil.

Assim, percebeu-se que o concurso de crimes ocorre quando o agente realiza vários crimes mediante um ou mais condutas, podendo ser efetivo, aparente ou mesmo continuado.

Referente ao concurso efetivo conceituou-se sua subdivisão em real e ideal, além da sua homogeneidade ou heterogeneidade. Depreendendo que a diferença básica entre ser real ou ideal é a quantidade de condutas, pois no primeiro há várias condutas, enquanto no segundo uma única. No mesmo sentido, porém referente à quantidade de crimes, não mais a conduta, se identificam o concurso homogêneo pelos crimes da mesma espécie e o heterogêneo pela pluralidade de espécies de crimes.

Já o concurso aparente, averigou-se que as normas penais concorrem na descrição do mesmo fato, gerando um conflito aparente que será solucionado pela efetiva aplicação de um deles, orientados pelos princípios da especialidade, subsidiariedade ou da consunção.

Por sua vez, o crime continuado – continuidade delitiva – foi conferido que ocorrerá na prática de dois ou mais crimes da mesma espécie, reunindo condições de tempo, lugar, forma de execução etc., que ocorrerão em continuação do primeiro crime.

A importância de se conhecer estes institutos do concurso de crimes direciona-se ao direito de individualização da pena enquanto garantia fundamental individual, afinal, os preceitos daquele remete a esta constitucionalidade.

Percebe-se também, que o concurso de crimes, por ser uma única aplicação da lei ante os vários resultados, reduzindo, por obviedade a quantidade de processos e naturalmente o tempo para resolução dos fatos.

Finalmente, além do preceito constitucional da individualização da pena e da duração razoável do processo, invoca-se ainda, neste estudo, outro ditame constitucional, o princípio da dignidade da pessoa humana, pois as modalidades estudadas justificam uma maior ou menor punibilidade do agente, com isso busca-se a efetivação do objetivo maior do direito penal que é reinserir o indivíduo no seio social, seja enquanto cumpri a pena, ou ao final deste cumprimento.

## REFERÊNCIAS

BRASIL. **Código Penal de 1940.**

\_\_\_\_\_. **Supremo Tribunal Federal.** Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula\\_701\\_800](http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_701_800)>. Acesso em: 03 jul. 2015.

\_\_\_\_\_. **Superior Tribunal de Justiça - Recurso Especial:** REsp 1288855 SP 2011/0256155-7. Disponível em: <<http://stj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/24603090/recurso-especial-resp-1288855-sp-2011-0256155-7-stj>>. Acesso em: 04 ago. 2015.

PORTUGAL. **Código Penal de 1995.** Disponível em: <[http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei\\_mostra\\_articulado.php?nid=109&rtabela=leis](http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=109&rtabela=leis)>. Acesso em: 26 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Tribunal da Relação de Coimbra. **Acórdão nº 158/07.8JA AVR-C.C1 de Tribunal da Relação de Coimbra, 21 de Maio de 2014.** Disponível em: <<http://tribunal-relacao.vlex.pt/vid/-513122246>>. Acesso em: 24 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 29/04.0JDL SB-Q.S1 de 05/06/2013.** Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/bb46eeff3362510b80257b9c002f1195?OpenDocument>>. Acesso em: 24 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 474/09.4PSLSB.L1.S1 de 27/05/2010.** Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/ba8ffed362818a7080257758002dc052?OpenDocument>>. Acesso em: 24 dez. 2014.

\_\_\_\_\_. Supremo Tribunal de Justiça. **Acórdão nº 04P3210 de 13/10/2004.** Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f4cbe2ecdeea9311802571bc003d0d06?OpenDocument>>. Acesso em: 24 dez. 2014.

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico.** Brasília: UnB, 1982.

BUSATO, Paulo César. **Direito Penal:** Parte Geral. São Paulo: Atlas, 2013.

COSTA, António Artur Rodrigues da. **O cúmulo jurídico na doutrina e jurisprudência do STJ.** Disponível em: <[http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/rodrigues\\_costa\\_cumulo\\_juridico.pdf](http://www.stj.pt/ficheiros/estudos/rodrigues_costa_cumulo_juridico.pdf)>. Acesso em: 24 dez. 2014.

DIAS, Jorge Figueiredo. **Direito Penal - Parte Geral - Tomo I.** 2. Ed., 2. Reimp. Coimbra: Editora Coimbra, 2012.

FERNANDES, Fernando. **O processo penal como instrumento de política criminal.** Coimbra: Almedina, 2001.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal.** 13. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2011.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal.** Forense: Rio de Janeiro, 1958. V.1

JESUS, Damásio de. **Direito Penal.** 25 ed. São Paulo: Saraiva, 2002. V.1

\_\_\_\_\_. **Direito penal.** parte geral. 32. Ed. São Paulo: Saraiva, 2011. V.1

LEAL-HENRIQUES, Manuel de Oliveira; SIMAS SANTOS, Manuel José Carrilho de. **Código Penal Anotado:** parte geral. 3. Ed. Lisboa: Rei dos Livros, 2002.v.1

MASSON, Cleber. **Código Penal Comentado.** São Paulo: Método, 2014.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de Direito Penal:** Parte Geral, Parte Especial. 3. edição. São Paulo: Revista dos Tribunais – RT, 2007.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

SILVA, Germano Marques da. **Direito Penal Português.** Universidade Católica Editora. Lisboa, 2012.





# PRESCRIÇÃO DA PENA CRIMINAL E INELEGIBILIDADE: TEMAS INEXPLORADOS E FUTUROS OVERRULING'S NA JURISPRUDÊNCIA DO TSE

*THE EXPIRY OF THE STATUTE OF LIMITATIONS ON  
THE CRIME AND THE UNELECTABLE CONDITION:  
UNEXPLORED THEMES AND FUTURES OVERRULING'S  
ON SUPERIOR ELECTORAL FEDERAL COURT OF  
BRAZIL JURISPRUDENCE*

---

**Ruy Samuel Espíndola<sup>1</sup>**

---

## RESUMO

Trata dos efeitos da prescrição da pena criminal sobre o direito fundamental de candidatura e critica precedente Respe 23.851-TSE, que definiu que a partir da prescrição da pena começaria a fluir o tempo de inelegibilidade, reclamando *overruling*. Demonstra que a *ratio decidendi* não guarda congruência com o Direito Positivo, à Dogmática Penal e à Teoria dos Direitos Fundamentais. Afirma que a prescrição penal, qualquer que seja, extingue a inelegibilidade; que a inelegibilidade é efeito primário da condenação; que, alternativamente, entenda o TSE que o marco inicial é o trânsito em julgado da condenação e não o da ocorrência da prescrição da pena.

---

1 Advogado sócio da *Espíndola e Valgas A/A*, com sede em Florianópolis/SC, com atuação nos Tribunais Superiores - Professor de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral, docente de pós-graduação *lato sensu* - Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Santa Catarina - Membro das Comissões de Direito Constitucional e de Direito Eleitoral da Seccional da OAB de SC, da Academia Catarinense de Direito Eleitoral, do Instituto Catarinense de Direito Administrativo e do Instituto dos Advogados de Santa Catarina - Acadêmico da Academia Catarinense de Letras Jurídicas - Conferencista nacional e internacional sobre temas jurídico-públicos. ruymanuel@hotmail.com, www.espindolaevalgas.com.br, www.facebook.com/ruymanuel.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Pena Criminal. Prescrição. Inelegibilidade. Direito Fundamental de Candidatura. Máxima Efetividade. Direito Positivo. Dogmática Eleitoral e Penal. Overruling.*

## ABSTRACT

The article brings up strong legal critics to the expiry of the statute of limitations on the crime's effects over the fundamental right of running for public office regarding the legal precedent set on RESPE 23.851-TSE, which defined that the term of unelectable condition only begins after the statute of limitations on the crime has expired, demanding overruling. It shows that the "ratio decidendi" of the mentioned decision lacks adequacy to Positive Law, Criminal Dogmatic and to the Fundamental Rights' Theory. Proclaims that the expiry of the statute of limitation on the crime, whatever kind might it be, extinguishes the unelectable condition; also that the unelectable condition is a primary effect of the criminal sentence; that, alternatively, the Court should consider that the beginning of the unelectable condition term is the final judgment preclusion and not when the statute of limitations on the crime expires.

**KEYWORDS:** *Criminal Sentence. Statute of limitations on the crime. Unelectable condition. Running for public office Fundamental Right. Maximum effectiveness. Positive Law. Electoral and Criminal Dogmatizes. Overruling.*

## 1 INTRODUÇÃO

O Direito Eleitoral precisa dialogar mais com o Direito Penal para aprimorar sua dogmática<sup>2</sup> e fazer a crítica de sua jurisprudência (destacadamente do TSE), formada, muita vez, sem acento no Direito Positivo e sem lastro adequado de técnica juspenal.

Após a promulgação da lei ficha limpa, o advogado eleitoralista<sup>3</sup> precisa ser também um advogado com seguros conhecimentos de Direito Penal, Processo Penal e Execução Penal. Isso para poder, em seus casos, planificar a elegibilidade, restituindo a capacidade eleitoral passiva, o direito funda-

2 Para ANDRADE, Vera Regina Pereira de: a 'Dogmática Jurídica [...] se identifica com a ideia de Ciência do Direito que, tendo por objeto o Direito Positivo vigente em um dado tempo e espaço e por tarefa metódica (imaneente) a 'construção' de um 'sistema' de conceitos elaborados a partir da 'interpretação' do material normativo, segundo procedimentos intelectuais (lógico-formais) de coerência interna, tem por finalidade ser útil à vida, isto é, à aplicação do Direito. Desta forma, na sua tarefa de elaboração técnico-jurídica do Direito vigente a Dogmática, partindo da interpretação das normas jurídicas produzidas pelo legislador e explicando-as em sua conexão interna, desenvolve um sistema de teorias e conceitos que, resultando congruente com as normas, teria a função de garantir a maior uniformização e previsibilidade das decisões judiciais e, conseqüentemente, uma aplicação igualitária (decisões iguais para casos iguais) do Direito que, subtraída à arbitrariedade, garanta essencialmente a segurança jurídica. Cf. seu Dogmática Jurídica: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996, p. 18.

3 Destacamos o advogado, pois em regra o promotor e juiz eleitorais detêm atribuição e jurisdição na seara juspenal, contemporâneas à jurisdição eleitoral, antes ou depois dela, e acumulam, por tal, ciência e experiência com o Direito Criminal.

mental de candidatura<sup>4</sup> aos condenados pelos ilícitos descritos no artigo 1º, I, letra “e”, itens 01 a 10 da LC 64/9 (alterada pela LC 135/10).

Assim, a advocacia eleitoral manejará a defesa criminal em processos de primeiro grau ou de foro originário, interpondo revisão criminal, apelações, recurso especial ou extraordinário criminal e cautelares incidentais, habeas corpus, reclamação, etc, para fins de garantir, não só a absolvição do acusado ou efeito equivalente, mas a sua elegibilidade.

São vários os temas que podem resultar em frutíferos diálogos entre o Direito Eleitoral e o Direito Penal:

(i) A coisa julgada criminal e a inelegibilidade como cominação penal anexa;

(ii) A norma eleitoral como norma penal heterotópica (PONTES DE MIRANDA) e as garantias constitucionais penais;

(iii) A condenação em penas alternativas à prisão e atração de inelegibilidade;

(iv) A retroatividade da lei ficha limpa, no campo penal, como retroação prejudicial ao réu, como retroatividade *in malam parte*;

(v) A presunção de inocência como garantia convencional internacional e a inelegibilidade<sup>5</sup>;

(vi) A inelegibilidade como efeito da condenação criminal: seria pena ou restrição ao “regime da elegibilidade”?;

(vii) A interpretação adequada em tema de elegibilidade decorrente de condenação criminal e o regime de direitos fundamentais políticos;

(viii) A possibilidade de se conhecer, incidentalmente e como prejudicial de mérito, em processo de registro de candidatura, a tese da coisa

---

4 Dois preciosos direitos fundamentais densificam e concretizam, no plano da Constituição, a Democracia e a República. Os referiremos, neste artigo, pelos seus autênticos patronímicos jusfundamentais e não por seus apelidos ordinários: direito político fundamental de votar e direito político fundamental de candidatura. Correntemente esses direitos fundamentais são referidos no jargão doutrinário e na linguagem forense pelos seus codinomes: capacidade eleitoral ativa e capacidade eleitoral passiva. O lugar teórico em que colocamos alguns institutos condiciona o nosso olhar e ângulo de análise (COSTA). O nome de *direito ordinário* dado a essas liberdades profunde-fundamentais não nos permite entrever que estamos a falar de direitos fundamentais, que, sobretudo, constituem cláusulas pétreas, vinculam o legislador, o juiz e o administrador, assim como aos particulares, na tarefa de concretizá-los de maneira ótima. Os operadores do direito eleitoral em geral, não se atentam, em termos teóricos e metodológicos, sobre as consequências *práticas* de assumirmos os direitos de votar, de receber votos e exercer mandatos como direitos políticos fundamentais, *como núcleos de posições e vantagens políticas*, como direitos inerentes ao *status activus* (JELLENIČKE), que garantem a participação do indivíduo nas coisas do Estado e da República como algo levado a sério e protegido pela ordem constitucional.

5 Estudo pioneiro nesse viés, tendo em conta o devido processo legal, que abarca a presunção de inocência, é o de PEREGRINO, Marcelo Ramos. O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa- direitos políticos e inelegibilidades. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

## julgada inconstitucional criminal<sup>6</sup>;

6 Defendemos essa posição em recurso nominado eleitoral em processo de registro de candidatura, na eleição de 2012, com os seguintes argumentos: “INEXISTÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL VÁLIDA – INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO CRIMINAL SENTENCIANTE – INCONSTITUCIONALIDADE DA LEI PROCESSUAL PENAL FIXADORA DA COMPETÊNCIA DECISÓRIA – INVALIDADE DA NORMA – INVALIDADE BENÉFICA AO RÉU NO FEITO CRIMINAL – MODULAÇÃO DOS EFEITOS DE INCONSTITUCIONALIDADE PELO STF QUE NÃO PODE PREJUDICAR A SITUAÇÃO JURÍDICA DO RÉU CRIMINAL E IMPUGNADO - TESE DA COISA JULGADA INCONSTITUCIONAL – PREJUDICIAL DE MÉRITO DEDUZIDA EM PROCESSO JUDICIAL ELEITORAL EM OPOSIÇÃO À DECISÃO INCONSTITUCIONAL TOMADA EM PROCESSO CRIME – INCONSTITUCIONALIDADE DO TÍTULO CONDENATÓRIO PENAL QUE SUSTENTA A ARGUIÇÃO DE INELEGIBILIDADE - IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO – NECESSIDADE DE DEFERIMENTO DO REGISTRO DO CANDIDATO ODILSON [...] E a coisa julgada inconstitucional, constatada a sua existência, pode se apreciar sua adução, como prejudicial de mérito, em qualquer processo em que se deduza pretensão fundada em título judicial inconstitucional, como é o caso da decisão condenatória, descrita na inicial. [...]. O fenômeno da coisa julgada inconstitucional pode ser verificado de várias formas na decisão já passada em julgado e revestida de imutabilidade. No presente caso, a acórdão inconstitucional que condenou o Recorrente pela prática do crime previsto no Decreto-lei 201/67, foi a causa de inelegibilidade alegada pelo Recorrido.

No entanto, apesar de não ter ocorrido o trânsito em julgado da referida sentença, verifica-se, *ex vi* da norma *expost factum* LC 135/10, os efeitos da coisa julgada criminal de 14.12.04, mais precisamente, da coisa julgada inconstitucional, pois conforme já exposto, há a existência de uma nulidade na referida condenação, tendo em vista que foi prolatada por juízo incompetente, pois juízo fundado em norma processual inconstitucional, decisão ilegítima e inconstitucional que agora funda a causa de pedir e é fundamento do pedido de inelegibilidade aduzido contra o Recorrente. Logo, a referida condenação que embasou o Recorrido a propor a presente Impugnação, possui os efeitos da coisa julgada inconstitucional e, portanto, seus efeitos não devem ser reconhecidos no presente feito eleitoral, devendo ser afastada a sua incidência no presente processo de registro.

Ou melhor, assim como leis inconstitucionais podem ter eficácia afastada, no controle difuso de inconstitucionalidade, sentenças inconstitucionais, que demandem execução ou sejam causa de pedir de demandas subsequentes que reclamem a sua valia, caso as sentenças sejam inconstitucionais, como o título condenatório ora impugnado, essas decisões podem ter seus efeitos afastados, por força de arguição incidental, a título de prejudicial de mérito, e a decisão a ser tomada no processo subsequente, pode reconhecer sua inconstitucionalidade e negar efeitos para a pretensão nela baseada. Na declaração de inconstitucionalidade que importa ao presente caso, o STF reconheceu a inconstitucionalidade da norma processual penal que houvera fixado a competência originária penal ao julgamento de ex-prefeitos [Adins 2797 e 2860]. Deste modo, todas as decisões criminais dadas com base nesta lei inconstitucional, e que afetaram o *status libertatis* de réus na mesma situação do Impugnado, são inconstitucionais, havendo, com relação a elas todas – [...], a aplicação da tese da “coisa julgada inconstitucional”, podendo ser incidentalmente reconhecida para os fins da presente ação judicial eleitoral de impugnação de registro de candidatura. Aliás, insta observar, que a Justiça Eleitoral nunca aplicou, em qualquer processo judicial eleitoral, até a data desta arguição, os benefícios dessa novel teoria do Direito Processual brasileiro, teoria que se funda, entre outras obras, no livro coletivo multicitado, coordenado pelo baluarte do tema entre nós: NASCIMENTO, Carlos Valder do. Coisa Julgada Inconstitucional. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005, 274 p.

Assim, vale discorrermos, para efeitos de aplicação nessa Ação de Impugnação de Registro de candidatura, algumas linhas sobre “a coisa julgada inconstitucional e instrumentos de seu controle em qualquer processo judicial, mesmo em processos eleitorais que pressuponham decisões penais inconstitucionais como títulos embasantes de inelegibilidades.” [...] Pelos artigos 475-L e 741 do CPC [...] considera-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativos inconstitucionais declarados pelo Supremo Tribunal Federal. Com essas normas, erigiu-se, no plano do Direito Positivo processual brasileiro, como regra para qualquer processo, seja ele cível, penal ou eleitoral, a sustentação da coisa julgada inconstitucional, resultante de sentenças atentatórias à normalidade constitucional e aos princípios constitucionais. [...]. Registremos, ademais, que regras semelhantes aos artigos do CPC antes citados, foram introduzidas no art. 884 da Consolidação das Leis Trabalhistas, dando nova redação ao seu § 5º, nos seguintes termos: “Considere-se inexigível o título judicial fundado em lei ou ato normativo declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal ou em aplicações ou interpretação todos por incompatíveis com a Constituição Federal”. Com todas essas regras de direito processual positivo, a tese da coisa julgada inconstitucional ganhou força em sede de discussão do controle dos atos jurisdicionais, seja por meio de impugnações autônomas ou mesmo em sede de aduções *incidenter tantum*, como a ora feita neste processo judicial eleitoral, ao se impugnar a valia, por inconstitucionalidade, de título judicial penal sustentante de inelegibilidade do Impugnado.”

Esses argumentos foram improvidos por decisão do TRE-SC, no acórdão n. 27.128 de 27.08.12, Rel. Juiz JULIO SCHATTSCHNEIDER: “RECURSO - IMPUGNAÇÃO DE REGISTRO DE CANDIDATO A PREFEITO FORMULADA POR CANDIDATO A VEREADOR - LEGITIMIDADE E INTERESSE - CONDENAÇÃO CRIMINAL PROFERIDA POR CÂMARA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE SANTA CATARINA - CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO PÚBLICO - ITEM 1 DA ALÍNEA E DO INCISO I DO ARTIGO 1º DA LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, COM A REDAÇÃO QUE LHE FOI CONFERIDA PELA LEI COMPLEMENTAR N. 135/2010 ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO, EM FACE DA INCOMPETÊNCIA DAQUELE ÓRGÃO - IMPOSSIBILIDADE DE A JUSTIÇA ELEITORAL CONHECER DA QUESTÃO - AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO DEFERIMENTO DE PEDIDO DE SUSPENSÃO DE INELEGIBILIDADE, NOS TERMOS DO ARTIGO 26-C DA CIDADANIA LEI COMPLEMENTAR - INDEFERIMENTO DO REGISTRO - DESPROVIMENTO.”

(ix) A possibilidade de se permitir, como questão de ordem pública, no seio da justiça eleitoral, o reconhecimento da prescrição da condenação penal ainda irreconhecida na justiça comum ou incorretamente estabelecida e a ser corrigida na justiça especializada;

(x) A detração da inelegibilidade decorrente de condenações criminais sem trânsito em julgado;

(xi) A correlação e *bis in idem* entre a suspensão dos direitos políticos como efeito do trânsito em julgado da condenação criminal e a inelegibilidade a partir da sentença colegiada sem preclusão máxima;

(xii) Os efeitos da prescrição penal - antes e depois do trânsito em julgado da condenação - sobre a inelegibilidade.

Este último ponto será objeto deste estudo, especialmente em face do precedente paradigma TSE Respe 23.851, de 17.03.05<sup>7</sup> e as alterações operadas no instituto da inelegibilidade pela LC 135/10. O precedente referido assentou que a prescrição da pena (prescrição da pretensão executória<sup>8</sup>) não extingue a inelegibilidade. A partir da data da ocorrência desse tipo de prescrição, começaria a fluir o prazo da inelegibilidade de 03 anos, antes da LC 135/10, e de 08 anos, após sua vigência.

Esse tema revela problema recorrente constatado em inúmeros processos de registro de candidatura em todo o País. É tema carente de detida reflexão juspenal e suas consequências sobre o Direito Eleitoral,

---

7 RESPE - RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 23851 - Inaciolândia/GO - Acórdão nº 23851 de 17/03/2005 - Relator designado Min. CARLOS MÁRIO DA SILVA VELLOSO - Dj 26/08/2005 - RJTSE - Revista de Jurisprudência do TSE, V. 16, Tomo 3, P. 299: "RECURSO ESPECIAL. REGISTRO DE CANDIDATO. INDEFERIMENTO. MOTIVO. CONDENÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. CRIME CONTRA A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. EXTINÇÃO DA PENA. INELEGIBILIDADE POR TRÊS ANOS. LC nº 64/90, art. 1º, I, e. CPC, art. 462. 1 - As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas ao tempo do registro de candidatura (Ac. nº 22.676, rel. Min. Caputo Bastos). 2 - Aplicabilidade do art. 462 do CPC nas instâncias ordinárias. 3 - Hipótese em que incide a inelegibilidade, por três anos, após a prescrição da pretensão executória. Recurso especial desprovido."

8 A diferença conceitual entre prescrição da "pretensão punitiva" e da "pretensão executória" é bem exposta no livro clássico de Jesus, Damásio de. "Na prescrição da pretensão punitiva, impropriamente denominada 'prescrição da ação', a passagem do tempo sem o seu exercício faz com que o Estado perca o poder-dever de punir no que tange à pretensão (punitiva) de o Poder Judiciário apreciar a lide surgida com a prática da infração penal e aplicar a sanção respectiva. Titular do direito concreto de punir, o Estado o exerce por intermédio da ação penal, que tem por objeto direto a exigência de julgamento da própria pretensão punitiva e por objeto mediato a aplicação da sanção penal. Com o decurso do tempo sem o seu exercício, o Estado vê extinta a punibilidade e, por consequência, perde o direito de ver satisfeitos aqueles dois objetos do processo." (Prescrição Penal, 13. ed., São Paulo:Saraiva, 1999, p. 23). "Com o trânsito em julgado da sentença condenatória, o direito de punir concreto se transforma em *jus executionis*: o Estado adquire o poder-dever de impor concretamente a sanção imposta ao autor da infração penal pelo Poder Judiciário. Pelo decurso do tempo o Estado perde esse poder-dever, i. e., perde o direito de exercer a pretensão executória. Daí falar-se em *prescrição da pretensão executória*, impropriamente chamada 'prescrição da pena' e 'prescrição da condenação. (p. 87).

e, sobretudo, sobre a dogmática dos direitos fundamentais<sup>9</sup>, e, notadamente, sobre a efetividade dos direitos políticos fundamentais de voto e de candidatura.

Trataremos então da prescrição penal e suas consequências sobre o direito de candidatura. Veremos a diferença que se estabeleceu na jurisprudência eleitoral sobre os efeitos que se reconhecem na prescrição, antes ou depois do trânsito em julgado. Antes do trânsito: a prescrição da pretensão de punir = extinção de todos os efeitos, inclusive a inelegibilidade; depois do trânsito, a prescrição da pretensão executória da pena = somente alguns efeitos, permanecendo a inelegibilidade.

A ilustrar nossa exposição formulamos hipotético caso para atentarmos à gravidade das questões a serem solvidas, de *modo evolutivo*<sup>10</sup>, pela jurisprudência e doutrina eleitorais brasileiras.

A hipótese será a seguinte:

- *Heráclito* foi denunciado em 2002 por ter cometido crime em coautoria com servidora pública (*Amélia*), pelo tipo do artigo 313-A, do CP. Foram condenados em 2004 a 2 anos e 02 meses, sendo que a pena mínima (2 anos) fora elevada em face da continuidade delitiva. Somente os réus recorreram, transitando em julgado a condenação em março de 2004 para a acusação. Apreciados ambos os recursos de apelação e desprovidos em 2005, foi mantida a condenação tal qual dada em primeiro grau, apenas havendo um voto divergente, para retirar de Amélia a cominação de perda do cargo público.

- Amélia então interpusera embargos infringentes e de nulidade, que foram providos em 2006, para alijar, da sentença, a perda da função pública. Sobrevieram certidões nos autos atestando que para “as partes”, transi-

9 Obras referência sobre direitos fundamentais na literatura brasileira: SARLET, Ingo W. A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 10 ed., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2009, 493 p.; VIRGLIO AFONSO DA SILVA. Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, São Paulo: Malheiros, 2009, 279 p.; DIMITRI DIMOULIS e LEONARDO MARTINS, Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 304 p.; ANDRÉ RUFINO DO VALE, Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais – repensando a distinção entre regras, princípios e valores, São Paulo, Saraiva, 2009, 274 p. Vale destacar a primorosa e competente tradução feita por Virgílio Afonso da Silva, da obra clássica de ALEX, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. São Paulo: Malheiros, 2008, 669 p.

10 A evolução referida pressupõe um sentido, um caminhar: evoluir no sentido da Constituição, das garantias fundamentais, da preservação dos direitos fundamentais de voto e de candidatura, e não o retrocesso a reboque de discursos moralistas, que apregoam – sem o confessar – uma democracia sem voto, a infantilização do eleitor, a criminalização das candidaturas e uma intervenção por vezes excessiva dos juízes eleitorais, que, ao modo dos reis filósofos (Platão), dirigem as cidades, pela escolha dos seus governantes no lugar da soberania popular. Já bem desenvolvemos essa crítica em Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3382, 4 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22745>>. Acesso em: 5 out. 2012.

tara em julgado a condenação (em segundo grau) em maio de 2006 e para acusação, em junho do mesmo ano.

- Baixados os autos para execução penal o feito tramitou sem executar a pena, e em sentença de agosto de 2014 foi reconhecida a extinção da pretensão executória por prescrição, que segundo a sentença executacional se operou em 02.07.14.

- Segundo a jurisprudência eleitoral, a partir do Respe 23.851/05, a inelegibilidade é efeito “secundário da condenação”, e não perde vigência com a prescrição da pena. Seus efeitos se iniciam a partir da data de ocorrência da prescrição da pretensão executória. Assim, para Heráclito, os 08 anos de inelegibilidade se estenderão de 02.07.14 até 02.07.22, em face da retroação da lei ficha limpa, que alcançaria as sentenças transitadas em julgado, mesmo as criminais.<sup>11</sup>

- Na eleição municipal de 2016, Heráclito resolveu candidatar-se a Vereador, já que seu processo remonta fatos de 14 anos, condenação há 12 e prescrição da pena há 02, parecendo-lhe não mais haver qualquer óbice ao direito político fundamental de candidatura, pois já pôde votar após a extinção da causa que gerara a suspensão dos direitos políticos (art. 15, III, CF).

- Heráclito inscreve sua candidatura e o Ministério Público Eleitoral, pedindo aplicação do entendimento consolidado no TSE desde 2005, afora ação de impugnação ao argumento que estaria inelegível até 22.07.22, com incidência do item 1, letra “e”, inciso I, artigo 1º, da LC 64/90 alterada pela LC 135/10, por ter praticado crime contra o patrimônio público.

- Heráclito contrata advogado que deduz, em contestação, o seguinte:

1. Prescrição penal, qualquer que seja (da punibilidade ou da pretensão executória) extingue todos os efeitos juseleitorais da condenação penal. Normas penais materiais que não prevem como efeito secundário da condenação a inelegibilidade. Inexistência de regra positivada pelo legislador penal ou eleitoral que sustente o efeito de inelegibilidade mesmo após a prescrição executória da pena. Tema penal e tema eleitoral sujeitos à reserva de lei e lei qualificada, de atos normativos primários emanados do congresso nacional quanto aos efei-

---

11 Vale lembrar a Repercussão Geral n. 860 que está a discutir o tema em ações eleitorais cíveis, todavia, com imediata, análoga e maior repercussão na seara juspenal-eleitoral. E a posição divergente de 07 ministros da Suprema Corte relativamente ao decidido nas ADC's 29 e 30, já registradas pelo Ministro Luis Roberto Barroso, na MC Reclamação n. 24.224, j. Monocrático de 23.06.16.

tos penais de uma condenação criminal, seja na esfera criminal ou na esfera eleitoral. Jurisprudência assente do TSE que não se sustenta no direito positivo e cria efeito não previsto em lei. Elementos normativos a reclamar *overruling*. Necessidade de *distinguish* em face do conjunto normativo invocado não constante dos precedentes da Superior Corte Eleitoral. Flagrante inconstitucionalidade do entendimento consolidado. Desrespeito às regras hermenêuticas que ditam interpretação extensiva em temas de liberdade e restritiva em temas de restrições a direitos. Interpretação ordinária que contraria a exigência de máxima efetividade do direito fundamental de candidatura. O devido respeito do legislador eleitoral e do juiz eleitoral ao direito fundamental de sufrágio passivo. Não incidência do art. 1º, I, letra ‘e’, item 01, da LC 64/90 (alterada pela LC 135/10).

2. Transcurso do prazo de oito anos de inelegibilidade tendo como marco o trânsito em julgado da condenação criminal. Impossibilidade jurídica de ter como marco a data em que se operou a prescrição da pretensão executória. Exaurido o tempo de restrição ao direito fundamental de candidatura, não incide o art. 1º, I, letra ‘e’, item 01, da LC 64/90 (alterada pela LC 135/10).

3. Inelegibilidade cominada em face de condenação criminal trãnsita em julgado antes da positivação da lei ficha limpa. Prazo legal de 3 anos já expirado segundo a norma eleitoral revogada. Impossibilidade de extensão do prazo para 8 anos por força de lei nova após o trãnsito em julgado das cominações.<sup>12</sup> Irretroatividade *in pejus*. Violação ao Pacto de São José da Costa Rica. Inconvencionalidade da retroação lesiva à liberdade política fundamental. Ofensa à coisa julgada criminal *in malan parte*. Inadmissibilidade. Ações declaratórias de constitucionalidade 29 e 30, STF, que não trataram, especificamente, do aumento

---

12 O Tribunal Regional Eleitoral de SC assim se pronunciou, em setembro de 2016, fixando a impossibilidade de retroação da lei ficha limpa: “ELEIÇÕES 2016 - RECURSO ELEITORAL - DECISÃO INDEFERITÓRIA DO REGISTRO DE CANDIDATURA - INELEGIBILIDADE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO POR CRIME AMBIENTAL - LEI COMPLEMENTAR N. 64/1990, ART. 12, I, “E”, 3 - PRELIMINAR DE PRESCRIÇÃO REJEITADA - FATO ANTERIOR À EDIÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR N. 135/2010 - AUSÊNCIA DE PREVISÃO PRETÉRITA DE ENQUADRAMENTO DA CONDUTA REPRIMIDA - INELEGIBILIDADE NÃO CONFIGURADA RETROATIVIDADE DA LEI COMPLEMENTAR N. 135/2010 INADMITIDA - HIPÓTESE CONCRETA, ADEMAIS, QUE JUSTIFICARIA O PROVIMENTO DO RECURSO, SEJA PELA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL, MENCIONADA EN PASSANT, OU PELO DECURSO DOS 3 (TRÊS) ANOS DA EXTINÇÃO DA PENA, APLICADA A LEI ANTIGA - PROVIMENTO DO RECURSO. (RECURSO ELEITORAL N. 133-56.2016.6.24.0082 - REGISTRO DE CANDIDATURA - INELEGIBILIDADE - 82a ZONA ELEITORAL - ANCHIETA Relator: Juiz Hélio David Vieira Figueira dos Santos Relator designado: Juiz Cesar Augusto Mimoso Ruiz Abreu, acórdão 31.616, de 22.09.16).”

do prazo de pena de inelegibilidade em face condenação criminal. Posições atuais de 07 ministros (Celso de Mello, Marco Aurélio, Carmem Lúcia, Ricardo Lewandowski, Gilmar Mendes, Dias Toffoli e Roberto Barroso) do STF contrária às conclusões do relator das *adc's* (Luiz Fux). Tema com repercussão geral reconhecida n. 860. Julgamento iniciado no STF com 02 votos favoráveis no sentido da tese defensiva. Decisões monocráticas dos outros 07 ministros que a referendam. Não incidência da inelegibilidade do art. 1º, I, letra 'e', item 01, da LC 64/90 (alterada pela LC 135/10).

4. Reconhecimento da prescrição da pretensão executória em termos mais favoráveis ao declarado na execução penal do Impugnado. Questão de ordem pública. Possibilidade de conhecimento do tema no âmbito da justiça eleitoral apenas para afastar inelegibilidade, sem coisa julgada material para a justiça criminal<sup>13</sup>. Ocorrência da prescrição da pena em 17.03.2008 e não em 02.07.2014. Prescrição da pretensão executória – “*dies a quo*” contado a partir do trânsito em julgado para a acusação (Art. 112, I, do CP) – Precedentes de 2015 do STF no sentido de que antes do julgamento do HC 84.078-4, Rel. Min. Eros Grau, j. em 5-2-2009, como era possível a prisão-sanção antecipada mesmo na pendência de “recurso extraordinário”, poderiam e deveriam os órgãos estatais promover a execução penal – Fatos, denúncia, sentença,

---

13 Em processo de registro de candidatura que atuamos em 2016 aduzimos a mesma tese e o Juízo eleitoral de primeiro grau a acolheu para corrigir a data fixada no juízo de execução penal, deferindo a candidatura de nosso constituinte. Estamos falando de decisão de 08.09.16 tomada pela 93ª Zona Eleitoral de SC nos autos de Processo de Registro de Candidatura n. 45446.2016.624.0097. Houve recurso do Ministério Público Eleitoral. Em 28.09.16 obtivemos decisão colegiada em revisão criminal (n. 4009207-53.2016.8.24.0000, TJSC) que corrigiu o marco temporal do juízo de execução penal para o mesmo sentido declarado na sentença deferitória do registro. E por tal razão, em 30.09.16, foi desprovido o recurso do *Parquet* pelo Tribunal Regional Eleitoral de SC (acórdão n. 31.905). Registramos que há posição contrária do TSE relativamente ao sentenciado na 93ª Zona Eleitoral de SC: “AgR-RO - Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 193206 - São Paulo/SP - Relatora Min. LUCIANA CHRISTINA GUMARÃES LÓSSIO - j. 16/10/2014 - AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2014. REGISTRO. DEPUTADO FEDERAL. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, INC. I, E, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/90. CRIME. JUSTIÇA COMUM. DECRETAÇÃO. PRESCRIÇÃO. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL. EXTENSÃO. CORRÉU. ART. 580 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESPROVIMENTO.1. “Não compete à Justiça Eleitoral verificar a prescrição da pretensão punitiva e declarar a extinção da pena imposta pela Justiça Comum” (AgR-RO nº 417432, Rel. Min. Arnaldo Versiani, PSESS de 28.10.2010).” “AgR-RO - Agravo Regimental em Recurso Ordinário nº 94078 - Belém/PA -Relator Min. HENRIQUE NEVES DA SILVA - j. 18/09/2014 - AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA. CONDENAÇÃO CRIMINAL. CRIME COMUM. ALEGAÇÃO DE PRESCRIÇÃO ANTECIPADA. INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA ELEITORAL. 1. É inviável o agravo regimental que não infirma os fundamentos da decisão agravada.2. Na linha da jurisprudência desta Corte Superior, não compete à Justiça Eleitoral, ao analisar os processos de registro de candidatura, declarar extinta a punibilidade por prescrição da pretensão punitiva supostamente ocorrida em ação penal que tramita na Justiça Comum.3. A alegação de prescrição virtual ou antecipada, além de não encontrar respaldo na jurisprudência dos tribunais superiores, não se amolda ao conceito de fato superveniente apto a afastar a inelegibilidade, previsto no § 10 do art. 11 da Lei nº 9.504/97. Agravo regimental a que se nega provimento.”

acórdão e trânsito em julgado todos ocorridos entre 2002 a 2006 – Incidência do art. 112, I, do Código Penal - Extinção da pena que se deve contar com base na pena aplicada na sentença, mas sem o aumento da continuidade delitiva – Inteligência do art. 119 do CP e súmula 497 do STF – Pena aplicada individual de 02 anos – fluxo de mais de 04 anos entre o trânsito em julgado para a acusação (17.03.2004) e a data de 17.03.2008 – Matéria de Ordem Pública cognoscível a qualquer tempo (art. 61 do CPP) – Prescrição do “*jus punitivis*” verificada em marco antecedente aquele fixado na execução penal. Precedentes do TSE. Doutrina de Marcos Ramayana. Consequente exaurimento do prazo de inelegibilidade 05 meses antes do registro de candidatura. Não incidência do art. 1º, I, letra ‘e’, item 01, da LC 64/90 (alterada pela LC 135/10). Improcedência da impugnação.

Nossa análise se prenderá ao primeiro e segundo argumento da defesa de Heráclito, deixando o terceiro e quarto à curiosidade do leitor e para um próximo artigo. Esses dois pontos argumentativos iluminarão nossa reflexão em torno do tema “prescrição da pena e inelegibilidade”.

Eles delimitam o que propomos como necessários *overruling*s na jurisprudência do TSE, em face do precedente Respe 23.851/05, que poderão se dar em uma de duas perspectivas:

- A primeira: evoluir para o entendimento que qualquer tipo de prescrição leva a extinção do efeito inelegibilidade;

- A segunda: mantida a distinção entre as prescrições penais e seus efeitos sobre a elegibilidade, que se altere o marco temporal da contagem do tempo de inelegibilidade para a data do trânsito em julgado da condenação, e não mais persista a tese de que deve ser contada a partir da ocorrência da prescrição da pena.

Partimos das seguintes premissas no enfrentamento dos dois pontos que reclamam *overruling*<sup>14</sup>:

- A inelegibilidade é efeito primário da condenação e não secundário;

---

14 Segundo o jurista Lênio Streck: “**Overruling** ocorre quando um tribunal se dá conta de que tem de mudar sua jurisprudência. Deve demonstrar porque está assim agindo. Além de explicar as razões legais, deve dizer por qual prognose o faz. **Overruling** quer dizer: o caso “provocador” deve ser um “caso” que tenha o condão de provocar essa reviravolta. em seu artigo eletrônico “O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção da inocência?”. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 8 set. 2016.

- A prescrição qualquer que seja - a da pretensão punitiva ou da pretensão executória - é prescrição da punibilidade, portanto extingue a inelegibilidade como efeito da condenação;

- A distinção havida no Direito Eleitoral de que a prescrição da pena faz subsistir a inelegibilidade não encontra amparo nas regras positivas juselectorais ou juspenais e nem mesmo em qualquer outro campo da ordem jurídica vigente.

## 2 PRESCRITA A PENA CRIMINAL CESSA A INELEGIBILIDADE DIANTE DO DIREITO POSITIVO ELEITORAL E PENAL

Em nosso caso hipotético, Heráclito, desde a ocorrência da prescrição da pretensão executória, *não deveria estar inelegível*, eis que a prescrição, seja a da pena (da pretensão executória), seja a do poder de punir, afasta o efeito da condenação quanto à inelegibilidade, pois *extingue a punibilidade em todas as suas formas* - mesmo considerada esta restrição eleitoral como efeito primário ou secundário da sentença penal. A questão é que, para o Direito Positivo, prescrito o direito de punir ou de executar a pena (formas distintas de *prescrição da punibilidade*), não mais subsiste fundamento *para* inelegibilidade<sup>15</sup>.

Partimos da premissa normativa de que prescrição penal, qualquer que seja a sua espécie - a do direito de punir ou da pretensão executória - extingue todos os *efeitos juselectorais* da condenação penal. A distinção havida na jurisprudência eleitoral do TSE, especialmente desde o Respe 23.851 (Rel. p/ acórdão Min. Carlos Velloso) de 17.03.05, de que a prescrição da pena não elide a inelegibilidade, passando a fluir da sua ocorrência o período de restrição ao *jus honorum*, não tem apoio seja nas normas constantes do Direito Penal brasileiro, notadamente no Código Penal (re-

15 É o que afirmava antigo julgado do TSE, após a reforma penal de 1984: “[...] Prescrita a execução da pena antes do início de seu cumprimento, não há falar na inelegibilidade a que se refere a letra *e* do inciso I do art. 1º da LC nº 64/90. A decretação da prescrição tem efeitos imediatos e repercute no processo de registro de candidatura em curso. [...]” NE: Condenação com base nos arts. 304 e 297 do Código Penal, por porte de carteira de habilitação falsa. (Ac. de 3.9.2002 no REspe nº 19.960, rel. Min. Luiz Carlos Madeira.) E também o que afirmou um julgado do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais: “RE - RECURSO ELEITORAL nº 3940 - Araguari/MG - Acórdão nº 3233 de 03.09.08 - Relator RENATO MARTINS PRATES: Recurso Eleitoral. Registro de candidatura. Eleições 2008. Deferimento. Consoante decidido pelo Supremo Tribunal Federal, somente diante de sentenças condenatórias transitadas em julgado torna-se possível o indeferimento de pedidos de registro de candidatura. Ocorrência de extinção de punibilidade. A prescrição, seja da pretensão punitiva, seja da pretensão executória, é causa extintiva da punibilidade, consoante expresso no art. 107, IV, do Código Penal. A reabilitação alcança tão-somente as penas e os efeitos decorrentes do art. 92 do Código Penal. [...]”

formado em sua parte geral em 1984<sup>16</sup>), seja na legislação eleitoral, destacadamente na Lei de Inelegibilidades. O precedente Respe 23.851-TSE (e os posteriores que o repetem) é desapegado do Direito Positivo, nele não encontra raiz normativa ou origem lógico-dogmática.

E o *erro jurisprudencial* consolidado no TSE parte de dois equívocos de dogmática juspenal<sup>17</sup>:

a) O primeiro é de considerar que a inelegibilidade é efeito secundário da condenação, quando, em verdade, é efeito primário, tão primário que passou a fluir seu período inibitório, depois da vigência da LC 135/10, a partir da condenação colegiada (tribunalícia ou do júri<sup>18</sup>),

16 Não desconhecemos que também havia esse entendimento jurisprudencial eleitoral sob a vigência da parte geral original do Código Penal de 41. Todavia, a reforma dessa parte geral, feita pela Lei 7.209 de 11.07.84 sustenta as nossas assertivas, como veremos adiante. Vejamos o entendimento anterior à reforma juspenal dos anos 80: "INELEGIBILIDADE. O CONDENADO POR DELITO CONTRA O PATRIMONIO, AINDA QUE OBTENHA EXTINCAO DA PUNIBILIDADE, "EX VI" DA PRESCRICAO DA PENA, PERMANECE INELEGIVEL ENQUANTO NÃO ALCANÇA A REABILITACAO (ART. 119 DO CODIGO PENAL). INTELIGENCIA DA ALÍNEA "N", DO INCISO I, DO ART. 1, DA LEI COMPLEMENTAR N. 5, DE 29 DE ABRIL DE 1970. RECURSO ORDINÁRIO, A QUE SE NEGA PROVIMENTO." RECURSO ORDINÁRIO nº 3407 - /SP - J. 29/09/1970 - Relator Min. DJACI ALVES FALCÃO. "DISTINCAO ENTRE PRESCRICAO DA ACAO E DA CONDENACAO. A PRESCRICAO DA ACAO EXCLUI A APRECIACAO DA PRETENSAO PUNITIVA. OCORRENDO ESTA NÃO SE PODE CONSIDERAR INELEGIVEL O CANDIDATO." (RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 4587 - /SP - J. 22/10/1976 - Relator Min. JOSÉ FRANCISCO BOSELLI). "EMBARGOS DE DECLARACAO. ERRO MATERIAL QUANTO AO EXAME DE SENTENCA CRIMINAL, CUJO EFEITO FOI O DE DECLARAR PRESCRITA A ACAO PENAL, E NAO, SOMENTE, A PENA. RECONHECIDO QUE A SENTENCA DECLAROU A PRESCRICAO DA ACAO PENAL, CONSIDERA-SE ELIDIDA A INELEGIBILIDADE. EMBARGOS DECLARATORIOS ACOLHIDOS." (EMBARGOS DE DECLARACAO EM RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 5403 - São Paulo/SP - J. 21/10/1982 - Relator Min. EVANDRO GUEIROS LEITE - Relator designado Min. JOSÉ MARIA DE SOUZA ANDRADE). E na transição, apontamos o seguinte julgado, após a reforma de 1984 e dois dias depois de promulgada a CF de 1988: ELEITORAL - INELEGIBILIDADE - CONDENACAO POR DELITOS CONTRA A FE PUBLICA - PRESCRICAO DA PRETENSAO PUNITIVA - REABILITACAO. RECONHECIDA A PRESCRICAO DA PRETENSAO PUNITIVA (DA ACAO PENAL) NAO PODEM RESULTAR CONSEQUENCIAS DE QUALQUER ORDEM PARA O BENEFICIADO. EMBORA O JULGADO ALUSIVO A CLADI DOMINGOS GRANDO HAJA DECRETADO A RENUNCIA DO ESTADO A PRETENSAO EXECUTORIA DA PENA DE ACORDO COM A LEGISLACAO DA EPOCA, O CERTO E QUE, COM A REFORMA PENAL INTRODUZIDA PELA LEI N. 7.209/84, A HIPOTESE SUBSUMIU-SE NA FIGURA DA PRESCRICAO DA PRETENSAO PUNITIVA, DA PRESCRICAO DA PROPRIA ACAO (PARG. 1, DO ART. 110 E RESSALVA DO CAPUT DO ART. 109, AMBOS DO CODIGO PENAL). SUBSISTENCIA DO ART. 746 DO CPP QUE ESTABELE O RECURSO EX-OFFICIO DA DECISAO CONCESSIVA DE REABILITACAO. PRECEDENTE DA CORTE (AC. 8.237 -REL. MIN. CARLOS VELLOSO - REC. 6.340). DEU-SE PROVIMENTO EM PARTE, AO RECURSO PARA DECLARAR A INELEGIBILIDADE DOS CANDIDATOS A VEREADOR. ("RESPE-RECURSO ESPECIAL ELEITORAL nº 7108 - /SC - j. 07/10/1988 - Relator Min. SEBASTIÃO REIS)

17 RICARDO ANTUNES ANDREUCCI faz importantes observações que se amoldam à nossa perspectiva crítica relativamente à jurisprudência do TSE e a sua solução para o tema da "prescrição da pena e inelegibilidade": "A jurisprudência registra hipóteses [...], demonstrando que nem sempre as lacunas e antinomias são solucionadas com atendimento ao princípio da legalidade, porque, muitas vezes, termina-se criando situações nas quais se amplia o âmbito punitivo para além da mera descrição legal." (p. 18). "A lacuna, nestes termos, e nestes limites, operaria para além da reserva legal, não sendo solvida em benefício do acusado, mas em seu detrimento, criando limitações de direitos não previstas previamente em lei." (p. 20) "[...] as opções surgem sobre um hiato, sem que de modo direto, venham justificadas pela lei ou pelo conjunto do ordenamento jurídico, sendo capazes de ensejar a majoração das sanções [...], sem correspondência, pela ausência de previsão específica, ao dogma da *nulla poena sine lege*." (p. 21) Cf. seu livro *Direito Penal e Criação Judicial*. São Paulo, 1989, 103 p.

18 "Recurso Ordinário nº 263449 - São Paulo/SP - Acórdão de 11/11/2014 - Relator Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA - Relatora designada Min. MÁRIA THEREZA ROCHA DE ASSIS MOURA - *Ementa*: RECURSO ORDINÁRIO. ELEIÇÕES 2014. DEPUTADO FEDERAL. REGISTRO DE CANDIDATURA. INELEGIBILIDADE. ART. 1º, I, e, 9, DA LC 64/90. CONDENAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. ÓRGÃO COLEGIADO DO PODER JUDICIÁRIO. DESPROVIMENTO. 1. A inelegibilidade do art. 1º, I, e, 9, da LC 64/90 incide nas hipóteses de condenação criminal emanada do Tribunal do Júri, o qual constitui órgão colegiado soberano, integrante do Poder Judiciário. Precedentes: REspe nº 611-03/RS, Dje 13.8.2013 e REspe nº 158-04/MG, PSESS 23.10.2012."

antes mesmo do trânsito em julgado. E com antecedência à própria suspensão dos direitos políticos (art. 15, III<sup>19</sup>, da CF) que, no regime original da LC 64/90, só fluía após o cumprimento da pena, ou seja, quando tornavam a operar os direitos políticos, aí começaria o marco temporal de inelegibilidade. Esse efeito *inelegibilidade*, que decorre *ope legis*, anexo à sentença<sup>20</sup>, sem integrar quaisquer de seus capítulos textuais, é tão primário, que é o primeiro, em ordem lógica e cronológica, que sofre o cidadão, depois de condenado por órgão colegiado.

Efeito tão primário da condenação como o é a suspensão dos direitos políticos por força do artigo 15, III, da CF. Mas ainda mais primário do que esse, pois temporalmente o antecede. Ou melhor: a inelegibilidade vem antes do que a falta de condição de elegibilidade expressa na suspensão dos direitos políticos decorrente do trânsito em julgado da condenação criminal. Havendo decisão condenatória colegiada, nasce a inelegibilidade. Por sua vez, a suspensão dos direitos políticos, somente com o trânsito em julgado entra em efeito no mundo jurídico, afetando o *status activus do* condenado.

b) o segundo equívoco é o de afirmar que somente a prescrição do direito de punir extingue todos os efeitos da condenação, inclusive a inelegibilidade, enquanto que a prescrição da pretensão executória não só faria subsistir a inelegibilidade como a partir de sua ocorrência começaria a fluência da limitação à capacidade eleitoral passiva. E o TSE, segundo

---

19 “Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de: [...]. III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.”

20 Necessário lembrar ADRIANO SOARES DA COSTA sobre a inelegibilidade como efeito incluso ou anexo às sentenças judiciais: “[...] o legislador pôs na mesma norma, indistintamente, inelegibilidade decretada como conteúdo de uma decisão judicial (efeito inexo ou incluso) e inelegibilidade decorrente de efeito anexo ou excluído, aplicada *ope legis* como pena acessória [...]. [...] a inelegibilidade cominada é sanção que pode ser conteúdo ou efeito anexo da sentença. Em ambos os casos, a inelegibilidade é conteúdo ou efeito da sentença! [...]. Se o efeito é incluso à sentença, fazendo parte do conteúdo da decisão, é porque a inelegibilidade é efeito do fato jurídico ilícito, estando pois na relação de direito material, sendo constituída pela decisão judicial que primeiramente declarou que o ato ilícito se deu. Ou seja, a inelegibilidade se liga primeiramente ao ato ilícito, sendo constituída como sanção à sua prática. Assim, a questão fundamental é saber se ao tempo do fato a lei o previa como ilícito e se a ele cominava aquela sanção. Se a sanção derivar de lei posterior, aplicá-la seria dar-lhe efeito retroativo, revolvendo inconstitucionalmente o passado. Diversamente, como efeito anexo da decisão judicial, a norma não desce aos fatos ilícitos mesmos, mas toma a decisão judicial sobre eles como ato-fato jurídico, sobre o qual faz incidir a inelegibilidade como efeito anexo. A questão jurídica seria diversa: não seria o caso de se olhar se o fato ilícito eleitoral foi anterior ou posterior à lei, mas sim se: (a) já há relação jurídica processual; e (b) se já há decisão judicial em que os efeitos da inelegibilidade serão anexados.

É evidente que a lei que criou a sanção como efeito anexo da sentença tenha que ser, para ter efeito, anterior à formação da relação processual, quando já estabilizada pela contestação (princípio da eventualidade). E com muito mais razão, é evidente também que não há como se soldar o efeito anexo a decisões já proferidas quando a lei nova ingressou em vigor. Nem em um caso nem no outro há possibilidade de aplicação da nova lei, salvo se for para lhe atribuir retroatividade.” (cf. seu Instituições de Direito Eleitoral: teoria da inelegibilidade e direito processual eleitoral. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 214).

entendemos, o afirma sem sustento na ordem jurídica vigente, nas regras positivas de Direito Penal ou de Direito Eleitoral.

A lei penal ou a lei eleitoral não prescrevem que a inelegibilidade é efeito secundário da condenação criminal, ou afirmam que ela subsiste depois de reconhecida a prescrição, seja do *jus puniendi*, seja do *jus executionis poenalis*. Como um *mantra*, sem detida análise do Direito Positivo e da Dogmática Jurídica<sup>21</sup>, têm sido repetidas as premissas equívocas do Respe 23.851, mesmo depois da radical alteração sofrida pelo instituto da inelegibilidade com a LC 135, de 04.06.10.

Vejam as normas da legislação criminal<sup>22</sup> que regraram a condenação penal e seus efeitos, assim como a prescrição da punibilidade - antes da sentença penal recorrível e depois da sentença penal transitada em julgado - tanto no Código Penal, como no Código de Processo Penal e na Lei de Execução Penal. E na Lei de inelegibilidades e na Constituição da República:

### Código Penal

Art. 2º - Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)  
Efeitos genéricos e específicos

Art. 91 - São efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

21 PAM discorre sobre o papel da dogmática para a segurança jurídica no Direito eleitoral, o que ilumina a nossa crítica e preocupação quanto ao tema em foco: "É pertinente que se assinale que, no Direito Eleitoral, a insegurança é tanta que não se admira que haja, até mesmo, desconhecimento de qual regra é válida, o que gera uma falta de *inteligibilidade do ordenamento jurídico*, retirando do Direito a sua função de orientação. [...] É importante, para a segurança jurídica, a existência de uma doutrina sólida, de profissionais do Direito que tornem mais claras as previsões legislativas e que, por sua postura crítica, diminuam o risco de arbitrariedades do julgador. [...] A dogmática contribui com a segurança jurídica. Quanto menos desenvolvida for a doutrina sobre determinado tema, maiores serão os riscos de decisões imprevisíveis, dependentes de fatos incontrolláveis, visto que, quando não há uma dogmática precisa e coerente, a tendência é a de que haja uma resolução caso a caso de forma desconexa, muitas vezes, de forma contraditória, mitigando a segurança jurídica, a previsibilidade e a estabilidade." Cf. seu Direito Eleitoral e Segurança Jurídica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016, p. 23-24. Vale registra que esse ilustre autor foi eleito, no último domingo, Vice-Prefeito de Porto Alegre-RS.

22 Atentar especialmente para as leis 7.209 e 7.210, de 07.11.1984. A primeira reformou a parte geral do Código Penal de 1941 e a segunda estatuiu a Lei de Execução Penal.

Art. 92 - São também efeitos da condenação: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

I - a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo: (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996) [...].

II - a incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela, nos crimes dolosos, sujeitos à pena de reclusão, cometidos contra filho, tutelado ou curatelado; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

III - a inabilitação para dirigir veículo, quando utilizado como meio para a prática de crime doloso. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Os efeitos de que trata este artigo não são automáticos, devendo ser motivadamente declarados na sentença. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 93 - A reabilitação alcança quaisquer penas aplicadas em sentença definitiva, assegurando ao condenado o sigilo dos registros sobre o seu processo e condenação. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - A reabilitação poderá, também, atingir os efeitos da condenação, previstos no art. 92 deste Código, vedada reintegração na situação anterior, nos casos dos incisos I e II do mesmo artigo. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Art. 107 - Extingue-se a punibilidade: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...].

III - pela retroatividade de lei que não mais considera o fato como criminoso;

IV - pela prescrição, decadência ou perempção;

Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime [...].

Art. 110 - A prescrição depois de transitar em julgado a sentença condenatória regula-se pela pena aplicada e verifica-se nos prazos fixados no artigo anterior, os quais se aumentam de um terço, se o condenado é reincidente. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

#### **Código de Processo Penal:**

Art. 492. Em seguida, o presidente proferirá sentença que: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008) I – no caso de condenação: (Redação dada pela Lei nº 11.689, de 2008): [...] f) estabelecerá os efeitos genéricos e específicos da condenação; (Incluído pela Lei nº 11.689, de 2008).

#### **Lei de Execução Penal:**

Art. 202. Cumprida ou extinta a pena, não constarão da folha corrida, atestados ou certidões fornecidas por autoridade policial ou por auxiliares da Justiça, qualquer notícia ou referência à condenação, salvo para instruir processo pela prática de nova infração penal ou outros casos expressos em lei.

**Lei Complementar 64/90 alterada pela LC 135/10:**

Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: (...) e os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: (Redação dada pela Lei Complementar nº 135, de 2010) I. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público; (Incluído pela Lei Complementar nº 135, de 2010).”

**Constituição da República:**

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

II - ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei;

XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;

XLVI - a lei regulará a individualização da pena [...];

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

Art. 14. [...] § 9º Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta. (Redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994)

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.”

Da leitura desses enunciados normativos e da interpretação que se possa fazer deles, parece lícito afirmar:

a) A prescrição extingue a punibilidade ao modo da *abolitio criminis*, e extingue todos os efeitos da condenação, *sejam eles genéricos ou específicos, secundários ou primários*;

b) Há extinção da punibilidade que se dá antes da sentença definitiva e depois dela (art. 107, IV, CP), preservando-se alguns efeitos condenatórios quando ocorrer após o trânsito em julgado da sentença, efeitos estes estrita e expressamente discriminados na lei penal (artigos 91 a

93 CP), que não incluem a inelegibilidade como efeito a ser preservado após o reconhecimento da prescrição da pretensão executória da pena;

c) A LC 64 é de 1990 e o Código Penal foi alterado pela Lei 9.268, de 01.04.96, que institui limitação aos direitos de participação na coisa pública (espécie de direito político fundamental), quando positivou no artigo 92, I, do CP, que efeitos da sentença penal fossem também a perda de cargo, função pública ou mandato eletivo, desde que expressamente motivados na decisão. Esses efeitos penais seriam preservados, mesmo após a reabilitação do condenado!

d) Na Reforma Legislativa de 1996 não se introduziu a inelegibilidade como efeito secundário da condenação ou mesmo se disciplinou a permanência de sua eficácia após reabilitação ou extinção da pena. E assim também não se fez com a Lei 7.209, de 07.11.84. E a Lei de Inelegibilidade, tanto na redação original da LC 64/90 como na da LC 135/10, positivaram prazo tendo como termo limite 03 e 08 anos *após o cumprimento da pena*, e não de sua extinção pela prescrição;

e) O artigo 492 do CPP regra que a sentença poderá – *expressamente* – estabelecer os efeitos genéricos e específicos da condenação. Nada tratando sobre inelegibilidade que é efeito anexo *ope legem*, primário e imediato da condenação colegiada ou do trânsito em julgado, observado os crimes enunciados no art. 1º, I, “e”, itens 01 a 10, da LC 64/90. O artigo 202 da LEP prescreve, ao tratar do *cumprimento ou extinção da pena*, que cumprida ou extinta a pena não mais se fará referência à condenação, *exceto nos casos legais*.

f) A lei de inelegibilidade considera o efeito temporal de inelegibilidade *após o “cumprimento de pena”, e não de sua extinção por prescrição*. O que pela redação vigente da LC 135/10 não trará nenhuma facilitação à *impunidade eleitoral*, eis que desde a condenação colegiada está inelegível o condenado até o cumprimento da pena, e depois, por mais 08 anos. Assim, não cumprida a pena por prescrição, restará o período de inelegibilidade fluído antecedentemente ao fato temporal que registra sua ocorrência – que vai da condenação colegiada, passa pelo trânsito em julgado e desse até a prescrição da pena criminal.

Revisemos nossa afirmação à luz do caso ficto de Heráclito: para ele já transcorreu a inelegibilidade - pela retroatividade da lei ficha limpa -, de maio de 2005 até julho de 2014 (mais de 09 anos inelegível, considerado

o ano eleitoral de 2016). E pela *exegese (in)jurídica* do TSE, se estenderá até 02 julho de 2022, montando 17 anos de inelegibilidade, mais do que os 16 anos para prescrição intercorrente, antes da sentença condenatória, regrado no artigo 109, II, CP<sup>23</sup> para o tipo de condenação do 313-A do CP<sup>24</sup>.

g) O tema do crime, da pena e seus efeitos devem sempre estar sob reserva de lei, reserva de parlamento, como garantia fundamental penal (art. 5º, XXXIX, CF). E no caso da inelegibilidade, *sob reserva de lei qualificada* (art. 14, § 9º, CF)<sup>25</sup>. *Deve estar previsto expressamente na lei os efeitos da condenação que se preservam após a extinção da pena.* E a *norma heterotópica penal* do art. 1º, I, letra “e”, da LC 64/90, não estabeleceu que, *não cumprida a pena*, haverá efeito de oito anos após a data do reconhecimento da prescrição da pretensão executória.

h) O *devido processo penal*<sup>26</sup> e o *devido processo eleitoral*<sup>27</sup> não podem validar a supressão da liberdade política de candidatura sem que a lei estabeleça, expressamente, que permanece o efeito inelegibilidade após a extinção da pena criminal por prescrição, por mais 08 anos.

i) Na individualização em abstrato dos efeitos da condenação penal<sup>28</sup>, no que toca a inelegibilidade e seu período de vigência para o condenado, não positivou o legislador congressual a permanência

23 “Art. 109. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, salvo o disposto no § 1º do art. 110 deste Código, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime, verificando-se: (Redação dada pela Lei nº 12.234, de 2010). [...] II - em dezesseis anos, se o máximo da pena é superior a oito anos e não excede a doze.”

24 “Art. 313-A. Inserir ou facilitar, o funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000) Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Incluído pela Lei nº 9.983, de 2000).”

25 SALGADO em seu clássico livro *Princípios Constitucionais Eleitorais*. 2. ed. Belo Horizonte, 2015, ao dizer sobre o princípio da reserva legal em matéria eleitoral, notadamente em tema de inelegibilidade, esclarece: “O princípio da estrita legalidade em matéria eleitoral impõe que as regras eleitorais devem ser estabelecidas por lei, entendida essa em sentido estrito: regras derivadas de um processo democrático de deliberação parlamentar, a partir da arena política formada por representantes das correntes de opinião da sociedade.” (p. 247-8). “Nas regras de disputa pelos cargos eletivos impõe-se uma reserva legal absoluta. Em matéria eleitoral – como no âmbito tributário e em Direito Penal – é possível se referir a um princípio de reserva parlamentar [...] A Constituição expressamente se refere à reserva de lei complementar para o estabelecimento de hipóteses de inelegibilidade (art. 14, § 9º) [...]” (p. 250). “A legitimidade para a restrição de direitos – direitos políticos, como a elegibilidade [...] – está, por força do princípio do Estado de Direito, no órgão representativo. Apenas o parlamento pode ditar normas sobre a disputa eleitoral.” (p. 251).

26 Obra referencial sobre o devido processo penal é a de GIACOMOLLI: *O Devido Processo Penal - abordagem conforme à Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica* (Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF). São Paulo: Atlas, 2014.

27 E obra pioneira quanto ao devido processo eleitoral é a de PEREGRINO. *O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa- direitos políticos e inelegibilidades*, 2. ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2016. Especialmente nos capítulos 2, 4 e 6, nos quais aprofunda o conceito de *due process of law* e o correlaciona com temas centrais do Direito Eleitoral, sob os influxos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e da jurisprudência das Cortes Internacionais de Justiça. Vale sublinhar o subtítulo do capítulo 6 “controle de convencionalidade da lei complementar 135/10 [lei ficha limpa] em face do devido processo convencional e dos direitos políticos”, em que analisa a ideia de Procedimento, A Proibição de Retrocesso dos Direitos Políticos, A Presunção de Inocência e o Devido Processo Convencional, As Presunções, A Retroatividade, A Contagem dos Prazos da Inelegibilidade e A Lei das Inelegibilidades.

28 Obra referencial para o assunto é a de NUCCI. *Individualização da Pena*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, 432 p.

de sua eficácia após a extinção da pena pela prescrição, pressupondo claramente que apenas o efetivo cumprimento da pena ensejaria, depois, a fluência de mais 08 anos de inelegibilidade. Descartando-se, por exclusão, a permanência desse efeito na hipótese de extinção da pena por prescrição, pois aí não haverá cumprimento de pena.

Para aferirmos o fundamento do que afirmamos, revisemos o enquadramento dogmático que a doutrina juspenal brasileira faz dos enunciados normativos que tratam da condenação penal e seus efeitos.

Começemos com a advertência feita por Zaffaroni e Batista:

É inquestionável que normas penais executivas não podem afetar garantias constitucionais, qualquer que seja a sua natureza, assim como que não pode faltar em qualquer legislação atual um conjunto de normas positivas que se relacionem com os diversos sistemas de penas, com os procedimentos de aplicação, execução ou cumprimento das mesmas [...]. “[...] pois um poder punitivo que opere sem limites quanto ao tratamento, desde a condenação até a extinção da pena, implicaria plena arbitrariedade [...]”.<sup>29</sup> Sabe-se que a criminalização secundária e a prisão surtem *efeitos estigmatizantes e deteriorantes*; este dado da realidade impõe ao direito da execução penal, como função, reduzir ao mínimo tais efeitos.<sup>30</sup> “Constituindo a execução penal um objeto distinto da declaração penal da sentença, que opera como simples limite máximo atualizado – ao longo de um processo – pela concreta intervenção executória, é indispensável um controle judicial específico, que garanta ao condenado os direitos não atingidos pela pena privativa de liberdade...”<sup>31</sup>.

A doutrina de Capez, ao tratar dos efeitos da condenação penal não registra a inelegibilidade como efeito principal, secundário, extrapenal genérico ou específico<sup>32</sup>. Refere apenas a permanência dos direitos políticos como suspensos, enquanto durar o cumprimento da pena<sup>33</sup>. Capez ainda afirma que na ocorrência de prescrição da pretensão executória (PPE) permanecem todos os efeitos penais secundários e extrapenais. Todavia, não demonstra o fundamento legal para tal conclusão e nem esclarece quais seriam esses efeitos.<sup>34</sup>

Bittencourt, afirma que:

29 Cf. Direito Penal Brasileiro I. 4 ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013, p. 298-9.

30 Ob. cit., p. 300.

31 Ob. cit., p. 301.

32 Curso de Direito Penal: parte geral I. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 535-542.

33 Ob. cit., p. 540.

34 Ob. cit., p. 633.

A sanção penal é a consequência jurídica direta e imediata da sentença penal condenatória. No entanto, além dessa consequência jurídica direta, a sentença condenatória produz outros tantos efeitos, ditos *secundários* ou *accessórios*, de natureza penal e extrapenal. *Os de natureza penal* estão insertos em diversos dispositivos do próprio Código Penal, do Código de Processo Penal e da Lei de Execução Penal. Os de natureza extrapenal encontram-se elencados nos artigos 91 e 92 do estatuto repressivo, e são denominados *efeitos genéricos e efeitos específicos* da condenação [...] <sup>35</sup>

Bitencourt ainda esclarece quais seriam os *efeitos extrapenais*, subdividindo-os em *efeitos genéricos*: a) tornar certa a obrigação de indenizar; b) perda em favor da união dos instrumentos e produto do crime <sup>36</sup>; e *efeitos específicos*: a) perda do cargo, função pública ou mandato eletivo; b) incapacidade para o exercício do pátrio poder, tutela ou curatela; c) inabilitação para dirigir veículo, utilizado em crime doloso. Esse jurista também não inclui a inelegibilidade como efeito secundário da condenação. Sequer a refere ou a trata de qualquer forma em sua obra.

Jesus <sup>37</sup> também não trata de inelegibilidade como efeito da condenação, seja ele primário ou secundário. E ao se ocupar, especificamente, da prescrição da pretensão executória da pena, afirma:

A declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória impede a execução das penas e da medida de segurança (CP, art. 96, parágrafo único), subsistindo as consequências de ordem secundária da sentença condenatória, como o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, pagamento das custas processuais, reincidência (salvo o disposto no art. 64, I) etc. <sup>38</sup>

Prado <sup>39</sup> ao tratar sobre efeitos secundários penais também não inclui a inelegibilidade entre eles e sequer dela trata como efeito da condenação. Classifica, como os demais, os efeitos secundários extrapenais, como os genéricos e os específicos, acrescentando que os efeitos genéricos independem da referência expressa na sentença <sup>40</sup>. Todavia, aduz que os efeitos específicos devem ser nela motivados <sup>41</sup> (inclusos, inexas).

35 Cf. Tratado de Direito Penal: parte geral 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 846.

36 p. 846-7, ob. cit.

37 Em seu clássico Prescrição Penal, 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

38 Ob. cit., p. 95.

39 Cf. Curso de Direito Penal Brasileiro: Parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004, v.1.

40 p. 723, ob. cit.

41 Idem, p. 725.

Regis Prado ao falar sobre a prescrição da pretensão executória, nada diz sobre o efeito inelegibilidade, o que pressupõe que para o Direito Penal este não prevalece quando houver extinção da pena:

Declarada a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, não se executa a pena imposta e tampouco a medida de segurança (art. 96, parágrafo único, CP), embora subsistam os efeitos penais secundários da condenação e os efeitos civis (art. 67, II, CPP).<sup>42</sup>

Masson<sup>43</sup> repete as teses dogmáticas dos efeitos principais e secundários da condenação – secundários de natureza penal e secundário extrapenal, e nada refere sobre a inelegibilidade como efeito secundário da pena.<sup>44</sup>

Mirabete também refere os efeitos penais secundários<sup>45</sup> e os efeitos extrapenais<sup>46</sup>, todavia, igualmente, sequer trata de inelegibilidade como efeito da condenação ou lhe atribui efeito secundário da sentença condenatória.

Entre os eleitoralistas, Cândido corrobora a nossa posição doutrinária:

Prescrição da pretensão executória - Antes do advento da súmula n. 9 do TSE, a prescrição da pretensão executória não impedia a inelegibilidade de que cogita esta alínea *e*. Vigente a Súmula n. 9, como a extinção da pena impede a suspensão dos direitos políticos (que é o antecedente), inviabiliza, com muito mais razão, a inelegibilidade aqui cogitada (que é consequente). Mais a mais, esta inelegibilidade da alínea *e* pressupõe o cumprimento da pena, o que não ocorre na prescrição da pretensão executória. E por fim, pela redação daquele édito pretoriano se vê que para a suspensão dos direitos políticos e inelegibilidade é irrelevante que permaneçam, na prescrição executória, os efeitos secundários da condenação.<sup>47</sup>

Diante da revisão doutrinária que fizemos é patente que as normas penais materiais de *nossa ordem jurídica* não preveem como efeito secundário da condenação a inelegibilidade.

---

42 Ob. cit., p. 795.

43 Direito Penal: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Método Jurídico-Gen, 2010. v.1.

44 Ob. cit., p. 762-3.

45 Cf. Manual de Direito Penal. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000, p. 342.

46 Ob. cit., p. 344-5.

47

Cf. Direito Eleitoral Brasileiro. 16. ed. São Paulo: Edipro, 2016, p. 120.

Também fica claro a inexistência de regra positivada pelo legislador penal ou eleitoral que sustente o efeito de inelegibilidade mesmo após a prescrição executória da pena.

E sendo o tema penal dos efeitos da condenação e o tema eleitoral da inelegibilidade sujeitos à reserva de lei, e de lei qualificada, lei como ato normativo primário emanado do Congresso Nacional e de seu processo legislativo, a jurisprudência não pode sustentar, de *per si*, sem chão normativo positivado, os efeitos penais de uma condenação criminal, seja na esfera criminal ou na esfera eleitoral, como seria a permanência da inelegibilidade após a decretação de extinção da pena.

Nossa crítica à jurisprudência consolidada pós Respe 23.851-TSE é iluminada pelas advertências de Barcellos.<sup>48</sup> As-

---

48 Em seu profundo estudo intitulado Direito e Política, Silêncio do Legislador, Interpretação e Analogia, in: - SARMENTO, Daniel (coord.). Jurisdição Constitucional e Política. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2015 (p. 661-71): "Continua a ser vedado ao juiz, em um Estado democrático de direito, inovar na ordem jurídica sem fundamento majoritário, sob pena de usurpar a competência própria dos demais poderes estatais. Entretanto, quais são essas distinções e, portanto, quais os limites da atividade jurisdicional, em face do princípio da legalidade? Qual o ponto de equilíbrio?" (p. 662) "Os limites tradicionais que conduziam a atividade jurisdicional eram, e continuam a ser, os elementos semântico, histórico, sistemático e teleológico de interpretação. A decisão judicial deve se reportar a um texto normativo compreendido no sistema no qual se insere, tendo a Constituição em seu cimo hierárquico. Ainda que o texto não seja unívoco, não admitirá uma infinidade de interpretações, estabelecendo desde logo um campo máximo possível de sentidos. O intérprete submete-se ainda à finalidade pretendida pela norma, não necessariamente pelo legislador, embora o elemento histórico possa ser útil para a compreensão desse propósito." (p. 662) "Larenz, por exemplo, afirma que toda a interpretação de um texto há de iniciar-se com o seu sentido literal, pois uma interpretação que não se situe já no âmbito do sentido literal possível, já não é interpretação, mas modificação de sentido." (p. 662) "A razão subjacente à assertiva supra pode ser resumida da seguinte forma. Em um Estado de direito, republicano e democrático, no qual se adota como pressuposto a igualdade de todos, a imperatividade do ordenamento jurídico decorre de contar, em última análise, com o respaldo de uma decisão majoritária, representada pela lei e/ou pela Constituição. Isto é: apenas uma decisão tomada em bases majoritárias, com a participação direta ou indireta das pessoas, pode ser considerada legitimamente obrigatória e capaz de desencadear os mecanismos de coerção do Estado. Em um Estado democrático de direito, é preciso reconhecer e não asfixiar as margens de conformação legislativa, no âmbito das quais o legislador pode cristalizar, por meio da legalidade, as opções políticas explícitas da comunidade em um universo de alternativas possíveis. Nesse mesmo sentido, e deixando de lado outras considerações, a legitimidade da atuação judicial decorre igualmente de sua vinculação a decisões majoritárias." (p. 663) "Por outro lado, essa vinculação não haverá de ser apenas retórica ou formal. Ou seja: não basta a menção a um dispositivo qualquer – impertinente ou genérico – para que a exigência referida se encontre atendida. Na realidade, a decisão judicial precisa demonstrar a sua conexão com as decisões majoritárias em vigor e explicitar, de forma racional, suas escolhas, em especial nas hipóteses em que existam várias conexões possíveis – e diferentes – com o sistema jurídico" (p. 664) "É possível afirmar que o limite entre a atuação do Legislativo e do Judiciário é delineado, como regra, pela vinculação da decisão judicial ao sentido possível de um texto normativo e do sistema no qual ele se insere, ou, dito de outro modo, por sua vinculação a uma decisão majoritária. No entanto, o que dizer da atividade jurisdicional quando o legislador não disciplinou determinado tema e está-se diante, portanto, do silêncio legislativo?" (p. 664) "Na linha do que se expôs [...] a decisão judicial respeita a legalidade na medida em que está vinculada de forma consistente e racional a uma decisão majoritária ou, de forma mais concreta e simples, a uma possibilidade de sentido de um texto normativo em seu contexto sistemático. E se não existir um texto tratando da matéria? E se não houve qualquer decisão política específica criando direitos ou obrigações de um determinado assunto?" (p. 665) "Até porque a ausência de regulamentação específica de uma matéria não significa um vazio jurídico: a ela se aplica o art. 5º, II, da Constituição. Nos termos do dispositivo constitucional, se uma conduta não é vedada pelo sistema jurídico, ela é lícita aos particulares, e se uma conduta não é considerada obrigatória, as pessoas estão livres para praticá-la ou não. Essa é a regra definida pelo próprio constituinte originário: diante de uma situação não especificamente regulada pelo Direito, essa a norma a ser aplicada. O silêncio legislativo, portanto, como regra, conduz à incidência do art. 5º, II, da Constituição, devendo aplicar-se o critério da liberdade [...]" (p. 666).

sim, este precedente que não se sustenta no Direito Positivo e cria efeito não previsto em lei, em decisão majoritária congressional, deve ser revisto.

Os elementos normativos que destacamos reclamam *overruling*. E necessário se fazer *distinguishing*<sup>49</sup> em face do conjunto normativo descrito, não constante dos precedentes da Superior Corte eleitoral, notadamente na discussão havida no Respe 23.851-TSE.

Assim, damos por patente a inconstitucionalidade do entendimento consolidado, por olvidamento dos princípios constitucionais da reserva qualificada de lei penal-eleitoral e do devido processo legal, eis que as normas eleitorais e penais infraconstitucionais referidas estão a ser descon sideradas, em suas textualidades e juridicidades, pela exegese ainda vigente no TSE.

Além do problema normativo descrito, há desrespeito as regras hermenêuticas que ditam interpretação extensiva em temas de liberdade, e restritiva em temas de restrições a direitos.

Isso por que leis restritivas de direitos, lei continentes de restrições às liberdades, como são a LC 64/90 e a LC 135/10, responsáveis por instituir novas causas de inelegibilidades, devem ser interpretadas restritivamente<sup>50</sup>. Tendo em conta o *princípio de interpretação liberal*, inferível da obra clássica de Maximiliano<sup>51</sup>.

A norma eleitoral do art. 1º, I, 'e' da LC 64/90 - alterada pela LC 135/10 - consagra restrição à elegibilidade, *pressiona, restringe*, com-

49 Segundo MARINONI: "O *distinguishing* expressa a distinção entre casos para o efeito de se subordinar, ou não, o caso sob julgamento a um precedente. A necessidade de *distinguishing* exige, como antecedente lógico, a identificação da *ratio decidendi* do precedente." Cf. seu Precedentes Obrigatórios, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 326.

50 Nesse sentido a jurisprudência eleitoral: RO - Recurso Ordinário nº 106738 - Fortaleza/CE - Acórdão-TSE de 16.09.14 - Relator Min. MENDES: "ELEIÇÕES 2014. CANDIDATO A DEPUTADO ESTADUAL. RECURSO ORDINÁRIO. REGISTRO DE CANDIDATURA INDEFERIDO. INCIDÊNCIA NAS INELEGIBILIDADES DO ART. 1º, INCISO I, ALÍNEAS g e I, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 64/1990. AUSÊNCIA DE REQUISITOS. PROVIMENTO DO RECURSO. [...] 8. [...] Com base na compreensão da reserva legal proporcional, as causas de inelegibilidade devem ser interpretadas restritivamente, evitando-se a criação de restrição de direitos políticos sobre fundamentos frágeis e inseguros, como a possibilidade de dispensar determinado requisito da causa de inelegibilidade, ofensiva à dogmática de proteção dos direitos fundamentais."

51 Cf. seu *Hermenêutica e Aplicação do Direito*, 10 ed. Rio de Janeiro, Forense, 1988, 426 p.: "Em regra, é estrita a interpretação das leis [...] punitivas" (p. 205); "Estritamente se interpretam as disposições que restringem a liberdade humana [...]; consequentemente, com igual reserva se aplicam os preceitos tendentes a agravar qualquer penalidade." (p. 322); "In *dubio pro libertate. Libertas omnibus rebus favorabilior est*: 'Na dúvida, pela liberdade! Em todos os assuntos e circunstâncias, é a liberdade que merece maior favor.'" (p. 261) "Parecem intuitivas as razões pelas quais reclama exegese rigorosa, estrita, de disposições cominadoras de penas. [...]; por ser mais perigoso o arbítrio de castigar sem lei do que o mal resultante de absolver o improbo não visado por um texto expresso." (p. 323); "A regra da exegese estrita [...] decorre [...] no preceito que manda não reconhecer crime 'sem lei anterior que o qualifique'." (p. 324).

prime a liberdade positivada nos artigos 1º e 14, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 1º [...] Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Art. 14. A soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos.

Não é possível se interpretar o dispositivo legal do artigo 1º, I, letra “e” de modo a estendê-lo ao ponto de criar permanência de efeito penal após a extinção da pena. Se a norma eleitoral-penal refere “após o cumprimento de pena”, e a pena não sendo cumprida pela prescrição, não se pode ter por verificada a causa de inelegibilidade da alínea “e”. Era o que disse o voto vencido do Ministro Barros no Respe 23.851: “A interpretação de S. Exa. [Ministro Carlos Velloso] alarga o âmbito do preceito cominatório, por isso prefiro me acomodar no alcance exato do dispositivo legal para acompanhar o eminente relator [Ministro Caputo Basto].”

O princípio constitucional da *separação de poderes* e a garantia fundamental da *legalidade*<sup>52</sup> devem inibir qualquer ação elastecedora do *moralismo hermenêutico* que procura corrigir decisão do legislador, elegendo critérios “morais”, extra Direito positivo, para *alargar* a sua vontade ou mesma negá-la<sup>53</sup>.

E no aresto 23.851, *em juízo moral, mas não de direito positivo*, no voto do Ministro Sepúlveda Pertence (que se alinhou a maioria vencedora), se afirmou que: “a interpretação beneficia quem não cumpriu a pena”. [...]. “O que impressiona é que o agente que, em função da fuga, não se submeteu à pena é beneficiado em relação àquele que cumpriu a pena.”

52 Remetemos para nosso parecer sobre separação de poderes e legalidade: *Separação de Poderes, Legalidade Administrativa e Anuência Legislativa para Aquisição de Imóvel por Doação*. Revista Interesse Público. Porto Alegre: Nota Dez, n.34, ano 2005, p. 235-265.

53 Para o fundamento teórico de tais críticas indicamos o esclarecedor livro de DIMOULIS, *Positivismo Jurídico – introdução a uma teoria jurídica do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político*. São Paulo: Método, 2006, p. 90/94. E em mesmo norte, nosso artigo *Abuso do poder regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral*. As eleições de 2012 (reflexos do moralismo eleitoral ). Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3228, 3 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21674>>. Acesso em: 6 maio 2012. Leia mais: <<http://jus.com.br/revista/texto/21674/abuso-do-poder-regulamentar-e-tse-contas-eleitorais-rejeitadas-e-quitacao-eleitoral#ixzz1u4OY6zDe>>.

E o derradeiro argumento do precedente, que sustenta a sua conclusão até hoje, caducou, não tem mais razão de ser depois da alteração operada pela LC 135/10:

Afinal, *não se afigura razoável* dispensar tratamento diferenciado entre o condenado por crime contra a administração pública que cumpre pena ou as condições do *sursis* e aquele que a ela não se submete em razão da prescrição da pretensão executória, considerando o primeiro inegável por três anos após o cumprimento da pena e o segundo elegível tão logo extinta a punibilidade.

Diante da lei positiva, penal e eleitoral, tal comportamento hermenêutico em matéria restritiva ao *jus honorum* não respeita os limites da atividade judicial e o círculo de garantias fundamentais em jogo, especialmente a dos direitos políticos fundamentais no que toca a liberdade de candidatura, ao *status activus*, que não pode ficar refém da moralidade *definida arbitrariamente*. O direito fundamental de candidatura, no caso, deve receber interpretação que lhe confira a máxima efetividade possível (CANOTILHO<sup>54</sup>). A interpretação ordinária do Respe 23.851 contraria a exigência de máxima efetividade do direito fundamental de candidatura.

Essa exigência de máxima efetividade aos direitos fundamentais deve iluminar o respeito do legislador eleitoral e do juiz eleitoral ao direito fundamental de sufrágio passivo. Isso acentua a doutrina constitucional contemporânea<sup>55</sup> e a jurisprudência elei-

---

54 "Este princípio, também designado de princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais [...], sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais). Cf. seu Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999, p. 1149.

55 Cf. GUEDES, Néviton. Dos Direitos Políticos - Artigos 14 a 16 da Constituição Federal" In: Leony, Léo Ferreira (coord). Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2013. (p. 654-689): "os direitos políticos conformam, iluminam e restringem o significado de toda a ordem jurídica nacional e, como tal, vinculam não apenas os poderes públicos do Estado, como também os poderes privados [...]. Em relação a eles, portanto, também se pode afirmar que, da compreensão que vinculam objetivamente os Poderes do Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário), impõem a todas as suas esferas não apenas um dever negativo de abster-se de intervenções inadequadas, desnecessárias ou desproporcionais no âmbito de proteção das normas que asseguram direitos políticos, mas também se lhes impõe um dever positivo de tudo fazer e promover no sentido de conferir a máxima concretização e efetividade desses direitos, inclusive [...] quando não se esteja diante de uma pretensão subjetiva do cidadão. Em resumo, graças à sua condição essencial de direitos fundamentais, os direitos políticos condicionam e limitam positiva e negativamente as possibilidades de intervenção estatal, em quaisquer dos seus níveis e funções (administração, legislação e jurisdição), no que respeita ao âmbito de proteção das condutas por eles asseguradas." (p. 672).

toral começa a replicar suas preocupações<sup>56</sup>. E assim, observando esses limites hermenêuticos e essas exigências da interpretação constitucional contemporânea, deve haver *overruling* no TSE, para se entender que qualquer que seja o tipo de prescrição, do direito de punir ou da pena, desaparece o efeito primário (ou secundário) da inelegibilidade.

### 3 INELEGIBILIDADE DEVE SER CONTADA DO TRÂNSITO EM JULGADO QUANDO HOVER PRESCRIÇÃO DA PENA

Outro *overruling* que reclama a jurisprudência do TSE, caso não aceite a Suprema Corte Eleitoral a *proposição evolutiva* antes descrita, tendo em conta o mesmo Respe 23.851: o prazo de inelegibilidade de 08 anos, quando houver a extinção da pena, face a nova redação da LC 135/10 e as premissas do precedente, se deve contar a partir da data do trânsito em julgado da condenação criminal, e não como era antes de 04.06.10 (entrada em vigor da lei da ficha limpa), a partir da extinção da pena por prescrição.

Ou seja: a jurisprudência corrente do TSE, antes da lei ficha limpa e após a sua vigência (sem reflexão sobre o que trabalhamos neste

---

56 Recurso Eleitoral n. 138-45.2016.6.24.0093 – Classe 30 – Acórdão-TRE/SC 31.381, de 25.08.16 – Rel. designado Juiz RODRIGO BRANDEBURGO CURI: “RECURSO ELEITORAL – INSCRIÇÃO ELEITORAL QUE SE ENCONTRA SUSPensa EM RAZÃO DE DECISÃO JUDICIAL (CONDENAÇÃO EM AÇÃO DE IMPROBIDADE) – DECISÃO DE RESCISÓRIA QUE AFASTOU A PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS – DIREITO AO VOTO – DIREITO FUNDAMENTAL ASSEGURADO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL – CLÁUSULA PÉTREA (CF, ART. 60, § 4º, II) QUE SE SOBREVÊ EM RELAÇÃO À LEGISLAÇÃO ORDINÁRIA E DE HIERARQUIA INFERIOR – CONFERÊNCIA DE MÁXIMA EFETIVIDADE A DIREITO CONSTITUCIONAL – RESTABELECIMENTO DA CAPACIDADE ELEITORAL ATIVA – LEVANTAMENTO DA RESTRIÇÃO RELACIONADA À SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS [...]. – PROVIMENTO DO RECURSO.” À constituição desse importante precedente, trabalhamos na qualidade de Advogado do Recorrente, aduzindo, entre outros, os seguintes blocos de argumentos recursais, assim ementados na petição de recurso inominado eleitoral: - DA IMEDIATA EFICÁCIA DA DECISÃO DE MÉRITO PROFERIDA EM AÇÃO RESCISÓRIA QUE DESCONSTITUIU A PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS APLICADA AO RECORRENTE. RESTABELECIMENTOS DOS DIREITOS POLÍTICOS QUE INDEPENDEM DO TRÂNSITO EM JULGADO DA AÇÃO RESCISÓRIA. NÃO COMPETE À JUSTIÇA ELEITORAL “AVALIAR” OU “HOMOLOGAR” AS DECISÕES ADVINDAS DA JUSTIÇA COMUM. CABE-LHE APENAS REGISTRAR AS CONSEQUÊNCIAS ADVINDAS DA COMUNICAÇÃO DE VIGÊNCIA OU REVOGAÇÃO DA PENA DE SUSPENSÃO DOS DIREITOS POLÍTICOS - SE LIMINAR MONOCRÁTICA EM AÇÃO RESCISÓRIA GARANTE O DIREITO DE CANDIDATURA NO PROCESSO DE REGISTRO, COM MAIS RAZÃO DECISÃO COLEGIADA FINAL NESTE TIPO DE AÇÃO RESTITUE O DIREITO DE VOTO EM TEMA DE ALISTAMENTO ELEITORAL. - O FECHAMENTO DO CADASTRO ELEITORAL NÃO PODE IMPEDIR O EXERCÍCIO DO DIREITO DE VOTO, POIS APENAS COM UM “CLIQUE” E USO DO CÓDIGO ADEQUADO, PELO SISTEMA ELETRÔNICO DE CONTROLE, SE DESOBRUI O NOME NO CADASTRO, QUE NÃO ESTÁ AUSENTE DO ALISTAMENTO, MAS APENAS COM A EFICÁCIA SUSPENSÃO. O ARTIGO 91 DA LEI 9.504/97 NÃO IMPEDE A SITUAÇÃO DO ALISTADO COM CADASTRO SUSPENSO, MAS APENAS O ACESSO DE NOVOS ALISTANDOS. A INTERPRETAÇÃO QUE DEVE PREVALECER NO CASO É O DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS QUE APONTA OS DIREITOS POLÍTICOS COMO OS DIREITOS QUE SÃO A CONDIÇÃO DE PROTETIVIDADE DE TODOS OS DEMAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS, DEVENDO SE ASSEGURAR A ELES A MÁXIMA EFETIVIDADE POSSÍVEL.

artigo), entende que da ocorrência da prescrição da pretensão executória, da data em que a mesma se consuma, começa a fluir o prazo de inelegibilidade de 8 anos.

Ora, tal forma arcaica de contagem do prazo tinha *discutível* razão de ser: a inelegibilidade como só se dava com o trânsito em julgado da condenação criminal, após o cumprimento da pena começaria a fluir o seu prazo de 03 anos, conforme a redação original da LC 64 de 1990:

Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] e) os que forem condenados criminalmente, com sentença transitada em julgado, pela prática de crime contra a economia popular, a fé pública, a administração pública, o patrimônio público, o mercado financeiro, pelo tráfico de entorpecentes e por crimes eleitorais, *pelo prazo de 3 (três) anos, após o cumprimento da pena.*

Assim, de 1990 até 2010, por 20 anos, a fluência do prazo de inelegibilidade só iniciaria após o trânsito em julgado e depois do cumprimento da pena. Deste modo, durante a execução da pena, ficava o condenado sem *condição de elegibilidade*<sup>57</sup>, pela suspensão dos direitos políticos<sup>58</sup>. Concluída essa fase, a da falta de condição de elegibilidade (com a extinção da pena pelo seu cumprimento), começaria a fluir o triênio de *inelegibilidade*.

No modo revogado de contar o termo inicial (o *dies a quo*) do prazo de inelegibilidade, esse começava a fluir restrição ao direito fundamental de candidatura depois de atendido dois requisitos: (i) *o trânsito em julgado da condenação* e (ii) *o cumprimento da pena*. Depois do cumprimento da pena, e somente depois, nunca antes, é que começaria a fluência da limitação ao *jus honorum* do cidadão condenado. Nessa forma de contagem decaída, para haver resultado útil de aplicação da lei de inelegibilidades, o prazo de impedimento de candidatura contava a partir da extinção da pena, seja pelo cumprimento, seja pela prescrição da pretensão executória.

57 Segundo LÓPEZ ZILLO: “[...] as condições de elegibilidade não se confundem com as hipóteses de inelegibilidade, embora ambas possuam o mesmo efeito: o impedimento ao direito de concorrer a mandato eletivo. As condições de elegibilidade são requisitos que o candidato deve implementar para que possa concorrer nas eleições; as causas de inelegibilidade são impedimentos a capacidade eleitoral passiva, que podem anteceder, ou não, ao registro do candidato.” Cf. seu Direito Eleitoral. 5. Ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2016, p. 183.

58 Cf. art. 14, § 3º, II, da CF: “São condições de elegibilidade, na forma da lei [...], o pleno exercício dos direitos políticos.”

Todavia, com a redação dada à LC 64/90 pela lei ficha limpa (LC 135/10), a inelegibilidade, para fluir, não necessita mais de trânsito em julgado da condenação. A sua fluência foi antecipada para um momento muito anterior ao do trânsito em julgado, *o da condenação colegiada por tribunal de apelação ou por tribunal do júri*:

Art. 1º São inelegíveis: I - para qualquer cargo: [...] e) os que forem condenados, em decisão transitada em julgado ou proferida por órgão judicial colegiado, desde a condenação até o transcurso do prazo de 8 (oito) anos após o cumprimento da pena, pelos crimes: 1. contra a economia popular, a fé pública, a administração pública e o patrimônio público.

A nova normativa fez não só aumentar o prazo de inelegibilidade (que em 1990 era de 03 anos e em 2010 passou a ser de 08 anos), como antecipou a sua fluência para momento anterior ao trânsito em julgado.

Assim, como foi alterado radicalmente o quadro normativo fixador do prazo de fluência de inelegibilidade, é razoável, proporcional, prestigiante de uma interpretação *pro homine*<sup>59</sup> - que garanta no plano dos direitos fundamentais políticos a sua máxima efetividade (o direito de voto e de candidatura) - que quando ocorrer a extinção da pena pela prescrição da pretensão executória, se comece a contar o prazo de fluência da inelegibilidade não mais da ocorrência do implemento da prescrição, mas sim da preclusão máxima - do trânsito em julgado. Pois só assim se observará melhor os direitos do réu, o *favor rei* e o *favor libertatis* no que toca ao *status activus* dos condenados penais.

Se não for assim, além da extensão do prazo de 03 para 08 anos, os condenados terão, indefinidamente, os prazos alargados para muito além do querer racional, proporcional e justo do legislador, e de uma sociedade democrática que queira respeitar um sistema de garantias fundamentais que impeça o arbítrio, *seja do legislador, seja do juiz, seja do administrador*.

---

59 Para entendermos a aplicação desse princípio no plano do Direito Eleitoral imbricado com o Direito Internacional dos Direitos Humanos, necessário recorreremos a obra pioneira de PEREGRINO, Marcelo Ramos. O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa- direitos políticos e inelegibilidades. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. “[...] neste chão dos direitos humanos, vige, como regra de maior valor hermenêutico, a preponderância da norma mais protetiva ao homem, do princípio *pro homine* ou *pro persona*, como se vê nos Artigos 4º, Artigo 1º, inc. III (dignidade da pessoa humana como fundamento da República) da Constituição Federal e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos. [...] A doutrina de André Carvalho Ramos aponta o desdobramento do princípio *pro homine* nas seguintes diretrizes: i) a interpretação sistemática de maneira a reconhecer os direitos inerentes, mesmo que implícitos [...]; ii) a interpretação das eventuais limitações ao direito devem ser restritivas; iii) uso nas hipóteses de omissões e lacunas.” (p. 210-211).

Para aquilatarmos a irracionalidade do modo de se contar que caducou, devemos atentar para a doutrina de SOARES<sup>60</sup>, quando trata da “inelegibilidade processual” e o voto do FUX – vencido nesta parte - ao sugerir detração de tempo de inelegibilidade no acórdão da Ação Declaratória de Constitucionalidade n. 30<sup>61</sup>.

60 “Cumho a expressão **inelegibilidade processual** para denominar a inelegibilidade que decorre exclusivamente do ônus do tempo do processo, sendo a sua causa e razão de ser gerar uma sanção processual indireta pelo manejo de recursos inerentes ao devido processo legal (*due process of law*), criando assim limitações gravosas e antidemocráticas ao pleno exercício da pretensão à tutela jurídica e ao livre acesso ao Poder Judiciário.

A **inelegibilidade processual** seria decorrente da decisão de órgão colegiado, enquanto durar o processo, sem direito a uma espécie de detração eleitoral para o cômputo da inelegibilidade material de 8 anos. Essa **inelegibilidade processual** seria, portanto, um desestímulo ao uso dos meios recursais próprios, em verdadeira negativa de acesso ao Judiciário: recorrer seria um ônus insuportável para quem tivesse a inelegibilidade decretada por um órgão colegiado.

Sem juízo de constitucionalidade, se fôssemos aplicar a LC 135 a secas, teríamos alguns exemplos graves de inelegibilidade da LC 64/90, com a redação da LC 135: Art. 1º, I, “e”: soma das seguintes inelegibilidades: (a) inelegibilidade a partir da decisão condenatória do órgão colegiado, enquanto durar o processo penal (inelegibilidade processual); (b) inelegibilidade enquanto durar o cumprimento da pena de natureza penal, decorrente da suspensão dos direitos políticos; e (c) inelegibilidade de 8 anos após o cumprimento da pena. [...]. Note-se que, em hipótese de inelegibilidade decorrente de ilícitos não-eleitorais (condenação criminal transitada em julgado, v.g.), há agora a criação de uma inelegibilidade cominada potenciada de natureza processual, como gravíssimo ônus para inviabilizar o acesso ao Poder Judiciário e tornar inviável ou insuportável o manejo de recursos processuais, ainda que viáveis, firmes e sérios.

No caso da condenação criminal, se o recurso contra a decisão condenatória, proferida por órgão colegiado, tiver um resultado demorado (digamos, 5 ou 10 anos), a inelegibilidade processual, somada ao cumprimento da pena (acaso improvido o recurso) e à inelegibilidade de 8 anos após o cumprimento da pena, poderá levar a uma sanção total de inelegibilidade de mais de 30 anos, o que nada mais é do que o degredo político.

Aqui, parece-me, será o ponto correto a ser debatida a inconstitucionalidade da inelegibilidade processual *sem que haja sequer uma detração, uma subtração daquela* inelegibilidade material de 8 anos. O correto, o constitucional, seria a LC 135 ter previsto a aplicação da inelegibilidade de 8 anos desde a decisão de órgão colegiado, como execução imediata. Mas criar uma inelegibilidade de natureza meramente processual, como terrível ônus do processo, é uma solução legislativa fascista [...].

**Desse** modo, chamo a atenção para as seguintes conclusões: (a) a sanção de inelegibilidade pode ter execução imediata, desde a decisão de órgão colegiado, exceto nos casos proibidos pela Constituição (condenação criminal e improbidade administrativa); (b) a inelegibilidade processual, enquanto durar o tempo do processo, é inconstitucional, viola o princípio da proporcionalidade/razoabilidade e impede o acesso frutuoso ao Poder Judiciário; e (c) a solução constitucional adequada teria sido a LC 135 ter previsto a execução imediata da inelegibilidade cominada potenciada de 8 anos (sem, portanto, postergá-la para o trânsito em julgado e absurdamente criando uma inelegibilidade cominada potenciada de natureza processual).” Cf. COSTA, Adriano Soares da. Instituições de Direito Eleitoral: teoria da inelegibilidade e direito processual eleitoral. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 202-203.

61 “A extensão da inelegibilidade para além da duração dos efeitos da condenação criminal efetivamente fazia sentido na conformação legal que somente permitia a imposição da inelegibilidade nos casos de condenações transitadas em julgado. Agora, admitindo-se a inelegibilidade já desde as condenações não definitivas – contanto que prolatadas por órgão colegiado –, essa extensão pode ser excessiva. Em alguns casos concretos nos quais o indivíduo seja condenado, por exemplo, a pena de trinta anos, a impossibilidade de concorrer a cargos públicos eletivos pode estender-se, em tese, por mais de quarenta anos, o que certamente poderia equiparar-se, em efeitos práticos, à cassação dos direitos políticos, expressamente vedada pelo caput do art. 15 da Constituição. Observe-se que não há inconstitucionalidade, de per se, na cumulação da inelegibilidade com a suspensão de direitos políticos, mas a admissibilidade de uma cumulação da inelegibilidade anterior ao trânsito em julgado com a suspensão dos direitos políticos decorrente da condenação definitiva e novos oito anos de inelegibilidade decerto afronta a proibição do excesso consagrada pela Constituição Federal. A disciplina legal ora em exame, ao antecipar a inelegibilidade para momento anterior ao trânsito em julgado, torna claramente exagerada a sua extensão por oito anos após a condenação. É algo que não ocorre nem mesmo na legislação penal, que expressamente admite a denominada detração, computando-se, na pena privativa de liberdade, o tempo de prisão provisória (art. 42 do Código Penal). Recomendável, portanto, que o cômputo do prazo legal da inelegibilidade também seja antecipado, de modo a guardar coerência com os propósitos do legislador e, ao mesmo tempo, atender ao postulado constitucional de proporcionalidade.

**Cumpre**, destarte, proceder a uma interpretação conforme a Constituição, para que, tanto na hipótese da alínea “e” como da alínea “l” do inciso I do art. 1º da Lei Complementar nº 64/90, seja *possível abater*, do prazo de inelegibilidade de 8 (oito) anos posterior ao cumprimento da pena, o período de inelegibilidade já decorrido entre a condenação não definitiva e o respectivo trânsito em julgado.” (p. 39-40 do aresto, voto Relator Ministro Luiz Fux).

Não estamos a defender a justa detração do prazo de inelegibilidade do MINISTRO LUIZ FUX e nem o reconhecimento da inconstitucionalidade da inelegibilidade processual, como propõe COSTA. Nossa proposição é mais limitada, embora concordemos com ambos. Apenas propomos exegese que altere a jurisprudência consolidada do TSE<sup>62</sup> que fixa a contagem do prazo, quando da prescrição executória, a partir de sua ocorrência, o que pode ser muito depois do trânsito em julgado, marco temporal que entendemos conforme a ordem jurídica democrática.

Retomemos nosso caso ficto para vermos como, antecipado o prazo de contagem da inelegibilidade para o trânsito em julgado, se fará mais justiça ao cidadão condenado (e a toda a sociedade) do que na manutenção do desatual critério que leva em conta data da ocorrência da prescrição da pena. E veremos que o critério ainda em vigor, e que deve ser revogado por *overruling*, é ainda mais prejudicial ao acusado/condenado, caso a inelegibilidade continue a ser contada a partir da ocorrência da prescrição da pena.

Vejamos:

a) Se a lei ficha limpa estabelece o critério de inelegibilidade desde a condenação colegiada, e o STF (ADC's 29 e 30) firmou que seu efeito é retroativo, alcançando o passado, então Heráclito estaria inelegível desde a confirmação de sua condenação pelo tribunal em 28.06.2005, ou seja, já estaria sem elegibilidade há 11 anos (*prazo 03 anos superior ao tempo limite de inelegibilidade já transcorrido...*);

b) Pelo entendimento jurisprudencial do TSE a ser superado, que conta a inelegibilidade até 8 anos após a extinção da pretensão executória, Heráclito ainda estaria inelegível até 02.07.22 (por 17 anos e 5 dias), pois o Juízo Execucional Penal decretou a extinção da pena como ocorrida na data de 02.07.2014;

---

62 - “[...] 2. O prazo de inelegibilidade em hipóteses de crime contra o patrimônio público começa a fluir após a prescrição da pretensão executória. [...]” (Ac. de 1º.2.2011 no AgR-RO nº 56641, rel. Min. Hamilton Carvalhido.)

- “[...] Registro de candidatura. Prefeito. Indeferimento. Condenação criminal. Crime contra a administração pública. Prescrição da pretensão executória. Incidência de inelegibilidade. Art. 1º, I, e, da LC nº 64/90. [...] As causas de inelegibilidade e as condições de elegibilidade devem ser aferidas ao tempo do registro. [...] 1. A inelegibilidade prevista no art. 1º, I, e, da LC nº 64/90 incide após a prescrição da pretensão executória. Precedentes do TSE. [...]” (Ac. de 6.11.2008 no REspe nº 32.209, rel. Min. Fernando Gonçalves, red. designado Min. Joaquim Barbosa.) - “1 - As condições de elegibilidade e as causas de inelegibilidade devem ser aferidas ao tempo do registro de candidatura (Ac. nº 22.676, rel. Min. Caputo Bastos). 2 - Aplicabilidade do art. 462 do CPC nas instâncias ordinárias. 3 - Hipótese em que incide a inelegibilidade, por três anos, após a prescrição da pretensão executória.” (REspe nº 23.851/GO, red. para o acórdão Mm. Carlos Velloso, DJ de 26.8.2005).

c) o critério que propomos é mais consentâneo à razoável duração do processo, ao respeito ao direito fundamental de candidatura, à razoabilidade, à proporcionalidade e ao devido processo legal, e por ele haverão outras datas de cessação da inelegibilidade a contar então do trânsito em julgado da condenação criminal. Se contarmos a data de trânsito para as partes, 29.05.06, essa inelegibilidade de oito anos já teria concluído seu ciclo em 29.05.14! Se contarmos o trânsito em julgado para a acusação, 23.06.06, essa inelegibilidade expirou assim em 23.06.14. Ou seja, por qualquer desses marcos de trânsito em julgado, estaria elegível Heráclito, para o pleito municipal de 2016.

A situação é tão paradoxal para o Direito Positivo e para a Dogmática penal e eleitoral, que se tivesse Heráclito cumprido a pena tão logo baixado os autos para o juízo de execução penal (julho de 2006), pela regra de inelegibilidade vigente em 2006, que dava 03 de anos de óbice após o cumprimento da pena - 02 anos e 02 meses – ele a teria cumprido em setembro de 2008, e a partir desta data fluiria o prazo de 03 anos de impediência ao jus honorum, que teria findado em setembro de 2011.

Todavia, em face da retroação da lei ficha limpa, positivada pelas Ações Declaratórias de Constitucionalidade 29 e 30-STF, esse prazo teria se estendido por mais 05 anos, o que levaria o termo final da inelegibilidade de Heráclito para setembro de 2016.

E para o caso ficto, segundo o entendimento criticado do TSE, tendo se dado a prescrição da pena pela inércia dos órgãos judiciais e ministeriais encarregados de fazer cumprir a condenação penal<sup>63</sup>,

---

63 Na Lei de Execução Penal se fixou quem são as autoridades encarregadas do processo executacional criminal, seus deveres e poderes, bem como a natureza do rito e o modo de sua promoção. Não podendo transferir-se as responsabilidades “encarcerantes” para o condenado.

Na LEP são órgãos da execução penal o Juízo da Execução e o Ministério Público (art. 61, incisos II e III). E se vê que compete ao juiz da execução determinar a forma de cumprimento da pena restritiva de direitos e fiscalizar sua execução; zelar pelo correto cumprimento da pena e da medida de segurança; emitir anualmente atestado de pena a cumprir (art. 66, V, letra “a”, VI e X). O Ministério Público deve fiscalizar a execução da pena e da medida de segurança, oficiando no processo executivo e nos incidentes da execução. Ao MP ainda incumbe requerer todas as providências necessárias ao desenvolvimento do processo executivo (art. 67, II, letra “a”).

Transitada em julgado a sentença que aplicou pena restritiva de direitos, o Juiz da execução, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, promoverá a execução (art. 147).

Cabe ao Juiz da execução designar a entidade ou programa comunitário ou estatal, devidamente credenciado ou conveniado, junto ao qual o condenado deverá trabalhar gratuitamente, de acordo com as suas aptidões; determinar a intimação do condenado, cientificando-o da entidade, dias e horário em que deverá cumprir a pena (art. 149, I e II). Extraída certidão da sentença condenatória com trânsito em julgado, que vale como título executivo judicial, o Ministério Público deve requerer, em autos apartados, a citação do condenado para pagar o valor da multa ou nomear bens à penhora. (art. 164.). O procedimento correspondente às situações previstas na LEP é judicial, desenvolvendo-se perante o Juízo da execução. (art. 194). O procedimento judicial inicia-se de ofício, a requerimento do Ministério Público, do interessado (leia-se a vítima e seus familiares), de quem o represente, de seu cônjuge, parente ou descendente, mediante proposta do Conselho Penitenciário, ou, ainda, da autoridade administrativa. (art. 195).

essa inércia resultou em novo fardo para o condenado Heráclito, que verá estendido seu prazo de inelegibilidade até julho de 2022, ou seja, por mais 05 anos e 10 meses, em face da tese de que havendo a prescrição da pretensão executória, a partir de sua ocorrência, começa a fluência do período de inelegibilidade. A inércia estatal, aumenta, ilegalmente e sem justificativa lógico-formal, o prazo de inelegibilidade de Heráclito em mais 5 anos e 10 meses! Olvidando a legalidade, a extinção da punibilidade e a razoabilidade dos entendimentos judiciais.

E a desproporção – insistamos - de tal entendimento jurisprudencial fica ainda mais patente se atentarmos que desde a condenação colegiada em segundo grau ou pelo tribunal do júri, estava inelegível Heráclito. E enquanto recorreu, esteve inelegível. Ou seja, enquanto exerceu o seu direito de defesa, que se tornou ônus para ele, permaneceu inelegível. Transitada em julgado a condenação, agora a inércia dos órgãos de execução penal é também ônus para o condenado. A positivação de tal entendimento não encontra sustentáculo na ordem jurídica ou razão lógico-legal para ser mantida.

O critério de discriminen<sup>64</sup> do legislador (artigo 1º, I, letra “e”, da LC 64/90) foi exasperado pelo discriminen do TSE no Resp 23.851/05, pois se pela lei tomou-se o exercício do direito de defesa como fator discriminatório para alongamento do prazo de inelegibilidade, instituindo o que COSTA nominou, criticamente, de inelegibilidade processual<sup>65</sup>, que torna o termo final de impediência incerto (e desproporcional, como afirma o Ministro LUIZ FUX); agora, não revogado o entendimento da Superior Corte Eleitoral, a inércia da acusação, do atuar de ofício do juízo de execução penal, é novo e duro ônus para o condenado, sem respaldo em lei ou na dogmática jurídica, seja a penal, seja a eleitoral. Para o TSE, o discriminen de sua regra remete ao agir das autoridades encarregadas da execução penal, e se estas quedarem inertes, quem sofrerá as consequências é o condenado e não a autoridade omissa.

64 Lembrando conceito de dogmática de MELLO, Celso Antonio Bandeira de em seu clássico O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade. 3. ed. São Paulo : Malheiros, 1993. 48 p.

65 Ver conceito descrito na nota de rodapé número 60 deste artigo.

Assim, antes do trânsito em julgado, a sua atuação era a sua cruz, agora, seu calvário se alonga pela inércia da jurisdição de execução penal. Discriminação jurídica sem respaldo constitucional ou legal.

E nem vale hoje, como não valia em 2005, a *ratio decidendi* do precedente Respe 23.851 de que a fuga do condenado o beneficiaria, pois está positivado entre nós que a fuga é fato jurídico para interrupção da prescrição<sup>66</sup>.

#### 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O precedente Respe 23.851/05 deve ser revogado quando aportar no TSE caso próprio para overruling, e em seu lugar deverá ficar estabelecido, para o tema, o seguinte:

(i) A inelegibilidade é efeito primário da condenação e não secundário;

(ii) A prescrição qualquer que seja - a da pretensão punitiva ou da pretensão executória - é prescrição da punibilidade, portanto extingue a inelegibilidade como efeito da condenação;

(iii) A tese jurisprudencial do TSE de que a prescrição da pena faz subsistir a inelegibilidade não encontra amparo nas regras positivas juseleitórias ou juspenais e nem mesmo em qualquer outro campo normativo da ordem jurídica vigente.

(iv) Todavia, se persistir o entendimento de que após a prescrição da pena subsiste a inelegibilidade, o seu prazo deve ter como marco temporal inicial a data do trânsito em julgado da condenação e não mais a data da ocorrência da prescrição da pena.

Assim será razoável, proporcional, prestigiante de uma interpretação pro homine, que garanta no plano dos direitos fundamentais políticos a sua máxima efetividade (do direito de voto e de candidatura), que quando ocorrer a extinção da pena pela prescrição, comece a contar o prazo de fluência da inelegibilidade não mais da ocorrência do implemento da prescrição, mas sim do trânsito em julgado da condenação. Pois se observará melhor os direitos do réu, o favor

---

66 Código Penal: "Art. 113 - No caso de evadir-se o condenado ou de revogar-se o livramento condicional, a prescrição é regulada pelo tempo que resta da pena. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)" e "Art. 117 - O curso da prescrição interrompe-se: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) [...]V - pelo início ou continuação do cumprimento da pena; (Redação dada pela Lei nº 9.268, de 1º.4.1996)"

rei e o favor libertatis no que toca ao status activus dos condenados penais. No modo decaído de contagem os sentenciados têm, indefinidamente, os prazos alargados para muito além do querer racional, proporcional e justo do legislador, e de uma sociedade democrática que queira respeitar um sistema de garantias fundamentais que impeça o arbítrio, seja do legislador, seja do juiz.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Dogmática Jurídica**: esboço de sua configuração e identidade. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.
- ANDREUCCI, Ricardo Antunes. **Direito Penal e Criação Judicial**. São Paulo, 1989.
- BARCELLOS, Ana Paula de. Direito e Política, Silêncio do Legislador, Interpretação e Analogia. In: SARMENTO, Daniel (coord.). **Jurisdição Constitucional e Política**. Rio de Janeiro: Forense/Gen, 2015, p. 661-71.
- BITENCOURT, Cesar Roberto. **Tratado de Direito Penal: parte geral** 1. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- CÂNDIDO, Joel J. **Direito Eleitoral Brasileiro**. 16. ed. São Paulo: Edipro, 2016.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição** 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- CAPEZ, Fernando. **Curso de Direito Penal: parte geral** 1. 18. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- COSTA, Adriano Soares da. **Instituições de Direito Eleitoral: teoria da inelegibilidade e direito processual eleitoral**. 10. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.
- DIMOULIS, Dimitri. **Positivismo Jurídica**: introdução a uma teoria jurídica do direito e defesa do pragmatismo jurídico-político. São Paulo: Método, 2006.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria Geral dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. Justiça Eleitoral contramajoritária e soberania popular. A democrática vontade das urnas e a autocrática vontade judicial que a nulifica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3382, 4 out. 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/22745>>. Acesso em: 5 out. 2012.
- \_\_\_\_\_. Separação de Poderes, Legalidade Administrativa e Anuência Legislativa para Aquisição de Imóvel por Doação. **Revista Interesse Público**. Porto Alegre: Nota Dez, n.34, ano 2005, p. 235-265.

\_\_\_\_\_. Abuso do poder regulamentar e TSE: contas eleitorais rejeitadas e quitação eleitoral. As eleições de 2012 (reflexos do moralismo eleitoral). **Jus Navigandi**, Teresina, ano 17, n. 3228, 3 maio 2012. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/21674>>. Acesso em: 6 maio 2012.

GIACOMOLLI, Nereu José. **O Devido Processo Penal**: abordagem conforme à Constituição e o Pacto de São José da Costa Rica (Cases da Corte Interamericana, do Tribunal Europeu e do STF). São Paulo: Atlas, 2014.

GUEDES, Néviton. Dos Direitos Políticos - Artigos 14 a 16 da Constituição Federal. In: LEONCY, Léo Ferreira (Coord.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 654-689.

JESUS, Damásio de. **Prescrição Penal**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes Obrigatórios**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

MASSON, Cleber. **Direito Penal**: Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Método Jurídico-Gen, 2010. V.1.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. 10 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1988.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. **O Conteúdo Jurídico do Princípio da Igualdade**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Manual de Direito Penal**. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2000.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. **Coisa Julgada Inconstitucional**. 5. ed. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Individualização da Pena**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

PAIM, Gustavo Bohrer. **Direito Eleitoral e Segurança Jurídica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.

PEREGRINO, Marcelo Ramos. **O controle de convencionalidade da lei da ficha limpa- direitos políticos e inelegibilidades**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**: Parte geral. 5. ed. São Paulo: RT, 2004.V.1

SALGADO, Eneida Desiree. **Princípios Constitucionais Eleitorais**. 2. ed. Belo Horizonte, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2009.

STRECK, Lênio Luiz. **O STF se curvará à CF e à lei no caso da presunção da inocência?**, Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-set-01/senso-incomum-stf-curvara-cf-lei-presuncao-inocencia>>. Acesso em: 08 set. 2016.

VALE, André Rufino do. **Estrutura das Normas de Direitos Fundamentais**: repensando a distinção entre regras, princípios e valores. São Paulo: Saraiva, 2009.

ZAFFARONI, Raul; BATISTA, Nilo. **Direito Penal Brasileiro** I. 4. ed., Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZILIO, Rodrigo López. **Direito Eleitoral**. 5 ed. Porto Alegre: Vero Jurídico, 2016.



# AS DIFERENTES CONCEPÇÕES DO SER EM FILOSOFIA E O SER NA SOCIEDADE PÓS-MODERNA

## *THE DIFFERENT CONCEPTIONS OF BEING IN PHILOSOPHY AND BEING POSTMODERN SOCIETY*

Elaine Cristina Pardi Domingues<sup>1</sup>

### RESUMO

O presente artigo pretende analisar o “Ser” a partir de algumas concepções filosóficas naturalistas, ontológicas, racionalistas e fenomenológicas, com o objetivo de identificar o papel do Ser no processo de formação do conhecimento e da razão humana. Este estudo também faz uma breve abordagem das sociedades disciplinares e das sociedades de controle, na tentativa de demonstrar que na sociedade pós-moderna o homem vem sendo absorvido pelo controle tecnológico e pela indústria cultural, a ponto de priorizar o consumo o “Ter” e a exposição de sua imagem, como “Ser” de exposição e de exibição ou quase o “Não-Ser”.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Ser. Sociedades. Disciplinares. Controle. Pós-moderna. Ter.*

### ABSTRACT

This article analyzes the “Being” from some philosophical conceptions naturalists, ontological, rationalists and phenomenological, in order to identify the role of the Self in the formation of knowledge and human reason. This study also makes a brief overview of the disciplinary societies and societies of control in an attempt to demonstrate that in post-modern society man has been absorbed by the technological control and the cultural industry as to prioritize consumption “have” and the exposure of your image; the “Being” exhibition and display.

**KEYWORDS:** *Be. Societies. Disciplinary. Control. Postmodern. Have.*

---

<sup>1</sup> Doutoranda em Filosofia do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Mestre em Direito das Relações Sociais pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP. Graduada em Direito pelas Faculdades Metropolitanas Unidas – FMU. Advogada. Membro do grupo de pesquisa Percepções Cognitivas na Interpretação da Norma da PUC/SP Professora da Universidade Paulista – UNIP e da Faculdade Damásio. email: pardidomingues@terra.com.br

## 1 INTRODUÇÃO

A questão do Ser e do Não-Ser (o nada) sempre foi alvo de discussão na filosofia ocidental. Os filósofos gregos acreditavam na existência da realidade e de que ela poderia ser conhecida por intermédio da razão. O grande mérito da filosofia grega clássica foi acreditar na possibilidade do conhecimento verdadeiro, pois no momento em que a filosofia passa a duvidar acerca desse conhecimento e a indagar como é possível ao homem conhecer, surge então a dúvida e descrença a respeito da realidade em si e do próprio homem.

Dá análise do pensamento de Parmênides e de Platão e de tantos outros, percebe-se a afirmação da existência de um mundo de ilusões, de aparências e de sensações, como sendo àquele em que o homem vive o seu cotidiano; sendo uma referência à alegoria da caverna platônica.

A filosofia já antecipava o momento atual, em que o homem substitui o real pelo virtual; a realidade pela aparência; a história pelo efêmero; e as virtudes pelos vícios, numa tentativa de cultuar o consumo e a imagem. Mas a pergunta que se deve fazer: aonde isso tudo nos levará? E se o projeto da modernidade, em termos de ciência, era permitir ao homem dominar a natureza para transformá-la, isso de fato tem ocorrido, na medida em que o avançar das ciências, tem permitido o desenvolvimento de novas tecnologias, principalmente, na área da cibernética. Todo esse processo de transformação, no entanto, parece não satisfazer mais os impulsos humanos, tendo em vista que o homem está sempre à procura de novos desafios e sem perceber acaba interagindo com as novas tecnologias, a ponto de ser absorvido e controlado por elas.

## 2 O SER DE HERÁCLITO E DE PARMÊNIDES

Os primeiros filósofos gregos, os pré-socráticos, buscavam uma explicação racional sobre os fenômenos, prevalecendo uma interpretação cosmológica da natureza, em busca do princípio primordial, eterno, imortal, capaz de gerar todos os seres. Essa substância ou princípio é chamada de *physis* (palavra que decorre de um verbo que

significa “fazer surgir, fazer brotar, fazer nascer, produzir”), sendo a causa da existência e da transformação de todos os seres<sup>2</sup>.

Os pré-socráticos elegeram um princípio ou elemento fundamental responsável pela constituição de todas as coisas. No estudo do ser, merece ser destacada aqui a célere discussão travada entre Heráclito de Éfeso e Parmênides de Eleia.

Heráclito, como um dos principais expoentes da escola jônica, elege o fogo como elemento fundamental, com suas chamas vivas a governar o movimento contínuo dos seres. Concebe a ideia de mundo como algo dinâmico, em constante transformação; e o que faz com que o mundo se modifique e evolua é a luta de forças contrárias, ou seja, a dualidade entre o bem e o mal; o amor e o ódio; a ordem e a desordem e etc. O ser em Heráclito é quase um vir a ser; o chamado devir. Em oposição ao movimento contínuo e a transitoriedade dos seres, Parmênides defende o caráter estático e permanente do ser, ou seja, o ser único, eterno, imóvel e pleno. Para este pré-socrático haveria dois mundos; o primeiro da sapiência, da essência e da razão e; o segundo, da aparência e da credulidade, que segundo ele, seria o mundo de Heráclito.

Nesse sentido afirma Cotrim<sup>3</sup>:

Parmênides teria descoberto, assim, os atributos do ser puro: o ser ideal do plano lógico. E negou-se a reconhecer como verdadeiros os testemunhos ilusórios dos sentidos e a constatar a existência do ser-no-mundo: o ser que exprime de diversos modos, os seres múltiplos e mutáveis. Mas o filósofo sabia que é no mundo da ilusão, das aparências e das sensações que os homens vivem seu cotidiano. Então, “o mundo da ilusão não é uma ilusão de mundo”, mas uma manifestação da realidade que cabe à razão interpretar, explicar e compreender, até que alcance a essência dessa realidade. Não podemos confiar nas aparências, nas incoerências, na visão enganadora. Pela razão, devemos buscar a essência, a coerência e a verdade.

Segundo Parmênides o caminho da essência nos leva a concluir que existe o ser e não podemos duvidar da sua existência; o ser é; e o não-ser não é. A par disso, pode-se afirmar também que Parmênides

---

2 CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. São Paulo: Ática. 2003, p. 39: “A *physis* é a natureza tomada em sua totalidade, isto é, a natureza entendida como princípio e causa primordial da existência e das transformações das coisas naturais (os seres humanos aí incluídos) e entendida como o conjunto ordenado e organizado de todos os seres naturais ou físicos. Afirma que, embora a *physis* (o princípio ou o elemento primordial eterno) seja imperecível, ela dá origem a todos os seres infinitamente variados e diferentes do mundo, seres que, ao contrário do princípio gerador, são perecíveis ou mortais. A *physis* é imortal e as coisas físicas são mortais”.

3 Fundamentos da Filosofia: história e grandes temas. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 75.

teria descoberto o princípio lógico da identidade, mais tarde desenvolvido por Aristóteles.

Na filosofia o ser imutável e estático de Parmênides passa a estar em constante contradição com o caráter móvel e transitório do ser em Heráclito; surgindo a dualidade entre o ser e o não-ser, que serviram de base para os estudos sobre a lógica e a ontologia; levando alguns filósofos, mais tarde, a proporem uma nova concepção ontológica sobre o ser, no intuito de tentar resolver o impasse entre o caráter estático e dinâmico do ser. A partir do pensamento de Parmênides e de Heráclito foi desenvolvida a lógica formal e a dialética.

### 3 OS SOFISTAS

A grande contribuição dos sofistas foi colocar o homem, como ser individual ou social no centro das discussões filosóficas, rompendo com a tradição dos primeiros filósofos naturalistas, os pré-socráticos, no sentido de buscar explicações racionais para os fenômenos naturais, em busca de um princípio ou substância primordial (arché) capaz de explicar a origem de todas as coisas.

Protágoras de Abdera (480-410 a.C), foi considerado o primeiro e mais importante sofista, afirmou: “O homem é a medida de todas as coisas; daquelas que são, enquanto são; e daquelas que não são, enquanto não são”. Portanto, sendo o homem a medida de todas as coisas, o mundo é aquilo que o homem quer que ele seja, daí a concepção subjetivista defendida por Protágoras, na medida em que o verdadeiro ou o falso dependerá da forma pela qual o homem enxerga as coisas, ou seja, da visão de cada um.

A despeito do caráter relativista de suas teses, os sofistas contribuíram para o desenvolvimento de uma visão mais flexível sobre o homem e os problemas que o cercam. Embora os sofistas tenham sido alvo de críticas, principalmente, por Sócrates e Platão, que não admitiam o uso da retórica para atender interesses individuais, não se pode negar que os sofistas tenham contribuído para preencher as expectativas da sociedade grega, no campo dos discursos políticos, forenses e no campo dos negócios, por intermédio da retórica, da oratória e do poder de persuasão.

## 4 ONTOLOGIA OU METAFÍSICA

A cosmologia procurava analisar a mudança das coisas; a passagem de um estado para outro; preocupava-se com os seres em multiplicidade; com a transformação e oposição entre eles, ou seja, buscava uma explicação racional para as coisas da natureza “*physis*”. Com Parmênides o mundo deixa de ser apenas percebido pelos nossos sentidos e passa a ser pensado a partir do Ser, como identidade, unidade e imutabilidade. Ele traz a ideia de um mundo pensado a partir de uma realidade que é o Ser<sup>4</sup>.

A filosofia ontológica se dirige, basicamente, ao Ser, ao objeto. Trata-se de estudar o “Ser enquanto Ser”, com todas as suas propriedades, tal como fora estudado por Platão, Aristóteles, Tomás de Aquino e Goethe.

O espanto a respeito de entes que não foram criados por nós, mas que existem no mundo; estão aí; fez com que houvesse uma investigação acerca de seus fundamentos, dos princípios e das causas de todos os seres, com o intuito de se estudar o Ser numa realidade objetiva. A ontologia leva à confiança no Ser, isto é, de que algo existe independente de nossa vontade, que parece estar alicerçado em leis naturais.

Platão ao retomar a discussão entre Heráclito e Parmênides, procura conciliar a dualidade existente entre eles: o ser eterno e imutável de Parmênides e o ser plural e móvel de Heráclito, ao afirmar a existência de dois mundos, o mundo sensorial, que para ele é o mundo das aparências; das ilusões; das opiniões e que pode nos enganar, e o mundo inteligível ou da essência, que é o mundo da razão. O mundo das ideias é o mundo do Ser; enquanto o mundo sensível é o mundo do Não-Ser.

Aristóteles atribui às ciências a finalidade básica de descobrir a constituição essencial dos Seres, para atingir uma definição em ter-

---

4 CHAUI, Marilena. Convite à Filosofia. São Paulo: Ática. 2003. Ao complementar o pensamento de Parmênides lembra: “O Ser é, diz Parmênides. Com isso, pretendeu dizer que o Ser é sempre idêntico a si mesmo, imutável, eterno, imperecível, invisível aos nossos sentidos e visível apenas para o pensamento. Foi Parmênides o primeiro a dizer que a aparência sensível das coisas da natureza não possui realidade, não existe real e verdadeiramente, não é. Contrapôs, assim, o Ser (*on*) ao Não-Ser (*me on*), declarando; “o Não-Ser não é”. A Filosofia é chamada por Parmênides de a Via da Verdade (*alétheia*), que nega realidade e conhecimento à Via de Opinião (*dóxa*), pois esta se ocupa com as aparências, com o Não-Ser” (p. 184).

nos de realidade. Alguns lhe atribuem a origem da ontologia, por ter sido utilizado por Aristóteles, a expressão filosofia primeira, para identificar o estudo dos primeiros princípios<sup>5</sup> e as causas primeiras de todos os seres existentes, sendo, posteriormente, denominada de metafísica; por ocasião da classificação de suas obras por Andrônico de Rodes, que as colocou após as obras de Física, ou seja, Meta Física, ou depois da Física.

Na realidade, como metafísica ou ontologia, a filosofia primeira vai além do conhecimento sensível, para transcender às leis da física, em busca de princípios ou de causas que possam ser aplicados a todas as ciências, como fundamento comum para o “Ser enquanto Ser”.

Aristóteles, ao contrário de Platão, acredita no mundo sensorial, na medida em que constata a partir das sensações, a existência de uma infinidade de seres individuais, concretos, que se modificam constantemente. E a partir da constatação da existência do Ser, por intermédio de um processo indutivo, pode-se atingir a sua essência. Percebe-se em Aristóteles que não há uma divisão entre o mundo sensível e inteligível, porque a essência do Ser está no próprio Ser.

Logo, há diferentes tipos de Seres, que podem ser captados por meio da realidade sensorial – empírica e que se diferem, justamente, a partir de suas essências, mas ao que parece Aristóteles não estava preocupado com os diferentes tipos de Seres, mas com o Ser universal, que possa servir de base para o estudo da ciência de modo geral.

A metafísica aristotélica procura estudar o Ser com o objetivo de atingir uma compreensão universal, a partir de princípios ontológicos e de causas, que possam ser utilizados pelas ciências.

Tomás de Aquino retoma o aristotelismo, para proceder com a sistematização da doutrina cristã. Propõe uma distinção entre o ser e a essência, separando a metafísica em duas: a do ser em geral e a do ser completo, que é Deus, na medida em que o ser e a essência se identificam em Deus.

---

5 Os primeiros princípios dizem respeito aos princípios lógicos: o princípio de identidade, da não contradição e do terceiro excluído. O princípio de identidade é auto evidenciado e determina que uma proposição é sempre igual a ela. Pelo princípio da não contradição uma proposição não pode, ao mesmo tempo, ser falsa e verdadeira. Não se pode afirmar, por exemplo, que um quadrado possui e não possui quatro lados. O princípio do terceiro excluído determina que ou uma proposição é verdadeira ou é falsa, e não há uma terceira opção viável. Tais princípios garantem as condições que asseguram a realidade e a racionalidade das coisas.

## 5 A FILOSOFIA DA CONSCIÊNCIA OU SUBJETIVISMO

A partir das correntes nominalistas a relação entre sujeito-objeto sofre uma mudança, vindo a prevalecer o sujeito; os seres individuais e, com a filosofia de René Descartes: “o cogito” (o eu pensante), transformando-se na filosofia da consciência. O ponto de partida de todo o conhecimento passa a não ser mais as coisas “os seres” objeto do conhecimento, mas o sujeito que conhece. Neste momento a filosofia passa a se dedicar à construção do sujeito. O sujeito, portanto, é uma construção moderna.

A desconfiança e a dúvida vão orientar a filosofia moderna voltada para o sujeito do conhecimento. Do séc. XVII a meados do séc. XVIII desenvolve-se o racionalismo numa tentativa de vencer o ceticismo, que passa a duvidar da possibilidade da razão humana de conhecer as coisas externas e o homem. E conseqüentemente, a questão filosófica fundamental é a seguinte: como sair da consciência para passar a um conhecimento do mundo “exterior”. Isto é, como posso chegar a ter conhecimento de alguma coisa?<sup>6</sup> Tudo vai depender do modo pelo qual o sujeito do conhecimento a representa; seja por intermédio de conceitos ou de ideias claras e distintas que não estão sujeitas a erro, pois são conhecidas e assimiladas pela própria razão. O racionalismo, em especial, o de René Descartes, reafirma a importância do conhecimento que se dá pela razão, ou seja, acredita na capacidade do homem de conhecer a partir de ideias fundantes do próprio conhecimento.

Desenvolve-se também o empirismo, segundo o qual a base de todo o conhecimento advém das sensações, da experiência sensível. John Locke como iniciador do conhecimento empírico combate a teoria das ideias inatas defendida por Platão e Descartes, afirmando que não existe nada na mente que não tenha origem nos sentidos e, a partir dos dados que são coletados da experiência sensorial é necessário um trabalho da razão, combinando e associando as sensações, para se chegar à percepção das coisas. Para o empirismo

---

6 KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (Org.). Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002, p.39.

a base do conhecimento está na experiência sensível, mas não descarta o trabalho da razão como forma de associação e combinação dos dados da experiência, a fim de se chegar na percepção de ideias mais complexas.

Na tentativa de superar o pensamento racionalista e empirista, Immanuel Kant inverte a tradicional questão do conhecimento, ao propor que todo conhecimento deveria ser regulado pelo sujeito que conhece e não mais pelo objeto do conhecimento, passando a indagar o que a razão pode ou não conhecer. Ao inverter a tradicional concepção filosófica, compara a sua filosofia à revolução de Copérnico na astronomia, que desenvolveu a teoria heliocêntrica.

Kant numa tentativa de superação do dogmatismo de Wolff e do ceticismo de Hume adota uma postura crítica diante da possibilidade de conhecer, perguntando-se pelas reais possibilidades deste conhecimento; ou dito de outra forma; o que o sujeito pode ou não conhecer. Para Kant o conhecimento é limitado e, em sua obra *Crítica da Razão Pura*, analisa sob que condições esse conhecimento é possível.

O conhecimento para Kant resulta da colaboração entre a sensibilidade e o entendimento. Na *Crítica da Razão Pura* afirma que o conhecimento começa com a experiência sensível, mas que a experiência sozinha não nos traz o conhecimento é necessário que o sujeito organize os dados da experiência. Por essa razão, ele buscou analisar como é o sujeito a priori, isto é, o sujeito antes de qualquer experiência, e descobriu que existem no homem certas estruturas, que são as formas a priori de sensibilidade e a priori do entendimento, que permitem a experiência e nos trazem o conhecimento.

As formas a priori da sensibilidade são o tempo e o espaço, na medida em que percebemos e representamos as coisas no tempo e no espaço. Já nas formas a priori do entendimento, os dados que foram captados por nossa sensibilidade são organizados pelo entendimento por intermédio de certas categorias. As categorias são conceitos puros a priori do entendimento; por intermédio delas o sujeito pode formular os seus conceitos, pois são idênticas para todos os seres racionais, tais como: a qualidade, a quantidade, a causalidade, a finalidade, a verdade, a falsidade, a universalidade, a particularidade.

A noção kantiana de tempo é uma forma de sensibilidade interna e intermediária entre o sentido e o entendimento. A esse respeito Kant<sup>7</sup> afirmou:

O tempo, não resta dúvida, é qualquer coisa de real: é, com efeito, a forma real da intuição interna. Possui, pois, uma realidade subjetiva em relação à experiência interna: quer dizer, tenho realmente a representação do tempo e de minhas próprias determinações nele.

Consequentemente, o tempo não é real como objeto. Mas, se eu mesmo ou um outro ente me pudesse perceber sem esta condição da sensibilidade, estas mesmas determinações que nós nos representamos atualmente como mudanças nos dariam um conhecimento em que não se encontrará mais a representação do tempo, nem, por conseguinte, a de mudança, não existiriam. Sua realidade empírica permanece, pois, como condição de todas as nossas experiências. Mas a realidade absoluta não se pode, segundo vimos, conceder ao tempo.

Ele não é mais do que a forma de nossa intuição interna. Se se tira desta intuição a condição especial de nossa sensibilidade, desaparece igualmente o conceito de tempo, porque esta forma não pertence aos objetos mesmos, mas ao sujeito que os percebe.

Se as coisas são percebidas pelo sujeito no tempo e no espaço, ou seja, a partir de suas próprias estruturas mentais, já não são as próprias coisas, são fenômenos. Só conhecemos as coisas enquanto fenômenos, moldadas a partir de nossa própria faculdade intuitiva. Isto quer dizer que não conhecemos as coisas em si mesmas, mas tal como as percebemos, ou seja, o ser para nós.

Segundo Kant a razão pura só nos leva a conhecer os fenômenos; as coisas da natureza, mas pela vontade do sujeito é possível demonstrar a realidade das coisas em si mesmas. Assim não haveria contradição entre a possibilidade de conhecer e a vontade. E Kant conceitua a razão pura prática como a representação de um objeto que tenha como efeito a capacidade de ser produzido pela liberdade. Ainda segundo Kant<sup>8</sup>:

Se supomos que o objeto constitui o motivo determinante de nossa faculdade de desejar, devemos admitir que, mediante o uso de nossas forças, esse objeto é *fisicamente possível*, urgindo acolhê-lo antes do juízo que deve estabelecer se é ou não um objeto da razão prática. Por outro lado, se não for dado considerar que a lei a priori é o motivo determinante da ação e, consequentemente, essa ação resultar como determinada mediante a

7 Crítica da Razão Pura, versão eletrônica, maio de 2013, p. 24- 25.

8 Crítica da Razão Prática. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013, p. 83.

razão pura prática, conviremos que esse juízo independe por completo do nosso poder físico. Dado isso, a questão fica reduzida a saber se nos é permitido querer uma ação que tem por finalidade um objeto, supondo-se que ele esteja dentro do nosso poder; então, se conseguimos isso, é a *possibilidade moral* da ação a que atua, porque neste caso o objeto não é mais do que a lei da vontade, o motivo que determina a ação.

Em Kant, a razão pura nos permite investigar os conceitos de causalidade, espaço, tempo, quantidade, qualidade, substância, necessidade, que são utilizados pelas ciências, na medida em que o saber científico pauta-se nas estruturas a priori do conhecimento e de sensibilidade. Logo, nos permite o conhecimento dos fenômenos naturais. Enquanto pela razão prática, que espelha a nossa vontade de conhecer aliada a noção de moral e de religião, nos permitiria conhecer a ideia metafísica de Deus, de substância infinita, da alma, fazendo uso de nossa liberdade da razão.

A metafísica acreditava na possibilidade da razão humana conhecer o Ser em si mesmo. Para David Hume, ao contrário, só existiam os fenômenos observáveis e as nossas ideias são o resultado de associações psicológicas entre a sensação e a percepção. Mas Kant adotando uma posição mais idealista superou o ceticismo de Hume, para demonstrar a existência do sujeito transcendental, que possui certas estruturas universais; as formas a priori de sensibilidade e do entendimento; que são comuns a todos os homens e diferem, portanto, do sujeito individual e psicológico de Hume. A realidade, no entanto, para Kant ainda seria fenomênica e o seu pensamento veio a preparar as bases para a filosofia idealista.

Em Hegel o sujeito interfere diretamente na construção da realidade, porém esta realidade é inadequada e cabe ao sujeito harmonizar o conteúdo e a forma; por essa razão, é necessário analisar a realidade como algo dinâmico e que pode sofrer contradições. E para superar as contradições da realidade, Hegel propõe a chamada filosofia do devir, isto é, o Ser em movimento, como vir-a-ser. Esse movimento da realidade ocorre em três momentos: o primeiro do ser em-si; o segundo, do ser outro ou fora-de-si; e o terceiro, o retorno do ser para si<sup>9</sup>. Esses três momentos são chamados de tese, antítese e síntese.

---

9 COTRIM, Gilberto. Fundamentos da Filosofia: história e grandes temas. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 174.

Hegel ao explicar o movimento da realidade, desenvolve um pensamento dialético idealista<sup>10</sup>, procurando demonstrar que a racionalidade não é mais um modelo a se aplicar, “mas é o próprio tecido do real e do pensamento”. O pensamento hegeliano supera o pensamento kantiano, ao afirmar que “o real é racional e o racional é real”. Logo, haveria uma unidade entre a razão objetiva e a razão subjetiva.

## 6 A FENOMENOLOGIA

Foi Edmund Husserl quem formulou o método de investigação fenomenológico, influenciado pelo filósofo Franz Brentano no final do século XIX. A base da fenomenologia é a intencionalidade, como forma de superar o pensamento racionalista e empirista. Os fenomenólogos pretendem superar as teorias do conhecimento a partir da afirmação de que a consciência é intencional.

O método fenomenológico consiste em compreender o fenômeno, como aquilo que aparece, se manifesta ou é oferecido à consciência. O sujeito, portanto, está voltado para o fenômeno. A consciência é intencionalidade e será sempre consciência de alguma coisa.

Propõe Husserl, que o estudo diferenciado do ser entre entes dotados de essências próprias e irreduzíveis uns em relação aos outros, o que permitiu diferenciar a partir da essência, as ciências naturais e as ciências humanas, sendo garantido às ciências humanísticas método de investigação que lhe são próprios. Martin Heidegger como discípulo de Husserl, também se utilizou do método fenomenológico na obra *Ser e Tempo*. Ele retoma a questão ontológica do Ser, para explicitar o sentido do Ser, a partir do ser do homem, a que ele chamou de *Dasein* (o ser-aí). Isto é, o ser no mundo. Voltando a ideia de intencionalidade da fenomenologia, o ser humano é uma consciência que não está separada do mundo, ao contrário, ele está no mundo; o ser-no-mundo.

Na obra *Ser e Tempo*, Heidegger pretende demonstrar o modo de ser do homem. Descreve o momento em que o homem é lançado ao mundo, independente de sua vontade; o despertar como ser “em-um-

---

10 ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. *Filosofando: introdução à filosofia*. 2.ed. São Paulo: Moderna, 1993, p. 118.

-mundo”, tomando ciência da totalidade dos entes que atuam neste mundo até suas relações com eles. Para existir o homem precisa transcender; dar sentido a sua vida, refletindo o passado e projetando-se para o futuro e assim toma ciência da temporalidade. No momento em que ultrapassa a facticidade atinge a existência, o Dasein.

Segundo Heidegger<sup>11</sup> a presença existe faticamente:

O que se questiona é a unidade ontológica de existencialidade e facticidade, a copertinência essencial destas com relação àquela. A presença, em razão da disposição a que pertence de modo essencial, possui um modo de ser em que ela é trazida para diante de si mesma e se abre para si em seu estar-lançado. O estar-lançado, porém, é o modo de ser de um ente que sempre é ele mesmo as suas possibilidades e isso da tal maneira que ele se compreende nessas possibilidades e a partir delas (projeta-se para elas). O ser-no-mundo, ao qual pertencem, de maneira igualmente originária, tanto o ser junto ao que está à mão quanto o ser-com os outros, é sempre em virtude de si mesmo. Todavia, numa primeira aproximação e na maior parte das vezes, o si-mesmo é o impropriamente si-mesmo. O ser-no-mundo já está sempre em decadência. Pode-se, portanto, determinar a *cotidianidade mediana da presença como ser-no-mundo aberto na decadência que, lançado, projeta-se e que, em seu ser junto ao “mundo” e em seu ser-com os outros, está em jogo o seu poder-ser mais próprio.*

No entanto, esta passagem da facticidade para a existência é marcada pela angustia, que segundo Heidegger se revela pela “fuga” de si mesmo o decair da presença no impessoal e no “mundo” das ocupações. Desse modo, o homem pode voltar-se para si mesmo; para o seu próprio Ser, ou superar a angustia e transcender sobre si mesmo ou sobre o mundo, numa tentativa de dar sentido ao Ser.

## 7 A FILOSOFIA PÓS-MODERNA

A filosofia pós-moderna caracteriza-se pela crítica ao projeto da modernidade, que pretendia a emancipação do homem por intermédio da razão, só a razão era capaz de trazer o conhecimento. No campo das ciências naturais acreditava-se na maior previsibilidade dos fenômenos naturais e no poder de transformar a natureza.

Com a aplicação do estado da técnica nas ciências, levou-se ao desenvolvimento das tecnologias, principalmente, com a Segunda Re-

---

11 Ser e Tempo. 9. ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Universitária São Francisco, 2014, p. 246-247.

volução Industrial no século XIX. Nessa fase, a filosofia acreditava no saber científico e na possibilidade do homem controlar e dominar a natureza, abrindo espaço para os campos da biologia, sociologia e psicologia, mas o avançar da ciência não parou por aí, até o momento em que a tecnologia passa a ser utilizada a serviço do homem e contra ele.

E no século XX ocorre uma série de desastres sociais, político-econômicos e ambientais: as duas grandes guerras; os genocídios nos campos de concentração nazistas; governos autoritários; ditaduras militares; miséria, desigualdades sociais, catástrofes ambientais; e sem falar dos problemas éticos surgidos com o desenvolvimento da genética e da engenharia genética.

A filosofia então passa a duvidar da ciência como forma de emancipação humana. A razão é alvo de críticas e a racionalidade empregada em alguns setores da sociedade é vista como forma de controle e de dominação sobre os indivíduos.

Entre os filósofos pós-modernos destaca-se aqui Michel Foucault, que analisou as várias formas desveladas de poder que se desenvolveram a partir do século XVIII, não apenas o poder concentrado do Estado, mas o poder fragmentado nos vários setores da sociedade e que ele denominou de micropoderes.

Em sua obra *Vigiar e Punir*, Foucault dedicou-se ao controle do corpo e ao poder exercido sobre ele pelas sociedades disciplinares. Segundo o autor “é dócil um corpo que pode ser submetido, que pode ser utilizado, que pode ser transformado e aperfeiçoado”. E a disciplina fabrica assim corpos submissos e exercitados, corpos “dóceis”.

Portanto, os métodos que permitem essa sujeição do corpo são as disciplinas, que se tornaram fórmulas gerais de dominação<sup>12</sup>:

Esses métodos que permitem o controle minucioso das operações do corpo, que realizam a sujeição constante de suas forças e lhes impõem uma relação de docilidade-utilidade, são o que podemos chamar as “disciplinas”. Muitos processos disciplinares existiam há muito tempo: nos conventos, nos exércitos, nas oficinas também. Mas as disciplinas se tornaram no decorrer dos séculos XVII e XVIII fórmulas gerais de dominação.

---

12 FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 118.

Tais disciplinas na visão foucaultiana seriam um tipo de poder microfísico que se exerce pela vigilância. O indivíduo sempre estará submetido às sociedades disciplinares: em primeiro lugar à família e logo após a escola, a fábrica, eventualmente ao hospital e quem sabe à prisão.

O Panóptico<sup>13</sup> de Jeremy Bentham foi a figura arquitetônica escolhida para a vigilância, cujo principal efeito é incutir no detento um estado consciente e permanente de visibilidade que assegura o funcionamento automático do poder. Mesmo que o vigia não esteja na torre, o essencial é que o prisioneiro saiba estar sendo vigiado, retomando por sua conta as limitações do poder, fazendo funcionar espontaneamente sobre si mesmo.

Foucault demonstrou que a disciplina procede em primeiro lugar da distribuição dos indivíduos no espaço. A distribuição dos indivíduos em espaços tinha por objetivo mantê-los em lugares específicos, inspecioná-los e constatar sua presença ou ausência, impondo-se como condição para o controle. O tempo também foi utilizado como instrumento de controle, procurando garantir a qualidade do tempo empregado, como controle ininterrupto, anulação de tudo o que possa perturbar e distrair, para garantir um tempo integralmente útil.

A vigilância dos corpos e as formas de controle do indivíduo no espaço e no tempo são estratégias utilizadas pelo poder disciplinar para adestrar os indivíduos. O poder disciplinar para Foucault<sup>14</sup>: “é com efeito um poder que, em vez de se apropriar e de retirar, tem como função maior “adestrar”; ou sem dúvida adestrar para retirar e se apropriar ainda mais e melhor”. Esse poder, portanto, objetiva

---

13 De acordo com o próprio Foucault in *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*: “O princípio é conhecido: na periferia uma construção em anel; no centro, uma torre; esta é vazada de largas janelas que se abrem sobre a face interna do anel; a construção periférica é dividida em celas, cada uma atravessando toda a espessura da construção; elas têm duas janelas, uma para o interior, correspondendo às janelas da torre; outra, que dá para o exterior, permite que a luz atravesse a cela de lado a lado. Basta então colocar um vigia na torre central, e em cada cela trancar um louco, um doente, um condenado, um operário ou um escolar. Pelo efeito da contraluz, pode-se perceber da torre, recortando-se exatamente sobre a claridade, as pequenas silhuetas cativas nas celas da periferia. Tantas jaulas, tantos pequenos teatros, em que cada ator está sozinho, perfeitamente individualizado e constantemente visível; O dispositivo panóptico organiza unidades espaciais que permitem ver sem parar e reconhecer imediatamente. Em suma, o princípio da masmorra é invertido; ou antes, de suas três – trancar, privar de luz e esconder – só se conserva a primeira e suprimem-se as outras duas. A plena luz e o olhar de um vigia captam melhor que a sombra, que finalmente protegia. A visibilidade é uma armadilha”, p. 165-166.

14 *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Petrópolis: Vozes, 2002, p. 143.

a doçialidade-utilidade dos indivíduos, no sentido de torná-los mais úteis à sociedade.

Deleuze<sup>15</sup>, no entanto, no post-scriptum sobre as sociedades de controle in *L'Austre Journal*, nº 1, maio de 1990, afirma:

Mas o que Foucault também sabia era da brevidade deste modelo: ele sucedia às sociedades de soberania cujo objetivo e funções eram completamente diferentes (açambarcar, mais do que organizar a produção, decidir sobre a morte mais do que gerir a vida); a transição foi feita progressivamente, e Napoleão parece ter operado a grande conversão de uma sociedade à outra. Mas as disciplinas, por sua vez, também conheceriam uma crise, em favor de novas forças que se instalavam lentamente e que se precipitariam depois da Segunda Guerra Mundial: sociedades disciplinares é o que já não éramos mais, o que deixamos de ser.

Encontramo-nos numa crise generalizada de todos os meios de confinamento, prisão, hospital, fábrica, escola, família. A família é um “interior”, em crise como qualquer outro interior, escolar, profissional, etc. Os ministros competentes não param de anunciar reformas supostamente necessárias. Reformar a escola, reformar a indústria, o hospital, o exército, a prisão; mas todos sabem que essas instituições estão condenadas, num prazo mais ou menos longo. Trata-se apenas de gerir sua agonia e ocupar as pessoas, até a instalação das novas forças que se anunciam. São as sociedades de controle que estão substituindo as sociedades disciplinares. “Controle” é o nome que Burroughs propõe para designar o novo monstro, e que Foucault reconhece como nosso futuro próximo.

Para Deleuze os confinamentos são moldes “fixos” que poderiam ser aplicados para quaisquer instituições sociais, mas os controles são uma modulação, como uma moldagem auto-deformante que muda continuamente e, cita a questão do salário, que na fábrica levava suas forças internas a um ponto de equilíbrio: o mais alto possível para a produção e o mais baixo possível para os salários; mas a empresa substituiu a fábrica, e a empresa se esforça mais profundamente para impor uma modulação para cada salário, a partir de metas, que passa por desafios, concursos e etc. Além disso, a fábrica constituía os indivíduos num só corpo, enquanto a empresa estimula a rivalidade, como forma de motivação que se contrapõe entre os indivíduos. Sem falar da aplicação da noção de empresa na educação, a partir de prin-

---

15 Conversações, 1972 – 1990. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 219-220.

cípios moduladores como o salário por mérito, a avaliação contínua e a formação permanente.

Nessas sociedades de controle, no entanto, os indivíduos nunca terminam nada, pois estariam sempre buscando uma formação permanente, conquistar metas e pagar dívidas. Deleuze justifica isso ao mencionar que a empresa, a formação, o serviço são estados meta-estáveis e coexistentes de uma mesma modulação, como que de um deformador universal.

Para Deleuze<sup>16</sup> as sociedades disciplinares possuem dois pólos, “a assinatura que indica o indivíduo, e o número de matrícula que indica sua posição numa massa”. Nas sociedades de controle “o essencial não é mais uma assinatura e nem um número, mas uma cifra: a cifra é uma senha”. A linguagem digital é feita de cifras, que marcam o acesso ou a recusa a uma informação<sup>17</sup>. Dessa forma, os indivíduos passam a ser individualizados por intermédio de sua senha, e “as massas tornaram-se amostras, dados, mercados ou bancos” que precisam ser rastreados, cartografados e verificados com o fito de se identificar padrões de comportamento repetitivos.

O controle já não se dá mais no confinamento, mas nos espaços abertos das grandes redes, sendo exercido por intermédio de um poder ilimitado, impessoal e de forma camuflada. A esse respeito Deleuze<sup>18</sup>:

O controle é de curto prazo e de rotação rápida, mas também contínuo e ilimitado, ao passo que a disciplina era de longa duração, infinita e descontínua. O homem não é mais o homem confinado, mas o homem endividado. É verdade que o capitalismo manteve como constante a extrema miséria de três quartos da humanidade, pobres demais para a dívida, numerosos demais para o confinamento: o controle não só terá que enfrentar a dissipação das fronteiras, mas também a explosão dos guetos e favelas.

A indústria cultural, no entanto, contribui para que o indivíduo não seja capaz de duvidar acerca da transparência, da liberdade de expressão e de comunicação que esses espaços são capazes de proporcionar. Além disso, a indústria cultural também se utiliza dos

16 DELEUZE, Gilles. Conversações, 1972 – 1990. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 222.

17 DELEUZE, Gilles. Pourparlers. Paris: Les Éditions de Minuit, 1990, p. 52.

18 Conversações, 1972 – 1990. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992, p. 224.

meios de comunicação em rede, para a criação de estereótipos, como “modelos” de Ser, de viver, de pensar e de sentir.

A cultura do entretenimento, como é tratada por Frédéric Martel, aliada à democratização da própria cultura, talvez tenha contribuído para a alienação do homem, que mergulhado num mundo virtual, no qual expõe a sua imagem, as suas preferências e aptidões, por vezes, é incapaz de perceber que em virtude de agentes inteligentes que atuam no ciberespaço, tais informações estão sendo rastreadas e monitoradas a ponto de definir o perfil dos diversos usuários e incluí-los em grupos, para a oferta prévia de produtos, para melhor satisfazer o gosto dos consumidores, ou para outras finalidades, quem sabe.

Deve-se considerar que o desenvolvimento tecnológico aliado à democratização da cultura e a globalização econômica permitem a maior interação entre os sujeitos envolvidos neste processo. A par disso, convém trazer à tona os ensinamentos de Pugliesi<sup>19</sup>:

O desenvolvimento já estabelecido na área da tecnologia da informação e comunicação (TIC) permite perceber que há um novo ponto de inflexão se desenhando – passa-se da civilização pós-industrial para uma sociedade de dados (outros dirão, do controle (Deleuze); da informação (Barcellos) etc.) em que as tecnologias de *big data* proporcionarão impactos significativos na gestão da sociedade e, ainda, na vida privada, bem assim, pela constante criação e recriação de conteúdos, a própria configuração das identidades.

Ninguém questiona os benefícios que a tecnologia da informação foi capaz de proporcionar ao homem da atualidade, pois trouxe eficiência e dinamismo nas relações sociais, econômicas e culturais; diga-se de passagem, o fator tempo, em que as informações são passadas, ou seja, quase de forma instantânea “em tempo real”. Segundo Octavio Ianni<sup>20</sup>, no âmbito da sociedade global, as formas sociais do espaço e do tempo modificam-se e multiplicam-se:

A eletrônica e a informática tecem as redes invisíveis que atam e desatam coisas, gentes, ideias, palavras, gestos, sons e imagens, em todo o mundo. De repente a velocidade excepcional produz o instante desconhecido, algo momentâneo e fugaz, inserido no novo mapa do mundo

19 Teoria do direito: aspectos macrossistêmicos. São Paulo, versão e-book.

20 Teorias da globalização. 16. Ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010, p. 210- 211.

e do movimento da história, anulando e inaugurando fronteiras reais e invisíveis, imaginárias e virtuais. Em qualquer momento, em qualquer lugar, em todo o mundo, a eletrônica relaciona e prende, ata e desata pessoas, coisas, ideias, palavras, gestos, sons e imagens. A velocidade dissolve-se no instante, a demora apagada pelo fugaz.

O fato é que o homem já não consegue mais viver, trabalhar ou se divertir sem estar conectado a uma rede ou aplicativo de mensagem. Todavia, deve-se estar atento ao Devir; aonde tudo isso levará, e até que ponto o homem deve continuar a expor-se e a ser objeto de controle.

No estágio atual, o culto à imagem e a diversão levam o indivíduo a total exposição, sem perceber que está sendo monitorado ou controlado. Para Octavio Ianni<sup>21</sup> no âmbito da pós-modernidade, dissolvem-se os espaços e tempos, fragmentam-se as realidades, multiplicando-se os espaços e os tempos imaginários, virtuais, simulacros: “A violência urbana e a guerra, da mesma forma que o *show* da televisão, o futebol, o *shopping center*, ou a *Disneylândia* são imagens espetaculares do espetáculo cotidiano sucedâneo da experiência da vida das tensões dos movimentos da história”.

Embora as novas tecnologias que se globalizam permitam ao homem lidar com o espaço e o tempo de forma inovadora, elas não são inocentes, identificam-se com os interesses de organizações econômicas, não se dão ao acaso, mas por intermédio de um poder de violência simbólica<sup>22</sup>, que embora não se caracterize como ato de coação, trata-se do poder como meio de comunicação.

No entanto, isto pode nos levar a um total descontrole de nós mesmos a ponto de sermos absorvidos por uma sociedade consumista e hipócrita, cujas virtudes há muito tempo deixaram de ser o conhecimento ou a razão, para introduzir o ter ou ser, como forma de consumo ou de exposição.

## 8 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O estudo do Ser foi alvo de discussão por parte dos que procuraram desenvolver uma postura crítica acerca da realidade natural

---

21 Ob. cit., p. 212.

22 SANTOS, Maria Celeste C. Leite. Poder Jurídico e Violência Simbólica: problemas do poder, na obra póstuma de Hans Kelsen, “Allgemeine Theorie der Normen”. São Paulo: Cultural Paulista, 1985.

e humana. Embora os filósofos gregos do período clássico tenham deixado de analisar o Ser em sua subjetividade, a influência deles foi primordial na construção do sujeito moderno, na medida em que elegem algumas virtudes (árete), que servirá de base na construção do conceito de sujeito e até do próprio modelo de cidadão a partir da Revolução Francesa. Para Platão e Aristóteles a justiça é uma virtude que só pode se formar e desenvolver em contato com o próximo, envolvendo uma noção de alteridade e sociabilidade, que se volta para o “bem comum”.

O ideal de justiça metafísico, legal, natural ou político já era percebido pelos filósofos clássicos e, portanto, uma clara tentativa de distinguir o bom e o mau, o justo e o injusto, a virtude e o vício, a partir de padrões éticos de conduta.

No instante em que a filosofia prioriza o sujeito que conhece ao invés do objeto do conhecimento, o subjetivismo passa a preponderar, surgindo à dúvida e a desconfiança sobre aquilo que é possível ou não ao homem conhecer, partindo-se de uma noção de sujeito como Ser racional e pensante.

O homem moderno foi capaz de modificar e de explorar a natureza, desenvolvendo uma série de tecnologias novas, porém, durante o processo de apropriação de novas tecnologias, o homem agiu como protagonista de uma série de catástrofes, a ponto de alguns pensadores criticarem o projeto da modernidade, ao afirmar que a razão é uma forma de poder e de dominação por parte da sociedade, sustentando a partir daí as sociedades disciplinares de Foucault e de controle de Deleuze.

Na opinião de Deleuze os indivíduos já estariam sujeitos às sociedades de controle, ao invés das sociedades disciplinares, na medida em que o controle atualmente é exercido em espaços abertos, nas grandes redes e de forma modular e não fixa.

Se de fato existe uma sociedade de controle que atua no mundo virtual, deve-se levar em conta, que a própria indústria cultural contribui para o exercício desse controle, na medida em que colabora para que o indivíduo acredite na transparência das informações, na liberdade de expressão e de comunicação que os espaços virtuais são capazes de proporcionar.

Na sociedade de controle, o poder é um meio de comunicação, não como força, mas como controle, que se utiliza de técnicas de violência simbólica, para inculcar, manipular, persuadir e neutralizar a capacidade de escolha ou de seletividade do outro.

As novas tecnologias, ao mesmo tempo, que trazem eficiência e dinamismo nas relações entre os povos, permitem a dissolução do espaço e do tempo e a possibilidade de cada um inventar o espaço e o tempo que melhor lhe convier. Contudo, numa sociedade, onde o que vale é a diversão e o culto à imagem existe um grande risco de substituição da realidade pela aparência, ou seja, do real pelo virtual, com o abandono de certas virtudes, para almejar apenas o consumo ou a exposição.

## REFERÊNCIAS

- ARANHA, Maria Lúcia de Arruda; MARTINS, Maria Helena Pires. **Filosofando: introdução à filosofia**. 2. Ed.. São Paulo: Moderna, 1993.
- COTRIM, Gilberto. **Fundamentos da Filosofia: história e grandes temas**. 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CHAUI, Marilena. **Convite à Filosofia**. São Paulo: Ática, 2003.
- DELEUZE, Gilles. **Conversações, 1972 – 1990**. Rio de Janeiro: Ed. 34, 1992.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Petrópolis: Vozes, 1987.
- HEIDEGGER, Martin. **Ser e Tempo**. 9.ed. Petrópolis, RJ: Vozes; Bragança Paulista, SP: Editora Universitária São Francisco, 2014.
- IANNI, Octavio. **Teorias da globalização**. 16. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2010.
- KANT, Immanuel. **Crítica da Razão Pura**, versão eletrônica. maio de 2013.
- \_\_\_\_\_. **Crítica da Razão Prática**. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2013.
- KAUFMANN, Arthur; HASSEMER, Winfried (org.). **Introdução à Filosofia do Direito e à Teoria do Direito Contemporâneas**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2002.
- LOCKE, John. **Ensaio sobre o entendimento humano**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.
- MASCARO, Alysson Leandro. **Filosofia do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2012.
- PLATÃO. **A República**. São Paulo: Martin Claret, 2006.
- PUGLIESI, Márcio. **Teoria do direito: aspectos macrosistêmicos**. São Paulo (versão e-book).
- SANTOS, Maria Celeste C. Leite. **Poder Jurídico e Violência Simbólica: problemas do poder, na obra póstuma de Hans Kelsen, “Allgemeine Theorie der Normen”**. São Paulo: Cultural Paulista, 1985.
- VARGAS LLOSA, Mário. **A civilização do espetáculo: uma radiografia do nosso tempo e da nossa cultura**. Rio de Janeiro: Objetiva, 2013.

# ENGENHARIA GENÉTICA (DE APERFEIÇOAMENTO): SOMOS QUEM PODEMOS SER?

*GENETIC ENGINEERING (ENHANCEMENT):  
WE ARE WHO WE CAN BE?*

---

**Diego Henrique Schuster<sup>1</sup>**

---

## RESUMO

O presente trabalho analisa o papel da Bioética frente à engenharia genética de melhoramento. Para tanto, investiga quais os problemas morais envolvendo a possibilidade dos pais escolherem as características genéticas dos filhos. Por último, propõe uma reflexão sobre o bem em jogo e reivindica uma responsabilidade moral, para explicar e fundamentar o biodireito. A pesquisa demonstra a necessidade de diálogo racional entre pessoas livres, para que os valores e princípios bioéticos não expressem apenas a vontade dos cientistas, ou do Estado.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Bioética. Engenharia genética. Pais e filhos. Responsabilidade moral.*

## ABSTRACT

This paper analyzes the bioethic role in genetic engineering improvement. Therefore, it examines which are the moral problems involving the possibility some parents have to choose genetic characteristics of their children. Finally, this work proposes a reflection about the good in question and claims a moral responsibility to explain and substantiate the biolaw. The research demonstrates the need of rational dialogue between free people in order to avoid that bioethics values and principles be expressed only by scientists or State will.

**KEYWORDS:** *Bioethics. Genetic engineering. Parents and sons. Moral responsibility.*

---

**1** Mestre em Direito Público e Especialista em Direito Ambiental pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Advogado e pesquisador da Lourenço e Souza Advogados Associados; Diretor-Adjunto da Diretoria Científica do Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário – IBDP. Autor de inúmeros artigos jurídicos e dois livros: “Aposentadoria especial: entre o princípio da precaução e a proteção social”, pela Juruá, e Processo previdenciário: o dever de fundamentação das decisões judiciais, pela LTr. Email: vidareal33@bol.com.br.

## 1 INTRODUÇÃO

Na atual sociedade, a técnica moderna introduziu possibilidades de interferência do homem sobre a natureza, física e propriamente humana nunca antes pensadas, ou mesmo imaginadas, tornando imprevisíveis, em muitos casos, as consequências das suas ações em relação à humanidade do futuro. O ser humano, que nunca foi menos inacabado do que ele o é atualmente, agora é confrontado com a ideia de perfeição. No horizonte da engenharia genética de melhoramento os pais são lançados ao papel de projetistas dos próprios filhos, a partir da possibilidade de escolherem suas características genéticas como, por exemplo, musculatura, memória, altura e sexo.

À luz desse cenário, colocam-se novos desafios éticos, os quais devem levar em conta, em sua tematização, menos os problemas relacionados com a segurança de tais tecnologias ou a busca humana pela perfeição propriamente dita, mas, e isso sim, as objeções à disposição humana, a relação entre pais e filhos, tanto do ponto vista moral como do político jurídico, pois trata da responsabilidade em relação à humanidade do futuro, e por que não, da pessoa humana como detentora de direitos inalienáveis.

O estudo será dividido, em seu desenvolvimento, em três partes. Na primeira parte, são feitas breves considerações sobre a bioética, seus princípios, entre outras considerações preliminares úteis para o desenvolvimento deste trabalho. Na segunda parte, ganham destaque problemas morais suscitados pela engenharia genética de aperfeiçoamento, com especial atenção para a relação entre pais e filhos. Na terceira e última parte, é apresentada a filosofia moral de Hans Jonas como um caminho para a fundamentação de uma responsabilidade orientada para o futuro.

## 2 A BIOÉTICA: ESCLARECIMENTOS PRELIMINARES

O início do estudo tem o objetivo de conceituar e situar a bioética diante da complexidade das relações sociais surgidas no seio da civilização tecnocientífica da contemporaneidade, com especial atenção para as técnicas de engenharia genética. Antes de qualquer análise, contudo, faz-se necessário destacar que nada se compara ao que o homem do presente é capaz de fazer, no exercício de um poder muitas vezes a serviço de interesses econômicos e sem nenhum controle da sociedade. A técnica de

manipulação e o desenvolvimento das ciências experimentais não só sobre a natureza, mas sobre o próprio homem, hoje são capazes de transformar a natureza das coisas.

Outro aspecto de grande importância diz respeito à necessidade de se romper com o dualismo do “bom” e “mau”, no sentido de a ciência ou só trazer benefícios ou só prejuízos, sob pena de abrir-se, no meio, um imenso vazio, onde a palavra é ou desnecessária ou inútil. Para Barretto<sup>2</sup>, na sociedade tecnocientífica, “a ação humana se identifica com a ação técnica, produzindo efeitos que não podem ser determinados como “bons” ou “maus”, através de distinções qualitativas por si”. Até mesmo ações bem intencionadas escapam das mãos de seu iniciador, provocando efeitos maus que são inseparáveis dos efeitos bons.

Assim, como a ética tem a ver com o agir, a modificação do agir humano impõe uma modificação na ética.<sup>3</sup> E isso porque que a ciência avançou mais depressa do que a compreensão moral que se tinha sobre a situação do homem no mundo, gerando diversos problemas e um mal-estar na civilização tecnocientífica, a qual acabou encontrando nas indagações suscitadas pela bioética um campo fértil para uma reflexão ético-filosófica. A bioética, portanto, surgiu da necessidade de se “estabelecer princípios racionais que explicassem e fundamentassem o comportamento do homem em face a novos conhecimentos e tecnologias”. Nesse sentido:

No contexto dessa civilização tecnocientífica é que se afirma ser a bioética o campo próprio para repensar a ética, pois o material de reflexão no novo ramo da filosofia moral trata com o nascimento de uma nova humanidade e de uma nova natureza. A interferência do homem no mundo que o cerca modifica não somente o mundo, mas o próprio homem que se vê diante de possibilidades até então desconhecidas, como são as advindas dos novos conhecimentos proporcionados pelas ciências biológicas; são conhecimentos que não se restringem à explicação do mundo natural, mas que apontam para mudanças no próprio ser humano.<sup>4</sup>

É bem verdade que a bioética surgiu a partir de disputas restritas à corporação médica, na área da saúde, que diziam respeito às preocupações

---

2 BARRETTO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 313. Segundo Edgar Morin: “[...] há que, desde a partida, dispor de pensamento capaz de conceber e de compreender a ambivalência, isto é, a complexidade intrínseca que se encontra no cerne da ciência”. (MORIN, Edgar. *Ciência com consciência*. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010. p. 16).

3 HANS, Jonas. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011. p. 29.

4 BARRETTO, Vicente de Paulo. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 273.

e interesses nas relações médico-paciente. Com efeito, a bioética, por ser mais global e interdisciplinar, veio para substituir a ética médica tradicional.<sup>5</sup> Atualmente, a bioética se apresenta e constitui um saber com objeto e método próprios, que engloba, basicamente, o exame moral interdisciplinar e ético das dimensões da conduta humana nas áreas das ciências da vida e da saúde.<sup>6</sup> Entre as múltiplas facetas da bioética vale, também, citar, – por fornecerem o significado exato da sua interpretação no contexto desse trabalho –, o fato dela buscar respostas às ameaças reais ou imaginadas à humanidade,<sup>7</sup> incorporando um novo tipo de responsabilidade em relação à humanidade do futuro, além de transformar-se numa verdadeira fonte de direitos humanos, “[...] com uma nítida vocação reguladora, mas não dogmática, do comportamento”.<sup>8</sup>

Os princípios que se tornaram clássicos dentro da Bioética foram formulados em 1978, quando a “Comissão norte-americana para a proteção da pessoa humana na pesquisa biométrica e comportamental”, apresentou no final dos seus trabalhos o chamado Relatório Belmont, sendo eles: 1) beneficência (atenção aos riscos e benefícios); 2) autonomia (necessidade do consentimento informado); 3) justiça (equidade quanto aos sujeitos de experimentação). Não obstante a importância do seu estudo, o que mais perto interessa à problemática não é trabalhar com a aplicação dos princípios, mas, e isso sim, apontar algumas críticas ao paradigma principialista. Para Junges, além dos princípios serem uma proposta eclética, partindo de diferentes tradições éticas, o que, por si só, cria problemas práticos e teóricos, a bioética procura aplicar os princípios aos casos particulares segundo uma lógica dedutiva, o que significa “constringir a complexidade e a imprevisibilidade das situações humanas à legislação de alguns princípios morais abstratos”, sem “levar em consideração a condição histórica e finita do ser humano”.<sup>9</sup> No mesmo sentido, Barretto<sup>10</sup> alerta:

5 JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 14.

6 POST, S. G. Introduction. In: POST, S.G. (Ed.). *Encyclopedia of bioethics*. 3. ed. New York: Prentice Hall; 2004. v. 1, p. 12.

7 Segundo Barretto, tais respostas são debatidas dentro de um quadro teórico orientado por três perguntas, o qual deverá informar ou complementar o trabalho do legislador e do julgador: “a) o que é necessário evitar? b) o que é necessário promover e apoiar? c) qual o estatuto do corpo humano?” (BARRETTO, 2013, p. 282).

8 *Ibid.*, 286-295.

9 JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 67-68.

10 BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 281.

O estabelecimento de princípios, expressando raízes da vida moral, como quer Engelhardt, significa que irão formular uma determinação que, em última análise, torna-se canônica – pois quem irá definir em cada caso qual o ‘verdadeiro’ significado de cada um deles -, e com isto terminar por negar o princípio racional básico de que as leis morais resultariam de uma ampla argumentação pública entre pessoas autônomas. A aplicação dos princípios, por sua vez, leva à situações conflitantes, entre si, a partir da constatação de que tomamos, separadamente, cada um deles pode ser considerado como superior ao outro. Logo, logicamente, a sua aplicação não pode ser feita de maneira conjunta e não diferenciada, pois implicaria num processo de paralização mútua do processo decisório.

A par dessa problemática, o grande desafio é procurar critérios que expressem “argumentos morais, mais do que tentar a solução dessas questões através da aplicação mecânica dos princípios da bioética ou pura e simplesmente acatar os ditames contidos nos Códigos de Ética Médica”,<sup>11</sup> ou, como sugere Junges, introduzir a perspectiva da moral da virtude, que, segundo ele, constitui a base da experiência ética, devendo ela ter preferência diante da moral de princípios e regras.<sup>12</sup> Ainda, o desligamento das ciências da natureza daquilo que se pode chamar de ciências do homem, reduziu o ser humano à sua realidade biológica, com a eliminação da realidade espiritual, da consciência, do sujeito, da liberdade em proveito de um determinismo e, conseqüentemente, da responsabilidade moral.<sup>13</sup> Com efeito, a bioética “não pode ser reduzida a um papel passivo; ela precisa levantar perguntas fundamentais sobre a noção de bem e mal. Trata-se de elaborar uma Bioética saudavelmente cética em relação à ciência e que, ao mesmo tempo, vê seus benefícios potenciais”.<sup>14</sup>

Dois outros avisos iniciais são necessários, a fim de bem demarcar as fronteiras e proposições desse trabalho. O primeiro chama a atenção para o fato de que o objetivo do estudo não é examinar o dilema moral que envolve as intervenções genéticas visando eliminar ou evitar doenças (para fins terapêuticos), mas sim para projetar as características físicas e cognitivas dos nossos filhos, mesmo sendo difícil determinar o limite entre um e outro, já que os poderes de melhoramento surgiram como subprodutos da evolução da biomedicina, onde a revolução genética apareceu para curar

---

11 Ibid., p. 305.

12 JUNGES, op. cit., p. 68.

13 JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011. p. 18.

14 JUNGES, op. cit., p. 259-260.

doenças.<sup>15</sup> O segundo busca uma delimitação ainda mais específica e explícita, no sentido de alertar que somente serão consideradas as intervenções genéticas no nível da linha germinal, que afetam as gerações subsequentes, mesmo do ponto de vista meramente especulativo.

Diante dos casos provocados pela engenharia genética de aperfeiçoamento, pode-se lançar a seguinte questão: que tipo de pessoa podemos ser? Este tipo de reflexão tem relação direta com a projeção da vida e o destino humano, ou seja, ela recai sobre as consequências das nossas escolhas frente às gerações futuras, com ênfase para a construção de uma teoria da responsabilidade jurídica, que obrigue a autopreservação e, ao mesmo tempo, considere que melhorias no bem-estar dos humanos são possíveis.

### 3 FILHOS PROJETADOS: HAVERIA ALGO DE ERRADO NA IDEIA DE OS PAIS ESCOLHEREM O TIPO DE FILHO QUE DESEJAM TER?

Os transumanistas<sup>16</sup> defendem que a dignidade, no sentido moderno do termo, consiste naquilo que somos e naquilo que temos o potencial de nos tornar, e não na nossa genealogia ou em nossas origens causais. Em outras palavras, o que “somos não é uma função somente do nosso DNA, mas também do nosso contexto social e tecnológico. A natureza humana, nesse sentido mais amplo, é dinâmica, parcialmente feita pelo homem, e aprimorável”.<sup>17</sup> Por esta razão, os pais deveriam ter ampla liberdade para decidir sobre a implementação de melhoramentos genéticos em seus filhos, sendo “[...] irresponsável arriscar dar início à vida de alguém com o infortúnio de capacidades básicas congenitamente diminuídas [...]”,<sup>18</sup> se alternativas seguras e efetivas estivessem disponíveis.

---

15 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 109. Embora Jürgen Habermas não reconheça um limite entre intervenções terapêuticas e de aperfeiçoamento, o termo por ele utilizado para denominar as intervenções genéticas que alteram característica é “eugenia positiva”. (HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 27).

16 O transumanismo é um movimento não acabado, que vem se desenvolvendo gradualmente nas duas últimas décadas, e que tem suas raízes no humanismo racionalista. Apresenta como referência de base ou justificação a premissa de que a espécie humana em sua forma atual não representa o fim do nosso desenvolvimento. Seus defensores afirmam não apenas a possibilidade, mas a necessidade de melhorar a condição humana através da ciência e da tecnologia, eliminando o envelhecimento e aprimorando nossas capacidades físicas, intelectuais e psicológicas (BOSTROM, Nick. *The transhumanist FAQ: a general introduction: version 2.1*. Oxford: World Transhumanist Association, Oct., 2003. Disponível em: <<http://www.transhumanism.org/resources/FAQv21.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2014).

17 BOSTROM, Nick. In defence of posthuman dignity. *Bioethics*, Oxford, v. 19, n. 3, p. 213, 2005. Disponível em: <[http://www.psy.vanderbilt.edu/courses/hon182/Posthuman\\_dignity\\_Bostrom.pdf](http://www.psy.vanderbilt.edu/courses/hon182/Posthuman_dignity_Bostrom.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2014.

18 *Ibid.*, p. 212.

Entre os principais argumentos de quem defende o direito dos pais de escolherem melhoramentos para os seus futuros filhos estão: (a) não faltariam meios para reverter o procedimento genético realizado antes de seu nascimento, constituindo sempre um *minus* com respeito àqueles que não tiveram igual sorte, pois ser mais saudável, mais inteligente, ter uma ampla gama de talentos, ou ter poderes de autocontrole maiores são bens que tendem a abrir um leque maior de caminhos de vida; (b) a sociedade poderia controlar os casos de negligência e abuso, impondo regulações para proteger a criança-que-virá-a-ser de intervenções genéticas verdadeiramente prejudiciais; e (c) as extensões radicais das capacidades humanas ao longo da história – algumas delas biológicas, outras externas – “não fizeram com que perdêssemos nosso status moral nem causou a nossa desumanização, no sentido de nos tornar geralmente sem valor e vis”.<sup>19</sup>

O filósofo Ronald Dworkin faz coro com o discurso dos transumanistas. Defendendo uma versão liberal de eugenia, ele alega não haver nada de errado na ambição “de tornar a vida das futuras gerações de seres humanos mais longa e repleta de talentos e, portanto, de conquistas”. Pelo contrário:

[...] se brincar de Deus significa lutar para melhorar a nossa espécie, e trazer para nosso projeto consciente a resolução de melhorar o que Deus deliberadamente ou a natureza cegamente fizeram evoluir bi decorrer dos tempos, então o primeiro princípio do individualismo ético comanda essa luta, e seu segundo princípio proíbe, na ausência de provas concretas de perigo, que impeçam os cientistas e os médicos.<sup>20</sup>

Em síntese, Ronald Dworkin desenvolveu suas objeções em torno de três argumentos essenciais, quais sejam, a segurança, a justiça e a estética,<sup>21</sup> com o claro propósito de demonstrar que nenhum deles seria suficientemente forte para justificar a proibição de introdução das técnicas de engenharia genética e, por consequência, de eugenia liberal. Em poucas palavras, ele sustenta que não se pode prejudicar o melhoramento das características humanas sob o argumento de “mero perigo” ou de especulações.<sup>22</sup> No particular, o autor lança mão de perguntas retóricas (por mais que ele negue isso), além de apelar ao senso comum, tentando justificar um erro com outro e, até

19 BROSTOM, Nick. In defence of posthuman dignity. *Bioethics*, Oxford, v. 19, n. 3, p. 207-213, 2005. Disponível em: <[http://www.psy.vanderbilt.edu/courses/hon182/Posthuman\\_dignity\\_Bostrom.pdf](http://www.psy.vanderbilt.edu/courses/hon182/Posthuman_dignity_Bostrom.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2014.

20 DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 644.

21 *Ibid.*, p. 623-630.

22 *Ibid.*, p. 627.

mesmo, procurando induzir o leitor em erro, quando alega que a sociedade já possui clones fruto da chamada *loteria genética* de nascimentos múltiplos geneticamente idênticos (tratamento de infertilidade),<sup>23</sup> quando pergunta: “Qual a diferença entre obrigar seu filho a fazer exercícios extenuantes para ganhar ou perder peso e alterar os genes, ainda em embrião, com a mesma finalidade?”<sup>24</sup> ou quando aduz que: “Mas é isso que nós, os mortais, temos feito desde os tempos de Prometeu, o deus padroeiro da perigosa descoberta. Brincamos com fogo e assumimos as consequências, pois a alternativa é a covardia perante o desconhecido”.<sup>25</sup> Ao final, pode-se afirmar que ele foi vítima do problema que pretendia criticar, já que frente ao desconhecimento dos riscos e dos valores humanos em jogo, precaução é a palavra de ordem, como se verá no último capítulo.

É bem verdade que uma discussão pormenorizada dos argumentos de Ronald Dworkin e sua comparação com a concepção de outros autores, a fim de justificar essa impressão negativa, iria muito além do fim que nos propusemos nestas poucas páginas. No entanto, vale aqui citar Sandel<sup>26</sup>, quando adverte:

Os que argumentam que a bioengenharia é semelhante em espírito a outras formas por meio das quais os pais ambiciosos moldam seus filhos têm certa razão, porém essa semelhança não é motivo para abraçarmos a manipulação genética das crianças. É, ao contrário, motivo para questionar as práticas de educação dos filhos de baixa tecnologia e alta pressão que aceitamos comumente. O hiperempenho dos pais, tão familiar em nossos tempos, representa um excesso ansioso de maestria e dominação que deixa de lado o sentido de dádiva da vida. Isso o aproxima de modo perturbador da eugenia.

No centro de toda e qualquer discussão sobre bioengenharia que permita a escolha de características genéticas aparece sempre a questão da autonomia e o direito da criança de escolher seu próprio projeto de vida, pois ao escolher de antemão as características do filho, essas crianças não seriam inteiramente livres, por serem conduzidas a essa ou àquela escolha de vida. Nesse sentido, Jonas<sup>27</sup> argumenta:

---

23 Ibid., p. 628.

24 Ibid., p. 631.

25 DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 636.

26 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 73.

27 JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Paidós, 1997. p. 113.

Ahora la naturaleza incluye de pronto en la condición de dominado por la técnica al hombre, que se había enfrentando a ella como señor. Pero, ¿de quién es el poder y sobre quién y qué? A todas luces el poder de los actuales sobre los venideros, objetos indefensos de las precedentes decisiones de los planificadores de hoy. El reverso del actual poder será la posterior servidumbre de los vivos frente a los muertos. El poder que actúa aquí es totalmente unilateral, sin la respuesta de una fuerza que contrapesa en los sujetos expuestos a él, porque éstos son (presuntamente) sus criaturas, y hagan lo que hagan (o incluso deseen) no hacen más que ejecutar la ley que les ha impuesto el poder que mandaba sobre su origen.

Sandel<sup>28</sup>, por outro lado, vai mais fundo:

O problema não é que os pais usurpem a autonomia do filho que projetam (pois a criança não poderia mesmo escolher suas características genéticas). O problema reside na *hybris* dos pais projetistas, no seu impulso de controlar o mistério do nascimento. Ainda que tal disposição não transforme os pais em tiranos em relação aos filhos, ela desfigura a relação entre ambos e priva os pais da humildade e do aumento de empatia humana que a abertura ao inesperado é capaz de promover.

Entretanto, Habermas, para quem as manipulações genéticas representam uma verdadeira ameaça à autocompreensão ética da espécie “[...] de tal modo que não possamos mais nos compreender como seres vivos eticamente livres e moralmente iguais, orientados por normas e fundamentos”,<sup>29</sup> apresentou um argumento superlativo na defesa da ética da autonomia e da igualdade, consistente na ideia de que “vivenciamos nossa própria liberdade tendo como referência algo que, pela própria natureza, não está à nossa disposição”. Para pensar que somos livres, precisamos ser capazes de imputar nossas origens “a um início que escapa ao controle humano”, um início que surge de “algo – como Deus ou a natureza – que escapa ao controle de *outro* indivíduo”.<sup>30</sup> Sandel<sup>31</sup> completa:

[...] a noção de que nossa liberdade está inseparavelmente associada a um ‘início que não podemos controlar’ também carrega uma significação mais ampla: seja qual for seu efeito sobre a autonomia da criança, o impulso de banir a contingência e dominar o mistério do nascimento apequena os pais projetistas e corrompe a experiência da paternidade enquanto prática social governada por preceitos de amor incondicional.

28 Ibid., p. 60.

29 HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 57.

30 Ibid., p. 23, 64-65.

31 SANDEL, Michael J. Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 93.

Noutro passo, Junges<sup>32</sup> assevera que o itinerário de uma pessoa é “exprimir-se a si mesmo, apropriando-se ao seu dado natural”. O que isso significa? Significa que todo “o ser humano tem o direito de auto-constituir-se a partir do seu dado natural, realizando o seu itinerário histórico de expressar-se como pessoa”. Dessa forma, “o ser humano é fim em si mesmo e nisso consiste justamente a sua dignidade. Ninguém tem o direito de privá-lo ou impedi-lo de realizar esse itinerário de autor-realização como fim da sua existência, tornando-se o meio para alcançar outros fins”. E pontifica:

Todo ser humano tem direito a ser único e original, diferente de todos os outros. Significa não vir ao mundo programado na sua intimidade genética por desejos e expectativas alheias. Implica direito à ‘roleta genética’ ou à diversidade genética; o direito a ser produto da casualidade. Em outras palavras, tem o direito de ser gerado de uma maneira humana, fruto da combinação entrecruzada de dois patrimônios genéticos materno e paterno num genótipo original. A tendência atual à homogeneização procura negar a marca pessoal e esta tendência chega agora à reprodução. A criação e a evolução da natureza prima pela biodiversidade.<sup>33</sup>

Como se vê, o que está em jogo é o fato de os seres humanos nascerem, e não serem fabricados, pois como colocou Junges<sup>34</sup>: “Esta tecnificação tem o perigo de transformar a procriação numa fabricação do filho. Produzir um filho sob encomenda é reduzi-lo a um objeto de autossatisfação e seria um desrespeito à sua futura individualidade e autonomia”. É por isso que Habermas<sup>35</sup> argumenta que tais ingerências das técnicas genéticas “[...] prejudicam a liberdade ética na medida em que submetem a pessoa em questão a intenções fixadas por terceiros, que ela rejeita, mas que são irreversíveis, impedindo-a de se compreender livremente como autor de sua própria vida”. Seja o exposto o bastante, não se pode olvidar que as crianças geneticamente melhoradas estariam sempre em dívida com seus pais projetistas, e não em relação à natureza, ao acaso ou a Deus, retirando-lhes o mérito pelos talentos e dons antes concebidos como naturais, e só da pessoa que os possui.<sup>36</sup>

32 JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 111.

33 *Ibid.*, p. 263.

34 *Ibid.*, p. 155.

35 HABERMAS, Jürgen. *O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal?* São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 87.

36 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 98.

Essa preocupação com os destinos dos valores humanos encarnados em importantes e corriqueiras práticas sociais, bem assim com relação ao mundo que habitamos e ao tipo de liberdade ao qual aspiramos é compartilhada por Jonas. É sobre a suposta aparência de liberdade presente na técnica moderna, que dá ao homem o poder de escolher a si mesmo,<sup>37</sup> que o autor insiste no fato de que o homem não deve se ser um súdito passivo da tecnologia, tendo em vista os riscos decorrentes da coisificação de seus próprios atos, bem como de ser manipulado pela máquina e para ela:

*[...] el elemento tiránico como tal em la técnica actual, que hace de nuestras obras nuestros dueños y nos obliga incluso a reproducirlas, representa un desafío ético en sí mismo... más allá de la autonomía humana, de la dignidad que exige, de que nos poseamos a nosotros mismo u no nos dejemos poseer por nuestra máquina, tenemos que poner el galope tecnológico bajo control extratecnológico.<sup>38</sup>*

A possibilidade dos pais escolherem as características genéticas dos filhos, impondo seus gostos pessoais carrega consigo a não aceitação (renúncia) do filho (do como é dado pela natureza) antes mesmo de concebido. Trata-se de algo que vai contra a ideia “enfrentar o desconhecido, confrontar-se com a surpresa de o filho revelar-se diverso do que era programado”, de “desculpar e perdoar o filho pelas desilusões que poderá provocar ao nascer e acolhê-lo na sua individualidade e identidade próprias”,<sup>39</sup> ou seja, “valorizar os filhos como dádivas é aceita-los como são, e não vê-los como objetos projetados por nós, ou produtos de nossa vontade, ou instrumentos de nossa ambição. O amor de um pai ou de uma mãe não depende dos talentos e atributos que o filho porventura tenha”.<sup>40</sup> Afinal, os pais não amam os filhos e ponto? Não questionamos muito, como isso se dá, simplesmente acontece. Não devemos apenas aprender a ver o outro, e seguir em frente, tentando enxergá-lo tal qual o ser que ele é, de fato, e não como aquele outro ser por nós fantasiado?

A busca pela perfeição está intimamente ligada a parâmetros de beleza ou necessidades de mercado impostas por uma sociedade competitiva,

---

37 JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011. p. 57.

38 Id. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Paidós, 1997. p. 39.

39 JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 154.

40 SANDEL, Michael J. *Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 59.

sendo, por isso, tentador pensar que projetar nossos filhos e nós mesmos para o sucesso por meio da bioengenharia é um exercício de liberdade. No entanto, Sandel alerta: “[...] modificar nossa natureza para nos encaixar no mundo, e não o contrário é, na verdade, a forma mais profunda de enfraquecimento da autonomia”. Ainda, e não menos grave, corre-se o risco de criar uma categoria de anormalidade para justificar uma intervenção genética ou simplesmente ficar na moda, o que não gera apenas preconceito e discriminação, mas retira o nosso direito de conviver com o diferente ou pessoas especiais. Segundo Roque José Junges, com os novos métodos de intervenção para gerar um ser humano sempre mais perfeito e eliminar os que não correspondem ao ideal, começam a aparecer na medicina termos como incapacidade, imperfeição, incompletude.<sup>41</sup> Nesse sentido:

Toda preocupação pelo futuro é abusiva quando procuramos impor nossa concepção sobre como as coisas devem ser, nossa visão do desejável e do não desejável nossas distinções entre o bem e o mal ou entre aquilo que é normal e o que é monstruoso. A preocupação pelo futuro deve ser a de não negar para as próximas gerações um mundo com menos liberdade, não fechando definitivamente os caminhos que não seguimos por razões e sentimentos que são apenas nossos.<sup>42</sup>

Quais as consequências da idealização dos filhos, salientando que esta idealização ocorre em função do próprio narcisismo de cada um dos pais? O papel dos pais não seria apenas direcionar e orientar, e não determinar a características genéticas dos filhos? Isso não colaboraria, como refere Junges<sup>43</sup>, com a “tendência narcisista atual de apagar a dimensão da alteridade, início de toda existência humana e base de qualquer reciprocidade? A nivelção e uniformização presentes na sociedade atual fragilizaram o respeito e a reverência à dignidade humana em sua singularidade irrepetível”? De efeito, há muitas perguntas que se pode fazer, e todas sinalizam para um comprometimento do sentido humano e psicológico das relações familiares de maternidade e paternidade da forma como conhecemos hoje.

---

41 JUNGES, José Roque. *Bioética: perspectivas e desafios*. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 238.

42 BARRETTO, Vicente de Paulo. *O fetiche dos direitos humanos e outros temas*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 325-326.

43 JUNGES, op. cit., p. 264.

#### 4 A DÚVIDA É O PREÇO DA HUMANIDADE: UMA NOVA TEORIA DA RESPONSABILIDADE

Uma rememoração história demonstra que a corrida pela possibilidade de criar um ser humano perfeito é uma tendência que, embora sob outras formas, guarda um traço comum com a velha eugenia e, portanto, com a experiência nazista. Como escreveu Junges<sup>44</sup>: “A pseudociência nazista desapareceu, mas a ideologia da superioridade do homem permanece”. Dessa forma, “a sombra da eugenia paira sobre todos os debates da atualidade acerca da engenharia e do melhoramento genéticos”.<sup>45</sup> Por contraste, os defensores da eugenia liberal não se deixam abater pelas experiências de dor e sofrimento do passado, e retrucam que as escolhas genéticas feitas livremente não são eugenia, no sentido repugnante do termo. Dworkin<sup>46</sup> sublinha que o “limite fundamental entre acaso e escolha é a espinha dorsal de nossa ética e da nossa moralidade, e qualquer alteração profunda nessa fronteira é um deslocamento grave”. Não é esse o entendimento de Sandel<sup>47</sup>:

Mas a eugenia também é censurável em outros âmbitos: mesmo quando não há coerção envolvida, existe algo errado com a ambição, seja ela individual ou coletiva, de determinar as características genéticas de nossos filhos de modo deliberado. Hoje, é mais provável encontrar essa ambição em práticas reprodutivas que permitem que os pais escolham o tipo de filhos que terão do que em políticas eugênicas bancadas pelo governo.

Jürgen Habermas formulou severas críticas às políticas de eugenia liberal: “Nas sociedades liberais, seriam os mercados que, regidos, por interesses lucrativos e pelas preferências da demanda, deixariam as decisões eugênicas às escolhas individuais dos pais e, de modo geral, aos desejos anárquicos de fregueses e cliente [...]”.<sup>48</sup> A verdade é que a busca por crianças “sob encomenda” vai sempre sugerir sua transformação em produtos da vontade de alguém ou do mercado, assim, pouco importa se as escolhas genéticas foram feitas de forma não coercitiva. No entanto, para que se possa estabelecer a ligação entre a Bioética, o biodireito e as teorias relativas às práticas eugê-

44 JUNGES, José Roque. Bioética: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 2005. p. 237.

45 SANDEL, Michael J. Contra a perfeição: ética na era da engenharia genética. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 81.

46 DWORKIN, Ronald. A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade. São Paulo: Martins Fontes, 2005. p. 632.

47 SANDEL, op. cit., p. 83.

48 HABERMAS, Jürgen. O futuro da natureza humana: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004. p. 65-66.

nicas de melhoramento, com vistas a preservar a existência e/ou os direitos dos homens futuros, há que se considerar que a responsabilidade moral e jurídica, constituem-se em “[...] categoria central do sistema social e jurídico e serve como parâmetro de imputação dos atos individuais”.<sup>49</sup>

O que se fez até o presente momento foi levantar alguns problemas e formular contradições, restando agora apresentar uma proposta de responsabilidade moral, mesmo que provisória, considerando as dificuldades de uma ética orientada para o futuro, sobretudo, quando a projeção da vida e do destino humano não atingem diretamente as pessoas no presente, além do forte individualismo moderno, sentimento que leva o homem a criar uma sociedade para uso próprio, isolando-se da massa dos seus semelhantes. Nesse caso, tomamos como ponto de partida as considerações de Barretto<sup>50</sup>:

[...] o desenvolvimento tecnológico pode restringir a liberdade de escolha das gerações futuras, pois estas já não terão as mesmas condições que nós temos hoje. A possibilidade de uma alteração da natureza humana e extra-humana pelo desenvolvimento tecnológico pode resultar no fim da herança da evolução passada. Este vínculo com o passado deve ser preservado, pois é ele que nos oferece a capacidade de julgar o que é o bem e o mal. Esta tradição é que nos constitui como pessoas e agentes morais.

Num mundo em constante movimento, onde somente a mudança é permanente, a dificuldade de se determinar quais ações realizadas no presente poderão comprometer a existência do futuro pode ser enfrentada a partir de alguns imperativos ou princípios, como aqueles propostos por Jonas, – que chega a comparar a responsabilidade orientada para o futuro com a responsabilidade dos pais, em face da característica particular de serem genitores, permitindo o surgimento de uma nova vida, símbolo de uma nova humanidade em face da mortalidade. Nessa senda, importante pensar, primeiro, no que Jonas denomina de heurística do temor, como um exercício para revelar a real possibilidade de perigo e servir de convocação:

[...] com a antevisão da desfiguração do homem, chegamos ao conceito de homem a ser preservado. Só sabemos *o que* está em jogo quando sabemos *que* está em jogo. Como se trata não apenas do destino do homem, mas também da imagem do homem, não apenas de sobrevi-

49 BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith. Bioética e responsabilidade. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 1.

50 Id. O fetiche dos direitos humanos e outros temas. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. p. 325.

vência física, mas também da integridade de sua essência, a ética que deve preservar ambas precisa ir além da sagacidade e tornar-se uma ética do respeito.<sup>51</sup>

Em relação a isso tudo, Jonas formulou o genérico imperativo ético: “Age de tal maneira que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica”, ou, negativamente, “não ponhas em perigo a continuidade indefinida da humanidade na Terra”.<sup>52</sup> De efeito, trata-se da própria existência da humanidade.<sup>53</sup> Aqui toma relevo a máxima de nunca existir uma razão para se apostar entre ganhar ou perder tudo, sobretudo quando essa aposta inclui a totalidade dos interesses de outros envolvidos (que são aqui interesses das gerações futuras). No entanto, essa máxima não é incondicionalmente válida, pois, dadas as circunstâncias, “[...] pode ser moralmente justificado, ou até mesmo imperativo, tentar salvar o inalienável, correndo o perigo de perder tudo na tentativa”.<sup>54</sup> No caso do melhorismo, Hans Jonas<sup>55</sup> explica que não se admite qualquer relativização, uma vez que os riscos “não são assumidos com a finalidade de salvar o que existe ou abolir o insuportável, mas para melhorar permanentemente o já alcançado”, isto é, “para o progresso, cuja versão mais pretensiosa pretende construir um paraíso terrestre. Assim, o progresso e suas obras situam-se antes sob o signo da soberba que da necessidade”.

Conduzindo assim o pensamento, Jonas encontrou um princípio ético que proíbe certos experimentos de que a tecnologia é capaz, qual seja: “a existência ou a essência do homem, em sua totalidade, nunca podem ser transformadas em apostas do agir”. Esse princípio extrai sua validade do seguinte preceito: “no processo decisório deve-se conceder preferência aos prognósticos de desastre em face dos prognósticos de felicidade”. Assim, ao contrário de Ronald Dworkin, Hans Jonas sugere que, para tomarmos uma decisão, deveríamos “tratar como certo aquilo que é duvidoso”. Nem mesmo as certezas relativas do presente podem compensar a incerteza absoluta, pois o referido princípio proíbe a aposta no tudo ou nada nos as-

---

51 JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011. p. 21.

52 JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011. p. 18.

53 Ibid., p. 93.

54 Ibid., p. 84.

55 Ibid., p. 85.

suntos da humanidade, confrontando apenas o que “é inteiramente inaceitável com o que mais ou menos aceitável dentro da finitude”.<sup>56</sup> Em síntese:

[...] a rigor não somos responsáveis pelos homens futuros, mas sim pela ideia do homem, cujo modo de ser exige a presença da sua corporificação no mundo. [...] deve haver uma tal presença; portanto, ela deve ser preservada, fazendo com que nós, que podemos ameaçá-la, nos tornemos responsáveis por ela. Esse imperativo ontológico da ideia do homem está por trás da proibição da aposta no tudo-ou-nada, uma afirmação que não havia sido justificada antes. Assim, a ideia do homem, na medida em que nos diz por que devem existir homens, no diz também como eles devem ser.<sup>57</sup>

De derradeiramente significativo, do ponto de vista da responsabilidade, ocorre que a responsabilidade dos pais em face dos filhos, cuja opinião não foi consultada, é uma dívida partilhada por todos, pois o ato dos progenitores de escolherem suas características genéticas não foi inventado por eles. Por isso é que Jonas sustenta que “[...] a acusação feita por crianças e pelos filhos dessas crianças de que se faltou com a responsabilidade é a mais abrangente e a mais inútil das críticas, pois pode dirigir-se a todos os seres vivos humanos vivos. Da mesma forma que os agradecimentos”.<sup>58</sup>

## 5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando alguns temas até então abordados, podem ser apontadas algumas considerações finais:

A ciência avançou tão depressa que ultrapassou os limites que desafiam a nossa capacidade de compreender, tanto do ponto de vista moral, como do político jurídico, quais os valores humanos (in)disponíveis, gerando diversos problemas e um grande mal-estar, como se percebe na questão da engenharia genética de aperfeiçoamento. A Bioética, ramo mais novo da filosofia moral, se afirma como o campo para se repensar a ética

56 Segundo Hans Jonas: “[...] nós não consultamos os desejos antecipados dos que vêm depois (que podem ser o produto de nós mesmos), e sim o seu dever ser, que não foi negado por nós e que transcende a nós e a eles. [...] Isso significa que temos de estar vigilantes não tanto em relação ao direito dos homens futuros – o seu direito à felicidade, um critério precário, dada a incerteza inerente ao conceito de felicidade –, mas em relação ao dever desses homens futuros, ou seja, o dever de ser uma humanidade verdadeira: com a alquimia da nossa tecnologia ‘utópica’, podemos lhes subtrair a capacidade de cumprir esse dever e até mesmo a capacidade de se atribuir esse dever. Zelar por isso, tal é o nosso dever básico para com o futuro da humanidade, a partir do qual podemos deduzir todos os demais deveres para com os homens futuros. (Ibid., p. 92-93).

57 JONAS, Hans. O princípio responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011. p. 94.

58 Ibid., p. 225.

das dimensões da conduta humana, por ser um saber mais global e interdisciplinar. O maior desafio da bioética é certamente não cair em dogmatismos, que tendem a ofuscar os fundamentos morais e o raciocínio ético, devendo para tanto incorporar critérios hermenêuticos na busca de uma resposta para os problemas morais levantados pela ciência e a tecnologia.

A crítica à engenharia genética de melhoramento não se apoia em um quadro meramente religioso ou metafísico, – lembrando que para Jonas a metafísica é também uma questão da razão. O mandato moral leva em consideração valores intrínsecos à natureza das coisas e do homem, uma herança da evolução passada que não pode ser negada. A busca humana pela perfeição pode nos distanciar daquilo que nos constitui como pessoas e agentes morais, além de comprometer o sentido humano e psicológico das relações familiares.

A possibilidade de se estabelecer uma responsabilidade moral e jurídica que vise resguardar a pessoa humana e os seus descendentes parece encontrar guarida na proposta filosófica de Hans Jonas, orientada mais por nossos temores do que por nossos desejos, caprichos ou leviandades. Seja como for, no debate dos destinos das gerações futuras nada deve começar ou terminar em razão de sentimentos que são apenas nossos. Existindo dúvida sobre a possibilidade futura de dano a valores humanos, nossos filhos não poderão ser transformados no preço da aposta, muito menos em objetos, um meio para os fins dos outros.

## REFERÊNCIAS

- BARRETTO, Vicente de Paulo. Bioética, responsabilidade e sociedade tecnocientífica. In: MARTINS-COSTA, Judith. **Bioética e responsabilidade**. Rio de Janeiro: Forense, 2009.
- \_\_\_\_\_. **O fetiche dos direitos humanos e outros temas**. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- BOSTROM, Nick. *The transhumanist FAQ: a general introduction: version 2.1*. Oxford: **World Transhumanist Association**, Oct., 2003. Disponível em: <<http://www.transhumanism.org/resources/FAQv21.pdf>>. Acesso em: 02 jun. 2014.
- \_\_\_\_\_. In: *defence of posthuman dignity*. **Bioethics**, Oxford, v. 19, n. 3, p. 213, 2005. Disponível em: <[http://www.psy.vanderbilt.edu/courses/hon182/Posthuman\\_dignity\\_Bostrom.pdf](http://www.psy.vanderbilt.edu/courses/hon182/Posthuman_dignity_Bostrom.pdf)>. Acesso em: 02 jun. 2014.
- DWORKIN, Ronald. **A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade**. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

HABERMAS, Jürgen. **O futuro da natureza humana**: a caminho de uma eugenia liberal? São Paulo: Martins Fontes, 2004.

JONAS, Hans. *Técnica, medicina y ética: sobre la práctica del principio de responsabilidad*. Barcelona: Paidós, 1997.

\_\_\_\_\_. **O princípio responsabilidade**: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto, 2011.

JUNGES, José Roque. **Bioética**: perspectivas e desafios. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

MORIN, Edgar. **Ciência com consciência**. 13. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2010.

POST, S. G. Introduction. In: POST, S.G. (Ed.). *Encyclopedia of bioethics*. 3. ed. New York: Prentice Hall; 2004. v. 1.

SANDEL, Michael J. **Contra a perfeição**: ética na era da engenharia genética. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.



# A CRISE DE LEGITIMIDADE POLÍTICA NA ATUALIDADE

## THE CURRENT CRISIS OF POLITICAL LEGITIMACY

---

**Guilherme Miraldi da Silva Santos<sup>1</sup>**  
**Alexandre Pedro Moura D'Almeida<sup>2</sup>**

---

### RESUMO

Busca-se estudar e questionar, no presente trabalho, a forma atual que se apresentam os conflitos entre a liberdade negativa e a liberdade positiva; não somente, apresentar uma análise sistêmica dos atuais desafios encontrados pela sociedade civil, instituições políticas e pelo mundo acadêmico. Para se posicionar diante de um problema tão complexo recorre-se aos autores clássicos, filósofos e juristas que pensaram formas de equacionar o equilíbrio entre estes vetores sociais.

**PALAVRAS-CHAVES:** *Liberdade. Conflito. Democracia. Igualdade. Segurança jurídica. Legitimidade.*

### ABSTRACT

This article studies and questions the current way that conflicts between negative liberty and positive liberty are presented. It also offers a systemic analysis of the current challenges faced by civil society, political institutions and the academic world. To take a position in relation to this complex problem, it looks at the ideas of classic authors, philosophers and jurists who have considered ways to address the balance between these social vectors.

**KEYWORDS:** *Freedom. Conflict. Democracy. Equality. Legal certainty. Legitimacy.*

---

1 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Veiga de Almeida, UVA. Advogado. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/0674418056534759>>. E-mail: miraldifilho@hotmail.com

2 Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito (PPGD) da Universidade Veiga de Almeida, UVA. Bolsista PROSUP. Advogado. Currículo Lattes: <<http://lattes.cnpq.br/9036599166074096>>. E-mail: alexandre.dalmeida@outlook.com.

## 1 INTRODUÇÃO

Pretende-se estudar e questionar, no presente trabalho, a forma atual que se apresentam os conflitos entre a liberdade negativa e a liberdade positiva; longe de tão somente apresentar uma análise sistêmica dos atuais desafios encontrados pela sociedade civil, instituições políticas e pelo mundo acadêmico para se posicionar diante de um problema tão complexo.

Procura-se descrever e questionar a forma pela qual cada setor da sociedade (político, econômico, cultural, jurídico, social, acadêmico) enxerga os conflitos entre a liberdade negativa e a liberdade positiva. Compõe-se, como forma principal de estudo, as soluções dadas pelos filósofos e juristas clássicos para o equilíbrio destes fatores, não obstante, procura-se salientar os novos fatores que tendem a novos posicionamentos para enfrentamento desta tensão social política-jurídica.

Ademais, observa-se as composições políticas que sugerem vertentes para o equilíbrio deste conflito. Utiliza-se de crítica acadêmica para entender o porquê das dificuldades de superar tais entraves. As razões de um Estado democrático de Direito protetivo. A importância de se respeitar a vontade geral. Não somente, as razões da crise de legitimidade política da era atual.

## 2 METODOLOGIA

Quanto aos fins, esta pesquisa será descritiva e explicativa. Descritiva porque buscará analisar como se formam os conflitos entre a liberdade negativa e a liberdade positiva. Explicativa porque tentará esclarecer os motivos os quais dificultam a superação das principais tensões neste campo. As razões de um Estado democrático de Direito protetivo. A importância de se respeitar a vontade geral. Ademais, analisar as causas da crise de legitimidade política da era atual.

Visa assim descrever a forma atual de respostas acadêmicas e políticas para o equilíbrio deste conflito. Ademais, o trabalho será explicativo com base em autores clássicos de amplas áreas do saber humano que contribuam ou enriqueçam o entendimento dos pontos a serem estudados.

Quanto aos meios, a pesquisa será bibliográfica e documental. Bibliográfica, porque a fundamentação teórico-metodológica da pesquisa terá por base Códigos, obras de doutrinadores do Direito e obras de cunho psicológico, sociológico e antropológico, indispensáveis para entender o

tema. Documental, porque será fundamentada em publicações de revistas, jornais, em documentos eletrônicos.

As fontes desta pesquisa serão as obras de doutrina do Direito, os Códigos e leis, assim como obras que tratem do objeto da pesquisa sobre uma abordagem sociológica, psicológica e antropológica. Utilizar-se-á na pesquisa, artigos em redes eletrônicas, documentos e matérias publicadas em revistas e jornais.

Os dados serão coletados em fontes bibliográficas, sites acadêmicos. Interpretados com redação própria serão os conteúdos doutrinários e a legislação utilizadas, contudo utilizando-se de transcrições, quando for necessário, para que não seja alterado o sentido dado pelo autor.

## 2.1 Abordagem teórica

Preliminarmente, é necessário salientar os problemas nos quais a polissemia sobre a palavra “liberdade” nos traz. Segundo Montesquieu em “O espírito das leis” (MONTESQUIEU, 2000, p. 165) quanto ao termo “liberdade” preconiza que “não existe palavra que tenha recebido tantos significados e tenha marcado os espíritos de tantas maneiras quanto a palavra liberdade.

Uns a tomaram como a facilidade de depor aquele a quem deram um poder tirânico; outros, como a faculdade de eleger a quem devem obedecer; outros, como o direito de estarem armados e de poderem exercer a violência; estes, como o privilégio de só serem governados por um homem de sua nação, ou por suas próprias leis. Certo povo tomou por muito tempo a liberdade como sendo o costume de possuir uma longa barba. Estes ligaram este nome a uma forma de governo e excluíram as outras. Aqueles que experimentaram o governo republicano colocaram-na neste governo aqueles que gozaram do governo monárquico puseram-na na monarquia. Enfim, cada um chamou liberdade ao governo conforme a seus costumes e suas inclinações. (SEM GRIFOS NO ORIGINAL) (MONTESQUIEU, 2000, p. 165-166).

Indubitavelmente é mister observar que pacificamente a liberdade está ligada à **autodeterminação**, ou seja, exercer atos ou posturas na qual não há coerção exterior, algo que significa que se age determinado não pelos outros, mas pelo próprio indivíduo ou grupo. Dentro deste exercício de autodeterminação se destacam na história política duas vertentes: a liberdade negativa e a liberdade positiva.

Do ponto de vista da teoria geral do direito, a diferença existente entre esses dois significados de liberdade pode ser formulada do seguinte modo. Permitindo e obrigatório são dois termos antagônicos, donde se diz que “tudo aquilo que não é obrigatório é permitido”. Por isso, se entendermos, conforme o primeiro significado, “liberdade” como esfera daquilo que é permitido, ela se identifica com o não-obrigatório. Ao contrário, no segundo significado, “liberdade” coincide com a esfera do obrigatório, se bem que daquilo que é obrigatório por força de uma auto obrigação. Em outras palavras, enquanto o primeiro modo de compreender a palavra faz coincidir a esfera da liberdade com o espaço não regulado das normas imperativas (positivas ou negativas), com o segundo modo a esfera da liberdade passa a coincidir com o espaço regulado das normas imperativas, contanto que essas normas sejam autônomas não heteronômicas. (BOBBIO, 2000, p. 102).

Nos ensinamentos de Berling (1981) se detalha o conceito de liberdade negativa como a liberdade na medida que nenhum homem ou outro grupo de homens interfere nas atividades deste alguém. A liberdade deste tipo é um valor que está ligado ao Estado Liberal no qual o governo se abstém ao máximo de interferir na vida dos cidadãos. Se há este tipo de interferência pode-se dizer que este alguém está sendo coagido. Esta liberdade (mesmo no liberalismo) não poderia se impor ilimitadamente, porque, assim fosse, acarretaria uma situação em que todos os homens poderiam ilimitadamente interferir na atuação de todos os outros; e esse tipo de liberdade levaria ao caos social. Ademais, este tipo de liberdade está ligado aos princípios filosóficos, políticos e jurídicos da base do Estado de Direito.

Já o conceito de liberdade positiva (BERLIN, 1981) impõe a palavra liberdade na origem de o indivíduo ser seu próprio amo e senhor. No qual a sua vida e suas decisões dependam dele mesmo e não dos atos de vontade de outros homens. Ser sujeito e não objeto, ser movido pelas razões, por propósitos conscientes que sejam próprios e não causas que o afetem, ademais, ser capaz de exercer aquilo que a autodeterminação deseja. Este tipo de liberdade se liga aos princípios filosóficos, políticos e jurídicos tanto da democracia como do Estado Social.

Por um lado Bobbio (2000) os ideais liberais e método democrático vieram gradualmente se combinando num modo tal que, se é verdade que os direitos de liberdade foram desde o início a condição necessária para a direta aplicação das regras do jogo democrático, é igualmente verdadeiro que, em seguida, o desenvolvimento da democracia se tornou o principal

instrumento para a defesa dos direitos de liberdade. Sendo assim, pode-se afirmar que não há possibilidades de existir de fato um Estado de Direito sem democracia tampouco uma Democracia sem Estado de Direito. Entretanto, paradoxalmente há sempre conflitos entre os dois valores de liberdade. Grosso modo, as demandas das sociedades por mais igualdade (formal e material) forçam os governos a implementarem ações sobre a sociedade para a operacionalidade destas necessidades, tais como desapropriações visando a função social da propriedade, maiores impostos para custear construção de creches, albergues etc. Sendo assim, implica-se sempre em diminuição da liberdade negativa criando conflitos severos na sociedade.

Sendo assim, segundo Bobbio (2000) o principal problema advindo destas duas liberdades é a ingovernabilidade. Além do problema constante da possibilidade da tirania da maioria<sup>3</sup> **há como objeto de estudo a incapacidade de os governos democráticos de dominarem** satisfatoriamente os conflitos de sociedades complexas (como as atuais). São três os principais pontos.

(1) Em mais do que os regimes autocráticos, os regimes democráticos são caracterizados por uma desproporção crescente entre o número de demandas provenientes da sociedade civil e a capacidade de resposta do sistema político, fenômeno que na terminologia da teoria dos sistemas recebe o nome de sobrecarga. [...];

(2) Nos regimes democráticos a conflitualidade social é maior do que nos regimes autocráticos. Como uma das funções de quem governa é a de resolver os conflitos sociais de modo a tornar possível uma convivência entre os indivíduos e grupos que representam interesses diversos, é evidente que quanto mais aumentam os conflitos mais aumenta a dificuldade de dominá-los [...];

(3) Nos regimes democráticos o poder está mais amplamente distribuído do que nos regimes autocráticos; neles se encontra, em contraste com o que ocorre nos regimes opostos, o fenômeno que hoje se denomina de poder “difuso”. Uma das características da sociedade democrática é a de ter mais centros de poder (donde o nome que bem lhe cabe de “poliarquia”): o poder é tanto mais difuso quanto mais o governo da sociedade é em todos os níveis regulado por procedimentos que admitem a participação, o dissenso e, portanto, a proliferação dos lugares em que se tomam decisões coletivas. Mais que difuso, o poder numa sociedade democrática também é fragmentado e de difícil recomposição [...] (BOBBIO, 2000, p. 93-95).

---

3 Conceito abordado por Tocqueville.

De acordo com Montesquieu em “*O espírito das leis*” (partindo de um princípio realista de que o homem tenderia a abusar do poder se este fosse ilimitado) seria necessário fazer com que a disposição entre as instituições, poderes e forças políticas da sociedade tivessem a disposição no sentido de equilibrar suas forças, fazendo com que o poder contivesse o poder e controlasse o abuso por parte dos governantes, tendo a tripartição das principais funções do governo (executivo, legislativo, judiciário) como a grande base da formação do Estado de Direito e trazendo legitimidade para a governança estatal no qual toda a sociedade teria mecanismos para evitar o autoritarismo e as injustiças.

Já em “*O federalista*”, Hamilton, Madison e Jay (2003) defendem ideias que procuram construir um país forte (EUA) e ampliam as teorias políticas do Estado de Direito. Confrontam a ideia de Montesquieu na qual afirmava que a monarquia era a melhor forma política de governo. Acreditava-se que havia a necessidade de manter grandes exércitos e a predominância das preocupações com o bem-estar material faziam das grandes monarquias a forma de governo mais adequada ao espírito dos tempos. Para isto as condições ideais exigidas pelos governos populares: (1) um pequeno território e (2) cidadãos virtuosos, amantes da pátria e surdos aos interesses materiais, não mais existiam. Não somente, o desafio enfrentado era de desmentir os dogmas arraigados de uma longa tradição. No qual o espírito comercial da época não impediria a constituição de governos populares e, tampouco, estes dependiam exclusivamente da virtude do povo ou precisavam permanecer confinados a pequenos territórios.

Afirmavam também que era essencial a ideia de que a lei fosse respaldada por uma sanção, uma penalidade ou punição pela desobediência, se não houvesse as resoluções ou ordens que pretendiam ter força de lei seriam nada mais que conselhos ou recomendações. Toda esta ideia culminava na defesa da união entre os Estados e na base de confrontação da soberania plena dos Estados (e na ideia confederativa).

Era necessário compatibilizar a qualidade dos Estados grandes (a força) com a dos pequenos (a liberdade), sendo assim era necessário construir uma forma de governo inédita. Hamilton afirma no ponto 1 (introdução) que frequentemente se tem salientado que parece ter sido reservado ao povo dos EUA, por sua conduta e exemplo, decidir a importante questão: se as sociedades humanas são realmente capazes ou não de estabelecer

um bom governo a partir da reflexão e do voto, ou se estão para sempre destinadas a depender do acaso e da força para as suas constituições políticas. A história demonstrou que a reflexão e o voto foram mecanismos imprescindíveis para a construção dos EUA como grande nação. E que a importância de dispor racionalmente o poder político e as instituições são métodos eficazes no controle e desenvolvimento governamental.

Não somente, de forma realista afirma que era necessário, para evitar a queda de liberdades das repúblicas, o caráter demagogo da política, e que dentre os homens que derrubaram a liberdade, a maior parte começou sua carreira bajulando o povo; começaram demagogos e acabaram tiranos. Isto é importantíssima ressalva. Pensamento que vem desde muito tempo com muita força nos platônicos os quais enxergam problemas do governo democrático ou da maioria e que encontra o desenvolvimento nos liberais modernos, nos quais embora sejam majoritariamente a favor da liberdade política do povo defendem que era necessário contrabalancear ou limitar seus desejos os quais poderiam tornar contornos negativos, e maléficos; **anárquicos e autoritários. Esta é a grande diferença entre a democracia dos antigos e a democracia moderna, a primeira feita de forma direta e a segunda de forma representativa, proporcionando racionalidade e também dando mais bases protetivas ao Estado de Direito.**

Ademais, em “O Federalista” a forma representativa adquiria imensa importância para a harmonia, ordem e desenvolvimento da nação. Fazendo com que essa representatividade anulasse as facções (fragmentando um grande poder em diversos núcleos para que estes se anulassem) e também dando representatividade de Estados e maior controle governamental pelo Senado.

Hamilton, no ponto 2, afirma que a distribuição equilibrada dos poderes entre os diferentes departamentos, a adoção do sistema de controle legislativo, a instituição de tribunais integrados por juízes não sujeitos a demissões sem justa causa, a representação do povo no legislativo por deputados eleitos diretamente – tudo isso são invenções totalmente novas ou tiveram acentuado progresso rumo à perfeição nos tempos modernos. Constituem meios - e meios poderosos - pelos quais os méritos do governo republicano podem ser assegurados e as suas imperfeições reduzidas ou evitadas.

Madison, no ponto 10, explicita que, entre as inúmeras vantagens esperadas de uma União bem estabelecida, nenhuma merece ser mais acuradamente desenvolvida do que a sua tendência para sustar e controlar a violência das facções. Para ele, facção seria um grupo de cidadãos, representando quer a maioria, quer a minoria do conjunto, unidos e agindo sob um impulso comum de sentimentos ou de interesses contrários aos direitos dos outros cidadãos ou aos interesses permanentes e coletivos da comunidade. Haveria dois processos para remediar os malefícios das facções, um, pela remoção de suas causas; outro, pelo controle de seus efeitos:

Há também dois processos para remover as causas das facções: um, pela destruição da liberdade, que é essencial à sua existência; outro, fazendo com que todos os cidadãos tenham as mesmas opiniões, os mesmos sentimentos e os mesmos interesses. Nada seria mais verdadeiro do que afirmar que o primeiro remédio é pior do que a doença. A liberdade é para as facções o que o ar é para o fogo, um elemento sem o qual elas instantaneamente se extinguem. Mas, suprimir a liberdade – que é essencial à vida política-, porque ela alimenta as facções, não seria uma tolice menor do que desejar a eliminação do ar – que é essencial à vida animal -, porque ele confere ao fogo seu poder destruidor. O segundo expediente é tão impraticável quanto o primeiro seria insensato. Na medida em que a razão do homem continuar falível e ele puder usá-la à vontade, haverá sempre opiniões diferentes [...] a diversidade das aptidões humanas, nas quais se originam os direitos de propriedade, não deixam de ser um obstáculo quase insuperável para uma uniformidade de interesses. A proteção dessas aptidões é o primeiro objetivo do governo. Da proteção de aptidões diferentes e desiguais para adquirir bens, resulta imediatamente a posse de diferentes graus e tipos de propriedade; e a influência destes sobre os sentimentos e opiniões dos respectivos proprietários acarreta uma divisão da sociedade em diferentes interesses e partidos. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 263).

Segue-se afirmando que cada centavo com que sobretaxam os bens dos minoritários é um centavo que economizam para seus próprios bolsos. Desta forma, diante da inexorabilidade da formação de facções em um sistema livre seria inútil dizer que estadistas esclarecidos seriam capazes de ajustar esses interesses conflitantes e de torná-los todos subordinados ao bem público. Nem sempre os estadistas esclarecidos estariam no leme. Sendo assim, não poderia ser capaz de remover as causas da facção, no entanto apenas impor o remédio de impor meios de controlar os seus efeitos.

Em uma república no qual o governo é delegado a um número grande de cidadãos e a área que pode abranger observa-se que seus representantes não devem ser muito poucos, a fim de evitar a conspiração de alguns; e, por maior que ela seja, também não devem ser por demais numerosos, a fim de prevenir a confusão das multidões. Além disto como cada representante será escolhido por um número maior de cidadãos nas grandes do que nas pequenas repúblicas, será mais difícil para os candidatos sem méritos utilizar com êxito artifícios desonestos, que tantas vezes tem dado a vitória nas eleições; e os sufrágios do povo, sendo mais livres, terão maior probabilidade de se concentrarem sobre pessoas que possuam méritos mais atraentes e personalidades mais firmes e propagadoras. Ademais:

Quanto menor a sociedade, mais raros provavelmente serão os partidos e interesses distintos; quanto mais reduzido for o número destes, mais frequentemente se constituirá uma maioria do mesmo partido; e à medida que diminuir o número de indivíduos para compor a maioria e o campo dentro do qual ela deve agir, mais facilmente serão elaborados e executados seus planos de opressão. Alargado esse campo, teremos uma variedade maior de partidos e interesses, tornando menos provável a constituição de uma maioria no conjunto que, alegando um motivo comum, usurpe os direitos de outros cidadãos; ou, se tal motivo existe, será mais difícil, para todos que o sentirem, mobilizar suas próprias forças e agir em uníssono. Além de outros obstáculos, deve-se registrar que, onde houver uma suspeita de propósitos injustos ou desonestos, o relacionamento estará sempre sujeito a desconfianças, em proporção ao número daqueles cujo concurso é necessário. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 263).

Sendo assim, a união dos Estados possui uma segurança maior contra a eventualidade de qualquer dos partidos conquistar maioria e oprimir os restantes, ao mesmo tempo em que a maior variedade de partidos existentes aumenta esta segurança. A influência de líderes facciosos pode provocar incêndios nos respectivos Estados, mas não será capaz de propagar uma conflagração geral entre os demais. Um remédio republicano para as doenças mais incidentes sobre um governo republicano.

Hamilton, no ponto 15, afirma que nada há de absurdo ou impraticável na ideia de uma liga ou aliança entre nações independentes, ademais, explicita os defeitos da confederação. Expõe que governar implica o poder de baixar leis. Sendo essencial à ideia de uma lei que ela seja respaldada por uma sanção ou, em outras palavras, uma penalidade ou punição pela

desobediência, as resoluções ou ordens que pretendem ter força de lei, serão, na realidade nada mais do que conselhos ou recomendações. Acredita ser fantasiosa a ideia de que se respeitariam estas recomendações. Afina, a razão de existência dos governos (realisticamente) seria a existência de paixões humanas que não se conformam com os ditames da razão e da justiça, sem que a tanto sejam forçadas. Sendo assim, seria necessário espancar o espírito de facção, que é capaz de instilar seu veneno nas deliberações de todos os agrupamentos humanos, muitas vezes precipita as pessoas que os integram a praticar impropriedades e excessos dos quais se envergonhariam se os cometessem individualmente. Sendo assim, a federação teria mais ordem, prontidão e autoridade para o respeito ao bem-estar público e para a executar as resoluções e decretos.

No ponto 51, Madison apresenta ideias de freios e contrapesos o qual atribui funções e prerrogativas aos três poderes governamentais. Afirma que o judiciário deveria preservar a vitaliciedade do mandato para destruir qualquer laço de dependência em relação à autoridade responsável pela nomeação. Para neutralizar a ambição e ameaças de ataques de um poder sobre o outro seria necessário entender a natureza humana a qual se fossem os homens anjos não haveria necessidade de haver governo e também se fossem governados por anjos, dispensar-se-iam os controles internos e externos do governo. No mesmo sentido de Montesquieu habilitar o governante a controlar o governado e também obrigá-lo a controlar-se a si mesmo. Apresenta, por exemplo, o direito a veto absoluto sobre o legislativo ser o instrumento natural com que o executivo deva ser armado (entretanto entender que isto não seja inteiramente seguro nem unicamente suficiente).

No ponto 78, Hamilton coloca os juízes como guardiões da Constituição. Como o judiciário não tem a menor influência sobre a espada (como o executivo) nem sobre o tesouro (como o legislativo que controla os gastos do tesouro) não participa da força nem da riqueza da sociedade e não toma resoluções de qualquer natureza. Poder-se-ia dizer que não tem força nem vontade, limitando-se simplesmente a julgar, dependendo fundamentalmente do auxílio do ramo executivo para a eficácia de suas sentenças. Prova-se assim que o judiciário é o mais fraco dos três poderes; que nunca poderá enfrentar com êxito qualquer dos outros dois; e que deve tomar todas as precauções possível para defender-se dos ataques deles. Prova-se assim que a liberdade nada tem a temer do judiciário isoladamente, mas tem mo-

tivos de sobre para precaver-se contra a união desse poder com qualquer dos outros dois. Não somente, o argumento da representatividade não se deve supor que a constituição tivesse pretendido habilitar os representantes do povo a sobrepujarem a própria vontade á de seus constituintes.

No ponto 57, Madison salienta que o processo eletivo de escolher dirigentes é a norma característica do governo republicano. Os meios com que conta esta forma de governo para evitar sua degeneração são numerosos e variados. O mais eficaz consiste na limitação do período dos mandatos, visando a manter uma adequada responsabilidade perante o povo. E que as bases populares da câmara dos deputados.

Quais serão os eleitores dos deputados federais? Não os ricos mais do que os pobres, os letrados mais do que os ignorantes; não os orgulhosos herdeiros de nomes famosos mais do que os humildes filhos de obscuras e desafortunadas famílias. O eleitorado será constituído pela grande massa do povo dos Estados Unidos, o mesmo que exercerá o direito, em cada Estado, de eleger o órgão correspondente do legislativo estadual. Entretanto, todas estas garantias, porém, resultariam insuficientes sem o freio de eleições frequentes. A câmara dos deputados é constituída de forma a manter em seus membros uma constante lembrança de sua dependência em relação ao povo. Antes que o exercício do poder possa apagar os sentimentos impressos em seus espíritos pela maneira como foram escolhidos, serão compelidos a prever o momento em que seu poder terminar, quando o mandato tiver de ser renovado e todos deverão descer para o nível de onde foram elevados e no qual permanecerão para sempre, a menos que, por terem honrado a confiança neles depositada, hajam conquistado o direito de vê-la renovada.

No ponto 62, Madison aponta a natureza e a influência estabilizadoras do congresso. Ressaltando a igualdade de representação no senado, evidentemente resultando do compromisso entre pretensões conflitantes dos Estados grandes e dos pequenos. Importando, assim, proporção na participação no governo.

O senado deve em todos os casos ser um salutar controlador do governo. Dobrando a proteção do povo, por exigir a concorrência de dois órgãos distintos de qualquer esquema visando à usurpação ou à deslealdade, quando, não fora isso, a ambição ou a corrupção de um deles seria suficiente. Outro fator é a necessidade de frear impulsos de súbitas e

violentas paixões a ser levadas por líderes facciosos a tomarem resoluções intempestivas e perniciosas. Outro defeito a ser corrigido por um senado decorre da falta dos devidos conhecimentos sobre os princípios e objetivos da legislação. Ademais, a mutabilidade nos conselhos públicos, decorrente de uma rápida sucessão de novos membros, evidencia de maneira acentuada por mais qualificados que eles sejam- a necessidade de alguma instituição estável do governo. Em cada nova eleição estadual é substituída a metade dos representantes. Tal substituição de pessoas acarreta mudanças de opiniões e estas, por sua vez, novas alterações na legislação. Ora, tais alterações, se frequentes, são inconsistentes com as regras da prudência e com as perspectivas de êxito. A observação é comprovada na vida privada e se justifica com importância ainda maior no plano nacional.

Não somente:

Outro efeito da instabilidade pública é a absurda vantagem que ela permite ao pequeno grupo de espertos, audazes e endinheirados sobre a laboriosa e desinformada massa do povo. Cada novo dispositivo concernente ao comércio ou à receita, ou que de alguma maneira afete o valor das diferentes espécies de bens, apresenta um novo benefício para aqueles que acompanham a alteração e podem prever suas consequências – um benefício não criado por eles, mas pelo trabalho e prudência do grande conjunto de seus concidadãos. Esta é a situação que permite afirmar, com alguma verdade, que as leis são feitas para uns poucos, não para a maioria. (HAMILTON; MADISON; JAY, 2003, p. 263).

Por outro lado, como método de legitimidade política Rousseau (2002) explicita a formação de pactos sociais os quais, de forma mais relevante, põe a pessoa todo seu poder sob a suprema direção da vontade geral recebendo assim os membros da sociedade como parte indivisível de um todo. Este espírito, de forma indubitável, traria o bem comum de todos. Espírito democrático o qual tem a vontade geral como princípio indisponível de uma sociedade civilizada evitando entre outras coisas a exploração e a tirania contra os cidadãos.

No livro II de O contrato social, Rousseau (2002, p. 36-77) afirma defendendo a ideia de que o poder se emana do povo destaca princípios para a vontade geral. Destaca-se no primeiro capítulo que a soberania é inalienável:

A primeira e mais importante consequência dos princípios acima estabelecidos está em que somente a vontade geral tem possibilidade de dirigir as forças do Estado, segundo o fim de sua instituição, isto é, o bem comum; pois se a oposição dos interesses particulares tomou necessário

o estabelecimento das sociedades, foi a conciliação destes mesmos interesses que a tornou possível. Eis o que há de comum nesses diferentes interesses fornecedores do laço social; e, se não houvesse algum ponto em torno do qual todos os interesses se harmonizam, sociedade nenhuma poderia existir. Ora, é unicamente a base desse interesse comum que a sociedade deve ser governada. Digo, pois, que outra coisa não sendo a soberania senão o exercício da vontade geral, jamais se pode alienar, e que o soberano, que nada mais é senão um ser coletivo, não pode ser representado a não ser por si mesmo; é perfeitamente possível transmitir o poder, não porém a vontade. (ROUSSEAU, 2002, p. 36).

Ademais, (no capítulo segundo) afirma-se que a soberania é indivisível:

Pela mesma razão que a torna inalienável, a soberania é indivisível, porque a vontade é geral, ou não o é; é a vontade do corpo do povo, ou apenas de uma de suas partes. No primeiro caso, essa vontade declarada constitui um ato de soberania e faz lei; no segundo, não passa de uma vontade particular ou um ato de magistratura; é, no máximo, um decreto. Porém nossos políticos, não podendo dividir a soberania em seu princípio, dividem-na em força e em vontade, em poder legislativo e em poder executivo, em direitos de impostos, de justiça e de guerra, em administração interior e em poder de tratar com o estrangeiro; ora confundem todas essas partes, ora as separam; fazem do soberano um ser fantástico formado de peças ajustadas; é como se compusessem o homem reunindo diversos corpos, um dos quais teria os olhos, outro os braços, outro os pés, e nada mais. Os pelotiqueiros do Japão, segundo dizem, despedaçam uma criança à vista da assistência em seguida lançam ao ar, um após outro, todos os membros, e fazem a criança voltar ao chão viva e completamente reajuntada. Tais são aproximadamente os engodos de nossos políticos: depois de haverem desmembrado o corpo social graças a uma prestidigitação digna da feira, reúnem as peças não se sabe como. (ROUSSEAU, 2002, p. 38).

No livro III, em seu capítulo quarto, da democracia, Rousseau (2002, p. 93-97) salienta que:

Quem faz a lei sabe melhor que ninguém como deve ser ela executada e interpretada. Parece, pois, que não se poderia ter melhor constituição que essa em que o poder executivo está unido ao legislativo; mas é justamente isso que torna esse governo sob certos aspectos insuficiente, uma vez que as coisas que deveriam ser diferenciadas não o são, e o príncipe e o soberano, sendo a mesma pessoa, não forma, por assim dizer, senão um governo sem governo. Não é conveniente que quem redija as leis as execute, nem que o corpo do povo desvie a atenção dos alvos gerais para a concentrar nos objetos particulares. Nada é mais perigoso que a influência dos interesses privados nos negócios públicos; e o abuso das leis por parte do governo constitui um mal

menor que a corrupção por parte do legislador, continuação infalível dos alvos particulares. Então, alterado o Estado em sua substância, toda reforma se torna impossível. Um povo que jamais abusaria do governo, também jamais abusaria da independência; um povo que sempre governasse bem, não teria necessidade de ser governado. (SEM GRIFOS NO ORIGINAL) (ROUSSEAU, 2002, p. 93-94).

Neste ponto, pode-se aferir que a democracia deve também ter a precaução sobre determinados pontos mesmo que sejam “convenientes”, não somente observar a governança sobre a vigilância dos interesses privados sobre negócios públicos.

Tangencia-se, assim, o que foi observado no princípio deste artigo: a busca equilibrada da tensão entre os diversos fatores da sociedade (em especial a protetividade, a ordem Estatal e a vontade geral democrática).

Todos os fatores abordados explicitam o uso da razão em busca de uma política (ou políticas) que busque legitimidade e capacidade de desenvolvimento harmônico da sociedade. Teorias políticas que, indubitavelmente permitiram compor inúmeros conflitos e demandas da humanidade.

Sendo assim, o presente artigo procurou demonstrar os principais conflitos entre a liberdade negativa e a liberdade positiva, demonstrando também suas principais consequências. As razões de um Estado democrático de Direito (protetivo). A importância de se respeitar a vontade geral.

A atualidade, no entanto, enfrenta fortíssimas crises de legitimidade política. Crises estas que se oferecem por novos conflitos, novas composições sociais, tecnológicas, econômicas, ambientais etc. Muitos dos ensinamentos dos autores clássicos tratados neste trabalho acadêmico (entre outros teóricos políticos e juristas clássicos) se demonstram insuficientes na contemporaneidade.

As soluções que se podem encontrar não podem ser oferecidas com respostas acadêmicas, políticas ou jurídicas fechadas e totalmente determinadas pois estas tensões resultam de valores distintos os quais apenas o próprio exercício político democrático dentro do Estado de Direito é capaz de equilibrar e suavizar tais tensões.

Desta forma, *a priori* a própria existência desta tensão é saudável em face dos valores consagrados na atualidade, *a posteriori*, é necessário frisar que é necessário que as múltiplas vertentes sociais entendam que tais valores não podem ser absolutos, se assim for a liberdade negativa levaria os cidadãos à miséria, exploração e indignidade e por outro lado a liberdade positiva levaria a sociedade ao autoritarismo ou totalitarismo.

Quanto à crise de legitimidade, o estudo permitiu demonstrar que a criação racional de mecanismos os quais freiem o poder pelo poder e disponha a força política de tal forma a anular os abusos do governo, são métodos eficazes para uma sociedade harmônica e próspera. Desta forma, talvez a disposição sociológica, cultural, tecnológica etc., não permitam uma governabilidade adequada pelas instituições e teorias oferecidas pelos autores clássicos. As novas formas tecnológicas permitem uma maior possibilidade de participação da população no poder, entretanto, como fazê-lo de forma a que a maioria não se imponha de forma autoritária ou irresponsável? Qual seria o limite da representatividade técnica e conservadora (no sentido de responsabilidade política)? Como resolver os problemas de uma sociedade que apresenta mudanças e novas demandas em uma velocidade absurda? Quanto pode-se esperar pelo legislativo extremamente vagaroso para regularizar e dispor de normas imperiosas e urgentes sem anulá-lo pela governabilidade do executivo e do judiciário (desequilibrando o sistema clássico de separação e harmonia entre os poderes)? Como fazer com que a população podendo, pelos sistemas tecnológicos, se informar diariamente da má administração e da corrupção intensa aceitar o sistema político atual passivamente sem revoltas ou confrontos? Como harmonizar as demandas desproporcionais da democracia no sistema atual? Como lidar com o poder democrático cada vez mais difuso, fragmentado, burocrático e de difícil recomposição? Como administrar os conflitos sociais cada vez mais intensos no desenvolvimento democrático? Como manter a saúde das instituições governamentais em uma sociedade cada vez mais robotizada, com menos empregos, mais excludente, com demandas sociais cada vez mais intensas e difusas? Como compor a insatisfação popular com publicidades governamentais que não mais conseguem demonstrar veracidade em razão da disseminação da informação em redes sociais e por meios diversos de tecnologia? Como apaziguar as insatisfações públicas sobre a má governabilidade, corrupção e falta de infraestrutura em uma era em que os cidadãos podem com maior facilidade viajar para países desenvolvidos e contrastar urbanidade com o caos generalizado enfrentado pelas populações nos países subdesenvolvidos? Como levar efetivamente saúde pública, conforto e urbanismo em um meio ambiente cada vez mais degradado?

Estas e muitas outras questões são grandes entraves enfrentados pela legitimidade política atual. Contudo, embora seja de difícil solução é necessário fazer como os pensadores clássicos que, com racionalidade e cora-

gem, ofereceram soluções e métodos teóricos e políticos para compor conflitos político-sociais. É necessário comprometimento de todos os setores da sociedade. **A tarefa é árdua.**

### 3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho acadêmico procurou demonstrar os principais conflitos entre a liberdade negativa e a liberdade positiva, demonstrando também suas principais consequências. As razões de um Estado democrático de Direito protetivo. A importância de se respeitar a vontade geral. Não somente, as razões da crise de legitimidade política da era atual.

As soluções que se podem encontrar não podem ser oferecidas com respostas acadêmicas, políticas ou jurídicas fechadas e totalmente determinadas pois estas tensões resultam de valores distintos os quais apenas o próprio exercício político democrático dentro do Estado de Direito é capaz de equilibrar e suavizar tais tensões.

Desta forma, *a priori* a própria existência desta tensão é saudável em face dos valores consagrados na atualidade, *a posteriori*, é necessário frisar que é necessário que as múltiplas vertentes sociais entendam que tais valores não podem ser absolutos, se assim for a liberdade negativa levaria os cidadãos à miséria, exploração e indignidade e por outro lado a liberdade positiva levaria a sociedade ao autoritarismo ou totalitarismo.

Quanto a crise de legitimidade o trabalho acadêmico permitiu demonstrar que a criação racional de mecanismos os quais freiem o poder pelo poder e disponha a força política de tal forma a anular os abusos do governo são métodos eficazes para uma sociedade harmônica e próspera. Desta forma, talvez a disposição sociológica, cultural, tecnológica etc, não permitam uma governabilidade adequada pelas instituições e teorias oferecidas pelos autores clássicos. As novas formas tecnológicas permitem uma maior possibilidade de participação da população no poder, entretanto, como fazê-lo de forma a que a maioria não se imponha de forma autoritária ou irresponsável? Qual seria o limite da representatividade técnica e conservadora (no sentido de responsabilidade política)? Como resolver os problemas de uma sociedade que apresenta mudanças e novas demandas em uma velocidade absurda? Quanto pode-se esperar pelo legislativo extremamente vagaroso para regularizar e dispor de normas imperiosas e urgentes sem anulá-lo pela governabilidade do executivo e do judiciário (desequilibrando o sistema

clássico de separação e harmonia entre os poderes)? Como fazer com que a população podendo, pelos sistemas tecnológicos, se informar diariamente da má administração e da corrupção intensa aceitar o sistema político atual passivamente sem revoltas ou confrontos? Como harmonizar as demandas desproporcionais da democracia no sistema atual? Como lidar com o poder democrático cada vez mais difuso, fragmentado, burocrático e de difícil recomposição? Como administrar os conflitos sociais cada vez mais intensos no desenvolvimento democrático? Como manter a saúde das instituições governamentais em uma sociedade cada vez mais robotizada, com menos empregos, mais excludente, com demandas sociais cada vez mais intensas e difusas? Como compor a insatisfação popular com publicidades governamentais que não mais conseguem demonstrar veracidade em razão da disseminação da informação em redes sociais e por meios diversos de tecnologia? Como apaziguar as insatisfações públicas sobre a má governabilidade, corrupção e falta de infraestrutura em uma era em que os cidadãos podem com maior facilidade viajar para países desenvolvidos e contrastar urbanidade com o caos generalizado enfrentado pelas populações nos países subdesenvolvidos? Como levar efetivamente saúde pública, conforto e urbanismo em um meio ambiente cada vez mais degradado?

Estas e muitas outras questões são de grandes entraves enfrentados pela legitimidade política atual. Contudo, embora seja de difícil solução é necessário fazer como os pensadores clássicos que com racionalidade e coragem ofereceram soluções e métodos teóricos e políticos para compor conflitos político-sociais. É necessário comprometimento de todos os setores da sociedade. A tarefa é árdua.

## REFERÊNCIAS

- BERLIN, Isaiah. **Quatro ensaios sobre a liberdade**. Brasília: Universidade de Brasília, 1981.
- BOBBIO, Norberto. **Liberalismo e Democracia**. São Paulo: Brasiliense. 2000.
- \_\_\_\_\_. **Teoria geral da política**. Rio de Janeiro: Elsevier. 2000.
- HAMILTON, Alexander; MADISON, James; JAY, John. **O Federalista**. Belo Horizonte: Líder. 2003.
- MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes. 2000.
- ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. São Paulo: RidendoCastigatMores. 2002.



DE FATO E DE DIREITO

## O que estamos pesquisando

Sob a chancela do corpo docente da Unisul Campus Universitário da Grande Florianópolis, eis o resultado dos trabalhos monográficos indicados para publicação, meticulosamente revisados por professores orientadores, membros integrantes de banca e coordenadores de núcleo de monografia..



# MEDIAÇÃO: A EFETIVIDADE DE SUA APLICAÇÃO NA RESOLUÇÃO DE CONFLITOS FAMILIARES A PARTIR DE SUA INSERÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

ACADÊMICA: **Aline Mayara Sebben**

ORIENTADORA: **Gisele Rodrigues Martins Goedert**

EXAMINADORA: **Patrícia Rodrigues Menezes Castagna**

EXAMINADOR: **Hernani Luiz Sobierajski**

## RESUMO

A presente monografia tem como proposta analisar a efetividade da mediação como método alternativo de resolução de conflitos familiares e as principais contribuições trazidas pela institucionalização desse método a partir de sua inserção no ordenamento jurídico brasileiro. Para atingir o objetivo proposto, será desenvolvido um estudo sobre os principais aspectos conceituais e práticos que envolvem os métodos alternativos de resolução de conflitos, quais sejam, a negociação, a arbitragem, a conciliação e a mediação. Em seguida, serão analisadas questões primordiais do Direito de Família como conceito, evolução história, seus princípios norteadores, assim como as complexidades do conflito familiar. Ao final, será abordada a questão da aplicabilidade da mediação no contexto das relações familiares e o incentivo do legislador a partir da edição da Resolução n. 125 do Conselho Nacional de Justiça e da publicação do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação, examinando-se as principais contribuições das normas à legitimação e disseminação do instituto. Trata-se de um trabalho desenvolvido no método dedutivo, baseado na técnica de pesquisa documental e bibliográfica, partindo da doutrina, artigos científicos e da legislação vigente referentes ao tema em estudo. Assim, o trabalho procura enfatizar a possibilidade de aplicação das metodologias consensuais para o tratamento do conflito familiar e destacar a grande importância de uma mudança de paradigma e cultural que deve ser incentivada por todos os operadores do Direito.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Resolução de Conflitos. Direito de Família. Mediação Familiar.*

## A AÇÃO CIVIL PÚBLICA E SUA EFICÁCIA NA PROTEÇÃO DO MEIO AMBIENTE

ACADÊMICO: **Bruno Pereira Drabeski**

ORIENTADOR: **Jeferson Puel**

EXAMINADOR: **Régis Schneider Ardenghi**

EXAMINADOR: **Luiz Gustavo Lovato**

### RESUMO

A presente monografia tem por objetivo estudar a Ação Civil Pública como mecanismo eficaz de proteção ao meio ambiente, no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. Edificada a partir do método dedutivo e por meio de pesquisa bibliográfica qualitativa, traz à tona a tutela jurisdicional do Estado no que concerne à proteção do meio ambiente, destacando seus elementos constitutivos, conceitos e características peculiares. Apresenta a origem e os aspectos processuais da *actio*, além de suas fontes e fundamentos trazidos pela Carta Magna, bem como as técnicas e procedimentos que faz uso em prol da tutela dos interesses transindividuais. A Ação Civil Pública foi originada a partir da promulgação da Lei nº 7.347/85 e estabeleceu o objetivo de apurar a responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, além de outros bens e interesses tutelados. Ao discorrer sobre a relação entre Direito Ambiental e Ação Civil Pública, elencam-se os princípios gerais que embasam a propositura da demanda pelos entes legitimados, com a posterior competência para o processamento e julgamento do feito. No tocante à eficácia da demanda, está coadunada com os princípios constitucionais de manutenção da qualidade do meio ambiente, essencial à qualidade de vida, no intuito de deixá-lo como legado às futuras gerações. Como resultado da presente pesquisa, denota-se que ao longo de três décadas, a utilização da Ação Civil Pública é eficaz no que tange às medidas e ações que proporcionaram a defesa do patrimônio ambiental em território brasileiro, e sua utilização se prolongará ao longo dos anos, a partir das inovações jurídicas que majorem ainda mais a sua relevância no âmbito da proteção ambiental.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Ação Civil Pública. Tutela jurisdicional do Estado. Proteção do meio ambiente.*

## O DANO TEMPORAL NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DE CONSUMO

ACADÊMICA: **Cristiele Souza Valentini**

ORIENTADOR: **Hernani Luiz Sobierajski**

EXAMINADOR: **José Ricardo Tavares**

EXAMINADOR: **Wânio Wiggers**

### RESUMO

A presente monografia, requisito para obtenção do título de Bacharel em Direito pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL), destaca o surgimento de uma nova modalidade de dano indenizável, qual seja, o dano temporal decorrente das relações consumeristas. Referido trabalho, elaborado através do método dedutivo, monográfico, bibliográfico e documental, visa demonstrar a responsabilidade do fornecedor nas relações de consumo pela subtração do tempo produtivo do Consumidor, bem como da importância do reconhecimento da nova categoria de dano – Dano Temporal. O estudo realizado faz uma breve análise dos aspectos gerais do Direito do Consumidor e das relações consumeristas, abordando conceitos, princípios, elementos essenciais à configuração da responsabilidade dos fornecedores de produtos e serviços, bem como os mecanismos legais de proteção postos à disposição do consumidor, ressaltando a importância do tempo útil como valor jurídico autônomo. Resta estabelecida sua definição e caracterização, bem como as hipóteses de incidência e parâmetros para responsabilização dos agentes causadores do referido dano. Por fim, aborda a perspectiva doutrinária e jurisprudencial acerca da nova modalidade de dano oriunda das relações de consumo: o dano temporal, cuja consagração como bem jurídico passível de indenização serve de amparo ao consumidor, fortalecendo sua proteção no âmbito das relações consumeristas.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Relações de consumo. Responsabilidade civil. Dano temporal.*

## A INCIDÊNCIA DAS FALSAS MEMÓRIAS NO PROCESSO PENAL

ACADÊMICA: **Fabiane Romanzini Pritsch**

ORIENTADORA: **Priscila de Azambuja Tagliari**

EXAMINADORA: **Eliana Becker**

EXAMINADOR: **Javier Rodrigo Maidana**

### RESUMO

O objeto precípua deste trabalho monográfico é a análise da incidência do fenômeno psicológico das falsas memórias na produção da prova testemunhal no processo penal. Para tanto, adotou-se o método de abordagem dedutivo, bem como as técnicas bibliográfica e documental. O Estado, por ser o titular exclusivo do jus puniendi, é o responsável por impor uma sanção quando constatar a prática de um crime. Contudo, referida medida somente poderá ser aplicada se houver a instauração de um processo, instrumento previsto em lei para apurar se a conduta imputada a um indivíduo é, de fato, ilícita. A prova testemunhal, principal meio probatório utilizado pelos operadores jurídicos para comprovar a ocorrência de um delito, apresenta diversas falhas, entre elas, as ocasionadas pela falsificação da memória, seja decorrente de influências externas ou internas, uma vez que acarretam dúvidas a respeito da veracidade das informações colhidas através dos depoimentos, os quais, recorrentemente, embasam a persecução penal.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Processo penal. Prova testemunhal. Falsas memórias.*

## A ROTULAGEM DE ALIMENTOS SOB A PERSPECTIVA DA SEGURANÇA ALIMENTAR E NUTRICIONAL, DO DIREITO HUMANO À ALIMENTAÇÃO ADEQUADA E DOS DIREITOS DO CONSUMIDOR NO BRASIL

ACADÊMICA: **Fernanda Gavioli**

ORIENTADORA: **Solange Buchele de S Thiago**

EXAMINADORA: **Danielle Maria Espezim dos Santos**

EXAMINADORA: **Priscila de Azambuja Tagliari**

### RESUMO

O estudo discute a constitucionalização do direito à alimentação, a Segurança Alimentar e Nutricional e o Direito Humano à Alimentação Adequada para a proteção dos direitos do consumidor no que tange a rotulagem de alimentos no Brasil. São apresentados apontamentos sobre a soberania alimentar, os desafios para a garantia do acesso a alimentos sãos, saudáveis, livres de contaminação, em quantidade e qualidade suficientes e de forma ininterrupta, a fim de que se alcance os direitos e garantias previstos constitucionalmente, tais como o direito à vida e a uma alimentação saudável. O acesso à alimentação adequada no Brasil vem sendo assegurado por leis e normas de caráter nacional e internacional, bem como pelos princípios de ordem constitucional e legal, dentre os quais incidem o princípio da solidariedade, da transparência e informação, da precaução e da defesa do consumidor. Busca-se estabelecer interfaces entre a Segurança Alimentar e Nutricional, o Direito Humano à Alimentação Adequada e a rotulagem de alimentos, focando o contexto do direito consumerista no Brasil e o direito à informação.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Segurança Alimentar e Nutricional. Consumidor. Rotulagem de alimentos.*

# A (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA ATUAÇÃO APURATÓRIA POR PARTE DA POLÍCIA MILITAR NOS CRIMES PRATICADOS POR ORGANIZAÇÕES CRIMINOSAS

ACADÊMICO: **Júlio César de Oliveira Junior**

ORIENTADOR: **Aldo Nunes da Silva Jr**

EXAMINADOR: **Everson Becker Silva**

EXAMINADORA: **Maria Lúcia Pacheco Ferreira Marques**

## RESUMO

O trabalho tem como tema de estudo a atuação apuratória da Polícia Militar frente aos crimes praticados por organizações criminosas, com o objetivo de verificar se a utilização de modo investigativo dessa instituição policial será considerada sempre constitucional. Para lograr êxito, empregou-se o método dedutivo, bem como o tipo de pesquisa exploratória e a técnica de pesquisa bibliográfica e documental. Nesta linha, a pesquisa trouxe à tona discussões acerca do assunto, sobre o qual alguns doutrinadores afirmam ser sempre inconstitucional a atuação em procedimentos investigatórios por parte da Polícia Militar, ao passo que outros conferem flexibilidade, asseverando existirem hipóteses nas quais o instituto será considerado válido. Aos que consideram constitucional, a atuação investigatória da Polícia Militar terá legitimidade quando a instituição agir em função da manutenção da ordem pública, ou seja, sempre que o interesse público for prejudicado, será legítima a ação da polícia militar de modo a restaurar esse prejuízo. Já no caso de inconstitucionalidade, alguns autores defendem que procedimentos investigatórios são atividades concedidas com exclusividade pela Constituição Federal às polícias judiciárias, sendo, portanto, ilegal a atuação da Polícia Militar nessa seara.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Polícia Militar. Organização Criminosa. Investigação Criminal.*

## A REVOGAÇÃO DO MANDATO POLÍTICO ATRAVÉS DO RECALL

ACADÊMICA: **Kiara Fernanda Gonçalves**

ORIENTADORA: **Solange Büchele de S. Thiago**

EXAMINADORA: **Danielle Maria Espezim dos Santos**

EXAMINADORA: **Priscila de Azambuja Tagliari**

### RESUMO

Trata-se de trabalho monográfico que propõe analisar, à luz da teoria constitucional, a instituição do *recall* no ordenamento jurídico brasileiro como mecanismo de revogação do mandato político pelos eleitores. O *Recall* é um mecanismo que amplia a participação política, permitindo que o cidadão possa agir e interferir de modo eficaz na mudança dos cenários políticos, tendo em mente que a democracia é um processo em permanente construção. Para atingir tal objetivo analisará o conceito de democracia, as formas de democracia, buscando demonstrar, de acordo com o ordenamento jurídico nacional, como ocorre a participação popular no Estado Brasileiro. Paralelamente, explicita-se uma crítica ao sistema político do país, pela ausência de mecanismos de controle periódicos dos mandatos políticos. A pesquisa monográfica, basicamente bibliográfica, busca, dentro de suas limitações, avançar no fortalecimento do regime democrático, demonstrando que o *recall* pode ser um mecanismo utilizado por eleitores responsáveis, em face de eleitos irresponsáveis, possibilitando a retomada da legitimidade perdida.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Democracia. Representação democrática. Participação popular. Revogação. Recall.*

# DEMISSÃO POR JUSTA CAUSA EM RAZÃO DE PUBLICAÇÕES NAS REDES SOCIAIS: UMA ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA LIBERDADE DE EXPRESSÃO DO EMPREGADO FRENTE AO DIREITO À HONRA E À BOA FAMA DO EMPREGADOR

ACADÊMICA: **Mariana Moreira Carmes**

ORIENTADORA: **Carolina Giovaninni Aragão de Santana**

EXAMINADOR: **Gilmar Cavalieri**

EXAMINADORA: **Patrícia Rodrigues Menezes Castagna**

## RESUMO

O presente estudo tem como objetivo analisar se é admissível a aplicação da justa causa em decorrência de publicações dos empregados nas redes sociais que ferem a honra ou a boa fama do empregador. Para tanto, foi utilizada uma abordagem dedutiva, procedimento monográfico, baseado em uma pesquisa exploratória em material bibliográfico. Constatou-se que como o tema é recente, ainda não há um posicionamento dos doutrinadores sobre a demissão por justa causa em razão de publicações nas redes sociais. Já ao analisar as jurisprudências que tratam de demissão por justa causa em razão de publicação no *Facebook* que feriu a honra ou a boa fama do empregador, também não foi possível aferir sobre a admissibilidade da aplicação desta hipótese de justa-causa. Isso porque, apesar de em 52% dos acórdãos o Tribunal Regional do Trabalho ter revertido a justa causa aplicada pelos empregadores em razão de publicações no *Facebook*, a diferença entre os entendimentos é de apenas 4% em um universo amostral pequeno. Desta forma, após análise dos acórdãos, foi possível concluir que enquanto não houver dispositivos legais que esclareçam quais os aspectos a serem considerados para aplicar as hipóteses de justa causa previstas nas alienas *j* e *k* do art. 482 da Consolidação das Leis Trabalhistas, as empresas e os empregados devem tomar algumas precauções para evitar que publicações nas redes sociais gerem prejuízos a ambos, ao prejudicar a imagem da empresa e gerar justa-causa ao empregado.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Liberdade de Expressão. Redes Sociais. Justa-Causa.*

## COLABORAÇÃO PREMIADA: MEIO EFICAZ DE OBTENÇÃO DE PROVA

ACADÊMICO: **Natan Loch**

ORIENTADORA: **Cristiane Goulart Cherem**

EXAMINADORA: **Marcele de Freitas Emerim**

EXAMINADORA: **Eliana Becker**

### RESUMO

O presente trabalho trata da colaboração premiada como um negócio jurídico processual com efeitos materiais e um meio de obtenção de prova eficiente no combate às organizações criminosas, onde o colaborador voluntariamente faz declarações e apresenta provas que proporcionam um dos resultados esperados em lei, e em troca o colaborador recebe uma sanção premial. Para isso, utiliza-se o método de pensamento dedutivo e o procedimento monográfico, com técnica de pesquisa bibliográfica. Para que se possa compreender o instituto da colaboração premiada, faz-se a apresentação de seus antecedentes históricos e jurídicos, expondo sua bagagem de fatos infames. Também se analisa seu conceito, e a disposição deste conceito nas leis, sua natureza jurídica, seus pressupostos de validade, os prêmios advindos da colaboração, como esses prêmios são concedidos e a eficácia da colaboração premiada. O objetivo deste trabalho é analisar o instituto da colaboração premiada para compreender sua eficácia no combate ao crime organizado. Para isso, verifica-se a aplicação da colaboração premiada no sistema jurídico brasileiro, principalmente na Lava Jato. Entretanto, este trabalho não tem a pretensão de exaurir o tema, pois trata-se de um instituto com muitos detalhes, com demasiadas divergências.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Colaboração premiada. Delação. Lava Jato.*

# A CRIMINALIZAÇÃO DOS ATOS DISCRIMINATÓRIOS CONTRA A DIVERSIDADE SEXUAL E TRANSGENERIDADES À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

ACADÊMICO: **Paulo Luis Schultz**

ORIENTADORA: **Maria Lúcia Pacheco Ferreira Marques**

EXAMINADOR: **Everson Becker Silva**

EXAMINADOR: **Aldo Nunes da Silva Júnior**

## RESUMO

Os ataques à dignidade humana da população LGBT no Brasil carecem de uma efetiva proteção penal por parte do Poder Público, que não parece interessado em contrariar os interesses das comunidades heteronormativas instaladas em seu seio. Diante disso, o presente estudo visa identificar a necessidade da criminalização dos atos que discriminem as relações sexuais e afetivas entre pessoas que não se enquadram no eixo heterossexual, aos seres humanos que não se identificam com seu sexo originário, seus reflexos na ideologia da proteção à dignidade da pessoa humana em suas características mais fundamentais e analisar criticamente a melhor estratégia legal para promover a sua proteção. Utilizou-se de abordagem dedutiva, procedimento monográfico, além de técnicas bibliográficas e documentais de pesquisa. Também foram trabalhados conceitos intrínsecos à sexualidade humana, como a definição de orientação sexual e identidade de gênero e seus respectivos tipos de manifestações, como a homossexualidade e a transexualidade. A necessidade de proteger a dignidade humana da comunidade LGBT na esfera penal é urgente e não pode mais permanecer invisível aos entes estatais, principalmente no que tange ao dever constitucionalmente imposto ao Poder Legislativo de representar a sociedade e debater sobre os seus interesses.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Dignidade humana. Criminalização. Preconceito.*

## A ALIENAÇÃO FIDUCIÁRIA DE BENS IMÓVEIS COMO GARANTIA NOS FINANCIAMENTOS FORA DO SISTEMA FINANCEIRO IMOBILIÁRIO

ACADÊMICO: **Rui Carlos Cordioli**

ORIENTADOR: **Régis Schneider Ardenghi**

EXAMINADOR: **Hercílio Emerich Lentz**

EXAMINADORA: **Cândida de Oliveira Tasso**

### RESUMO

Na presente monografia discutem-se inicialmente as garantias reais, sua conceituação, a evolução histórica dos direitos reais, a classificação, as funções e as espécies de garantias reais disponíveis no ordenamento jurídico pátrio. Na sequência, aborda-se a Alienação Fiduciária de Bens Imóveis segundo a Lei nº 9.514/1997, discutindo-se as razões e o contexto histórico da criação da referida norma, suas vantagens e desvantagens em especial quando comparada com a hipoteca. Ainda neste tópico, explana-se sobre os requisitos mínimos previstos na lei para os contratos de alienação fiduciária de bens imóveis, sua constituição, bem como os procedimentos previstos na referida norma nas hipóteses de adimplemento ou inadimplemento. Além disso, trata-se da aplicação da alienação fiduciária de bens imóveis fora do Sistema Financeiro Imobiliário, ou seja, quando o referido instituto não é utilizado em operação de crédito para aquisição ou reforma de imóvel. Ao final, o trabalho dedica-se ao entendimento jurisprudencial da utilização da alienação fiduciária de bens imóveis em financiamentos puramente bancários.

**PALAVRAS-CHAVE:** *Garantias reais. Alienação fiduciária. Bens imóveis. Financiamento bancário.*

## DIRETRIZES PARA AUTORES

- 1 – Serão aceitos manuscritos tão somente de profissionais da área do Direito e das Relações Internacionais.
- 2 – Os trabalhos deverão ser encaminhados via e-mail, para [defato.dedireito@unisul.br](mailto:defato.dedireito@unisul.br), indicando como assunto “Artigo científico”, seguindo as seguintes normas: gravados em Microsoft Word, entrelinhamento 1,5, fonte Arial 12, com margens laterais de 2,5cm e com, no máximo, 20 laudas devendo observar as disposições normativas a seguir relacionadas:
- 3 – O artigo científico constará das seguintes partes: Título; Autor(es); Resumo; Palavras-chaves; Título, Resumo e Palavras-chave em Idioma estrangeiro (inglês, espanhol, italiano ou francês); Introdução; Conclusões; Referências. Eventuais agradecimentos devem aparecer após as referências bibliográficas. O título de cada seção deve estar escrito em letras maiúsculas e destacado em negrito.
- 4 – O título do artigo deverá ser claro e conciso, devendo facilitar pronta identificação do que o trabalho encerra de original ou fundamental, escrito em letras maiúsculas (o autor deverá informar ao Comitê Editorial se o trabalho foi apresentado em algum evento ou publicado em outro meio ou em fase de análise por outros periódicos). Três espaços abaixo, coloca-se o nome do(s) autor(es), completo e em caixa alta, em seqüência e em ordem direta. No rodapé deverá constar a filiação institucional, a titulação acadêmica e o endereço eletrônico. Três espaços abaixo do título deverá vir o resumo, com até 250 palavras. Três espaços abaixo do resumo deverão ser colocadas as palavras-chaves.
- 5 – A autoria de citações no texto, bem como a lista de referências deverão obedecer a publicação da Unisul: UNIVERSIDADE DO SUL DE SANTA CATARINA. Trabalhos Acadêmicos na Unisul: apresentação gráfica para TCC, monografia, dissertação e tese. Disponível em: [www.unisul.br/content/site/biblioteca/apresentacaografica.cfm](http://www.unisul.br/content/site/biblioteca/apresentacaografica.cfm). Acesso em: 04 fev. 2010.
- 6 – As ilustrações, tabelas, fórmulas e gráficos deverão vir na seqüência mais adequada ao entendimento do texto, com seus respectivos títulos ou legendas. As figuras deverão ter o tamanho igual ao que se deseja na publicação final. Letras e números deverão ser perfeitamente legíveis e as fotografias deverão ser em preto e branco, nítidas e bem contrastadas. No texto, TABELA e FIGURA (em maiúsculas), e na citação, Tabela, Figura (primeira letra maiúscula).
- 7 – A aceitação dos trabalhos dependerá de análise do Conselho Editorial.
- 8 – São de exclusiva responsabilidade dos autores as opiniões e conceitos emitidos nos trabalhos. A Revista, entretanto, reserva-se o direito de adaptar os originais ao estilo adotado.

### Itens de Verificação para Submissão

Como parte do processo, os autores são obrigados a verificar a conformidade da submissão com todos os itens listados, indicando se a contribuição é original e inédita, e se não está sendo avaliada para publicação por outra revista; caso contrário, justificar em “Comentários ao Editor”.

1. Os arquivos para submissão estão em formato Microsoft Word ou RTF (desde que não ultrapasse os 2MB)
2. Todos os endereços de páginas na Internet (URLs), incluídas no texto (Ex.: <http://www.ibict.br>) estão ativos e prontos para clicar.
3. O texto está em espaço um e meio; emprega itálico ao invés de sublinhar (exceto em endereços URL); com figuras e tabelas inseridas no texto, e não em seu final.
4. O texto segue os padrões de estilo e requisitos bibliográficos descritos em Diretrizes para Autores.

### Declaração de Direito Autoral

Ao encaminhar os originais, o(s) autor(es) cede(m) os direitos de publicação para a Revista, versão impressa e/ou eletrônica.

### Política de Privacidade

Os nomes e endereços informados nesta revista serão usados exclusivamente para os serviços prestados por esta publicação, não sendo disponibilizados para outras finalidades ou para terceiros.

## ENDEREÇOS

### ■ Campus Universitário da Grande Florianópolis

#### Unidade Pedra Branca

Av. Pedra Branca, 25  
Cidade Arangeriária Pedra Branca  
88137-270 - Palhoça - SC  
Fone: (48) 3279-1026

[defato.dedireito@unisul.br](mailto:defato.dedireito@unisul.br)

#### Unidade Florianópolis

Rua Trajano, 219 - Centro  
88010-010 - Florianópolis - SC  
Fone: (48) 3279-1928/3279-1929

[direitoic@unisul.br](mailto:direitoic@unisul.br)

### ■ Campus Universitário de Tubarão

#### Unidade Tubarão

Av. José Acácio Moreira, 787  
Bairro Dehon - Cx Postal 370  
88704-900 - Tubarão - SC  
Fone: (48) 3621-3082 / 3621-3339

[direito.tubarao@unisul.br](mailto:direito.tubarao@unisul.br)

#### Unidade de Içara

Rua Linha Três Ribeirões  
Loteamento Centenário - Bairro Liri  
CEP: 88820-000 - Içara - SC  
Fone: (48) 3443-3050

[direitoicara@unisul.br](mailto:direitoicara@unisul.br)

#### Unidade Araranguá

Rodovia Jorge Lacerda Km 35,4 - SC 449  
88900-000 - Araranguá - SC  
Fone: (48) 3521-3032

[direito.ararangua@unisul.br](mailto:direito.ararangua@unisul.br)

#### Unidade de Braço do Norte

Estrada Geral São José nº 10971  
88750-000 - Braço do Norte - SC  
Fone: (48)3658-7249 / 3621-3925

[mauricio.zanotelli@unisul.br](mailto:mauricio.zanotelli@unisul.br)

## Neste número

---

### Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Ingo Wolfgang Sarlet

---

### La migración y trabajo en México bajo la tutela de los Derechos Humanos

Julio Ismael Camacho Solís

---

### A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

João Humberto Cesário

---

### La tercerización laboral (outsourcing)

Omar Toledo Toribio

---

### Os embargos de declaração no novo Código de Processo Civil

Vinicius Silva Lemos

---

### O Iraque enquanto estado falido é um fator de perturbação e instabilidade do sistema internacional

Ane Cristina Figueiredo Pereira de Faria, Jéssica García e André Ricardo Cruz Machado

---

### El proceso de armonización fiscal en Europa: un recorrido histórico con base en los informes más relevantes

Guillermo Sánchez-Archidona Hidalgo

---

### Concurso de crimes: análise à luz do direito penal português e brasileiro

Rafael Freire Ferreira

---

### Prescrição da pena criminal e inelegibilidade: temas inexplorados e futuros *overruling's* na jurisprudência do TSE

Ruy Samuel Espíndola

---

### As diferentes concepções do ser em filosofia e o ser na sociedade pós-moderna

Elaine Cristina Pardi Domingues

---

### Engenharia genética (de aperfeiçoamento): somos quem podemos ser?

Diego Henrique Schuster

---

### A crise de legitimidade política na atualidade

Guilherme Miraldi da Silva Santos e Alexandre Pedro Moura D'Almeida

---



**Editora Unisul**

ISSN 2177-5303



772177 530000