

ENCONTRO DE INVESTIGADORES EDUM 2019

ENCONTRO DE INVESTIGADORES

Escola de Direito da Universidade do Minho

2020

FICHA TÉCNICA

TÍTULO DA PUBLICAÇÃO

Encontro de Investigadores da Escola de Direito da Universidade do Minho 2019

COMISSÃO CIENTÍFICA

Centro de Investigação em Justiça e Governação

COMISSÃO ORGANIZADORA

Anabela Gonçalves

Larissa Coelho

Maria João Lourenço

Alexandre Lopes

Tiago Branco

DATA DE PUBLICAÇÃO

Julho de 2020

EDIÇÃO

Escola de Direito da Universidade do Minho

PAGINAÇÃO E DESIGN DE CAPA

Pedro Rito

ISBN

978-989-54587-4-5

SUMÁRIO

PREFÁCIO

VII

Las disposiciones post mortem sobre el llamado “patrimonio digital”: una primera aproximación desde el sistema plurilegislativo español

Marta Otero Crespo

1

Comércio internacional e imposição tributária justa: as importações e as exportações no contexto de um sistema fiscal coerente - estruturação do pensamento

Andreia Isabel Dias Barbosa

11

Desvinculação de receitas e direitos fundamentais no Brasil

Renata Gomes de Albuquerque Sá

21

Mediação intercultural: a proteção dos direitos fundamentais na relação jurídica entre migrantes e administração pública local (na perspectiva do ordenamento jurídico espanhol e português)

Rômulo Barreto Jr

31

El derecho de acceso a internet en el constitucionalismo español

Tamara Álvarez Robles

39

O poder constituinte vivo (Parte 3). O caso latino-americano e seu contributo para a teoria do poder constituinte

André Ribeiro Leite

55

A dignidade humana: direito ou fundamento de direitos?

Maria Hylma Alcaraz Salgado

69

A flexibilidade da jornada na economia Gig e a desigualdade de gênero

Angela Barbosa Franco

77

Posibles efectos del derecho al olvido en el derecho penal

María Castro Corredoira

89

Direito e tecnologia reprodutiva: algumas reflexões sobre o futuro da reprodução assistida

Diana Sofia Araújo Coutinho

99

Literacia em saúde e consentimento informado: responsabilidade civil médica na falta de compreensão da informação de saúde

Man Teng Iong

113

El valor patrimonial de la voz. Posibles acciones de defensa en supuestos de uso no consentido

Julia Ammerman Yebra

121

A figura do árbitro na legislação luso-brasileira: um estudo comparativo

Edmar Arnaldo Lippmann Junior

133

O constitucionalismo para o século XXI: os problemas constitucionais

Larissa A. Coelho

145

A lei de saúde mental como exceção ao brocardo iudex est peritus?

Maria João Lourenço

155

Alojamento local e os impactos na atual conjuntura habitacional da sociedade

Alexandre Augusto de Oliveira Lopes

169

PREFÁCIO

As atas que agora se publicam correspondem aos trabalhos apresentados no *Terceiro Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas* que decorreu na Escola de Direito da Universidade do Minho, no dia 2 de julho de 2019. Os Encontros de Investigadores desde a sua primeira edição têm como vocação reunir investigadores doutorandos e de pós-doutoramento da Escola de Direito, para que estes tenham a oportunidade de apresentar o estado das respetivas investigações. O diálogo e a discussão intensa com outros investigadores potenciam o aperfeiçoamento dos trabalhos científicos apresentados e a abertura de caminhos de investigação em direções ainda não exploradas pelo investigador.

Esta terceira edição abriu-se, com muito sucesso, à participação de investigadores doutorandos e professores de outras universidades portuguesas e espanholas, nomeadamente, de Coimbra, de Santiago de Compostela e de Vigo. No Encontro a participação de investigadores externos à Escola de Direito gerou uma discussão dinâmica e produtiva, que beneficiou positivamente a preparação dos trabalhos que agora se publicam. Nesta edição, encontramos uma grande variedade de trabalhos que abrangem temáticas relativas à igualdade de género, ao Direito da Saúde, ao Direito Civil, ao Direito da Família, ao Direito Penal, ao Direito Comercial, ao Direito Constitucional, ao Direito Fiscal e aos meios alternativos de resolução de litígios.

Apesar de o trabalho de investigação em Direito se manter maioritariamente solitário, estes encontros de investigação permitem partilhar conhecimentos e experiências que vão moldando o perfil do investigador, conferindo-lhe tolerância à diversidade de opiniões e capacidade de discussão das suas posições, duas qualidades essenciais para um jovem investigador. Nesta medida, a Escola de Investigadores do Centro de Investigação em Justiça e Governança (Jus-Gov) reitera o seu compromisso em continuar a promover a organização destes encontros de investigadores e a criar e divulgar novas oportunidades de investigação para os seus membros.

Uma última palavra de agradecimento para a Comissão Organizadora do *Terceiro Encontro de Investigadores em Ciência Jurídicas*, na qual nos integramos, composta também pelas Mestres Larissa Coelho, Maria João Lourenço, Alexandre Lopes e Tiago Branco, que generosa e abnegadamente dinamizaram o evento e a publicação da obra que agora se apresenta.

Anabela Gonçalves,

*Vice-Presidente da Escola de Direito para a área da investigação e
Diretora da Escola de Investigação do Centro de Investigação Jus-Gov*

LAS DISPOSICIONES *POST MORTEM* SOBRE EL LLAMADO “PATRIMONIO DIGITAL”: UNA PRIMERA APROXIMACIÓN DESDE EL SISTEMA PLURILEGISLATIVO ESPAÑOL

Marta Otero Crespo¹

1. Introducción

En las próximas páginas plantearé una primera aproximación a una serie de cuestiones que están destinadas a tener un mayor protagonismo en el futuro, especialmente en el marco del “Derecho de la economía digital”².

Es una realidad innegable que cada vez más hacemos un uso “intensivo” de todo lo que internet nos ofrece, sirviéndonos no solo del correo electrónico o de las redes sociales, sino también, de la adquisición de bienes o contratación de servicios en soportes digitales. Al margen de cierta cultura “exhibicionista” que nos lleva a subir fotos o publicar nuestros pensamientos en un muro o en un blog (de ahí que dejemos una huella de nuestra propia identidad digital, contenidos extrapatrimoniales digitales cuya protección debería articularse como

¹ Profesora contratada Doctora de Derecho civil en la Universidad de Santiago de Compostela (Área de Derecho civil, Grupo de investigación De Conflictu Legum). El presente trabajo se enmarca en la ejecución del proyecto de investigación «Balance de 38 años de plurilegislación civil postconstitucional: situación actual y propuestas de futuro», financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad y el FEDER [Ref. DER2016-77190-R].

² NEMETH, Kristin; MORAIS CARVALHO, Jorge, Digital inheritance in the European Union, *EuCML*, 2017, p. 253. También, RESTA, Giorgio, La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali, *Contratto e impresa*, Vol 1, 2019, p. 85.

una suerte de *memoria defuncti* en la mayor parte de los casos, aunque no en todos³), nuestros hábitos de contratación también han ido mutando de modo tal que cada vez es más frecuente la compra de música y películas online (a través de plataformas como *iTunes*), o la adquisición de libros electrónicos (p.ej., en *Amazon*); también, cómodamente podemos archivar documentos en la famosa nube, (como sucedería con *Dropbox*, donde p. ej., cualquiera de nosotros puede guardar una novela inédita al tiempo de nuestro fallecimiento, o bien, documentos que revelen la existencia de cuentas bancarias en el extranjero, incluso en un paraíso fiscal). Por si elenco de “bienes” ahora mencionados fuese insuficiente, también podemos tener dinero virtual (los famosos *bitcoins*).

Por tanto, sin que seamos conscientes, nuestra potencial masa hereditaria se podría ver incrementada de modo notable si a ese patrimonio tradicional (llamado ahora analógico por algunos⁴), le sumamos nuestro patrimonio digital.

2. Objetivos

Precisamente al hilo de la existencia de estas nuevas realidades digitales (tanto de contenido patrimonial como extrapatrimonial en el sentido que acabo de enunciar), son dos los objetivos que nos marcamos a corto plazo: uno de carácter formal y otro de carácter material. En primer lugar, y dado que cada vez es más frecuente enfrentarnos a expresiones tales como testamento digital, herencia digital, heredero o legatario digital e, incluso, albacea digital, nuestro primer objetivo será precisamente terminológico, planteándonos si tales términos son o no exactos (objetivo formal). En segundo lugar, corresponderá analizar cuáles son los mecanismos idóneos para la correcta disposición *post mortem* sobre nuestras titularidades de naturaleza digital, así como su regulación actual y/o prospectiva en el ámbito español (objetivo material). Dejamos para un momento posterior el recurso al Derecho comparado, esencialmente, a las respuestas jurídicas proporcionadas desde otros países de la UE.

3. Metodología

La consecución de los objetivos anteriormente señalados implica aludir al análisis de ciertas instituciones del “clásico” Derecho de sucesiones, para conocer si este ofrece ya respuestas ajustadas a esta realidad digital, recordando además al lector el carácter plurilegislativo en el ámbito del Derecho civil *ex artículo*

³ P. ej., casos en los que los sujetos en cuestión tienen miles o millones de seguidores y sus cuentas son patrocinadas por marcas, constituyendo una importante fuente de ingresos.

⁴ Comprendiendo los bienes y derechos físicos y también inmateriales.

149.1.8ª de la Constitución española⁵. Por ello resultará obligado el recurso al Derecho civil de producción estatal, así como una mención especial al Derecho civil autonómico catalán.

4. Discusión

4.1. La cuestión terminológica

Como he planteado más arriba, al hilo de la sucesión en el patrimonio digital suelen encontrarse referencias a expresiones como testamento digital, herencia digital, heredero o legatario digital e, incluso, albacea digital⁶. Perfilémos si estas son empleadas o no con corrección por el simple añadido de “digital” al clásico sustantivo sucesorio.

Si comenzamos por el testamento (digital)⁷, en el ámbito del Derecho común español, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 667 CC, el testamento es aquel acto por el que una persona dispone, para después de su muerte, de todos sus bienes o de parte de ellos⁸. Al margen de por su contenido material, el testamento se somete a unos requisitos formales para su validez. Así, puede ser común o especial: dentro de los primeros se engloban el testamento ológrafo, el abierto y el cerrado (art. 676 CC), y dentro de los especiales, el militar, el marítimo y el hecho en país extranjero.

Frente a esta concepción positiva de lo que es un testamento, hablar de testamento digital (o también, testamento virtual), no es correcto, por cuanto el añadido “digital” parece más bien referirse (literalmente) a una forma a través de la cual se testa (en soporte digital), no permitida en la actualidad. Cosa distinta es que se observen las formalidades testamentarias, y dentro de un testamento

⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz, Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas, *Revista de Derecho civil*, Vol. IV, n.º 3, julio-septiembre 2017, Estudios, p. 1-33, disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

⁶ Para una muestra, pueden revisarse distintas publicaciones online/ blogs de Notarios. Por ejemplo: <https://jorgegarciaherrero.com/legado-digital-ii-como-regularlo-hoy/>; <https://www.notario-franciscorosales.com/el-mito-de-la-herencia-digital/>.

⁷ Cfr. Art. 96 Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Volveré más adelante sobre este precepto.

⁸ Esta necesidad de dotarlo de un contenido patrimonial ya está claramente superada en el ordenamiento español, admitiéndose desde hace décadas como contenido admisible de un testamento cuestiones extrapatrimoniales, tales como el reconocimiento de hijo ex art. 741 CC, la designación de la persona encargada de la tutela *post mortem* de los derechos de la personalidad (ex art. 4 de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del honor, intimidad personal y familiar y propia imagen) o, por ejemplo, la expresión del consentimiento para la utilización de material reproductor *post mortem* del marido en el contexto de las técnicas de reproducción humana asistida (art. 9 Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana asistida).

de los expresamente permitidos por el CC, el testador incluyese previsiones relativas a sus voluntades digitales, sean estas tanto de contenido patrimonial como extrapatrimonial.

En suma, testamento digital, no; testamento con disposiciones relativas a las voluntades digitales, sí – e incluso testamento con un contenido único relativo a las voluntades digitales, sin contenido patrimonial en sentido clásico⁹.

Se incurre en idéntica incorrección terminológica con respecto al uso de la expresión herencia digital.

La herencia, técnicamente, es sinónimo de patrimonio. Sin embargo, la que se suele llamar herencia digital parece englobar tanto los contenidos digitales extrapatrimoniales (que serán los más comunes: perfiles en redes sociales, cuentas de correo electrónico, etc) como, en las menos de las ocasiones, patrimoniales (bitcoins o dinero acumulado en una cuenta de *Paypal*). Por tanto, la corrección de la expresión “herencia digital” también queda en entredicho.

Semejante suerte corren los términos heredero digital o legatario digital.

El heredero técnicamente sucede al causante a título universal, mientras que el heredero digital ni es universal ni implica necesariamente una transmisión patrimonial del causante. Tampoco se podría hablar de legatario digital con carácter general, puesto que el legado implica patrimonialidad¹⁰, elemento no siempre presente en la “sucesión digital” del causante.

Por último, el término albacea digital tampoco sería exacto, porque el albacea ha de ser nombrado en un testamento en sentido técnico – y ya hemos visto cómo el llamado testamento digital donde se designa a una persona encargada de atender a estas cuestiones, no es tal testamento.

4.2. *Cómo se podría disponer correctamente de nuestras titularidades digitales*

Dejando a un lado esta imprecisión terminológica generalizada, cabe plantearnos cómo podríamos disponer correctamente de nuestras titularidades digitales.

A día de hoy, teniendo en mente la dicotomía patrimonial y extrapatrimonial, el abanico de opciones posibles sería el que sigue:

⁹ TORRES GARCÍA, Teodora F; GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014, p. 193-201.

¹⁰ GARCÍA RUBIO, María Paz, *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Madrid, Civitas, 1989, p. 428.

1. Si el contenido digital tiene carácter patrimonial, está claro que éste se integraría en la futura herencia. Por ello, podríamos disponer de estos bienes y derechos vía testamento (o en pacto sucesorio, en las Comunidades autónomas donde se admita) en las formas legalmente previstas, respetando las reglas imperativas del Derecho de sucesiones (esencialmente las legítimas). Cabría disponer de este patrimonio digital a título de herencia y legado. A falta de testamento, correspondería este activo patrimonial a los llamados en la sucesión intestada. No habría en este sentido peculiaridad alguna con respecto al “patrimonio analógico”.

2. Si el contenido tiene un carácter extrapatrimonial, formaría parte de la sucesión *mortis causa*, pero no de la herencia en sentido estricto, de ahí que se nos abran varias fórmulas para poder disponer de aquél:

A) Estas voluntades digitales de contenido extrapatrimonial podrían ser incluidas en el contenido de un *testamento* al uso (e incluso ser el único contenido del testamento), toda vez que como hemos dicho en el ordenamiento español se admite la validez de un testamento de contenido total o parcialmente extrapatrimonial¹¹;

B) Cabría también disponer de este contenido en documento *ad hoc*, extra testamentario al que podríamos llamar *documento de voluntades digitales* y que no tiene por qué respetar las formalidades testamentarias.

C) Otras posibilidades las ofrecen tanto los principales prestadores de servicios en la red¹² como empresas tecnológicas¹³ (*startups*, que han detectado

¹¹ GARCÍA RUBIO, María Paz, *La distribución de... op. cit.*, p. 51- 59.

¹² En la actualidad los principales prestadores de servicios de internet globales cuentan con herramientas para cerrar cuentas o recuperar parte de los contenidos que la persona fallecida hubiera publicado en la Red. *Google* lo llama ‘administrador de cuentas inactivas’, una opción que permite a los usuarios compartir parte de los datos de su cuenta o enviar una notificación para advertir a alguien de que ésta lleva inactiva cierto tiempo. Si es así, los contactos de confianza reciben una notificación. Si la persona decide compartir datos con estos contactos, el mensaje de correo electrónico también incluirá una lista de los datos elegidos procedentes de servicios como el correo electrónico, blog o almacenamiento en la nube, y un enlace desde el cual descargarlos (<https://support.google.com/accounts/answer/3036546?hl=es>). *Facebook* ofrece a sus usuarios la posibilidad de eliminar la cuenta de forma permanente o de convertirla en conmemorativa para que familiares y amigos puedan compartir los recuerdos de un ser querido fallecido. Esta red social también ofrece la opción de que un ‘contacto de legado’ se encargue de una cuenta si esta se convierte en conmemorativa. Entre sus facultades se encuentra la de escribir un mensaje en nombre del fallecido o la de proporcionar información sobre el funeral; responder a nuevas solicitudes de amistad; actualizar la foto del perfil, o descargarse una copia de lo que el fallecido haya compartido en *Facebook* (<https://www.facebook.com/help/1568013990080948>). En el ámbito de las redes de perfil laboral, *LinkedIn* dispone de un formulario donde colegas de trabajo, compañeros de clase o seres queridos pueden informar del fallecimiento de una persona y que la red social profesional proceda al cierre de la cuenta (<https://www.linkedin.com/help/linkedin/answer/6107/fallecimiento-de-un-miembro-de-linkedin-eliminacion-de-su-perfil?lang=es>)

¹³ Son varias las entradas que aparecen en los buscadores si se teclea “herencia digital” o “testamento digital”. Entre ellas, *Mi Legado Digital* (<https://www.milegadodigital.com>) o *Tellmebye* (<https://tellmebye.com/es>).

hábilmente un nicho de mercado para dar cauce a este tipo de disposiciones. A ellas, habrá que sumar ciertas compañías de seguros, que también han detectado un vacío a rellenar por servicios adicionales¹⁴.

Estas soluciones para disponer de los contenidos digitales extrapatrimoniales, en su mayor parte evocan a la tutela de la *memoria defuncti* de la LO 1/1982 (si bien ahí el legitimado para proteger la memoria del fallecido está nombrado en testamento, y a falta de este nombramiento, recaerá tal tutela en el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos, y a falta de ellos, el Ministerio Fiscal¹⁵). Pese a que podemos valorar positivamente la preocupación de estas firmas por facilitarnos una “solución contractual” a la necesidad de dar un destino *post mortem* a estas nuevas realidades, no podemos dejar de señalar que estas designaciones *privadas* pueden chocar precisamente con las designaciones realizadas en testamento; en tales casos, lo que resulta obvio es que la elección que *debería*¹⁶ desplegar efectos sería la testamentaria, precisamente porque esos “testamentos digitales” carecen de la fuerza propia de un testamento.

4.3. Reacciones legislativas en el marco español

Hasta este momento me he limitado a enunciar posibles soluciones a la sucesión digital empleando las herramientas que el Derecho vigente nos facilita y las alternativas surgidas al amparo de la creatividad empresarial.

¹⁴ El llamado testamento digital parece incluirse como servicio complementario en las pólizas de seguro (servicio orientado a los sectores jóvenes de población que, muy probablemente, de otro modo no habrían contratado un servicio tradicional de decesos). P. ej., Helvetia ofrece redactar un testamento online: <https://www.helvetia.es/seguros/seguros-decesos>.

¹⁵ Cuestión abordada en OTERO CRESPO, Marta, Problemas sucesorios de los derechos de la personalidad: regulación y lagunas en el régimen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del Derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Madrid, La Ley, 2014, p. 1107-1130.

¹⁶ Empleamos “debería” porque en ocasiones se pueden generar conflictos entre los términos de uso del servicio que ha suscrito el causante con el prestador del servicio (típicamente, cláusulas estandarizadas) y el derecho de acceso de quienes serían los *herederos*. A este respecto, citamos el famoso caso resuelto en julio de 2018, por el *Bundesgerichtshof* alemán, en el que se discutía el derecho de unos padres a obtener acceso a la cuenta de Facebook de la hija fallecida de 15 años en el metro de Berlín en 2012 (pretendían conocer si había datos en su cuenta que pudiesen llevarla a un suicidio). En primera instancia, el *Landgericht* de Berlín autorizó el acceso a la cuenta a los progenitores, pese a la oposición de Facebook (fundada esencialmente en la no transmisibilidad de la cuenta de acuerdo con las políticas de la compañía y condiciones de uso aceptadas por la menor al activar el servicio, en la protección póstuma de la personalidad de la difunta, así como en la necesidad de proteger la confidencialidad de las comunicaciones). Tal decisión fue revocada en apelación por el *Kammergericht*, que atribuyó un peso preponderante al deber de confidencialidad. Finalmente, el BGH casó la sentencia en su resolución de 12 de julio de 2018 (ECLI:DE:BGH:2018:120718UIIIZR183.17.0), reconociendo el derecho de los padres a “recibir” *mortis causa* la cuenta de Facebook (fundamentándolo, esencialmente, en la universalidad de la sucesión *ex § 1922 BGB*).

Ahora bien, ¿existe alguna previsión de regular en la materia teniendo en consideración las especificidades propias de lo digital? Por lo que se refiere al legislador estatal español, hasta diciembre de 2018 no había habido reacción alguna. Sin embargo, y en el marco de la Ley orgánica 3/2018, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales¹⁷, el legislador central ha innovado otorgando carta de naturaleza al testamento digital creando un ‘derecho al testamento digital’ en su artículo 96. En realidad, la norma regula el acceso a los contenidos digitales gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas, afectando a la sucesión digital con carácter generalmente extrapatrimonial. Así establece que las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos podrán dirigirse a los prestadores de servicios de la sociedad de la información al objeto de acceder a los contenidos e impartirles las instrucciones que estimen oportunas sobre su utilización, destino o supresión.

Excepcionalmente, no podrán acceder a los contenidos del causante, ni solicitar su modificación o eliminación, cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley¹⁸. Ahora bien, dicha prohibición no afectará al derecho de los herederos a acceder a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto, esto es, a los contenidos digitales de contenido patrimonial que, como antes hemos dicho, forman parte de la herencia.

Curiosamente nada se dice expresamente sobre la (in)eficacia que puedan tener las cláusulas contractuales predispuestas por los prestadores en sus condiciones generales o de uso¹⁹.

¹⁷ Disponible en el Boletín Oficial del Estado (BOE): <https://www.boe.es/eli/es/lo/2018/12/05/3/con>.

¹⁸ El precepto continua señalando “b) El albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente para ello también podrá solicitar, con arreglo a las instrucciones recibidas, el acceso a los contenidos con vistas a dar cumplimiento a tales instrucciones. c) En caso de personas fallecidas menores de edad, estas facultades podrán ejercerse también por sus representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, que podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. d) En caso de fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades podrán ejercerse también, además de por quienes señala la letra anterior, por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado. 2. Las personas legitimadas en el apartado anterior podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido acerca de esta circunstancia, en cuyo caso se estará a sus instrucciones. El responsable del servicio al que se le comunique, con arreglo al párrafo anterior, la solicitud de eliminación del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma”.

¹⁹ Esta cuestión ya había sido puesta de manifiesto con respecto al texto del Proyecto Ley Orgánica de protección de datos personales por SANTOS MORÓN, María José, La denominada “herencia digital”: ¿Necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado, *Cuadernos de Derecho transnacional*, Marzo 2018, Vol. 10, n.º 1, p. 438, disponible en: <http://www.uc3m.es/cdt>.

Destacamos también que el precepto se cierra con un curioso párrafo: “Lo establecido en este artículo en relación con las personas fallecidas en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se registrará por lo establecido por estas dentro de su ámbito de aplicación”.

Sin que entremos ahora en reflexiones de mayor calado, parece que el legislador debería haber hecho referencia a los “fallecidos con vecindad civil de una comunidad autónoma con Derecho civil propio” y no al mero hecho del fallecimiento en comunidad autónoma con Derecho civil propio, por cuanto lo relevante es el dato de la ley personal (vecindad civil común o de derecho “especial o foral²⁰”) al determinar la aplicación de un Derecho civil autonómico.

Precisamente, en el ámbito propio del Derecho civil, Cataluña ha regulado a través de su Ley 10/2017²¹ las denominadas “voluntades digitales²²”, cuyo registro *ad hoc* ha sido declarado inconstitucional por la STC 7/2019, por invasión, según la mayoría de los magistrados, de la competencia exclusiva del Estado en materia de registros públicos²³. Dada la limitación de espacio, simplemente destacamos que la norma catalana incluye las voluntades digitales como posible conte-

²⁰ El artículo 14 CC establece que “1. La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil. 2. Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes. (...) 5. La vecindad civil se adquiere:

1.º Por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad.

2.º Por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas.

6. En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento”. Resulta interesante completar esta disposición con lo disciplinado en el artículo 9.8 CC, aplicable a los conflictos interregionales en materia sucesoria: “La sucesión por causa de muerte se registrará por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la Ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge superviviente se registrarán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre las legítimas de los descendientes”.

²¹ Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña. Disponible en el BOE: <https://www.boe.es/eli-esc/1/2017/06/27/10>.

²² SOLÉ RESINA, Judith, Las voluntades digitales: marco normativo actual, *ADC*, Tomo LXXI, 2018, Fasc. II, p. 429- 439.

²³ Cfr. el Voto particular emitido por la Magistrada Encarnación Roca Trías. Esta resolución ha sido recientemente comentada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital de las personas fallecidas. Comentario a la STC – Pleno- de 17 de enero de 2019, *CCJC*, Mayo-agosto 2019, p. 317-334.

nido del testamento (opta por visibilizarlas en la norma), así como su constancia a través de codicilo o memoria testamentaria.

5. Resultados

En este estado de cosas, parece claro que, en su configuración actual, ni testamento digital, ni herencia digital, ni heredero/ legatario o albacea digital. Todas ellas están siendo objeto de una utilización vulgar o atécnica, pese a que el legislador estatal español haya optado por legitimar aparentemente estas denominaciones a través del art. 96 de la LO 5/2018. Quizá “voluntades digitales” por la que se apuesta en el ordenamiento catalán resulte menos incorrecta, pero parece limitarse a aquellas voluntades referidas a contenidos digitales con carácter extrapatrimonial.

6. Conclusiones

Al inicio de estas páginas hemos destacado la aparente necesidad de proporcionar soluciones a medida a la problemática surgida a raíz de la llamada “herencia digital”. Al margen de la equívoca cuestión terminológica, hasta la fecha en el ámbito material del Derecho español, se han ofrecido algunas opciones que aparentemente se mueven en el ámbito sucesorio (siendo, las más de las veces, puras normas de autorización a terceros para actuar frente a los prestadores de servicios), frente a otras alternativas comerciales surgidas de la mano de *startups* o del mercado asegurador.

A falta del estudio de otras soluciones de Derecho comparado, parece que con respecto a la sucesión en bienes digitales con contenido patrimonial, todavía el viejo Derecho de sucesiones está en disposición de ofrecer soluciones. Todo ello sin perjuicio de una regulación prospectiva que contribuya a mejorar ciertas cuestiones, acercando el Derecho sucesorio español al siglo XXI.

Bibliografía

BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo, Competencia del Estado sobre la ordenación de los registros electrónicos de voluntades digitales con eficacia jurídica sustantiva con respecto a la sucesión “mortis causa” en el patrimonio digital de las personas fallecidas. Comentario a la STC – Pleno- de 17 de enero de 2019, *CCJC*, mayo- agosto, 2019.

GARCÍA RUBIO, María Paz, *La distribución de toda la herencia en legados. Un supuesto de herencia sin heredero*, Madrid, Civitas, 1989.

GARCÍA RUBIO, María Paz, Presente y futuro del Derecho civil español en clave de competencias normativas, *Revista de Derecho civil*, Vol. IV, n.º 3, julio-septiembre, 2017, disponible em: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC>.

NEMETH, Kristin; MORAIS CARVALHO, Jorge, Digital inheritance in the European Union, *EuCML*, 2017.

RESTA, Giorgio, La successione nei rapporti digitali e la tutela post-mortale dei dati personali, *Contratto e impresa*, Vol 1, 2019.

OTERO CRESPO, Marta, Problemas sucesorios de los derechos de la personalidad: regulación y lagunas en el régimen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del Derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen, *Estudios de Derecho de sucesiones. Liber Amicorum T.F. Torres García*, Madrid, La Ley, 2014.

SANTOS MORÓN, María José, La denominada “herencia digital”: ¿Necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado, *Cuadernos de Derecho transnacional*, Vol. 10, n.º 1, Marzo 2018, disponible en: <http://www.uc3m.es/cdt>.

SOLÉ RESINA, Judith, Las voluntades digitales: marco normativo actual, *ADC*, Tomo LXXI, 2018, Fasc. II.

TORRES GARCÍA, Teodora F; GARCÍA RUBIO, María Paz, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014.

COMÉRCIO INTERNACIONAL E IMPOSIÇÃO TRIBUTÁRIA JUSTA: AS IMPORTAÇÕES E AS EXPORTAÇÕES NO CONTEXTO DE UM SISTEMA FISCAL COERENTE - *ESTRUTURAÇÃO DO PENSAMENTO*

*Andreia Isabel Dias Barbosa*¹

O presente texto serve o propósito de expor os termos em que o pensamento empregue na elaboração da dissertação de doutoramento com o título “*Comércio internacional e imposição tributária justa - As importações e as exportações no contexto de um sistema fiscal coerente*” se encontra moldado, em prol da concretização do ensejo de ensaiar a base principiológica mais robusta para servir, simultaneamente, de pilar e de fim para os instrumentos jurídicos que disciplinam a tributação sobre as transações internacionais de mercadorias e para proteção dos bens jurídicos (valores jurídico) que merecem proteção por parte do ordenamento.

A aludida base principiológica reconduzir-se-á a um conjunto de princípios que, sendo pensados autonomamente - face aos distintos reflexos e contornos - reconduzem a ideais de tributação merecedores de aplicação em simbiose:

¹ Assistente convidada na Escola de Direito da Universidade do Minho. Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas, Mestre em Direito Tributário e Fiscal e Licenciada em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Minho.

em concreto, os princípios da neutralidade, da igualdade e da coerência sistemática. O primeiro dos princípios indicados - o da neutralidade - encontra o respetivo substrato em dimensões que extravasam o jurídico e que se reconduzem, em larga medida, ao domínio económico. Servirá, ainda assim, de ponto de partida e, não raras vezes, de ponto de ligação e de comparação para esferas onde, tradicionalmente, imperaria o purismo jurídico. E é precisamente este aspeto - de patente conexão entre o jurídico e o económico e que para já reconduzimos tão só ao ideal de neutralidade -, que nos leva a escrever sobre os termos em que o nosso pensamento se encontra enformado.

Não se pretende, evidentemente, contrariar o aludido purismo jurídico em prol de uma *economização do Direito*, mas tão só dar concretização a uma abertura reflexiva que é exigida pelo próprio objeto de estudo mediato da dissertação: as transações internacionais de mercadorias. Em conformidade com o que melhor constataremos a seguir, toda a fiscalidade indireta (aquela que para a presente dissertação mais interessa) está inextricavelmente ligada à concretização de políticas económicas e, no concreto contexto da União Europeia, à concretização do mercado interno em que esta assenta. A própria União Europeia constitui, desde a sua origem, um projeto de natureza eminentemente económica e, por isso, ligado de perto ao domínio tributário.

Nestes termos, ainda que a tónica discursiva dirija o seu foco, essencial e necessariamente, no contexto de uma dissertação em Ciências Jurídicas Públicas, para o “jurídico” (para o bem jurídico, para a norma - regras e princípios - e para o ordenamento), será visível a reflexão baseada em pressupostos económicos. Não cremos, porém, que tal seja suficiente para concluir no sentido de que a dissertação padece de cruzamentos metodológicos indesejados. Trata-se, conforme se concluirá (pelo menos assim esperamos), de uma forma de moldagem de pensamento *necessária*, atenta a matéria em estudo.

Não obstante, propomo-nos, aqui, a esclarecer os termos do nosso pensamento. A principal preocupação que nos assola, prende-se, precisamente, com a admissibilidade de estruturar uma dissertação de doutoramento - no sentido de seleção das matérias merecedoras de reflexão e de moldagem do próprio pensamento - partindo e reconhecendo a conexão entre Direito e Economia. É certo que se poderia, simples e confortavelmente, deixar de problematizar a possível promiscuidade, partindo do pressuposto - que não deixa de ser real e efetivo - de que o foco será, em todos os domínios, jurídico. Porém, a metodologia empregue na investigação é condição do sucesso académico da mesma, o que nos motiva a esclarecer os propósitos que nos movem, comprovando, na medida do que é possível, que o nosso compromisso com a investigação é sério e que a abordagem *jurídico-económica* não torna menos denso ou menor, em termos de dignidade jurídica, o nosso trabalho.

Evitar uma análise económica de uma realidade que se tornou, como não podia deixar de ser, também jurídica, é negar as raízes e as origens dos mais elementares institutos e a própria justificação que subjaz às soluções jurídicas adotadas. Verifica-se, como se dizia, uma juridicização do económico. Em termos concretos, assumindo e fazendo uso da conexão entre Economia e Direito, sendo identificadas as raízes económicas mais relevantes e percebendo qual foi o respetivo impacto no plano jurídico, dever-se-á chegar a uma conclusão que nos permita aferir se o ordenamento jurídico-tributário, no concreto domínio em que nos movemos, é justo e dotado de coerência.

Não só por corresponder a uma configuração “ilustrada” da tributação, mas essencialmente porque a partir dela se torna claro o sentido do principal ensejo de medidas tributárias neutras, igualitárias e coerentes, partimos da tradição económica fiscalista italiana, autora da “teoria da tributação como chuva de granizo”. A *imposta grandine* assenta na constatação de que a tributação, enquanto fenómeno externo à sociedade, mas que dela emerge, causa danos e diminui o *valor da atividade económica*. A tributação exerce, por isso, uma influência sobre a sociedade, sobre os operadores económicos e sobre os consumidores finais, surtindo um impacto (negativo) nas suas decisões e afetando todo o *mercado*².

Desta teoria surge, então, com patente clareza, a relação de causa-efeito entre a tributação e a atividade económica, numa conexão que, por força da relevância que assume no domínio das transações internacionais de mercadorias, será elevada a modeladora metodológica empregue na dissertação. Em concreto, a tributação no comércio internacional de mercadorias constitui uma expressão prática dos termos em que o Direito – em particular, o Direito Tributário – e a Economia se encontram conectados. As soluções jurídico-tributárias que, neste domínio, foram encontradas e que, evidentemente, continuam a ser perspectivadas, constituem o reflexo de pensamentos económicos. Em causa estão regimes jurídicos que versam sobre os termos em que as transações internacionais de mercadorias devem estar sujeitas a tributação, partindo de construções e considerações eminentemente económicas.

De resto, o Direito e a Economia são suscetíveis de serem entendidos como subsistemas do sistema social, enquanto estrutura ou ordem da sociedade, e que se traduzem na existência de relações predominantemente jurídicas e económicas, de funções sociais correlativas e de uma tal interligação entre ambos que a mesma realidade social pode ser, de um ponto de vista, jurídica, e, de outro, económica. E esta conexão estrutural e funcional é particularmente evidente no concreto domínio do Direito Tributário, no qual se identificam com clareza que as relações com a Economia são de determinação de cada um pelo outro,

² WAGNER, Richard, “Public Choice and the Diffusion of Classic Italian Public Finance”, *Il pensiero economico italiano*, vol. 11, n.º 1, 2003, p. 271.

à luz das respetivas funções e laços de reciprocidade e interdependência, seja das respetivas realidades estruturais, seja das funções de cada um, ainda que se identifiquem distintas linhas de pensamento e ainda que sobressaiam códigos comunicativos próprios.

De acordo com a disseminação dos conhecimentos e da desejável comunicabilidade dos saberes, torna-se insustentável uma tarefa de compartimentarização, prejudicial para uma reflexão integrada e inimiga de uma linha de pensamento lógico. A articulação dos meios, dos dogmas, dos paradigmas, das conclusões científicas e das próprias finalidades subjacentes ao Direito e à Economia, com códigos comunicativos particulares e prossecutores de fins diversos, representa uma tarefa necessária a um propósito particularmente evidente no contexto dos mais recentes acordos de comércio internacional, que servem de *quid* à investigação: coerência. Assiste-se a uma aplicação de conceitos e de métodos não jurídicos em prol da compreensão do Direito e das instituições jurídicas, designadamente com o ensejo de construção de novos paradigmas de proteção a relevantes bens/valores jurídicos, particularmente evidentes nos Acordos de Comércio Livre.

Assume-se, claro está, a autonomia dos subsistemas, sem desprimorar as relações estabelecidas entre ambos, assentes na desejada coerência intrínseca, considerando que “o divórcio entre as disciplinas económicas e jurídicas é inconciliável com o conteúdo de umas e de outras”³. É, pois, patente a relação de interdependência, surgindo o problema económico anteriormente à densificação jurídica: a norma enquadra a realidade económica já existente, enquanto procura assumir a materialidade própria dos fenómenos económicos. A ordem económica é, assim, em larga escala, uma ordem jurídica, não existindo atividade económica que não tenda a mostrar-se juridicamente relevante em termos de motivar a disciplina jurídica apropriada, em manifestação da *juridicização* do económico⁴, e ainda que se reconheça, simultaneamente, a *economização* do Direito, no âmbito da qual a evolução económica se projeta na ordem jurídica: de modelos protecionistas para a tendencial ausência de barreiras ao comércio internacional de mercadorias, os instrumentos jurídicos refletem esta evolução de pensamento jurídico-económico.

Em concreto, como dizíamos, a nova geração de Acordos de Comércio Livre é alvo de um renovado interesse público. Os acordos são apontados como paradigmas dos instrumentos jurídicos de comércio internacional, ao se debruçarem sobre um conjunto diferenciado e complexo de temas que passam, evi-

³ SAVATIER, R., *Droit économique et enseignement du droit des biens*, Milano, Giuffrè, 1967, p. 23 e seguintes.

⁴ HABERMAS, Jurgen, “Tendências da Juridicalização”, *Sociologia*, n.º 2, 1987, p. 185 e seguintes, disponível em <https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/1122/1/8.pdf> [07.12.2019].

dentemente, pelos termos de tributação, proteção de investimentos estrangeiros, mercado laboral, saúde pública, proteção ambiental e pelo desenvolvimento sustentável. Em causa estão instrumentos que assumem importância à escala mundial, ao refletirem valores e padrões de consumo comuns, com uma verdadeira mudança de paradigma. O discurso subjacente aos acordos de comércio internacional já não se reconduz a posições de “pró-globalização” ou “contra globalização”, “pró-comércio livre” ou “contra comércio livre”, traduzidas num único fim: a *eficiência global*.

Partindo das exigências de neutralidade e de igualdade, o discurso reconduz-se no estágio atual, à *coerência global*. Estão a ser criados verdadeiros espaços jurídico-económicos continentais e transcontinentais, nos quais a liberdade de comércio é acompanhada pelo necessário esforço de harmonização dos instrumentos jurídicos. E os regimes jurídico-tributários constituem os primeiros segmentos suscetíveis de adaptações, no sentido da respetiva aproximação. A ordem jurídico-tributária tende a refletir as preocupações e valorações económicas, e corporiza um fator dinâmico de orientação da Economia quando influi o comportamento dos operadores económicos e quando determina o rumo evolutivo do processo económico, em expressão do significado adaptado do *princípio da neutralidade*.

Os acordos de comércio internacional (*lato sensu*), surgem, pois, como refletores práticos da juridicização do económico. Aliás, a aquisição do substrato jurídico por parte de importantes figuras e institutos cuja essência é particularmente económica e que estão plasmados nos instrumentos jurídicos relevantes neste âmbito parece ter sido fruto, precisamente, da tarefa de articulação de vontades, que foram reduzidas a escrito e que estão vertidas em diplomas de índole normativa. Em causa estão instrumentos que foram construídos para disciplinar juridicamente mercados, comércio e trocas de mercadorias. E a disciplina jurídica foi moldada pela realidade económica subjacente. Em concreto, constata-se um processo evolutivo dinâmico de uma ordem jurídica global, no contexto da qual o comércio internacional direciona o foco para a disciplina global, a partir de acordos megarregionais com os mecanismos de cooperação regulatória, com princípios e regras transversais e comuns.

Os acordos megarregionais apontam para um Direito global, pautado na disciplina global, a partir da coerência regulatória, com a particularidade de que os Estados passam a não ser os únicos responsáveis pela produção normativa, mediante o alargamento do elenco de atores de Direito para as empresas privadas e para organizações não-governamentais. A este propósito, compreende-se a descentralização do poder soberano do Estado na produção de normas, tendo em conta que a ordem normativa tradicional está envolvida por ordens jurídicas paralelas que convocam atores privados, de naturezas diversas. As normas deixam de ser fundamentalmente públicas e passam a ser também privadas, criadas

por instituições que estabelecem padrões internacionais que serão seguidos por uma grande parte de países⁵. Compreende-se de igual forma a proliferação de normas jurídicas estatais e não estatais, sem hierarquização. O Direito tem a si subjacente uma complexidade advinda da pluralidade das fontes normativas e da origem das mesmas, as quais são repassadas às instituições privadas ou a organizações internacionais que assumem funções administrativas, por vezes com os mesmos procedimentos e até com os mesmos funcionários dos governos locais, encontrando-se numa interface entre as autoridades nacionais e internacionais.

Retomando o discurso antecedente, a propósito da base principiológica, face às necessidades de harmonização, os princípios da neutralidade, da igualdade e da coerência constituirão os parâmetros basilares e orientadores do estudo dos instrumentos jurídicos criados. Numa aproximação que aqui se pretende sucinta e que serve apenas o propósito de identificar, genericamente, os principais temas a que nos dedicamos na dissertação, a neutralidade, na sua conceção original, surge como prevenção ao efeito “granizo” da tributação (ao qual nos referimos *supra*), evitando-o, ao servir de ligação entre a tributação e a realidade social. Ou seja, a neutralidade estabelece um valor ou um fim, reconduzido à eliminação ou à diminuição legítima dos efeitos da tributação sobre a decisão dos operadores económicos, evitando distorções e consequentes ineficiências no sistema económico⁶.

Sucede que, partindo da conceção tradicional de neutralidade, não se conhece um tributo que seja plenamente neutral, considerando que a neutralidade tributária existirá apenas quando um tributo não influencie a produção e o consumo. Partindo do pressuposto que a influência existirá sempre, em maior ou menor medida, direta ou indiretamente, há que interpretar a neutralidade no sentido em que a mesma existirá quando a tributação produza alterações homotéticas, ou seja, iguais para todos aqueles que se encontrem nas mesmas circunstâncias.

Identifica-se, aqui, a ligação entre o princípio da neutralidade, de construção eminentemente económica, e o princípio da igualdade, de construção eminentemente jurídica. Porém, e especificamente a propósito do princípio da igualdade, importa desde já salientar que, no concreto domínio dos impostos (entre os quais se incluirão, no nosso entendimento, os direitos aduaneiros), a capacidade contributiva é a medida da igualdade *económica* que rege a tributação, pelo que não serão apenas considerações jurídicas que estarão subjacentes a este reconhecido pressuposto e limite da tributação, sendo também assinaláveis considerações económicas, que identificaremos.

⁵ VARELLA, M. D., *Direito Internacional Público*, 4.ª edição, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 30.

⁶ SALANIÉ, Bernard, *The economics of taxation*, London, MIT Press, 2003, p. 15.

Enfim, em causa estão princípios necessariamente e facilmente associáveis, ainda que aos mesmos deva ser reconhecida autonomia, sob pena de o ensino de neutralidade redundar em mera utopia. E, de facto, a escola austríaca, que assume a tributação como um *roubo*, considera que a neutralidade representa um valor de impossível realização numa economia de mercado em constante mutação, mas que, ainda assim, deve ser procurado.

Ora, como vimos, se o conceito de neutralidade for entendido em termos atualistas, em articulação com as exigências de igualdade, a neutralidade é alcançável. Resta, porém, a dúvida, se quando assim interpretada deixa de fazer sentido a distinção entre neutralidade e igualdade, sendo difícil identificar a fronteira entre ambas.

A jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia nesta matéria poderá ser útil na identificação do traço diferenciador, ao considerar que a distinção residirá no seguinte: a igualdade deve ser mobilizada para a resolução de problemas onde a neutralidade não consegue chegar⁷. Assim, enquanto que o princípio da neutralidade apenas deverá ser concebido nas relações entre operadores económicos em situação de concorrência, o princípio da igualdade deve ser aplicado nas relações entre operadores económicos que, não estando, porém, em situação de concorrência, se encontram numa situação comparável em outros aspetos. Isto dito, a neutralidade no contexto das transações internacionais de mercadorias não será, simplesmente, fruto do conhecimento do efetivo montante de tributação que recairá sobre as operações de importação e de exportação.

Em causa terá de estar, para que seja dado cumprimento às exigências de neutralidade, uma tributação idêntica àquela que recaiu sobre uma outra operação idêntica ou comparável e entre operadores económicos que estejam numa situação de concorrência ou comparável. O que aqui se pretende sustentar com a invocação dos princípios da neutralidade e da igualdade - em manifestação da conexão entre Direito e Economia - é, pois, a necessidade de criar uma base de legitimação comum para a tributação, concretamente no domínio do comércio internacional, onde imperam soluções técnicas muitíssimo complexas, sendo cada vez mais difícil conseguir estabelecer uma visão global do sistema e de ancorar tais soluções em princípios legitimadores claros. Esta base principiológica é a expressão material de justiça, que funciona não só como um limite externo ao poder de tributar, mas também e sobretudo como fundamento material intrínseco a toda a tributação, impondo ao legislador determinadas soluções.

A invocação desta base principiológica não encontra, pois, fundamento, na ideia de a lei fiscal se apresentar como uma lei odiosa ou de ingerência, sendo

⁷ Neste sentido, *vide* o acórdão do TJUE *Marks & Spencer*, processo C-309/06, de 10 de abril de 2008.

necessário, por isso, reclamar a igualdade na repartição dos encargos públicos. É certo que dela decorre a ablação do património privado, mas certo é também que essa ablação se justificará pela necessidade de existência de meios para garantir o efetivo funcionamento do Estado, prossecutor do interesse público e, numa perspetiva reconduzida aos tributos em análise, que constituem recursos próprios da União Europeia, que o projeto europeu é concretizado.

Ademais, encarando o princípio da igualdade como a trave-mestra concretizadora do ideal da *justiça* na tributação, e sendo irreduzível a íntima relação entre o princípio da igualdade e o princípio da neutralidade, poder-se-á encarar esta base principiológica como detentora de igual ou de muito aproximada relevância no âmbito do sistema tributário, norteador-o, e garantindo a respetiva ordem (consistência) e, inclusivamente, a respetiva unidade (coerência - ainda que ao princípio da coerência venha a ser dispensada uma problematização autónoma). Devem, por isso, ser perspetivados e aplicados em simultâneo, sendo a partir deles que a legitimação material da tributação é mais facilmente sustentada.

Em concreto, o princípio da igualdade reconduzir-se-á à relação dos cidadãos/operadores económicos com a esfera pública, amplamente considerada, permitindo identificar a forma correta de contribuição que o indivíduo deve concretizar. O princípio da igualdade surgirá, pois, associado à promoção do sentido público da tributação e dos seus valores essenciais. Por seu turno, o princípio da neutralidade estará direcionado à busca da correta correlação entre a tributação e a eficiência. Em causa está a relação dos cidadãos/operadores económicos com a esfera pública concretamente económica. Trata-se de um princípio voltado à promoção do sentido privado da tributação.

Por tudo o quanto precede - ainda que sucintamente exposto - a linha de pensamento que aqui se segue, então, assenta na particularidade de assumir a neutralidade como um valor e como um fim em si mesmo, ainda que íntima e necessariamente associado à igualdade e, conseqüentemente, também dotado de um substrato jurídico. Da mesma forma, como vimos, a igualdade não deixa de estar expurgada de componentes económicas. Trata-se, em suma, do reflexo da relação de contágio entre a neutralidade e a igualdade, enquanto valores que têm a si subjacentes dimensões jurídicas e económicas.

Não obstante, em certas situações, a satisfação da justiça tributária (*maxime*, da igualdade) poderá implicar soluções ineficientes para o sistema económico e que, inversamente, uma solução economicamente eficiente se pode revelar injusta. Nestas situações, o que se pretende é um *equilíbrio dinâmico* entre a justiça e a neutralidade, numa lógica de concordância prática entre ambos, e ainda que seja possível conceber a neutralidade como um valor inerente à própria justiça. De facto, por em causa estar, neste particular domínio em que nos movemos, o regime jurídico subjacente à tributação nas importações e nas exporta-

ções de mercadorias, para além de ser erguido sobre as aludidas trave-mestras, não deixa de ter a si subjacente, claro está, preocupações puramente economicistas, reconduzidas a exigências de eficácia e de eficiência, as quais serão alvo de maiores desenvolvimentos, excertados no contexto da principiologia indicada.

É precisamente por via da constatação que da Economia são trazidos importantes conhecimentos que se tem vindo a disseminar a ideia de *tax by design*, de um sistema tributário desenhado a partir de pressupostos de índole económica - em particular, da eficiência -, tendo em vista atingir o chamado *ponto ótimo da tributação*. Um tributo bem desenhado (a respeito da tarefa criadora, normativa) e implementado (a respeito da tarefa aplicadora, interpretativa) será um tributo particularmente eficiente. Nesse sentido, o *bom tributo*, inserido num sistema tributário ótimo, será aquele capaz de gerar receita com o menor dos custos associados e de implicar as menores distorções económicas. Por fim, no que especificamente concerne ao princípio da coerência, na dissertação procura-se aferir se, no contexto da tributação nas transações internacionais de mercadorias, se poderá falar na existência de um verdadeiro ordenamento normativo, que se assume como um patamar essencial do desenvolvimento jurídico, no qual as normas especialmente criadas para a tributação formam um conjunto, ordenado e sistematizado.

Numa mera aproximação ao tema, poder-se-á dizer, a este propósito, que a formação de um agregado unitário, articulado e coerente poderá estar prejudicada pela circunstância de se assistir, particularmente no domínio em que nos movemos, à diluição das fronteiras sistémicas, onde a complexidade é avassaladora, tamanha que é a abundância de acordos, convenções, regulamentos e diretivas que versam, numa visível dispersão e conseqüente potencial e efetiva incoerência sobre os termos em que as importações e exportações de bens devem ou não ser tributados. A própria estrutura do comércio internacional está dividida entre sistemas: sistema multilateral e sistema regional, que não nasceram com vertentes diversas, mas partilhando o ensejo de promoção do desenvolvimento económico dos países e de formar bases sólidas para o comércio internacional. Uma das possíveis vias de combate ou de atenuação à dispersão e à incoerência passa pela harmonização ou uniformização dos regimes jurídicos, já presentes em alguns contextos.

Assim, perante a dispersão entre os diplomas disciplinadores do comércio internacional, como instrumentos de regulação global, a coerência regulatória entre os mesmos poderá servir de mecanismo de harmonização de um Direito Tributário Internacional que se encontra fragmentado. A multiplicidade de acordos preferenciais celebrados é um reflexo da ordem global fragmentada, mas conhece a virtude de se poder adequar mais facilmente às realidades económicas, que se modificam rapidamente. Adiantando aquela que poderá servir de possível resposta à necessidade de harmonização, os acordos megaregionais,

por harmonizarem as suas normas com o Direito da Organização Mundial do Comércio, desempenham um papel fundamental, ao conferir um reconhecimento mútuo dos atores públicos e privados, podendo criar uma cooperação internacional do reconhecimento dos padrões estabelecidos nesses acordos. Porém, importa salientar que uma análise que parta deste reconhecimento não implica um retorno à dependência científica que outrora o Direito Tributário conheceu, particularmente em relação à Economia Política, no sentido de o tributo ser encarado como a contrapartida da proteção pública à propriedade privada e como um sacrifício simultaneamente pernicioso e necessário, explicável através das mesmas ferramentas analíticas com que se perspetivava o próprio mercado.

Repudia-se, por isso, que o estudo da tributação, em particular, da que recai sobre as transações internacionais de mercadorias, seja especialmente centrado nas questões de eficiência, em detrimento das questões da justiça e em prol da aferição do efeito que os tributos produzem sobre o livre curso do mercado, escolhendo aqueles que se revelassem mais capazes de preservar o jogo natural da oferta e da procura. Fazê-lo implicaria, inaceitavelmente, a preferência por tributos cómodos ou seguros, em detrimento de tributos justos. Implicaria ainda que o estudo dos tributos se reconduzisse à respetiva incidência, ou seja, ao estudo do modo como os diferentes tributos se abatem sobre produtores e consumidores e distorcem as escolhas de uns e de outros. Não se pretende, pois, ensaiar o retorno à análise centrada na incidência dos tributos sobre o circuito de produção e circulação da riqueza. A centralidade da atenção é reconduzida, em particular, ao problema da equidade da tributação e da coerência dos instrumentos jurídicos disciplinadores ao nível global, ainda que sem perder de vista, claro está, que as pretensões de eficiência e de eficácia não são nem podem ser alheias à de justiça.

Bibliografia

HABERMAS, Jürgen, “Tendências da Juridicialização”, *Sociologia*, n.º 2, 1987, disponível em <https://repositorio.iscte-iul.pt/bitstream/10071/1122/1/8.pdf> [07.12.2019].

SALANIÉ, Bernard, *The economics of taxation*, London, MIT Press, 2003.

SAVATIER, R. *Droit économique et enseignement du droit des biens*, Milano, Giuffrè, 1967.

WAGNER, Richard, “Public Choice and the Diffusion of Classic Italian Public Finance”, *Il pensiero económico italiano*, vol. 11, n.º 1, 2003.

DESVINCULAÇÃO DE RECEITAS E DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Renata Gomes de Albuquerque Sá¹

1. Introdução

O presente trabalho pretende avaliar o impacto da desvinculação de recursos de tributos que consta no Ato de Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição Federal de 1988 através a aprovação de sucessivas emendas constitucionais desde os anos 1990.

Menciona-se que, no contexto de crise econômica na qual o Brasil se encontra há diversos anos, se torna atraente a possibilidade de se liberar verbas afetadas a setores específicos de atuação do Estado pelo texto constitucional, para que sejam utilizadas de acordo com a conveniência do administrador, sob a justificativa de promover o equilíbrio das contas.

Todavia, impende salientar que tais instrumentos podem representar riscos para a evolução de programas importantes para a sociedade, de modo que o presente estudo busca avaliar os impactos dessa desvinculação de receitas na concretização de direitos fundamentais no Brasil.

¹ Doutoranda em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Mestre em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; Advogada e Professora de Direito Tributário; e-mail: renatagt@gmail.com.

2. Objetivos

Em primeiro lugar, pretende-se abordar os valores especificados na Constituição de 1988 que fundamentam o Estado Brasileiro, bem como as formas de financiamento dos direitos fundamentais pelos entes da federação. Em seguida, trataremos das principais disposições constitucionais acerca da vinculação de receitas tributárias no Brasil.

Mais adiante, será traçado um histórico das emendas constitucionais que trouxeram a desvinculação de receitas no direito brasileiro, a começar pelo Fundo Social de Emergência e pelo Fundo de Estabilização Fiscal, com a promulgação da Emenda Constitucional n.º 27/2000, que criou a Desvinculação de Receitas da União e as suas sucessivas alterações, até a Emenda Constitucional n.º 93/2016, que ampliou esta desvinculação para Estados e Municípios e prorrogou até o ano de 2023.

Outrossim, será realizada uma avaliação dos impactos dessa desvinculação de receitas oriundas da arrecadação de tributos no custeio e na efetivação dos direitos fundamentais previstos na Constituição Brasileira de 1988.

3. Metodologia

Firmados os objetivos a serem alcançados durante a pesquisa, faz-se mister mencionar a metodologia utilizada, a qual seja, documental-bibliográfica, realizada mediante o levantamento prévio das obras publicadas acerca dos temas abordados, acrescida do estudo dos casos mais importantes da jurisprudência pátria.

Os dados colhidos serão tratados de forma qualitativa, dando-se ênfase ao tratamento interpretativo no qual se buscará compreender os significados atribuídos pela doutrina e outros atores do direito às categorias básicas que se incluem nos objetivos do projeto.

Finalmente, salienta-se que será utilizado, predominantemente, o método dedutivo, oferecendo-se resposta às questões específicas com embasamento nos princípios gerais atinentes à matéria, conforme os objetivos estabelecidos no item anterior.

4. Discussões

4.1. Novo perfil do orçamento na Constituição de 1988

A Constituição Federal de 1988 foi resultado do processo de redemocratização pelo qual passava o Brasil, após anos de ditadura militar. Numa análise de

seu texto, em especial do artigo 1.º², que trouxe os fundamentos da República, e do artigo 3.º³, que elencou os seus objetivos fundamentais, é possível verificar o surgimento de um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos individuais e sociais, além de erigir a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos da sociedade brasileira.

Em relação ao orçamento, deve-se mencionar que o texto constitucional abandonou a concepção clássica de orçamento como mera peça contábil, que continha previsão de receitas e autorização de despesas, para instituí-lo como verdadeiro programa de governo, adquirindo caráter político.

Nesse sentido, o Texto Magno estabeleceu as condições e criou os instrumentos para que o orçamento seja um instrumento de planejamento das ações do Estado e de orientação para iniciativas de agentes privados que contribuíssem para reforçar as medidas em prol do desenvolvimento nacional.

Ricardo Lobo Torres⁴ afirma que o constitucionalismo moderno tem por missão não apenas garantir uma ordem financeira equilibrada, mas também obtê-la e sustentá-la com vista à defesa dos direitos humanos e à procura da justiça material, reforçando o papel do orçamento de concretizador dos valores constitucionais.

Outra inovação trazida pela Lei Maior foi a rigidez orçamentária, que tem fundamento em duas espécies de restrições, as quais sejam, o alto grau de vinculação de receitas a gastos específicos e o elevado nível de despesas obrigatórias, previstas na Constituição e em diplomas infraconstitucionais, tais como previdência social, despesas com pessoal e transferências obrigatórias.

² Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
I - a soberania;
II - a cidadania;
III - a dignidade da pessoa humana;
IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;
V - o pluralismo político.
Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

³ Art. 3º. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

⁴ TORRES, Ricardo Lobo, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: o orçamento na Constituição*, 3.ª ed., vol. 5, Rio de Janeiro, Renovar, 2008, p. 387.

Note-se que, diante do novo papel do Estado, o legislador constituinte procurou garantir o suporte financeiro necessário à concretização de diversos direitos fundamentais como saúde, educação e assistência, através da afetação de receitas provenientes da arrecadação tributária.

Entretanto, muitas críticas foram dirigidas a esse excesso de vinculações no Orçamento Geral da União, pois a redução de recursos livres do orçamento, essenciais para a consecução dos projetos prioritários de qualquer governo, diminuiria a flexibilidade da política fiscal para a alocação de recursos, em atendimento à demandas da sociedade, além de restringir o poderio governamental para intervenções na economia.

Essa circunstância também acarretaria uma violação a um dos principais princípios da seara orçamentária - o princípio da não afetação de receitas -, previsto no artigo 167.º da própria Constituição, que estipula que nenhuma receita poderá ser comprometida a determinados gastos.

Ademais, outra consequência negativa do excesso ora mencionado, é que o crescimento das vinculações orçamentárias nos últimos anos teria levado a União a contrair dívidas no mercado para pagamento de despesas mandatórias enquanto detinha recursos não utilizados em outros itens.

4.2. As tentativas de flexibilização da rigidez orçamentária

Para responder às solicitações no sentido de liberar parte do orçamento, a Emenda de Revisão n.º 1/1994 criou o Fundo Social de Emergência, que autorizava a desvinculação de 20% (vinte por cento) de todos os impostos e contribuições federais, a fim de se criar uma fonte de recursos livre de destinação, sendo a vigência de tal fundo prorrogada pela Emenda Constitucional n.º 10/1996 até o ano de 1997. Ademais, a Emenda Constitucional n.º 17/1997 mudou a sua designação para Fundo de Estabilização Fiscal, que veio a existir até 31 de dezembro de 1999.

No ano de 1999 foi proposto o Projeto de Emenda à Constituição 85-B, que acrescentava o artigo 76.º no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, criando a Desvinculação de Receita da União (DRU), também no importe de 20% (vinte por cento) de receitas provenientes da arrecadação de impostos e contribuições federais, com algumas exceções. Esse projeto foi aprovado no ano de 2001, dando origem à Emenda Constitucional n.º 27/2000.

Insta mencionar que, não obstante a DRU ter sido pensada como uma medida provisória, o que se nota em razão de sua introdução no ADCT, na prática ela tem vindo a tornar-se permanente, em razão das suas sucessivas prorrogações pelo Congresso Nacional.

Note-se que, no ano de 2016, foi promulgada a Emenda Constitucional n.º 93⁵, que alterou o artigo 76 do ADCT, de modo a aumentar a desvinculação para 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data, até 31 de dezembro de 2023.

⁵ Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) da arrecadação da União relativa às contribuições sociais, sem prejuízo do pagamento das despesas do Regime Geral da Previdência Social, às contribuições de intervenção no domínio econômico e às taxas, já instituídas ou que vierem a ser criadas até a referida data. (Redação dada pela Emenda constitucional n.º 93).

§ 1º (Revogado). (Redação dada pela Emenda constitucional n.º 93).

§ 2º Excetua-se da desvinculação de que trata o caput a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 68, de 2011).

§ 3º (Revogado). (Redação dada pela Emenda constitucional n.º 93).

A mesma emenda também instituiu os arts. 76-A⁶ e 76-B⁷, autorizando os Estados, o Distrito Federal e os Municípios a desvincular 30% (trinta por cento) das receitas relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até à referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes, até 31 de dezembro de 2023.

O Governo Federal, no intuito de justificar a manutenção da referida medida, aponta que a DRU tem por objetivo dar uma maior flexibilidade à alocação dos recursos públicos, sem que sejam elevadas as receitas disponíveis para o governo federal e sem prejuízo das transferências constitucionais para Estados e municípios⁸.

⁶ Art. 76-A. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) das receitas dos Estados e do Distrito Federal relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes. (Incluído dada pela Emenda constitucional n.º 93).

Parágrafo único. Excetuam-se da desvinculação de que trata o caput: (Incluído dada pela Emenda constitucional n.º 93).

I - recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do § 2º do art. 198 e o art. 212 da Constituição Federal; (Incluído dada pela Emenda constitucional n.º 93).

II - receitas que pertencem aos Municípios decorrentes de transferências previstas na Constituição Federal; (Incluído dada pela Emenda constitucional n.º 93).

III - receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores; (Incluído dada pela Emenda constitucional n.º 93).

IV - demais transferências obrigatórias e voluntárias entre entes da Federação com destinação especificada em lei; (Incluído dada pela Emenda constitucional n.º 93).

V - fundos instituídos pelo Poder Judiciário, pelos Tribunais de Contas, pelo Ministério Público, pelas Defensorias Públicas e pelas Procuradorias-Gerais dos Estados e do Distrito Federal. (Incluído dada pela Emenda constitucional n.º 93).

⁷ Art. 76-B. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2023, 30% (trinta por cento) das receitas dos Municípios relativas a impostos, taxas e multas, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais, e outras receitas correntes. (Incluído dada pela Emenda constitucional n.º 93).

Parágrafo único. Excetuam-se da desvinculação de que trata o caput: (Incluído dada pela Emenda constitucional n.º 93).

I - recursos destinados ao financiamento das ações e serviços públicos de saúde e à manutenção e desenvolvimento do ensino de que tratam, respectivamente, os incisos II e III do § 2º do art. 198 e o art. 212 da Constituição Federal; (Incluído dada pela Emenda constitucional n.º 93).

II - receitas de contribuições previdenciárias e de assistência à saúde dos servidores; (Incluído dada pela Emenda constitucional n.º 93).

III - transferências obrigatórias e voluntárias entre entes da Federação com destinação especificada em lei; (Incluído dada pela Emenda constitucional n.º 93).

IV - fundos instituídos pelo Tribunal de Contas do Município. (Incluído dada pela Emenda constitucional n.º 93).

⁸ BRASIL. Ministério do Planejamento e Gestão, Desvinculação de Receita da União – DRU, disponível em: http://www.planejamento.gov.br/link_secretaria.asp?cod=478&cat=51&sec=8&sub=129.

5. Resultados

A desvinculação de receitas traz algumas vantagens orçamentárias, pois permite a realocação de receitas, que anteriormente possuíam uma destinação específica, a atividades que demandem maior atenção do gestor público.

Num exemplo hipotético em que os recursos direcionados ao custeio da segurança social cobrissem todas as despesas e apresentassem superávit, o governo, em tese, poderia deslocar as verbas excedentes para outro setor do orçamento fiscal ou estatal, evitando que essa quantia ficasse sem uso até o exercício seguinte⁹.

Entretanto, tal situação não se verifica na prática. Isto porque, não obstante as exceções aos dispositivos constantes no ADCT, que fazem com que a desvinculação não atinja, de forma direta, as verbas atualmente destinadas à segurança social, ela cria barreiras para o desenvolvimento do setor no futuro, pois não sobram recursos para investimentos¹⁰.

Outrossim, durante a discussão sobre o projeto da última emenda constitucional sobre o tema da desvinculação, Lopes Neto questiona a razão pela qual somente o piso constitucional da educação foi excetuado pela DRU, quando a mesma proteção foi igualmente conferida pelo texto do Legislador Constituinte Originário à saúde, que também acabou por ser prejudicada com a DRU¹¹.

Ademais, diversos relatórios elaborados pelo Tribunal de Contas da União, elaborados com base nos dados do SIAFI (Sistema Integrado de Administração Financeira do Governo Federal) informam que a DRU retirou, no período compreendido entre 2004 e 2011, cerca de setecentos e quarenta e quatro bilhões de reais da sua destinação específica¹².

É possível aduzir que, inexistindo a DRU, a balança econômica da previdência atingiria superávit em quase todos os anos analisados; todavia, com a desvinculação, foi deficitária em todos os anos, o que reafirmaria a ideia de que, apesar do impedimento constitucional, a desvinculação limitou, na prática, as atividades da previdência.

⁹ CALDAS, Eric Felipe Silva e, A inconstitucionalidade da DRU e sua extensão a Estados, Distrito Federal e Municípios: aspectos materiais, conceituais e constitucionais, *Revista Jus Navigandi*, ano 23, n.º 5638, 2018, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66918>.

¹⁰ CALDAS, Eric Felipe Silva e, *A inconstitucionalidade da DRU... op. cit.*

¹¹ LOPES NETO, Napoleão Guimarães. A Constitucionalidade da Desvinculação de Receitas da União e sua extensão para os demais Entes da Federação. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*. N 4, V. 34, out-dez/2016. Belo Horizonte: TCEMG, pp. 89-90.

¹² MONTENEGRO, Ivo, Reforma da Previdência: será que vai resolver o déficit?, *Revista Jus Navigandi*, ano 22, n.º 5039, 2017, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57165>.

Impende ressaltar, por oportuno, que no período compreendido entre os anos 2000 e 2007, a DRU foi responsável por 62,45%, em média, de todo superávit primário¹³. Ademais, foi possível observar que a seguridade social é a área que vem sendo afetada por este mecanismo de ajuste fiscal.

No ano de 2004, por meio da DRU, foram desvinculados vinte e quatro bilhões de reais das receitas arrecadadas para a seguridade social; no ano de 2005, foram desvinculados trinta e dois bilhões de reais; em 2006, mais de trinta e três bilhões. Sem a DRU, a seguridade social apresentaria um superávit de mais de dezessete bilhões de reais em 2005 e de quatro bilhões e meio de reais no ano de 2006¹⁴.

Portanto, resulta claro que a desvinculação de receitas desde 1994 até 2023 e o congelamento dos pisos de custeio da saúde e da educação por vinte anos de que trata o artigo 104 não são transitórios, tampouco proporcionais em sua pretensão de ajuste fiscal, tamanho o redesenho feito em relação ao financiamento constitucionalmente adequado dos direitos fundamentais.

6. Conclusão

A desvinculação de recursos originários de tributos vinculados, que vem ocorrendo através da aprovação de sucessivas emendas constitucionais, inicialmente apenas de tributos federais e, mais recentemente, de verbas arrecadadas pelos Estados e Municípios, apresenta-se como um contraponto à vontade do Constituinte Originário, que, mesmo em 1988, buscou preservar setores importantes da sociedade de ataques futuros.

Ao se considerar a possibilidade de emendas constitucionais veicularem preceitos inconstitucionais, uma vez que apenas a atuação do Legislador Constituinte Originário não é limitada por nenhum ordenamento jurídico, sustentamos a necessidade de que o Poder Judiciário brasileiro se pronuncie sobre a inconstitucionalidade da desvinculação de receita, consoante explicitado.

Isso porque não é possível manter-se uma desvinculação de um recurso que é afetado por natureza, que tem uma destinação legal prevista no próprio conceito do tributo que justificou o seu ingresso nos cofres públicos, como ocorre com as contribuições especiais e taxas.

No que tange à consequência jurídica da desvinculação de receitas, não é possível sustentar a inconstitucionalidade das leis instituidoras das contribuições

¹³ SALVADOR, Evilásio, *Fundo Público e seguridade social no Brasil*, São Paulo, Cortez Editora, 2010, p. 379.

¹⁴ BOSCHETTI, Ivanete; SALVADOR, Evilásio, O financiamento da seguridade social no Brasil no período de 1999 a 2004: quem paga a conta?, in *Serviço social e saúde: trabalho e formação profissional*, São Paulo, Cortez Editora, 2006, pp. 49-72.

e taxas que tiveram uma parcela dos seus recursos desvinculados, uma vez que é exatamente esta desvinculação das verbas já arrecadadas mediante a cobrança da contribuição ou da taxa corretamente instituídas que está em conflito direto com os mandamentos da Constituição, e não a norma impositiva.

Insta ainda mencionar a impossibilidade de se utilizar os argumentos da crise financeira do Estado e do crescimento desordenado da dívida líquida do setor público para justificar o surgimento da DRU, da DRE e da DRM como medidas excepcionais e transitórias.

Isso porque, com o passar dos anos e com as emendas constitucionais que prorrogaram a sua existência, houve uma clara mudança de finalidade de tais institutos e, atualmente, não há como se aferir uma finalidade justificável para a manutenção dessa medida no ordenamento jurídico atual, sendo certo que ela não é mencionada pela atual redação do artigo 76.º do ADCT.

Na verdade, o regime jurídico instituído pela desvinculação de receitas, por atuar como regra autorizativa geral posta como “antídoto” excepcional contra as vinculações constitucionais, acaba por redesenhar os limites mínimos de gastos com as políticas públicas vinculadas e a natureza tributária específica das contribuições sociais, por meio de várias emendas contingenciais ao texto do ADCT.

Por fim, ao analisarmos os impactos da desvinculação nos direitos fundamentais, previstos na Constituição da República, é forçoso concluir que, na atualidade, os governos subtraem verbas importantes através da DRU, DRE e DRM, com a justificação de que existem despesas correntes durante o ano que precisam de ser pagas antecipadamente, mas que todos os recursos são posteriormente devolvidos ao orçamento social.

Resta claro, portanto, que a desvinculação de receitas de tributos da União, Estados e Municípios retira dinheiro que deveria ser aplicado em programas sociais e os desloca para outros gastos, fazendo retroceder, de modo institucional, em matéria de direitos sociais.

Bibliografia

BOSCHETTI, Ivanete; SALVADOR, Evilásio, O financiamento da Seguridade Social no Brasil no período de 1999 a 2004: quem paga a conta?, in *Serviço social e saúde: trabalho e formação profissional*, São Paulo, Cortez Editora, 2006.

CALDAS, Eric Felipe Silva e, A inconstitucionalidade da DRU e sua extensão a Estados, Distrito Federal e Municípios: aspectos materiais, conceituais e constitucionais, *Revista Jus Navigandi*, ano 23, n.º 5638, 2018, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/66918>.

MONTENEGRO, Ivo, Reforma da Previdência: será que vai resolver o déficit?, *Revista Jus Navigandi*, ano 22, n.º 5039, 2017, disponível em: <https://jus.com.br/artigos/57165>.

SALVADOR, Evilásio, *Fundo Público e seguridade social no Brasil*, São Paulo, Cortez Editora, 2010.

TORRES, Ricardo Lobo, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário. O orçamento na Constituição*, 3.^a ed., vol. 5, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.

MEDIAÇÃO INTERCULTURAL: A PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA RELAÇÃO JURÍDICA ENTRE MIGRANTES E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA LOCAL (NA PERSPECTIVA DO ORDENAMENTO JURÍDICO ESPAÑHOL E PORTUGUÊS)

Rômulo Barreto Jr¹

1. Introdução

A afirmação dos direitos fundamentais no continente europeu possui dois pilares que têm permitido a promoção de uma interpretação atualizada destes: a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e a sua implementação por via do Tribunal de Justiça da União Europeia e a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, cuja interpretação é realizada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A existência de dois parâmetros que protegem e garantem direitos fundamentais exaltam o pluralismo jurídico, a tolerância e a abertura

¹ Doutorando em Direito Administrativo pela Universidade de Santiago de Compostela, Espanha, Mestre em Direito Administrativo pela Universidade do Minho, Portugal, Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Amazonas, Brasil, Advogado e Mediador Municipal e Intercultural.

de espírito² e como consequência, as autoridades públicas e outras entidades de cariz regional, nacional e europeu têm vindo a adotar, voluntária e involuntariamente, políticas públicas, nomeadamente de mediação comunitária, de natureza *top-down* e *bottom-up* que visam promover a liberdade e a paz social no continente europeu.

O poder judiciário é conhecido por ser o mecanismo tradicional de controle e resolução dos litígios e o órgão responsável por garantir o acesso à justiça. Entretanto, devido à morosidade, aos altos custos e à inacessibilidade pela maioria da população, torna-se evidente que o poder judiciário vem ao longo dos anos passando por uma crise de identidade ao não garantir na plenitude o cumprimento de direitos e deveres aos seus cidadãos, refletindo negativamente, portanto, nos imigrantes e refugiados.

Com a introdução da Diretiva 2008/52/CE, de 21 de maio no ordenamento jurídico da União Europeia³, os Estados Membros disciplinaram internamente o instrumento da mediação como meio alternativo de resolução de conflitos dos seus nacionais, com a participação efetiva e direta dos membros da comunidade neste instrumento, fazendo surgir novas relações sociais⁴ visando incentivar a composição amigável e criando um contrapeso em relação ao uso dos meios judiciais convencionais.

Neste cenário, Portugal e Espanha passaram a incentivar e a utilizar em suas autarquias locais os serviços de mediação geridos por entidades públicas e instituições comunitárias, visando oferecer aos cidadãos meios mais céleres de resolução de conflitos, vislumbrando a democratização do acesso à justiça.

Atualmente registra-se em Portugal um acréscimo da população estrangeira residente que totaliza 480.300 cidadãos estrangeiros titulares de autorização de residência, valor mais elevado registrado pelo Serviço de Estrangeiros e Fronteiras – SEF, desde o seu surgimento em 1976⁵. Sendo que 81,1% destes cidadãos estrangeiros correspondem a população potencialmente ativa, com preponderância do grupo etário 25-44 anos de idade.

² Ver, por exemplo, o caso *Handyside c. Reino Unido*, Acórdão do Tribunal Europeu dos Direitos Humanos (TEDH), de 7 de dezembro de 1976, queixa n.º 5493/72, disponível em <http://hudoc.echr.coe.int> (05/01/2020)

³ CEBOLA, Cátia Sofia Marques, A mediação pré-judicial em Portugal: Análise do Novo Regime Jurídico, *Revista da Ordem dos Advogados*, I-IV, 2010, pp. 441 – 459

⁴ Ver NASCIMENTO, Vanessa do Carmo, Mediação Comunitária como meio de efetivação da democracia participativa, *Rio Grande*, XIII, n. 83, 2010, pp. 6-9, disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8657.

⁵ Conforme números oficiais apresentados no Relatório de Imigração, Fronteiras e Asilo de 2018 - RIFA 2018. Consultar o endereço eletrônico, <https://sefstat.sef.pt/Docs/Rifa2018.pdf>, conferido pela última vez a 05 de Janeiro de 2019.

O Regime Jurídico de entrada, permanência, saída e afastamento de cidadãos estrangeiros do território nacional (Lei nº 23/2007, de 4 de Julho) e a Lei da Nacionalidade (Lei nº 37/1981, de 03 de outubro, redação de acordo com a oitava alteração feita pela Lei Orgânica nº 2/2018, de 05 de julho), constituem medidas legislativas com influência nos fluxos migratórios e na prevenção de ilícitos e atos associados em Portugal.

Do mesmo modo em Espanha o número de imigrantes aumenta, sendo digno de nota a quantidade de refugiados que adentram no território espanhol pela via marítima, estes na sua grande maioria originários da África Subsariana, de Magrebe e mais recentemente da Venezuela.

Com o emprego de instrumentos de autocomposição como a mediação, Portugal e Espanha procuram suprir com vantagem lacunas deixadas pelo poder judiciário, configurando-se uma resposta natural à incapacidade da justiça oficial do Estado de resolver as crescentes demandas sociais geradoras de conflitos.

2. Objetivos

O campo de estudo está diretamente relacionado com a obrigação do Estado em garantir ao migrante a prática de ações nos domínios administrativo e judicial que visem o gozo dos direitos fundamentais pelos cidadãos estrangeiros.

É sabido que o difícil processo migratório somado a ineficiência administrativa no trato de questões relacionadas à imigração, obrigam à Administração Pública Local a enfrentar os desafios relacionados com a estigmatização de imigrantes de determinadas nacionalidades (peso do preconceito), discriminação, racismo, legalização, acesso ao trabalho digno e formal, ao reagrupamento familiar, à saúde, à educação e integração cultural do imigrante.

Assim, no âmbito da União Europeia é cada vez mais presente o emprego da mediação intercultural como meio de mitigar a relação migrante e autoridades locais no que respeita ao cumprimento dos direitos fundamentais previstos no Tratado da União Europeia.

Pela importância do tema, o presente trabalho de investigação tem a pretensão de aferir se a mediação assume de fato um protagonismo nos ordenamentos jurídicos dos Estados espanhol e português, descortinando a sua eficácia⁶ na prevenção e gestão de conflitos de natureza migratória.

⁶ GIMÉNEZ ROMERO, Carlos, Aplicaciones del Enfoque Interculturalista: Políticas Públicas, Escuela, Mediación, Barrios y Civismo, *Tutoria e Mediação em Educação*, Lisboa, EDUCA, 2009, pp. 138-146.

3. Metodologia

A metodologia empregue na investigação será baseada em pesquisa, recolha bibliográfica e análises quantitativas de legislações específicas, de tratados internacionais, de doutrinas e bancos de teses e dissertações de universidades nacionais e estrangeiras.

O acento tónico da metodologia será o direito comparado ao estudar os diplomas legais que disciplinam a mediação intercultural na prevenção e gestão de conflitos interculturais existentes na relação entre imigrantes/refugiados e o poder público local, nomeadamente em Espanha e Portugal.

Através de uma investigação-ação de casos práticos e sem perder o foco da perspectiva jurídica, serão apresentados casos de autocomposição por parte da administração pública local, com o emprego da mediação intercultural como meio alternativo de tratamento de conflitos de natureza migratória que envolvam o poder público local.

Nessa linha, o estudo da mediação ganha relevância diante da sobrecarga e ineficiência do sistema judiciário e consagra-se como meio alternativo de solução de litígios, adequando a ordem jurídica internacional à realidade e demanda exigida no âmbito local. Entretanto, ainda há óbices a serem superados⁷, inclusive no que se refere à partilha de boas práticas da mediação entre Espanha e Portugal.

O presente estudo, ao abordar a relação entre migrante e o poder público local, tendo a mediação como ponto de destaque, buscar-se-á investigar a relevância social e jurídica do emprego da mediação, uma vez que, tal relação produz profundos efeitos no tecido social local, pois frequentemente surgem interesses controversos e lides que padecem de solução célere, sigilosa, eficiente, especializada e nos limites legais⁸.

Portanto, com esse fim, imprescindível se torna a partilha de experiências do emprego da mediação ao nível das relações entre imigrantes/refugiados e o poder público, nomeadamente no âmbito luso-espanhol onde a mediação será estudada.

⁷ PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa, A imposição da mediação como decorrência da política pública da União Europeia para a resolução consensual de conflitos, *Revista do Programa de Direito da União Europeia*, n.º 7, 2016, pp. 125-126, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpdue/article/view/68254>.

⁸ Ver a este respeito CARVALHO, Jorge Morais, A consagração legal da mediação em Portugal, *Julgat*, n.º 15, Coimbra, 2011, p. 278, alerta para a importância do mediador que deve ter capacidade e conhecimento, não afetando o princípio da legalidade.

4. Discussão

O Concelho da Europa em conjunto com a UNESCO criaram a “Plataforma Aberta de Faro”, no ano de 2015, onde consideram como uma das atividades prioritárias a intervenção das autoridades públicas locais e regionais sobre assuntos como a boa governação local e as questões relativas às migrações⁹.

Deste modo, no que diz respeito às políticas e ações de integração de imigrantes, Portugal e Espanha são apoiados financeiramente pelo Fundo Europeu de Integração de Nacionais de Países Terceiros (FEINPT) para desenvolver programas, projetos e ações voltadas para a integração de imigrantes como meio de densificação territorial.

Nessa linha, os projetos relacionados com imigrantes e refugiados são apoiados pelo FEINPT, destacando-se dentre estes os projetos cujo pano de fundo é a mediação intercultural como ferramenta de acesso à justiça e preenchimento de vazios demográficos.

Em Portugal, o Programa Operacional Inclusão Social e Emprego (PO-I-SE) tem a missão de apoiar ações que promovam maior inclusão social e melhor emprego em Portugal, tendo como agente executivo o Alto Comissariado para as Migrações (ACM) instituto público que intervém na execução das políticas públicas em matéria de migrações.

Por sua vez, em Espanha, a mediação encontra-se num estágio mais avançado de aplicação, o que se deve ao fato de a administração pública local dispor de uma maior autonomia na aplicação deste mecanismo aos casos concretos. Com a presente investigação, busca-se conhecer as boas práticas de mediação¹⁰ como ferramenta de proteção dos direitos fundamentais.

5. Resultados

Na investigação é expectável analisar a mediação na sua vertente comunitária (intercultural) como método comunicativo de gestão de conflito nos ordenamentos jurídicos português e espanhol, que intrinsecamente possui atributos que serão estudados como: ser um mecanismo essencialmente extrajudicial, voluntário que aplica e promove espaços de diálogo interdisciplinares¹¹. Além de

⁹ COSTA, Jorge Meira; BARRETO JR, Rômulo, Mediação comunitária: contributos e reflexões para sua sistematização in *A mediação administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*, coord. Isabel Celeste Monteiro Fonseca, Coimbra, Almedina, 2019, p. 367.

¹⁰ Ver SALES, Lília Maia de Moraes, *A Mediação Comunitária: Instrumento de Democratização da Justiça*, 2010, disponível em: <http://www.ces.uc.pt/ficheiros2/files/miguel%20reale%201.pdf>.

¹¹ RODRIGUES, Danuza Oliveira, *A interdisciplinaridade na mediação extrajudicial*, *Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa*, Santa Cruz do Sul, UNISC, 2013 disponível in http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10875/1406, pp. 10-11.

ser um método autocompositivo e considerado uma fonte negociada de direito, com base num processo simples, gratuito, célere e pouco burocrático atrelado à efetividade.

Vislumbra-se também com a investigação divulgar comparativamente os índices de eficácia social a partir de estudos científicos de casos concretos¹² que se utilizaram da mediação como mecanismo de acesso à justiça, com realce aos casos cujo o emprego se deu em comunidades socialmente multiculturais que reconhecem as suas diferenças e buscam consensos.

6. Conclusões

Do exposto, a partir da Directiva 2008/52/CE, de 21 de maio no ordenamento jurídico da União Europeia, gradativamente os Estados-membros passaram a valorizar a mediação como meio de democratizar o acesso à Justiça.

Nessa linha, Portugal e Espanha com a transposição da Directiva nos respectivos ordenamentos jurídicos, utilizam o mecanismo da mediação como meio eficaz de reduzir lacunas deixadas pelo poder judiciário, configurando-se uma resposta natural à incapacidade da justiça oficial do Estado de resolver as crescentes demandas sociais geradoras de conflitos.

Deste modo, no tocante à mediação comunitária (intercultural) constituída de atributos sintetizados pela simplicidade, desburocratização e enorme capacidade para resolver conflitos de natureza diversa que envolvam pessoas de diferentes culturas. Os governos da Espanha e Portugal, com a escalada crescente do fluxo migratório nos seus respectivos territórios, têm estrategicamente recorrido aos Fundos Europeus para introduzir boas práticas de mediação comunitária (intercultural).

O emprego da mediação comunitária pela Administração pública local tem servido efetivamente à sociedade como um instrumento de transformação sócio-cultural, que através do diálogo, da confiança, da cooperação e da solidariedade entre as partes envolvidas, traz como resultado menos judicialização de conflitos, o que faz da mediação uma grande aliada do Poder Judiciário, pois descentraliza, democratiza e garante o acesso à justiça e demais direitos fundamentais também ao migrante.

¹² CUTRONA, Cheryl, Community Mediation in the United States, in *Moving Toward a Just Peace: The Mediation Continuum, Clinical Sociology: Research and Practice*, Jan Marie Fritz, Dordrecht, Springer, 2014, pp. 69-89.

Bibliografia

CEBOLA, Cátia Sofia Marques, A mediação pré-judicial em Portugal: Análise do Novo Regime Jurídico, *Revista da Ordem dos Advogados*, I-IV, 2010.

CHERYL CUTRONA, Community Mediation in the United States, in *Moving Toward a Just Peace: The Mediation Continuum, Clinical Sociology: Research and Practice*, Jan Marie Fritz, Dordrecht, Springer, 2014.

COSTA, Catarina, *A Mediação Comunitária como Mecanismo de Inclusão de Refugiados*, Tese de Mestrado, Instituto Universitário de Lisboa, 2017.

COSTA MEIRA, Jorge; BARRETO JR, Rômulo, Mediação comunitária: contributos e reflexões para sua sistematização in *A mediação administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*, coord. Isabel Celeste Monteiro Fonseca, Coimbra, Almedina, 2019.

FONSECA, Isabel Celeste M., A mediação administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades, in *A mediação administrativa: contributos sobre as (im)possibilidades*, coord. Isabel Celeste Monteiro Fonseca, Coimbra, Almedina, 2019.

GIMÉNEZ ROMERO, Carlos, Aplicaciones del Enfoque Interculturalista: Políticas Públicas, Escuela, Mediación, Barrios y Civismo, *Tutoria e Mediação em Educação*, Lisboa, EDUCA, 2009.

Livro Branco sobre o Diálogo Intercultural Viver Juntos em Igual Dignidade, Conselho da Europa, Estrasburgo, 2008, disponível em: https://www.coe.int/t/dg4/intercultural/Source/Pub_White_Paper/WhitePaper_ID_PortugueseVersion2.pdf.

MORAIS CARVALHO, Jorge, A consagração legal da mediação em Portugal, *Julgar*, n.º 15, Coimbra, 2011.

NASCIMENTO, Vanessa do Carmo, Mediação Comunitária como meio de efetivação da democracia participativa, *Rio Grande*, XIII, n. 83, 2010, pp. 6-9, disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8657.

OLIVEIRA RODRIGUES, Danuza, A interdisciplinaridade na mediação extrajudicial, *Seminário Internacional de Mediação de Conflitos e Justiça Restaurativa*, Santa Cruz do Sul, UNISC, 2013 disponível em: http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/mediacao_e_jr/article/view/10875/1406.

PAUMGARTTEN, Michele Pedrosa, A imposição da mediação como decorrência da política pública da União Europeia para a resolução consensual de conflitos, *Revista do Programa de Direito da União Europeia*, n.º 7, disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rpdue/article/view/68254>.

SALES, Lília Maia de Moraes, *A Mediação Comunitária: Instrumento de Democratização da Justiça*, 2010, disponível em: <http://www.ces.uc.pt/ficheiros2/files/miguel%20reale%201.pdf>.

EL DERECHO DE ACCESO A INTERNET EN EL CONSTITUCIONALISMO ESPAÑOL

Tamara Álvarez Robles¹

1. Origen y desarrollo de la investigación

En una etapa inicial del periodo investigador nos planteamos el debate en torno al cuestionamiento del Estado ante la globalización, quien habría de reformularse como estructura de soberanía y coordinador jerárquico frente al resto de sujetos presentes en ese proceso². Esa afectación al Estado sería con una nueva dimensión que afronta al poder estatal, el ciberespacio, desde la cual se produce una ruptura del tradicional principio de territorialidad³. Comenzando así el interés en el Derecho de las tecnologías de la información y de la comunicación y posteriormente por el concreto Derecho de acceso a Internet.

Nos proponemos, como punto de partida, el análisis de la relación globalización desde el protagonismo del Estado y observamos dos tendencias opuestas frente a la existencia de la globalización: los negacionistas y los afirmacionistas, y dentro de ésta última, que reconoce la existencia se sitúa una corriente más moderada, los transformacionistas en la cual nos situamos nosotros, esto es,

¹ Profesora contratada área de Derecho Constitucional Universidad de Vigo. PhD Derecho Constitucional, Universidad de León. Contacto: tamara.alvarez.robles@uvigo.es//talvr@unileon.es.

² ARRIOLA ECHANIZ, Naiara, Las consecuencias de la globalización en el derecho constitucional: aportaciones de la miriada de corrientes doctrinales, *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, 178, octubre/diciembre, 2017.

³ BECK, Ulrich, ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización, Barcelona, Paidós Ibérica, 1998; CASTELLS, Manuel, Comunicación, poder y contrapoder en la sociedad red (II). Los nuevos espacios de la comunicación, *Telos*, 75, abril-junio, 2008.

tomamos posición en aquella doctrina que reconoce la afectación de la globalización al Estado desde la postura intermedia⁴.

Avanzando en el estudio de la globalización⁵, y a consecuencia del impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación y en especial de Internet en la contracción espacio-temporal y por ende en la globalización, ahora digital, observaríamos cómo desde los inicios de la informática e Internet, a consecuencia de su uso común o popular, surge el debate en torno a la normación del ciberespacio, en el cual el Estado ha sido uno de los interlocutores principales.

Así, desde las teorías contrarias a la intervención del Estado en el ciberespacio, de principios de los noventa, *los ciberlibertarios*⁶, pasando por las posturas de quienes defendieron desde unos inicios la presencia y regulación del ámbito cibernético y tecnológico aledaño, *los ciberreguladores*⁷, hasta llegar al activismo digital actual, se establecería la posibilidad de un derecho de Internet, que evolucionaría al derecho digital.

⁴ BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony, LASH, Scott, *Modernización reflexiva: política, tradición y estética en el orden social moderno*, Madrid, Alianza Editorial, 1997. HELD, David, et. al., *Global Transformation: Politics, Economics and Culture*, Stanford, Stanford University Press, 1999.

⁵ Ello nos permitiría continuar el análisis de la afectación del proceso de globalización al Estado advirtiendo la importancia de la institución espacio-temporal en las relaciones Estado-sociedad e, igualmente, nos permitiría redefinir del concepto de globalización como: “*un conjunto multi-dimensional (analógico/digital) de procesos sociales (individuo/sociedad), impulsados por factores principalmente políticos, jurídicos, económicos y tecnológicos que crean, multiplican, aceleran e intensifican intercambios e interdependencias alterando el tiempo y el espacio a nivel mundial, a la vez que fomenta en las personas una conciencia de dependencia y/o conexión cada vez mayor entre lo local y lo distante, modificando las instituciones de las sociedades en las que vivimos (valores, pautas de comportamiento, formas de Gobierno y de Estado, técnicas legislativas), constitucionalizando el orden internacional e internacionalizando el orden constitucional preexistente, alterando el reparto de poder y propiciando la emergencia de nuevos poderes. La globalización es, por tanto, causa y efecto de la propia evolución de las sociedades, del ser humano, y del entendimiento de los conceptos espacio y tiempo; está condicionada por la intensidad de las relaciones y por el desarrollo tecnológico, haciendo al mundo más pequeño, “shrinking world”; es impredecible, irreversible, heterogénea y se escapa al control por parte de los sujetos que actúan en los procesos*”.

⁶ POST, David G., *Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, 1995. Recurso electrónico, disponible en: <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Anarchy.html>. BARLOW, John Perry, A Declaration of the Independence of Cyberspace, *Electronic Frontier Foundation*, Davos, Switzerland, 8 de febrero, 1996. LESSIG, Lawrence, Reading the Constitution in Cyberspace, *Emory Law Review*, 45, 1996.

⁷ MEFFORD, Aron, Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol.5, Iss.1, 1997. GOLDSMITH, Jack. L., Regulation of the Internet: Three Persistent Fallacies, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 73, Iss. 4, Symposium on the Internet and Legal Theory Art. 7, October 1998. PERRITT JR., Henry H., The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 5, iss. 2, 1998.

Consecuencia de ese primer análisis de la normatividad del ciberespacio, de ese intento de controlar la globalización digital, surge el nuevo capítulo “Del debate sobre la regulación del ciberespacio a la consideración de Internet como un derecho humano fundamental”.

Si durante la década de los noventa el debate se circunscribía a la presencia o no del Estado en el ciberespacio, en la actualidad es una realidad incontable, siendo uno de los sujetos, junto a los usuarios y los proveedores y prestadores del servicio de Internet. Sin embargo, ese debate de la existencia y alcance del Estado en el ciberespacio no cesa, sino que se transforma o evoluciona hacia la regulación de la red en dos de sus principales características: el contenido y la infraestructura y, a su vez, en su doble dimensión: acceso (posibilitación) y ciberseguridad (limitación y/o garantía). En este ámbito, las generaciones nativas digitales serían quienes, desde una visión de Estado “no tradicional”, podrían reavivar el debate y mostrar su oposición a la regulación, a la presencia del Estado, o bien, dado que no han sido participes de los inicios del debate, pueden entender ese ciberespacio como una extensión del Estado, en este caso digital.

El contexto del segundo de los capítulos supondría el análisis normativo, jurisprudencial y documental, de la influencia internacional y supranacional principalmente de Naciones Unidas y de la Unión Europea en la regulación de Internet, en su configuración como derecho fundamental. En su doble consideración: infraestructura y contenidos.

En suma, la consideración de una teoría de generaciones de derechos humanos⁸, que defiende una nueva generación de derechos tecnológico-digitales⁹ y su estrecha relación con el Derecho Constitucional, a su vez, consecuencia de la propia evolución tecnológica y de Internet, en tanto que afecta las pautas y comportamientos sociales redefiniendo así las instituciones tradicionales que guiaban los sistemas constitucionales, modificando la relación Estado-ciudadanía, justificaría la consideración desde el Derecho Constitucional español ante estas circunstancias¹⁰. El Estado, de este modo, se muestra como sujeto imprescindible en la garantía de los derechos fundamentales, así como en la posibilitación del

⁸ VASAK, Karel, *The International dimensions of Human Rights*, París, UNESCO, 1982.

⁹ GELMAN, Robert, *Declaration of Human Rights in Cyberspace*, 1997. Recurso electrónico, disponible en: <http://www.be-in.com/10/rightsdec.html>. JARVIS, Jeff, *A Bill of Rights in Cyberspace*, Cidade, Editora, 2010. Recurso electrónico, disponible en: <https://buzzmachine.com/2010/03/27/a-bill-of-rights-in-cyberspace/> SUÑÉ LLINÁS, Emilio, *Declaración de Derechos del Ciberespacio*, 21 abril, 2013. Recurso electrónico, disponible en: <https://oiiprodat.wordpress.com/2013/04/21/declaracion-de-derechos-del-ciberespacio/>.

¹⁰ Es por ello que, al plantear este estudio, esa circunstancia se mostrará durante el desarrollo del mismo, pues las tecnologías de la información y de la comunicación potencian, más aún, ese carácter transnacional de la globalización digital y de las relaciones del Estado con el resto de los sujetos presentes.

reconocimiento de nuevos derechos, que no se acomodarían al contenido de los derechos preexistentes o que dada a su afectación supondrían un derecho autónomo, sustantivo, por lo que serían redefinidos o redimensionados en relación a estos nuevos contextos¹¹.

La influencia de la teoría de generaciones de derechos humanos¹², del desarrollo e impulso de políticas públicas activas relacionadas con el derecho de acceso a Internet en los ámbitos supranacionales descritos, nos lleva al planteamiento del tercer capítulo “El Derecho de acceso a Internet en la realidad del constitucionalismo español”.

Si partimos de la premisa de la influencia y afectación de Internet al Estado, y a su vez a la sociedad¹³, y desde el interés de la Organización de Naciones Unidas y de la Unión Europea, quienes defienden el derecho de acceso a Internet deberíamos proceder al análisis del mismo en el ámbito estatal español.

De este modo, observaríamos cómo esta regulación estatal del ámbito de Internet sería casi intuitiva, compleja, desplegada en una pluralidad de ordenamientos y con presencia pública y privada, supra e infra estatal. Es por ello que, a raíz de la digitalización del derecho se contemplan nuevos derechos que responden a nuevos problemas.

En este orden de ideas, la necesidad de la presencia estatal se sustentaría en tanto necesidad del orden constitucional, esto es, en la garantía de los derechos y libertades, en un estado de mínimos, más aún en su relación con el ámbito digital.

2. Objetivo de la investigación

A la vista del contexto anteriormente descrito, y partiendo de la importancia de los nuevos derechos digitales, entre los que se encuentra el derecho de

¹¹ Correspondería así la revisión de los principios, su confirmación o modificación, para responder a esta etapa reflexiva de cambios en el orden nacional constitucional en su relación con el nuevo derecho digital.

¹² PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Las generaciones de derechos humanos, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10, septiembre-diciembre, 1991. BUSTAMANTE DONAS, Javier, La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales, *TELOS: Revista de Pensamiento, Sociedad y Tecnología*, 85, octubre-diciembre, 2010. COTINO HUESO, Lorenzo, Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a internet y las garantías a partir de la redefinición de las clásicas libertades informativas, *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015.

¹³ FUERTES LÓPEZ, Mercedes, *Neutralidad de la red: ¿realidad o utopía?*, Madrid, Marcial Pons, 2014. GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Derechos y libertades, internet y tics*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014. RALLO LOMBARTE, Artemi, De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales, UNED, *Revista de Derecho Político*, 100, septiembre-diciembre, 2017.

acceso a Internet, el objetivo del trabajo se circunscribiría a dar respuesta a las siguientes preguntas: ¿existe en el ámbito constitucional español un derecho al acceso a Internet? de existir, ¿cómo se recoge en nuestro marco constitucional?, ¿cómo debería recogerse?

3. Metodología

En cuanto a la metodología utilizada para desarrollar el presente trabajo, el primer aserto a destacar es la disciplina jurídica desde la que se ha acometido su ejecución, el Derecho Constitucional: su carácter fundamental y fundamentador y su interconexión con otras disciplinas jurídicas y no jurídicas: sociología, economía, política, tecnológica...

En consecuencia, desde el protagonismo del Derecho Constitucional la primera concreción metodológica de este trabajo es el sincretismo metodológico y la interdisciplinariedad. Con todo ello, la presente investigación la hemos planteado desde un método inductivo-deductivo que nos permitiría el análisis de las transformaciones e implicaciones de la globalización reciente, que ocupará el primer capítulo “de la globalización moderna y contemporánea a la globalización digital”, que pondría en conexión con las tecnologías de la información y de la comunicación con el ámbito constitucional.

Seguidamente, el segundo de los capítulos, “del debate sobre la regulación del ciberespacio a la consideración de Internet como un derecho humano fundamental”, nos llevaría al estudio de la regulación del novedoso ámbito, el ciberespacio, deteniéndonos en el origen internacional del mismo, que influiría en el ámbito nacional-constitucional estudiado en el tercero de los capítulos, “el derecho de acceso a Internet en la realidad del constitucionalismo español”.

Un cuarto capítulo recogerá las conclusiones principales derivadas de la presente investigación.

En cuanto al estudio bibliográfico, documental, no solo se han tomado en consideración monografías y artículos, que muestran el aspecto más específico de la materia, sino que también hemos utilizado fuentes primarias, tanto internacionales como nacionales: reglamentos, directivas, informes, dictámenes, constituciones, leyes, etc., así como hemos ampliado el conocimiento de la materia acudiendo a páginas webs y otros recursos digitales. Importante el análisis de una amplia jurisprudencia de tres tribunales principalmente: Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal Constitucional.

Hemos de destacar la importancia del acceso digital a la amplia mayoría de los recursos utilizados en la investigación, facilitando de este modo la tarea de recopilación.

4. Conclusiones de la investigación

Llegado este momento debemos, retomando el objetivo principal del trabajo, dar respuesta a las preguntas planteadas: ¿existe en el ámbito constitucional español un derecho al acceso a Internet? de existir, ¿cómo se recoge en nuestro marco constitucional?, ¿cómo debería recogerse?

La respuesta afirmativa a la existencia en el ámbito constitucional español de un derecho al acceso a Internet la hemos situado en *dos planos* de análisis, contestando así a la segunda cuestión, esto es, ¿al cómo se recoge el derecho de acceso a Internet en el marco constitucional español?

En primer lugar, aquel configurado por la influencia de dos instituciones *supranacionales*: la Organización de las Naciones Unidas y la Unión Europea, como origen e impulsores del propio derecho de acceso a Internet en el segundo de los ámbitos de investigación, el *nacional*: configurado principalmente por el propio Estado y las Comunidades Autónomas, en ocasiones descendiendo al ámbito local.

En el ámbito internacional de Naciones Unidas se han de considerar, al menos, la *Declaración Milenio*¹⁴ y los *Informes del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*¹⁵. Podemos concluir que la ONU desde el entendimiento de la Red como un bien público global desempeña un papel de mediador, árbitro, internacional a fin de garantizar los derechos y libertades humanos frente a las injerencias de los Estados en el ámbito de Internet cumpliendo una doble función: la garantía de estos derechos y libertades y la limitación de Internet. Para lo cual ejerce de impulsor de normas en un doble nivel: por un lado, contenido, fundamentalmente a través de la

¹⁴ La Declaración Milenio, de 13 de septiembre de 2000, en la cual los jefes de Estado y de Gobierno mostrarían su compromiso con la Carta de la ONU y reconocen la responsabilidad que tienen global, regional e internacionalmente en relación con las tecnologías de la información y de la comunicación en el cumplimiento y protección de los derechos civiles, políticos, sociales y culturales que derivaría en la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información y de la Comunicación (Ginebra 2003: Declaración de Principios y Plan de Acción y Túnez 2005: Compromiso de Túnez y Agenda de Túnez). Cumbre desde la cual se impulsarían políticas relacionadas con la lucha contra la brecha digital, la garantía del acceso a Internet. Consecuencia de ese interés de las Naciones Unidas por el derecho de acceso a Internet y a las tecnologías, desde una perspectiva de trabajo coordinado, conjunto, se plantearía el acceso universal, ubicuo, equitativo y asequible a la infraestructura y a los servicios de las tecnologías de la información y de la comunicación como uno de los retos de la sociedad de la información.

¹⁵ La importancia del “Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, de la ONU, Frank La Rue, de 16 de mayo de 2011”, deriva de la especial atención al acceso a Internet, no solo en relación con las libertades de opinión y de expresión, origen del propio derecho, sino en su consideración propia como derecho sustantivo, en tanto que facilita el ejercicio de otros derechos humanos. Desde ese momento el acceso a Internet se mostraría como una constante en los Informes del Relator (no solo de La Rue sino también de su sucesor Kaye).

libertad de expresión y del derecho de la información; por otro, la infraestructura y tecnologías necesarias para desarrollar Internet, trascendiendo de la visión técnica a una visión cultural, social, política.

El impacto que Internet ha tenido y tiene en los derechos humanos no ha pasado inadvertido para la Unión Europea, tal es así que su interés en generar una sociedad más justa e igualitaria supondría un trabajo en, al menos, dos esferas de actuación: de un lado, como Unión Europea frente o en conjunto con el resto de sujetos y, especialmente, con carácter internacional, debiendo destacar el “diálogo” con Estados Unidos; y, de otro lado, en un trabajo ad-intra con los Estados miembros a fin de posibilitar el acceso a Internet para favorecer derechos como la educación, información, comunicación, participación pública o la protección de datos.

La necesidad que advierte la Unión Europea de una transformación guiada desde la propia Unión para la consecución del derecho de acceso a Internet, tanto en el ámbito propio de la Unión, como en el de los Estados miembros, supondría el establecimiento de una serie de objetivos que serían implementados desde una variedad de instrumentos: el proyecto e-Europe, para la modernización del sector público; el Paquete Telecom de 2009; la Declaración de Riga respecto a la estrategia i2010, la Comunicación de la Comisión de “la Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa, de 2011; el Mercado Único Digital; la Sociedad del Gigabit; el proyecto wifi4EU; el Código europeo de las comunicaciones electrónicas, el Reglamento contra el bloqueo geográfico de 2018, o el Reglamento General de Protección de Datos de 2016, etc. como muestra de algunas de las iniciativas europeas.

Igualmente, a nivel europeo, esa importancia de internet también se reflejaría en las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de la vinculación a la libertad de expresión e información (artículo 10 del Convenio), como es el caso, por ejemplo, de las sentencias de los casos: Ahmet Yildirim contra Turquía, 2012; Yaman Akdeniz contra Turquía, 2014; Kalda contra Estonia, 2016; Jankovskis contra Lituania, 2017.

De modo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se pronuncia sobre la importancia del acceso a Internet como derecho sustantivo. Mientras, para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Luxemburgo, el acceso a Internet se muestra fundamentalmente en relación con protección de datos, derechos arco, derechos de autor o propiedad intelectual, libre competencia, etc., siendo uno de los asuntos más trascendentes a nuestro marco constitucional el caso Google vs España asuntos acumulados C.293/12 Y C-594/12.

Centrándonos ahora en el segundo de los ámbitos, el nacional, se hace necesario situarnos en la realidad legislativa del Estado español, indiscutible-

mente influenciada por la normativa y jurisprudencia internacionales, tal y como hemos advertido previamente¹⁶.

El derecho de acceso a Internet en el marco español supone la observancia de una pluralidad normativa derivada del carácter transversal de la red que responde al siguiente esquema: la presencia de *dos esferas* que comportan la capacitación y la infraestructura, esto es, la tenencia de las propias tecnologías necesarias para acceder a Internet y la habilitación o formación para su manejo, que dan lugar al concepto de brecha digital; y a su vez se vincula a *dos planos* configurados por la infraestructura, normativa de telecomunicaciones y de la sociedad de la información, y contenidos, normativa correspondiente a la participación, la información y a la limitación de los mismos.

Así, desde el Derecho Constitucional, tradicionalmente, se produce un interés sobre la cuestión de Internet en tres direcciones: de un lado, en su relación con la democracia y la participación ciudadana a través de internet, en el ciberespacio, preceptos como el 9.2 Constitución Española (en adelante CE); de otro, mediante la limitación del uso de la informática en relación con Internet, contenida en el artículo 18.4 CE, no solo en garantía y/o protección de los derechos ahí mencionados (honor, intimidad familiar y personal) sino en su desarrollo fundamentalmente sobre protección de datos de carácter personal; y, por último, atendiendo a la gobernabilidad de internet, a la presencia estatal en la estructura y en el contenido del ciberespacio (artículo 20 CE), relacionado con las libertades de expresión, información, con el derecho de la comunicación.

En el plano de la participación, resaltamos el favorecimiento y obligatoriedad de su uso la administración electrónica y el creciente interés por la democracia digital; el derecho de acceso a Internet como una herramienta de participación, un canal, que acerca la democracia, las instituciones, al ciudadano, que aumenta la calidad democrática.

La realidad actual de la e-democracia se sitúa principalmente en niveles locales y autonómicos y se plantea a futuro como nuevas posibilidades de *democracia 4.0* que supondría un híbrido entre democracia directa y representativa insertada en el propio Parlamento como un poder legislativo directo, en las fases deliberativas y de elaboración de la normativa propiamente dicha.

¹⁶ En otras palabras, desde el ámbito principalmente europeo se han impulsado una serie de normas y políticas que nos hacen considerar ese acceso a Internet en cierto modo garantizado, como estimó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el mencionado caso Ahmet Yildirim contra Turquía de 2012 al sentenciar que: “el derecho de acceso a Internet está teóricamente protegido por las garantías constitucionales existentes en materia de libertad de expresión y de libertad de recibir ideas e informaciones. Tal derecho se considera inherente al derecho de acceso a la información y a la comunicación, protegido en las Constituciones nacionales. Incluye el derecho de cada persona a participar en la sociedad de la información, y la obligación para los Estados de garantizar el acceso de los ciudadanos a Internet”.

En el estudio del ámbito electoral advertimos la necesidad de adecuar los delitos electorales a las realidades digitales y la importancia de la modalidad tecnológica concreta a implementar en cuanto a la revisión y reformas de los principios constitucionales relacionados con el sufragio. En suma, en este ámbito la ciberseguridad se hace aún más necesaria como complemento al derecho de acceso a internet.

Respecto a la limitación: el derecho de acceso a Internet en relación con las libertades de expresión e información nos deriva a la imposibilidad o alta improbabilidad de atender a la *censura previa* conforme al artículo 20.3 CE frente a la realidad del control de los contenidos, las expresiones e informaciones. Igualmente supone considerar la primera Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) respecto al derecho al olvido, la *STC 58/2018 de 4 de junio*, donde el Alto Tribunal reconoce que “El derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), y es también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo”. El Constitucional reconoce esa nueva generación de derechos digitales en tanto que reconoce el derecho al olvido como un derecho autónomo. Sin embargo la utilización del término derecho al olvido, no es considerada por nosotros como apropiada pues puede inducir a error.

El derecho al olvido se preocupa del tratamiento de los datos e informaciones no de la desaparición de las mismas, ni de la creación de un pasado ad hoc, siendo esa exposición en internet probablemente eterna.

Es por este motivo que abogamos por su redefinición como “derecho a la cancelación y/o a la no indexación”, denominación que responde a la práctica que se realiza, esto es a la dificultad de encontrar ciertas informaciones existentes en Internet, en hemerotecas, etc., y que se complementaría, en todo caso, con los derechos de rectificación y actualización de las informaciones, pudiendo ser igualmente recogidos como “derechos de indexación” de esas nuevas situaciones (rectificación o cambio).

La nueva categoría de derechos de indexación que proponemos quedaría configurada, así, por los derechos: al olvido, de rectificación y a la actualización de las informaciones.

La evolución de la normativa orgánica de protección de datos de carácter personal desde la limitación a la informática del artículo 18: intimidad a la privacidad y desde la privacidad a la protección de datos personales como derecho fundamental, actualmente se amplía a la garantía de derechos digitales entre los que se recoge el derecho de acceso a Internet.

Esa realidad del derecho de acceso a Internet en su relación con los contenidos también supone la consideración del fact-checking y la alfabetización

digital mediática como medidas de contención de las desinformaciones y de las fake news.

El tercero de los pilares: la consideración del acceso a la *infraestructura*, comportaría detenernos en el estudio de la normativa sectorial de las telecomunicaciones y en la normativa de la sociedad de la información, en la cual los intereses privados tenderían a ponderarse en superioridad al general, en la tensión Estado-prestadores y proveedores de servicios-usuarios, y donde la conflictividad competencial Estado-Autonomías se ha venido reiterando (SSTC: 31/2010; 8/2012; 20/2016: iniciando la fundamentación jurídica con la afirmación de que pese a que las competencias autonómicas no pueden verse vaciadas de contenido, el Estado tampoco habría de verse privado del ejercicio de sus competencias por la razón o hecho de esa existencia competencial autonómica, las competencias autonómicas no habrán de invadir o menoscabar la competencia estatal en telecomunicaciones. El Tribunal Constitucional alude, en este sentido, a una doble consideración sobre la exclusividad de la competencia en telecomunicaciones: respecto de aspectos técnicos de telecomunicaciones y respecto a la propia infraestructura). Si bien, advertimos cómo se blinda la competencia exclusiva del Estado para “definir los elementos estructurales del sector a través tanto del establecimiento del marco institucional del mercado (regulación de la competencia) como de la intervención en los procesos del propio mercado (obligaciones de hacer o no hacer de los operadores del sector, en el ámbito del acceso a redes, interconexión o garantía de cobertura”, en la materia «telecomunicaciones», las Comunidades Autónomas carecen de toda competencia, sea normativa o de ejecución.

Junto a ello la importancia del principio de neutralidad de la red que tiene una naturaleza vertebradora para el desarrollo propio de internet al suponer la libertad de acceso a los contenidos y a las aplicaciones elegidos por los usuarios, junto a la no discriminación de esas aplicaciones y la característica de la seguridad; la libertad de conexión de dispositivos personales, la libertad de conocer las condiciones contratadas, los programas de seguridad contra virus, espías y protección de la intimidad; y todo ello desde los grandes principios de no discriminación y transparencia, que se articula frente a las tensiones económicas, a los intereses del mercado. Se erige, por tanto, sobre el principio de igualdad.

La neutralidad tiene varias implicaciones: la prohibición de la ralentización, degradación o bloqueo de la comunicación; el establecimiento de una mínima calidad del servicio; la gestión responsable sin discriminación; el deber de

información y, ante la quiebra de estos, la responsabilidad. Y complementa a la neutralidad tecnológica y del servicio¹⁷.

Sin embargo, estos principios de neutralidad encuentran una excepción, el interés público general, que en el momento que suponga el establecimiento de una concreta tecnología en relación con las telecomunicaciones, afectando a la prestación de un servicio y a la propia actuación y régimen jurídico del operador, se configurará en competencia estatal. En todo caso, ese límite a los principios de neutralidad que supone el interés general ha de seguir los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación.

Igualmente, responder a la pregunta sobre la realidad del derecho de acceso a Internet en el ámbito constitucional español nos acerca al ámbito autonómico del derecho de acceso a Internet: los Estatutos de Autonomía modificados a partir de 2006 han incorporado referencias indirectas al derecho de acceso a Internet, nuevas tecnologías o tecnologías de la información y de la comunicación, bien a través del reconocimiento como derecho que habrá de ser desarrollado posteriormente, derecho sustantivo, o bien en la consideración como principios rectores.

Sin embargo, pese al esfuerzo del legislador autonómico desaconsejamos que el derecho de acceso a Internet sea garantizado y desarrollado a nivel autonómico pues podría comportar la quiebra aún mayor de la red y la posible creación de desigualdades entre las diferentes partes del territorio nacional.

En cuanto al cómo habría de recogerse el derecho de acceso a Internet, tercera de las preguntas planteadas al delimitar el objetivo de la investigación, podemos establecer las siguientes consideraciones:

La incorporación del derecho de acceso a Internet en la Constitución Española: la necesidad de una vinculación real y efectiva de los poderes públicos y de un sistema de garantías del derecho de acceso a internet, junto al compromiso supranacional del Estado en el ámbito de Internet, desaconsejan la incorporación del derecho de acceso a Internet como un mero derecho programático,

¹⁷ “El principio de neutralidad tecnológica (o regulación tecnológicamente neutra) supone que la legislación en el sector de las telecomunicaciones debe centrarse en los objetivos que se fijen sin imponer tecnologías concretas –y, como contrapartida, sin discriminar el uso de cualquier tipo de tecnología que sea susceptible y adecuada para conseguir los objetivos fijados”. El principio de neutralidad que nos ocupa responde a una triple categoría: en cuanto a sus objetivos, atiende a una regulación flexible o sostenible, evolutiva o posibilitadora de convergencia tecnológica y frente a la obsolescencia; en tanto a la libre competencia, su fomento, así como el de la innovación tecnológica; por último, en relación con los usuarios o consumidores, su protección y la libertad de elección. Este principio de neutralidad tecnológica se complementaría con “el principio de neutralidad de los servicios; esto es, que no se predetermine normativamente el servicio concreto que puede prestarse en una determinada banda de frecuencia, sino que por ella puedan prestarse todos los servicios de comunicaciones electrónicas” como afirma el TC.

siendo necesario un compromiso mayor, que se traduciría en la inclusión como derecho fundamental.

En suma, el impulso del legislador nacional, inspirado en las últimas reformas del estatuyente, podría derivar en el corto plazo en el reconocimiento por el Tribunal Constitucional del derecho fundamental de acceso a internet, como un derecho fundamental de configuración legal, que derivaría de la Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter Personal y garantía de derechos digitales del concreto artículo 81, en el cual se recoge el derecho de acceso a Internet.

Siendo, sin embargo, la opción más efectiva la reforma constitucional en cuanto a la incorporación del derecho de acceso a Internet como derecho fundamental.

El derecho de acceso a internet que proponemos constituye, en este orden de ideas, una condición previa para asegurar el disfrute de otros derechos que, como la educación, el empleo, la libertad de expresión, la libertad de información, sanidad, etc. se encuentran intrínsecamente relacionados con la dignidad de la persona.

De este modo, dada su importancia como facilitador de derechos y no únicamente desde su tradicional visión conflictiva con los mismos, se precisa de una nueva condición para que no sea regulado solo y exclusivamente como un medio sino también como un ámbito. Se plantea aquí un derecho social subjetivo que habría de ser garantizado por el Estado, más aún desde su efectiva positivación en el texto constitucional, en una especial consideración de quienes han nacido en este medio digital y no pueden renunciar al mismo, pues ello supondría abdicar al status propio de ciudadano.

La necesidad de constitucionalizar el derecho de acceso a Internet o de conferir un “rango constitucional al mismo” - de conformidad con el apartado IV del preámbulo de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales - ante una futura reforma del texto constitucional, como derecho fundamental sustantivo, se enmarca en la conveniencia de garantizar constitucionalmente los derechos y libertades, de posibilitar el desarrollo personal en el marco de las coordenadas vitales del siglo XXI. Junto a esta consideración, el refuerzo de los compromisos supranacionales adquiridos por España permite tan sólo la evolución del derecho de acceso a Internet desde la perspectiva indicada en la Ley Orgánica 3/2018, respondiendo así a la cláusula de progreso.

La incorporación del derecho de acceso a Internet supone una vinculación del Estado a la garantía de los derechos y libertades y a la exigencia de límites y responsabilidades que han de ser desarrollados bajo el paraguas del Derecho Constitucional.

Se hace imprescindible su positivación en el texto constitucional como derecho fundamental, a fin de habilitar un título de garantía propio, que se pueda interpelar ante el Tribunal Constitucional, esto es, recurrir por la vía del amparo, que su eficacia sea la directa y su desarrollo por ley orgánica. Garantía que, en otras palabras, supone atender a un contenido esencial del derecho, que nosotros vinculamos con los principios y subprincipios que configuran el mismo: accesibilidad, pluralismo, no discriminación, transparencia y seguridad y transversalmente a ellos neutralidad; que responden a las distintas realidades sociales, con vocación de futuro, y que se traducen en facilitar el acceso a Internet y las tecnologías que lo posibilitan.

Esta garantía del derecho de acceso a Internet recogido como artículo del Título I Capítulo 2º, Sección 1ª, es triple: (i) normativa, en tanto que contenido como derecho fundamental en la Constitución, habría de ser completado por la normativa de carácter orgánico, artículo 81 de la Norma Suprema, habría de respetarse su contenido esencial, y la reforma del mismo goza de la rigidez constitucional del artículo 168 de la Carta Magna; (ii) institucional: en cuanto que supone un mandato a los poderes públicos de desarrollo e implementación, su eficacia es inmediata, y su garantía es en el sentido amplio a la vez que comporta un límite; (iii) jurisdiccional, pues gozaría de la tutela del Tribunal Constitucional, del sistema de protección del artículo 53 de la Norma Fundamental.

Sobre las bases argumentales anteriores, la propuesta *lege ferenda* que postulamos vinculada al derecho fundamental de acceso a internet y a una garantía institucional que lo apoya, sería la siguiente:

Derecho de acceso a Internet

- 1. Toda persona tiene derecho a acceder a Internet, y a las tecnologías que lo posibilitan, con independencia de su situación personal, social, económica o geográfica.*
- 2. Los poderes públicos garantizarán un acceso neutral, público, universal, asequible y de calidad basado en los principios de accesibilidad, pluralismo, no discriminación, transparencia y seguridad.*
- 3. Los poderes públicos se comprometerán a remover los obstáculos que dificulten el derecho de acceso a Internet, a combatir la brecha digital a través de la capacitación y la educación digital.*

Bibliografía

ARRIOLA ECHANIZ, Naiara, Las consecuencias de la globalización en el derecho constitucional: aportaciones de la miríada de corrientes doctrinales, *Revista de Estudios Políticos Nueva Época*, 178, octubre/ diciembre, 2017.

BARLOW, John Perry, A Declaration of the Independence of Cyberspace. *Electronic Frontier Foundation*, Davos, Switzerland, 8 de febrero, 1996.

BECK, Ulrich; GIDDENS, Anthony; LASH, Scott, *Modernización reflexiva: política, tradición y estética en el orden social moderno*, Madrid, Alianza Editorial, 1997.

BECK, Ulrich ¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, *respuestas a la globalización*, Barcelona, Paidós Ibérica, 1998.

BUSTAMANTE DONAS, Javier, La cuarta generación de derechos humanos en las redes digitales, *TELOS: Revista de Pensamiento, Sociedad y Tecnología*, 85, octubre-diciembre, 2010.

CASTELLS, Manuel, Comunicación, poder y contrapoder en la sociedad red (II). Los nuevos espacios de la comunicación, *Telos*, 75, abril-junio, 2008.

COTINO HUESO, Lorenzo, Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a internet y las garantías a partir de la redefinición de las clásicas libertades informativas, *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015.

FUERTES LÓPEZ, Mercedes, *Neutralidad de la red: ¿realidad o utopía?* Madrid, Marcial Pons, 2014.

GARCÍA MEXÍA, Pablo, *Derechos y libertades, internet y tics*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

GELMAN, Robert, *Declaration of Human Rights in Cyberspace*, 1997. Recurso electrónico, disponible en: <http://www.be-in.com/10/rightsdec.html>

GOLDSMITH, Jack. L., Regulation of the Internet: Three Persistent Fallacies, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 73, Iss. 4, Symposium on the Internet and Legal Theory Art. 7, October, 1998.

HELD, David, et al., *Global Transformation: Politics, Economics and Culture*, Stanford, Stanford University Press, 1999.

HOLLAND, Brian H., In Defense of Online Intermediary Immunity: Facilitating Communities of Modified Exceptionalism, *Kansas Law Review*, 101, vol.56, 2007.

JARVIS, Jeff, *A Bill of Rights in Cyberspace*, 2010. Recurso electrónico, disponible en: <https://buzzmachine.com/2010/03/27/a-bill-of-rights-in-cyberspace/>

LA RUE, Frank, *Informe del Relator Especial sobre la promoción y la protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión*, A/66/290, Asamblea General, Naciones Unidas, 10 de agosto de 2011.

LESSIG, Lawrence, Reading the Constitution in Cyberspace, *Emory Law Review*, 45, 1996.

MEFFORD, Aron, Lex Informatica: Foundations of Law on the Internet, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 5, Iss. 1, 1997.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, Las generaciones de derechos humanos, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, 10, septiembre-diciembre, 1991.

PERRITT JR., Henry H., The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 5, Iss. 2, 1998.

POST, David G., *Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace*, 1995. Recurso electrónico, disponible en: <http://www.temple.edu/lawschool/dpost/Anarchy.html>

RALLO LOMBARTE, Artemi, De la «libertad informática» a la constitucionalización de nuevos derechos digitales, UNED, *Revista de Derecho Político*, 100, septiembre-diciembre, 2017.

SUÑÉ LLINÁS, Emilio, *Declaración de Derechos del Ciberespacio*, 21 abril, 2013. Recurso electrónico, disponible en: <https://oiprodat.wordpress.com/2013/04/21/declaracion-de-derechos-del-ciberespacio/>

TRIBE, Laurence H., *The Constitution in Cyberspace: Law and Liberty Beyond the Electronic Frontier*, 1991. Recurso electrónico, disponible en: <http://groups.csail.mit.edu/mac/classes/6.805/articles/tribe-constitution.txt>

VASAK, Karel, *The International dimensions of Human Rights*, París, UNESCO, 1982.

O PODER CONSTITUINTE VIVO (PARTE 3). O CASO LATINO- AMERICANO E SEU CONTRIBUTO PARA A TEORIA DO PODER CONSTITUINTE

André Ribeiro Leite¹

1. Introdução

Conforme referido ao longo dos 1.º e 2.º Encontros de Investigadores em Ciências Jurídicas da Universidade do Minho, realizados, respectivamente, nos anos de 2017 e 2018, a presente investigação, intitulada “O poder constituinte vivo: o caso latino-americano e seu contributo para a teoria do poder constituinte”, teve como fenómeno provocador a sequência de reformas constitucionais ocorridas em diversos países da América Latina através de mecanismos de consulta popular, em especial, o referendo.

Às vésperas da conclusão do terceiro ano de trabalhos investigativos, a temática permanece inalterada, mas não o que se indicou enquanto primeira. Decerto que as reformas constitucionais via consulta popular não perderam a importância como instrumentos de materialização do exercício da titularidade do poder constituinte nesses países, a evidenciar a contínua manifestação do poder constituinte originário ao longo dos anos, em harmonia à premissa eleita,

¹ Doutorando em Ciências Jurídicas, vertente Ciências Jurídicas Gerais, pela Universidade do Minho; Mestre em Direito Judiciário por essa mesma instituição; e bacharel em Direito pela Universidade Federal de Sergipe. É Procurador do Município de Nossa Senhora do Socorro, Estado de Sergipe, Brasil.

de que o poder constituinte encontrar-se-ia “vivo”, sem se recolher a um permanente estado de latência subsequente à elaboração do texto constitucional em si, mas que, ao contrário, continuaria a se manifestar de tempos em tempos, intermitente ou incessantemente.

Não bastasse, igualmente se percebeu que as reformas constitucionais via consulta popular não mais poderiam ser consideradas como o fundamento para a proposição que ora se intenta comprovar. Isso porque, como não seria diferente, o método investigativo de direito comparado, baseado na microcomparação, que conforme descrito por Almeida, em uma primeira fase analítica considera que os “(...) institutos a comparar devem ser decompostos num certo número de aspectos ou elementos relevantes”² para, tão somente, na fase seguinte, partir-se para a indicação das soluções comuns para o problema enfrentado, naturalmente finda por impor critérios de imparcialidade que não apenas afastam o investigador de suas convicções pessoais, como também desvencilham a primeira interpretação da norma a quaisquer valores que sejam diversos à seara jurídica, em circunstância propícia a implicar melhor clarividência quanto à interpretação de conceitos políticos que restaram constitucionalizados, sobretudo no que tange ao constitucionalismo, cujas premissas básicas foram tecidas ao longo do iluminismo. O direito comparado, sem ignorar que a política, a sociologia e a antropologia, assim como outras ciências, são essenciais para a criação da normatividade, seja ela consuetudinária ou positivada, permite a confecção de análise em via inversa, da abstração da lei para a realidade das relações sociais, sem que tal viés seja desconexo ou ficcional. Daí a lição de Vicente, no sentido de que “(...) *ao Direito Comparado interessam os fenómenos jurídicos sobretudo como realidades normativas. Compete-lhe proceder, de acordo com os cânones metodológicos que adiante se referirão, ao confronto sistemático dessas realidades, em ordem a determinar os tipos fundamentais de soluções que o Direito positivo consagra para os problemas sociais que toma como objeto de regulação e a classificar os sistemas jurídicos em categorias mais vastas, como as famílias jurídicas*”³.

Foi sob esse contexto, tal como inclusive se relatou no último Encontro de Investigadores, que se percebeu ser a adoção de consultas populares para a promoção de reformas constitucionais nos Estados latino-americanos, um acontecimento que não era inédito ou mesmo originário aos textos contemporaneamente vigentes nesses países. A Constituição chilena de 1925, por exemplo, ao tempo da reforma constitucional patrocinada no ano de 1970, já possuía a previsão de referendo em seu art. 109. Previsão de natureza plebiscitária também

² ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Introdução ao Direito Comparado*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 1998, p. 25.

³ VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, Vol. I, 4.ª ed., São Paulo, Almedina Brasil, 2018, p. 34.

foi encontrada na Constituição venezuelana de 1967 em seu art. 246, n.º 4. Por fim, à semelhança dessas, a penúltima Constituição do Equador, promulgada no ano de 1998, em seu art. 280, autorizava a reforma constitucional via iniciativa popular, apesar de sua vigência já haver ocorrido durante o período do fenômeno de reformas constitucionais via mecanismos de democracia direta, que foi a circunstância que motivou a presente investigação, conforme referido.

Outrossim, sequer se pode afirmar que a adoção de mecanismos de consulta popular para o patrocínio de reformas constitucionais seja uma construção latino-americana. Afinal, consoante já Schmitt fazia alusão sobre o assunto, a “*Constitución federal de la comunidad suiza de 29 de mayo de 1874, art. 118: la Constitución federal puede ser revisada total o parcialmente en todo tiempo. Art. 119: La revisión total de la Constitución federal se tramita como una ley federal. Art. 123: La Constitución federal revisada, y en su caso por la parte revisada de la misma, entran en vigor cuando son aceptadas por la mayoría de los ciudadanos que tomen parte en la votación y por la mayoría de los ciudadanos que tomen parte en la votación y por la mayoría de los cantones (referéndum, ligado a la ratificación por los cantones)*”⁴.

Aliás, com menor lapso temporal, a vigente Constituição espanhola, inclusive ratificada via referendo no ano de 1978, em seu o art. 168, ao cuidar da revisão total de seu texto, ou ainda a revisão parcial que afetou seus Títulos referentes aos direitos fundamentais ou liberdades públicas, assim como à Coroa, através de seu número 3, determinou que, uma vez aprovada a reforma pelas Cortes Gerais, estas compostas pelo Congresso de Deputados e Senado (art. 66), a reforma deveria ser submetida a referendo para ratificação.

Foi deste modo que, uma vez liberto de uma potencial rigidez de premissas, percebeu-se que os textos constitucionais latino-americanos não apenas privilegiaram mecanismos de democracia direta para sua reforma, como buscaram, principalmente, promover, inserir e consolidar uma maior participação de seus povos no processo político, em especial, no exercício do próprio governo.

Conforme igualmente exposto no último Encontro de Investigadores, identificou-se que o movimento de redemocratização que se alastrou por significativo número desses países após a segunda metade da década de setenta do século XX, com alguns momentos de contrafluxo em diferentes graus ocorridos no Chile, Peru e, mais recentemente, na Venezuela, demonstraram que, ao menos no continente sul-americano, existe uma corrente progressiva de fortalecimento do princípio democrático, sobretudo através de sua vinculação a outros valores sociais, que também foram gradual e consecutivamente galgados e afirmados enquanto princípios fundamentais por esses Estados.

⁴ SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2015, p. 156.

Nesse sentido, igualmente se aferiu evidente a aprimoração normativa constitucional quanto à tutela da diversidade, que do princípio do pluralismo político, desdobrou-se para a multiculturalidade e, por fim, culminou na afirmação da plurinacionalidade, que à época da apresentação do estado da arte da pesquisa, em invocação dos dizeres de Lima, expressou-se que “(...) *supone una compresion de la sociedad como un entramado en el que se interaccionan los diferentes grupos sociales, situados en un plano de igualdad, grupos que responden a la própria libertad del ser humano y que, a la par, proporcionan a éste la posibilidad de desarrollar libremente y en plenitud su personalidad (...)*”⁵.

Não obstante, o ano de 2019 demonstrou-se turbulento. À juridicamente questionada convocação de uma Assembléia Nacional Constituinte na Venezuela no ano de 2017, eclodiram movimentos populares questionadores dos poderes constituídos no Equador, Colômbia, Chile e Bolívia, a por em xeque a eficácia dos textos constitucionais em vigor, quicá sua própria legitimidade. Assim, questionamos se seriam os sistemas jurídico-constitucionais atuais da América Latina, então, uma mera falácia?

2. O constitucionalismo é um movimento em permanente crise

Não seria desarrazoado afirmar que o constitucionalismo, desde suas compreensões mais remotas, como se pode mencionar a Magna Carta de João Sem Terra, ou mesmo a anterior *politeia* aristotélica, a depender da interpretação abraçada, é um movimento que evolui pela ascensão de crises.

As reivindicações dos barões ingleses que resultaram em limitações à monarquia, ou mesmo os movimentos liberais do século XVIII, que implicaram o reconhecimento da primeira geração de direitos humanos correlatos à liberdade, não foram suficientes o bastante para impedir que novas reivindicações emergissem, a resultar na ascensão de textos constitucionais de cunho social, como a Constituição de Weimar, que não obstante sua natureza progressista para a época, eventualmente demonstrara-se insuficiente para impedir a derrocada da democracia em detrimento de um regime totalitário.

Nesse contexto, deve-se considerar que as falhas que historicamente atribuem-se ao constitucionalismo latino-americano, em verdade, são falhas que acompanham toda a história do constitucionalismo, embora com diferentes lapsos para manifestação nas diversas partes do globo. Bobbio já afirmava que “(...) as exigências de direitos sociais tornaram-se tanto mais numerosas quanto mais

⁵ LIMA, Juan Carlos Vargas, *El Nuevo Derecho Constitucional Boliviano*, Tomo I, La Paz, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, 2016, p. 19.

rápida e profunda foi a transformação da sociedade”⁶. Canotilho, já na década de noventa do século passado, não exitava em afirmar que “(...) constata-se a falta de uma ‘teoria da constituição’ dominante e procura-se com denodo o arrimo de uma ‘teoria da interpretação constitucional’ e de uma ‘metódica jurídico-constitucional’”⁷, argumento esse a evidenciar a existência de uma crise da Constituição à época.

O constitucionalismo, por conseguinte, pode ser tido como um processo evolutivo, não necessariamente constante, mas pendular - caracterizado por avanços e retrocessos -, mas que evolui conforme as crises contemporâneas à época, sem que suas premissas enquanto teoria político-jurídica necessariamente desapareçam ou percam valia.

É sob esse contexto que não se pode ignorar que aproximadamente seiscentas e cinquenta milhões de pessoas vivem na América Latina, pouco menos de cem milhões em relação à Europa. Se considerado o continente americano como um todo, mediante a inclusão dos países que passaram pela colonização anglo-saxônica, o contingente populacional atinge número superior, correspondente a pouco mais de um bilhão de habitantes, ou cerca de aproximadamente 14% (catorze por cento) da população mundial. Taxar-se o constritucionalismo latino-americano de teoricamente errado seria, portanto, uma impropriedade, circunstância que, caso fosse levada ao extremo, em verdade, reduziria o constitucionalismo ao grau de um movimento minoritário no planeta.

Deste modo, a atual crise do constitucionalismo latino-americano deve ser percebida como uma crise de eficácia, que sempre acompanhou a história do continente, mesmo quando este reproduziu com fidelidade os preceitos normativos dos países berços do iluminismo e dos direitos fundamentais, porém insuficientes para o advento dos regimes totalitários que assolaram o continente ao longo dos anos sessenta e setenta do século passado. Afinal, não foi a ausência da normatividade que impediu a concretização desses valores, mas sim fatores históricos de natureza econômica e política, outrora ocorrentes mesmo na Europa, como na Alemanha à época da citada República de Weimar, que ainda assim não foram capazes de retirar a importância da respectiva Constituição enquanto marco normativo.

Logo, ainda que falhas em concretizar os direitos previstos em seus textos constitucionais pela abundante presença do que Acemoglu e Robinson classificam de instituições extrativistas ou inaptas para distribuir a riqueza e o bem

⁶ BOBBIO, Norberto, *A Era dos Direitos*, Rio de Janeiro, Elviesier, 2004, p. 70.

⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra: Editora, 1994, p. 08.

estar-social⁸, os países latino-americanos desenvolveram instituições normativo-constitucionais que se encontram vigentes e, por tal razão, não podem ser ignoradas, sobretudo por caracterizarem a evolução, mesmo que apenas circunscrita ao plano político ou mesmo ideológico em alguns de seus países.

3. A recente evolução do constitucionalismo latino-americano

Mediante a concentração da análise pela contínua ascensão de novos textos constitucionais – em especial na América do Sul - a partir da década de oitenta do século passado, dos quais, excluído por obviedade o uruguaio – datado de 1967 e reestabelecido em 1983 -, seguiram-se as Constituições do Chile (1980), Brasil (1988), Colômbia (1991), Paraguai (1992), Peru (1993), Argentina (1994)⁹, Venezuela (1999), Equador (2008) e, por fim, Bolívia (2009), o que possibilitou concluir, ao menos até o momento, pela existência de cinco agrupamentos:

- I primeiro grupo de países, cujos integrantes reconhecem o pluralismo político, mas não permitem a reforma constitucional via consulta popular, que basicamente será circunscrita à atuação do legislativo. É composto por Brasil e Argentina;
- II segundo grupo formado por países que também reconhecem o valor do pluralismo político enquanto princípio fundamental do Estado, mas que permitem a reforma constitucional total ou parcial de seu texto via referendo. É composto por Chile e Uruguai;
- III terceiro grupo formado por países que não apenas autorizam a reforma constitucional via consulta popular, mas que, além de consagrar o pluralismo enquanto princípio constitucional fundamental do Estado, agregam a esse rol o princípio da multiculturalidade, sobretudo pelo reconhecimento de que grupos indígenas exerçam autogoverno, além de sua própria jurisdição, cujas decisões, apenas quando não conflitantes com os princípios fundamentais do Estado, deverão ser respeitadas pelas autoridades ordinárias. Nesse rol, inserem-se Colômbia e Peru;

⁸ Nesse sentido, consultar ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A., *Why Nations Fail*, New York, Currency, 2012.

⁹ A Constituição da Argentina está em vigor desde o ano de 1853, não obstante haja sofrido diversas reformas ao longo dos anos, das quais citam-se as ocorridas em 1860, 1866, 1898, 1957 e 1994, tidas como profundas o suficiente para serem consideradas novos textos constitucionais.

- IV quarto grupo integrado pelos países que não apenas autorizam a reforma parcial do texto constitucional, mas que implicitamente também regulamentam o exercício do poder constituinte originário e, por conseguinte, a total substituição da Constituição em vigor, com a possibilidade de consulta da população via referendo, obrigatória ou não, a depender da matéria. Esses países ainda agregariam para si, como princípio fundamental, a multiculturalidade, sobretudo pelo reconhecimento do exercício da jurisdição indígena, cujas decisões também são obrigatórias perante as autoridades ordinárias quando não violarem os direitos fundamentais consagrados nos respectivos textos constitucionais. Por momento, apenas foi inserido nesse grupo o Paraguai;
- V o quinto grupo de países consagra o valor da plurinacionalidade enquanto princípio, assim como da regulamentação dos processos de reforma constitucional, sempre com a necessária consulta popular via plebiscito ou referendo, além de normatizar o exercício do poder constituinte originário e, por conseguinte, não apenas a reforma parcial da Constituição, mas também sua total substituição. Nesse grupo, inserem-se Venezuela, Equador e Bolívia.

Apesar de pequenos momentos de contrafluxo, os agrupamentos acima dispostos formaram-se em quase linear cronologia, suficiente o bastante para evidenciar a recém sugerida progressividade com que as Constituições sul-americanas - aqui em específico - passaram a tutelar a diversidade étnica e cultural de suas sociedades. Nesse sentido, percebeu-se que a diversidade inicialmente foi tutelada através do princípio do pluralismo político, de natureza evidentemente liberal, em que a afirmação do diverso, sobretudo no campo político, dificilmente desvincular-se-ia da potencialidade, pois quando não fosse patrocinada por políticas públicas afirmativas, estas sempre sujeitas à discricionariedade da política do governo da ocasião, dependeria do eventual sucesso de cada segmento social em processos de sufrágio, por sua vez naturalmente submetidos ao princípio da maioria. Deste modo, afere-se que, mesmo sem se desvincular do princípio democrático, a proteção da diversidade pelo pluralismo, em verdade, privilegia a ideia de nação e toda sua força unificadora, que não atacaria diretamente a diversidade, mas regraria sua lenta passagem para a uniformidade e, em algumas vezes, a completa incapacidade para influenciar o Governo, senão a própria extinção. Afinal, conforme leciona Walzer, “[a] maioria dos Estados que compõem a sociedade internacional são Estados-nações. Denominá-los assim não significa que eles tenham populações de nacionalidade (ou etnia ou religião) homogênea. A homogeneidade é rara, se é que existe, no mundo de hoje. A denominação significa

*apenas que um único grupo dominante organiza a vida comunidade de modo que ela reflita sua própria história e cultura e, quando as coisas acontecem como se deseja, a história prossegue e a cultura é preservada*¹⁰.

O ideal de nação prevalece com mais força nos países do chamado cone sul¹¹, sobretudo a Argentina, cuja Constituição indica que a soberania reside na nação.

Em um segundo momento, em especial a partir da Constituição da Colômbia (1991), seguida pelas Constituições do Paraguai (1992) e Peru (1993), acresceu-se ao pluralismo o princípio da multiculturalidade, que se materializou nesses países pelo reconhecimento de que grupos indígenas exercessem autogoverno, além de jurisdição própria, cujas decisões, apenas quando não conflitantes com os princípios fundamentais do Estado albergados nos respectivos textos constitucionais, devem ser respeitadas pelas autoridades ordinárias. Percebe-se, assim, que a participação e influência desses segmentos sociais diversos na esfera de poder deixou de ser potencial, dependente do princípio da maioria democrática, para se perpetuar, independente da respectiva amplitude populacional e territorial. Isso porque, com o reconhecimento de uma jurisdição indígena por esses países, legitimou-se uma nova fonte estadual de produção do direito e exercício da força, sobretudo mediante a quebra do monopólio da soberania titularizado por uma nação ou povo entendidos enquanto unidade. Afinal, sob essa nova concepção, o exercício do poder passou a ser compartilhado, já que se afastou da uniformidade para o exercício conjunto e harmônico, ainda que em grau incipiente, através de circunstância que garante, ao menos com maior robustez, a preservação da diversidade, pois seus atores tendem a perpetuar a própria alteridade pela contínua e ativa influência no sistema de governo, haja vista o poder de emanar regras de imperativo de conduta, não apenas consuetudinárias, como também de natureza judicial e concretas.

Por fim, em terceiro momento ou ciclo, inaugurado pela Constituição da Venezuela, em 1999, seguida pelos textos do Equador e Bolívia, respectivamente nos anos de 2008 e 2009, firmou-se o princípio da plurinacionalidade, em que houve o completo rompimento com a idéia de unicidade da nação pelo reconhecimento de que ela, enquanto individualidade conceitual, é formada pela união de diversas outras, de igual natureza e, portanto, não pejorativamente consideradas subnações, mas sim coletividades detentoras de identidade cultural incapazes de galgar a soberania por si, mas que atingem quando atuam uma com outras e unem-se através de pontos comuns para a composição de um povo que governa dado território. A característica principal dos Estados que adotaram a plurinacionalidade é a obrigatória presença de representantes das diversas na-

¹⁰ WALZER, Michel, *Da Tolerância*, Trad. Almiro Pisetta, São Paulo, Martins Fontes, 1999, p. 34.

¹¹ O Cone Sul é formado por Argentina, Brasil, Uruguai, Paraguai e Chile.

ções nas três esferas dos poderes constituídos, sem mais se limitar ao unísono reconhecimento de uma jurisdição indígena, mas para ir além, mediante o estabelecimento, exemplifica-se, de cadeiras permanentes no parlamento e órgãos do poder executivo.

4. Implicações da plurinacionalidade

A plurinacionalidade também se sobressai pela regulamentação do exercício do poder constituinte originário, muitas vezes de forma expressa, como assim se verifica através do art. 347 da Constituição da Venezuela, ou implicitamente, a permitir a reforma total do texto, a exemplo do que firma o art. 444 da Constituição do Equador. Essa aparente contradição, em verdade, revela que esses textos constitucionais intentam salvaguardar a sociedade dos diversos traumas que uma ruptura política abrupta tende a gerar. Mas o que talvez seja mais revelador é a circunstância de que, ao assim agir, essas constituições, muito embora aparentemente hajam previsto sua própria sentença de morte, assim o fazem, tão somente, em relação a sua exteriorização enquanto documento normativo formalizado, pois preservam a titularidade do poder constituinte que as fundamentam, em limite de atuação para sua reforma ou revisão. Afinal, sob a ótica da plurinacionalidade, as diversas nações em que radica a soberania popular, ao invés de derrocadas por outra força que lhe subtraia esse *status*, serão as mesmas responsáveis por erguer a nova ordem constitucional, cuja assunção não mais se dará via revolução, mas por processo de transição que perpetue a titularidade do poder constituinte, que poderá se manifestar em momentos outros, não mais permanecendo em estado de latência, mas vivo, conforme representa a premissa que motivou a presente investigação.

Daí porque, afirma-se, não seria por demais considerar que a plurinacionalidade sugere que o poder constituinte originário, em verdade, melhor devesse ser tratado como poder constituinte fundacional, criador do Estado soberano, em que a respectiva Constituição sempre está sujeita a sofrer profundas mudanças orgânicas eventual e diretamente patrocinadas pelos titulares do poder que a fundamenta, desde que tal circunstância não lhes negue a própria existência e a natureza enquanto fonte desse poder.

Essa primeira conclusão, aliás, somente se torna possível em razão da metodologia de direito comparado adotada, em que se parte de uma realidade normativa, em que as Constituições, para além de uma bandeira de luta e produto cultural - que na América latina contemporânea se manifesta pelos discursos do novo-constitucionalismo e descolonização -, uma vez positivadas, findam por declarar a realidade em que encontram o próprio fundamento de validade.

5. Conclusão

A existência de textos constitucionais que reconhecem povos plurinacionais implica a necessidade de nova leitura dos elementos formadores do Estado, a exemplo do povo, território e soberania, sem que tal esforço, porém, represente rejeição completa desses elementos para justificar as novas realidades normativo-constitucionais contemporâneas, em suposta superação absoluta da clássica teoria constitucionalista, mesmo porque essas ditas novas realidades talvez sequer hajam galgado recente ineditismo.

Afinal, conforme ressalta Walzer ao tecer considerações sobre a ótica dos impérios, ao longo da história humana, percebe-se que sempre existiram Estados formados por povos diversos, que a despeito de em alguns períodos gozarem de independência e soberania, eventualmente restaram subjugados a uma ordem superior, sem perder a identidade nacional ou mesmo certa autonomia de governança. Consoante elucida esse autor, “[o]s arranjos mais antigos são aqueles dos grandes impérios multinacionais – começando, para nossos objetivos, pela Pérsia, o Egito ptolemaico e Roma. Aqui os vários grupos se constituem como comunidades autônomas ou semi-autônomas, de caráter político ou jurídico, bem como cultural ou religioso, e uma auto-gestão que abrange uma gama considerável de suas atividades. Os grupos não tem outra escolha a não ser coexistir uns com os outros, uma vez que suas interações são administradas por burocratas do império de acordo com um código imperial, como *jus gentium* dos romanos, concebido para garantir alguma equidade mínima, segundo a concepção de equidade do centro imperial. Em regra, porém, os burocratas não interferem na vida interna das comunidades autônomas, em nome da equidade ou seja lá o que for – desde que se paguem e se mantenha a paz. Pode-se dizer, portanto, que toleram os diferentes modos de vida, e o regime imperial pode ser chamado de regime de tolerância, quer os membros das diferentes comunidades sejam ou não tolerantes entre si”¹².

Guerras, expansões, conquistas e mesmo imigração em massa foram fatores que contribuíram para o surgimento e desaparecimento de novas realidades sociais e identidades nacionais. Alguns historiadores, inclusive, salientam que uma das razões da derrocada do império romano foi o contínuo fluxo imigratório dos então considerados povos bárbaros pelas fronteiras do império em tempos de paz, sobretudo quando se cessou a expansão militar, em que esses novos “súditos”, quando não fugiam de outras guerras com povos longínquos, buscavam o estilo de vida dos romanos sem, todavia, abdicar das próprias crenças, o que findou por gerar conflitos, sobretudo porque lhes era negada a condição de cidadão e, conseqüentemente, a participação no poder político. HAWES, sobre o assunto, conta as seguintes passagens: “(...) *The Romans, forced to choose between admitting or rejecting an innumerable multitude of barbarians, who are driven by*

¹² WALZER, Michel, *Da Tolerância...* op. cit., pp. 21-22.

*despair and hunger to solicit a settlement on the territories of civilised men (...). After 300 AD Germanic war-bands seem to have been driven by some irresistible force to shift their habitations, in what 's traditionally known as the Völkerwanderungen – the Migrations of the People*¹³.

Portugal, por exemplo, primeiro Estado nação moderno constituído sob a égide de um governo central ao fim da Idade Média, teve que recorrer à manutenção de autoridades locais e a miscigenação com outros povos para soerguer seu império colonial, pois, conforme salientou Marques, “para um país pequeno, habitado por menos de dois milhões de pessoas, a imensa tarefa de construir um Império não era certamente fácil”¹⁴, sobretudo em quatro continentes à época em que os mapas ainda eram incompletos.

Posteriormente, percebeu-se que conflitos por integração de povos subjugados durante o período colonial, cujas populações clamavam por autonomia, participação no governo em relação às decisões que os acometiam, foram lutas que não se restringiram apenas ao êxito dos movimentos de independência, mas que também provocaram eco interno nas antigas colônias e novéis estados nacionais, seja pelo fim do absolutismo e nascimento da nação enquanto titular da soberania, seja pela integração de novos povos à esfera da nacionalidade pela abolição da servidão, escravidão e reconhecimento de direitos políticos aos povos originários ou assimilados.

A transformação dos elementos formadores do Estado pode ser percebida, sobremaneira, nos Estados Unidos, cuja Constituição de 1787, a despeito de sempre garantir a liberdade de seu povo, não deixou de, por longa, legitimar a escravidão. Com a emenda que a aboliu, houve profunda mudança na natureza da sociedade em si. Conforme ressaltam Levitsky e Zibblatt sobre o período imediato à Guerra Civil, “[d]uring the era of Reconstruction, the mass enfranchisement of African Americans posed a major threat to southern white political control and to the political dominance of the Democratic Party. Under the 1867 Reconstruction Act and the Fifteenth Amendment, which prohibited suffrage limitations on account of race, African Americans suddenly constituted a majority of the voting population in Mississippi, South Carolina, and Louisiana and a near-majority in Alabama, Florida, Georgia, and North Carolina. Federal troops oversaw the mass registration of black men who were eligible to vote increasead from 0,5 percent in 1866 to 80,5 percent two years later. In many southern states, black registration rates exceeded 90 percent. And black citizens voted. In the 1880 presidential election, estimated black turnout was 65 percent or higher in North and South Carolina, Tennessee,

¹³ HAWES, James, *The Shortest History of Germany*, Londres, Old Street Publishing Ltd., 2018, pp. 18-22.

¹⁴ MARQUES, António Henrique Rodrigo de Oliveira, *Brevíssima História de Portugal*, Rio de Janeiro, Tinta da China, 2018, p. 83.

*Texas, and Virginia. Enfranchisement empowered African Americans: More than two thousand southern freedman won elective office in the 1870s, including fourteen congressmen and two U.S. senators. At one point, more than 40 percent of legislators in Louisiana's and South Carolina's lower houses were black. (...)*¹⁵.

Semelhantes consequências emergiram quando foi sancionado o Indian Citizenship Act, em 1924, pelo presidente Calvin Coolidge, que conferiu direitos e cidadania aos índios americanos, antes verdadeiros apátridas no próprio país.

Mesmo os povos originários da América e África, diga-se, antes de eventualmente serem subjugados por potências coloniais, igualmente organizavam-se em impérios e reinos regionais, que dominavam outras nações.

Como se percebe, a história da humanidade é um contínuo movimento de intercâmbio, miscigenação e busca de integração, de forma que a idéia de plurinacionalidade, antes de representar bandeira de luta de povos latino-americanos para a afirmação de direitos, pode denunciar a existência de uma teoria geral, a de que o povo, enquanto titular da soberania, sofre mutações ao longo dos anos, mantendo-se interligado por elementos comuns decorrentes de circunstâncias diversas (colonização, emancipações políticas internas, movimentos migratórios), mas ainda assim composto por diversas nacionalidades, que apenas em conjunto, logram atingir a soberania. Não sealaria, por conseguinte, de uma teoria da mutação constitucional, mas de transformação de um dos próprios elementos fundacionais do Estado e da ordem constitucional, uma teoria da mutação constituinte, passível de conviver com a idéia das interconstitucionalidades aludida por Canotilho, correspondente à "(...) concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político"¹⁶, em que a integração – nesse caso da Europa, talvez se revelasse como processo de formação de uma nova identidade, a europeia, de um povo europeu, em um potencial Estado plurinacional. Essa seria a contribuição da América Latina para a teoria do poder constituinte, o reconhecimento de que a mutação de um elemento constituinte do Estado pode implicar a coexistência de diversas titularidades para a soberania em um mesmo território.

Bibliografia

ACEMOGLU, Daron; ROBINSON, James A., *Why Nations Fail*, New York, Currency, 2012.

¹⁵ LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel. *How democracies die*, Crown, Nova York, 2018, pp. 89-90.

¹⁶ CANOTILHO, J. J. Gomes, "Brançosos" e *Interconstitucionalidades: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2.ª ed., Coimbra, Almedina, 2008, p. 266.

ALMEIDA, Carlos Ferreira, *Introdução ao Direito Comparado*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes, “Brançosos” e *Interconstitucionalidades: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional*, 2.^a ed., Coimbra, Almedina, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, Coimbra Editora, 1994.

HAWES, James, *The Shortest History of Germany*, Londres, Old Street Publishing Ltd, 2018.

LEVITSKY, Steven; ZIBLATT, Daniel, *How democracies die*, Crown, Nova York, 2018.

LIMA, Juan Carlos Vargas, *El Nuevo Derecho Constitucional Boliviano*, Tomo I, La Paz, Academia Boliviana de Estudios Constitucionales, 2016.

MARQUES, António Henrique Rodrigo de Oliveira, *Brevíssima História de Portugal*, Rio de Janeiro, Tinta da China, 2018.

SCHMITT, Carl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Alianza Editorial, 2015.

VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, Vol. I, 4.^a ed., São Paulo, Almedina Brasil, 2018.

WALZER, Michel, *Da Tolerância*, Trad. Almiro Pisetta, São Paulo, Martins Fontes, 1999.

A DIGNIDADE HUMANA: DIREITO OU FUNDAMENTO DE DIREITOS?

Maria Hylma Alcaraz Salgado¹

1. Introdução

A iniciativa da Universidade do Minho de reunir, anualmente, investigadores do Direito com o propósito de apresentarem o estado atual de suas pesquisas científicas tem o mérito de permitir o intercâmbio de ideias, de proporcionar uma visão interdisciplinar do Direito, além de construir um espaço para a exposição e interlocução de questões jurídicas de relevância para o desenvolvimento do saber jurídico.

No intuito de aproveitar esta oportunidade de interação entre operadores do Direito, o objetivo do presente estudo é apresentar neste encontro uma questão que é o foco atual da investigação que desenvolvemos. Trata-se da questão de saber se a dignidade humana adquire nova natureza ao ser incorporada nos textos jurídicos internacionais e nacionais.

A referência à dignidade humana contida nos textos jurídicos indica sua função de princípio, o que equivale a afirmar que é o fundamento dos direitos humanos. Não obstante a compreensão generalizada de que a dignidade humana constitui o fundamento dos direitos da pessoa, concepção que se tributa a Kant², a elaboração de textos internacionais contemporâneos consagra a dignidade humana como norma jurídica, a exemplo da prescrição contida no artigo 1º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia segundo a qual “a dignidade

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Vigo. Professora substituta de Direito Constitucional na Universidade de Vigo. Investigadora colaboradora da Universidade do Minho.

² KANT, Immanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, tradução de Manuel García Morente, España, Editorial Encuentro, 2006.

humana é inviolável. Será respeitada e protegida”. Neste sentido, se incluem as disposições constitucionais que fazem expressa menção da dignidade humana, como a Lei Fundamental de Bonn e a Constituição espanhola.

Considerando os diferentes sentidos formalmente atribuídos à dignidade humana nos textos jurídicos, algumas dúvidas surgem: a dignidade humana deve ser entendida como direito ou como fundamento de direito? A dignidade humana pode desempenhar, ao mesmo tempo, a função de norma e de fundamento da norma? Destas questões nos ocuparemos no transcorrer do presente estudo.

2. A dignidade humana e o sistema internacional de direitos humanos

A dignidade humana é a premissa para a fundamentação formal do atual sistema internacional de direitos humanos.

Os principais tratados internacionais sobre direitos humanos contêm orientações que partem dos postulados estabelecidos na Carta das Nações Unidas. A Carta da ONU, em seu preâmbulo, *“reafirma sua fé nos direitos fundamentais do homem, na dignidade e no valor da pessoa humana”*.

As disposições contidas na Carta funcionam como vetores para a construção do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o qual se erige a partir de fundamentos que garantem sua coesão e coerência. Por esta razão, os tratados internacionais sobre direitos humanos desenvolvidos dentro do Sistema das Nações Unidas sempre fazem referência à dignidade humana, porque se mantêm vinculados às prescrições gerais da Carta. A dignidade humana, neste contexto, é premissa necessária para a construção do sistema internacional de direitos humanos.

A referência à dignidade humana como fundamento dos direitos humanos está contida no preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, no qual se lê: *“... a liberdade, a justiça e a paz no mundo têm por base o reconhecimento da dignidade intrínseca e dos direitos iguais e inalienáveis de todos os membros da família humana...”*. O artigo 1º da Declaração também alude à dignidade, nos seguintes termos: *“todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos...”*.

O Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, aprovado pela Assembleia da ONU em 16 de dezembro de 1966, reconhece em seu preâmbulo que os princípios enunciados na Carta das Nações Unidas têm por base o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis. Este Pacto reconhece, ainda, que os *direitos referidos na Carta são derivados da dignidade inerente à pessoa humana* e em seu

artigo 10 preceitua que *“toda pessoa privada de liberdade será tratada humanamente e com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano”*.

O preâmbulo do Segundo Protocolo Facultativo do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, destinado a abolir a pena de morte, aprovado pela Assembleia Geral da ONU em 15 de dezembro de 1989, considera que a abolição da pena de morte contribui a elevar a dignidade humana e desenvolver progressivamente os direitos humanos.

A Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 16 de dezembro de 1992, em seu preâmbulo alude ao princípio da dignidade como base da Carta das Nações Unidas.

Todos os demais tratados e convenções internacionais que integram o sistema internacional de proteção dos direitos humanos contêm expressa referência à dignidade humana e a situam como fundamento dos direitos humanos, e não como direito *em si*. No âmbito internacional esta orientação se modifica com a prescrição contida na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia que eleva a dignidade humana à condição de direito ao prescrever em seu artigo 1º que *“a dignidade humana é inviolável”* e que *“será respeitada e protegida”*.

3. A dignidade humana nos textos constitucionais

A cláusula da dignidade humana está contida em vários textos constitucionais contemporâneos, entre os quais destacamos os seguintes: a Constituição grega que sob o Título “Dignidade humana” dispõe que o respeito e a proteção da dignidade humana constituem a obrigação primária do Estado; a Constituição da República Portuguesa que estabelece que Portugal é uma República soberana baseada na dignidade da pessoa; a Constituição Federal da Confederação Suíça que enuncia que a dignidade humana deve ser respeitada e protegida.

Especial destaque merecem as Constituições alemã e espanhola porque elaboraram uma estrutura normativa que situa a dignidade humana como pedra angular de suas respectivas Constituições³.

A Constituição espanhola de 1978, em seu preâmbulo, preceitua: *“A Nação espanhola, desejando estabelecer a justiça, a liberdade e a segurança e promover o bem de quantos a integram, no uso de sua soberania, proclama sua vontade de... assegurar a todos uma digna qualidade de vida”*. E, no seu artigo 10.1, a Norma Fundamental espanhola prescreve: *“a dignidade da pessoa, os direitos in-*

³ GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, La dignidad humana: núcleo duro de los derechos humanos, *IUS Revista Jurídica*, 28, disponível em: <http://www.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm> [21.05.2019].

violáveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos dos demais são fundamento da ordem política e da paz social”.

A Constituição da República Federal de Alemanha, conhecida como Lei Fundamental de Bonn, situa a dignidade humana no início do Capítulo primeiro que versa sobre “Os direitos fundamentais”. O artigo 1º da Lei Fundamental diz: “1. A dignidade da pessoa humana é intangível. Todos os poderes do Estado estão obrigados a respeitá-la e protegê-la”.

A inclusão da cláusula da dignidade humana nos textos constitucionais representa uma garantia jurídica fundamental. A positivação da dignidade permite a todo indivíduo – afetado por uma ação que vulnere sua dignidade – buscar a efetiva proteção de seu direito fundamental por intermédio das medidas judiciais previstas nos ordenamentos jurídicos estatais.

A dignidade como norma fundamental é, segundo Häberle, a base sobre a qual são erigidos os Estados democráticos. A cláusula da dignidade, contida nos textos constitucionais, indica a direção que deve tomar o Estado para defender os ideais democráticos, assim como aponta o caminho das ações do Estado no cumprimento de suas obrigações⁴. Neste sentido, Christian Stark afirma que o Estado tem a obrigação de proteger a dignidade da pessoa contra qualquer tipo de ataque produzido por terceiros⁵.

A dignidade como princípio constitucional constitui um vetor cujo sentido indica que o ser humano não pode ser tratado como mero objeto do poder estatal. Ao contrário, a existência do Estado é consequência da vontade humana e as ações do Estado devem estar orientadas à realização do bem comum e à proteção e garantia dos direitos fundamentais dos indivíduos que se encontram sob a tutela estatal.

4. Dignidade humana: norma de direito ou fundamento de direitos?

Para saber se a dignidade humana deve ser entendida como norma de direito ou como fundamento de direitos é necessário estabelecer uma noção geral do que seja um fundamento e do que seja uma norma de direito.

O termo *fundamento* é utilizado em vários sentidos. Participa do sentido de vocábulos como “princípio”, “razão”, “causa”. “*Fundamento significa, originariamente, base em que se assenta e se apoia um edifício. É o que dá consistência e*

⁴ HÄBERLE, Peter, La dignidad como fundamento de la comunidad estatal, in *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Francisco Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2008, p. 213.

⁵ STARK, Christian, La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán, in *Dignidad de la persona... op. cit.*, p. 268.

*segurança, o que dá coesão às partes do todo que ele mesmo estrutura e sustenta. As verdades ou proposições mais gerais são ao mesmo tempo os primeiros princípios e o fundamento de todo o conhecimento. Princípio, porque deles tudo deriva; fundamentos, porque dão consistência e coesão ao conhecimento gerando certeza*⁶.

A norma jurídica é uma expressão que tão pouco apresenta um sentido unívoco, porque seu significado se sujeita a diferentes posturas filosóficas. Entretanto, no âmbito da Teoria Geral do Direito, alguns elementos caracterizadores da norma jurídica estão presentes nas diferentes definições. De modo geral, a norma jurídica é entendida como um enunciado (linguístico) prescritivo que descreve uma conduta de forma geral e abstrata e está dotada de uma sanção externa coativa e institucionalizada que garante sua efetividade.

Diante da evidência conceitual não há dúvida de que os termos *fundamento* e *norma jurídica* indicam objetos distintos. Sendo assim, se considerarmos a dignidade como fundamento dos direitos humanos, como explicar sua referência como conteúdo das normas jurídicas?

Antes de ser enunciada em um preceito normativo a dignidade humana é entendida como um princípio cujo sentido indica que o homem não pode ser tratado como mero objeto do poder estatal. A dignidade, compreendida deste modo, corresponde a um postulado ético. Neste sentido, Kant afirma que a pessoa não pode ser utilizada unicamente como um meio por ninguém, mas deve ser tratada em todo o momento como fim e nisto consiste sua dignidade⁷.

A consciência da dignidade humana é o resultado de uma razão prática que extrai da experiência a percepção do ser *em si* e faz da dignidade algo presente por igual em todos os seres humanos.

Considerada por esta perspectiva, é possível afirmar que a dignidade humana é o núcleo do qual irradiam todos os direitos humanos. Portanto, é o fundamento ou premissa para construir um sistema de normas dotado de coesão. Mas, como fundamento ético funciona como base para erigir um sistema destituído de força vinculante.

A inclusão da dignidade humana nos enunciados normativos implica em transportar um valor ético fundamental ao sistema jurídico e dotar-lhe de um novo fundamento. Sendo agora um preceito jurídico, a dignidade humana é revestida de força obrigatória e se transforma em uma prerrogativa dos sujeitos titulares frente aos sujeitos obrigados pela norma.

⁶ PIRES, Celestino, *Fundamento*, in *Logos: Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*, vol. 2, Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo, 1989-1992, pp. 771-773.

⁷ KANT, Immanuel, *La metafísica de las costumbres*, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Coniell Sancho, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 335.

A norma jurídica cujo conteúdo se refere à dignidade é uma norma que deve ser interpretada como norma de hierarquia superior, porque enuncia um princípio que é o fundamento para construir e unificar o sistema de direitos humanos. Esta norma, por seu conteúdo prescritivo, deve ser uma norma constitucional.

Diante destas considerações, entendemos que a dignidade humana é, ao mesmo tempo, norma jurídica e fundamento de direitos. É uma norma jurídica de valor superior cujo preceito contém uma premissa a partir da qual se deduzem todos os demais direitos. Por ser uma norma de valor superior e por fundamentar o sistema de direitos fundamentais deve figurar nos textos constitucionais e orientar a interpretação e aplicação do conjunto de direitos constituídos. A previsão constitucional da dignidade humana serve também para reforçar o sistema de proteção e garantias dos direitos fundamentais consagrados.

5. Considerações finais

Quando Immanuel Kant desenvolve uma análise da dignidade humana em sua *Metafísica dos Costumes* o faz com o intuito de consagrá-la como fundamento ético que sustenta o sistema de valores morais, os quais devem servir de guia para a organização política, social e jurídica. A influência kantiana na construção do conceito de dignidade humana é indiscutível, assim como as suas exposições sobre o tema constituem a base para a consolidação do sistema de direitos fundamentais que se irradiam a partir do núcleo da dignidade humana.

A noção segundo a qual a dignidade humana é o fundamento dos direitos humanos está teoricamente consolidada. Não há dúvida de que todos os direitos que protegem a pessoa humana em suas múltiplas dimensões derivam do reconhecimento da dignidade intrínseca a todas as pessoas. O reconhecimento da dignidade, portanto, é a premissa a partir da qual se deduzem todos os direitos que integram o sistema de direitos fundamentais.

No processo histórico de edificação dos direitos fundamentais o reconhecimento *expresso* da dignidade humana ocorre com a elaboração dos tratados e convenções internacionais que compõem o sistema internacional de direitos humanos.

A incorporação da cláusula da dignidade nos textos constitucionais representa uma nova etapa para a compreensão da dignidade humana. A sua inclusão como norma constitucional implica na consolidação da dignidade como fundamento jurídico do sistema de direitos fundamentais.

A referência mais recente da dignidade em alguns textos constitucionais a situa não só como fundamento de direitos, mas também como um direito subjetivo, a exemplo da disposição constitucional alemã que prescreve que a “digni-

dade é intangível”, e da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia que consagra a dignidade como inviolável. Nos exemplos citados, a prescrição normativa não se refere à dignidade como “fundamento”, como amiúde se encontra expressa nos textos normativos, mas como um direito fundamental reconhecido a todas as pessoas.

As diferentes prescrições sobre a dignidade humana motivaram a questão de saber se a cláusula da dignidade deveria ser entendida como um direito ou como fundamento de direitos. Após o breve estudo realizado, concluímos que a norma que consagra a dignidade pode exercer a função de norma-princípio e instituir o fundamento jurídico da dignidade e pode, também, prescrevê-la como um direito. De qualquer modo, a cláusula da dignidade, por sua relevância, deve sempre figurar como norma de valor superior.

Bibliografia

FERNÁNDEZ GARCÍA, Eusebio, *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Madrid, Dykinson, 2001.

GARCÍA GONZÁLEZ, Aristeo, La dignidad humana: núcleo duro de los derechos humanos, *IUS Revista Jurídica*, 28, disponível em: <http://www.unla.mx/iusunla28/reflexion/La%20Dignidad%20Humana.htm> [21.05.2019].

HÄBERLE, Peter, La dignidad como fundamento de la comunidad estatal, in *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Francisco Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2008.

KANT, Immanuel. *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Tradução de Manuel García Morente. España, Editorial Encuentro, 2006.

KANT, Immanuel, *La metafísica de los costumbres*, traducción y notas de Adela Cortina Orts y Jesús Coniell Sancho, 4ª ed., Madrid, Tecnos, 2005.

PIETRO ÁLVAREZ, Tomás, *La dignidad de la persona: núcleo de la moralidad y del orden público, límite al ejercicio de libertades públicas*, Navarra, Civitas, 2005.

PIRES, Celestino, Fundamento, in *Logos: Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia*, vol. 2, Lisboa/São Paulo, Editorial Verbo, 1989-1992.

STARK, Christian, La dignidad del hombre como garantía constitucional, en especial, en el Derecho alemán, in *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Francisco Fernández Segado, Madrid, Dykinson, 2008.

A FLEXIBILIDADE DA JORNADA NA ECONOMIA *GIG* E A DESIGUALDADE DE GÊNERO

Ângela Barbosa Franco¹

1. Introdução

As mudanças disruptivas da era digital no mercado de trabalho *Gig* alardeam uma flexibilidade da jornada laborativa muito atrativa para mulheres, que almejam conciliar tempo de trabalho com tempo dedicado à vida pessoal ou à família.

As mulheres ainda são as principais responsáveis pelas tarefas domésticas e, mesmo com a diversificada oferta de eletrodomésticos ou de produtos, que demandam menos esforços para solucionar tarefas rotineiras do lar, o tempo despendido no ambiente residencial é significativo. Devido a essas obrigações domésticas, muitas mulheres aderem aos trabalhos *Gigs*, na esperança de terem maior liberdade para definir os períodos em que podem laborar, sem negligenciar a família.

Como parte expressiva dos trabalhos ofertados pelas plataformas digitais é efêmera, fragmentada, informal e, tipicamente doméstica, receia-se que as tarefas advindas dessa dinâmica laborativa estejam apenas replicando, ou até ampliando, a segregação ocupacional de gênero.

Na economia *Gig*, o trabalho é normalmente pago por produtividade e as oportunidades são adstritas às avaliações dos usuários dos serviços. Nesse

¹ Doutoranda em Ciências Jurídicas Privatísticas na Universidade do Minho, Portugal. Investigadora da JusGov. Mestre em Direito. Leciona Direito do Trabalho para os cursos de graduação e pós-graduação na Univiçosa, Viçosa, MG, Brasil. Advogada.

sentido, vislumbra-se um trabalho desempenhado em jornada exaustiva, cuja remuneração depende de avaliações subjetivas, sem proteção legal. Como consequência, pode haver a subutilização do talento feminino e, também, um maior comprometimento da vida pessoal da prestadora do serviço, no desempenho de uma atividade profissional.

Com espreque nessa perspectiva, este artigo objetiva tecer uma análise crítica sobre a discriminação das mulheres, fomentada pela economia *Gig*, no que concerne à falaciosa flexibilidade temporal. A narrativa faz uma alusão indireta, sob uma ótica sociológica, à violação do princípio da igualdade e demais direitos fundamentais conexos, relacionados ao acesso da mulher ao mercado de trabalho. A metodologia pauta-se em uma vertente bibliográfica, qualitativa e descritiva, a partir de um processo mental hipotético-dedutivo, para ressaltar os riscos da ubiquidade do trabalho *Gig* na vida profissional, pessoal e familiar das mulheres prestadoras de serviços para as plataformas digitais.

2. Discussão e Resultados

O trabalho na economia *Gig* requer atenção para não incitar uma discrepância de tratamento de gêneros e a desvalorização das capacidades profissionais das mulheres.

O mercado de trabalho *Gig* é crescente², mas instável. Os *Gig workers* não possuem jornada padrão e podem ser contratados por dias, horas ou até minutos. Não há garantia de convocação para o serviço ou uma média de renda mensal. Os trabalhadores ficam à espera de oportunidades e, quando surgem, caracterizam-se, normalmente, em tarefas segmentadas. Muitas vezes, os prestadores de serviços não têm noção com quem concorrem ou em quais projetos participam. Trabalham isolados, distante do processo produtivo, sem apoio corporativo. Não visualizam o resultado e, assim, não fazem ideia do quanto seus empenhos são significativos.

Algumas plataformas digitais coordenam o preço dos serviços. Elas fixam, reduzem ou ampliam a tarifa cobrada do consumidor, mas não garantem a quem labora um pagamento de acordo com a média habitualmente alcançada. Se há a redução ou a inexistência de clientes, assim como a impossibilidade de execução dos serviços por causa de condições climáticas, por enfermidade do trabalhador ou de outros fatores imprevisíveis, o prestador de serviços não tem ganho e assume, sozinho, os riscos do empreendimento.

² Estudos realizados pelo CERIC indicam que um terço da população adulta dos Estados Unidos e também dos países da União Europeia conhecem e já integraram alguma plataforma *on-line*. Asseveram que entre 1% e 5% da população adulta já auferiu renda por intermédio dela. Cf. FORDE, Chris, et al., *The social protection of workers in platform economy*, Brussels, European Parliament's Committee on Employment and Social Affairs, 2017, p. 10.

Trata-se de um trabalho precário, que se afasta dos moldes de uma relação de emprego ordinária, desempenhada em período integral, por tempo indeterminado, para um único empregador. Reflete, assim, uma atividade desprovida de proteção legal, de natureza jurídica controversa³, requisitada para suprir necessidades transitórias de um empreendimento. Decorre, ainda, de tarefas simples, rotineiras e fracionadas que tendem a ser conduzidas por mulheres, quando advindas de atividades, tipicamente, domiciliares.

As condições aviltantes são uma realidade para quem desempenha trabalho *Gig* de baixa qualificação. Segundo dados divulgados pela Oxfam, o número de multimilionários aumenta e, a despeito de representarem 1% da população mundial, eles detêm mais de 80% da riqueza criada no mundo. Desses privilegiados, nove a cada dez são homens⁴. Com a entrada dos *robots* e da inteligência artificial no mundo do trabalho, a automação substitui várias profissões e aumenta o índice de desocupados. Nesse cenário, os que possuem competência técnica refinada, ideias inéditas de negócios, de produtos e de serviços se enriquecem. Contudo, aqueles que não têm tal capacitação convivem com o temor do desemprego, ficam à mercê da concorrência e prestam serviços informais para empresas ou pessoas físicas, intermediados por plataformas digitais como Uber⁵, Helpling⁶ e Deliveroo⁷, Clickworker⁸, dentre outras.

Tais atividades despontam-se juntamente com o fenômeno da economia colaborativa, no qual o trabalho é uma forma de favor ou de troca, remunerado ou não. A economia colaborativa tem como escopo rentabilizar ativos que de outro modo ficariam sem uso. Partilhar um bem subutilizado com outra pessoa

³ Quando o labor é intermediado por plataforma, torna-se um desafio para os juristas a identificação do trabalhador como autônomo ou empregado. Há quem defenda um *status* intermediário entre o emprego tradicional e a contratação independente para implementação de algumas normas protetivas à terceira categoria de trabalhador. Cf. MALIK, Andrew G., *Worker Classification and the Gig-economy*, *Rutgers University Law Review*, vol. 69, 2017, pp. 1766-1767.

⁴ Cf. OXFAM INTERNATIONAL, *Recompensare il lavoro, non la ricchezza*, Oxford, Oxfam GB, 2018, disponível em: https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/bp-reward-work-not-wealth-220118-it.pdf [23.02.2019].

⁵ O empreendimento se auto qualifica como um serviço de transporte sob demanda. Através do seu *app*, conecta motoristas parceiros com os usuários, cf. informação disponível na página eletrônica oficial da plataforma UBER, disponível em: <https://www.uber.com/pt-BR>.

⁶ Empresa de limpeza sob demanda onde é possível contratar serviços domésticos, cf. informação disponível na página eletrônica oficial da plataforma HELPLING, disponível em: <https://www.helpling.com/>.

⁷ Realiza entrega de comidas, assim como a Ubereats, cf. informação disponível na página eletrônica oficial da plataforma DELIVEROO, disponível em: <https://deliveroo.co.uk/>.

⁸ Plataforma que fornece trabalhos digitais às pessoas que se registram, cf. informação disponível na página eletrônica oficial da plataforma CLICKWORKER, disponível em: <https://www.clickworker.com/clickworker-job/#term>.

que, por este favor, pode lhe retribuir futuramente, seja por troca ou por pagamento, é uma proposta tentadora. Entretanto, atualmente, a oferta de trabalho pelo *app* tem uma dimensão tão ampla que não há mais, necessariamente, similitude com os baldrames de uma economia colaborativa. Na economia *Gig*, o intuito não é solidarizar ou partilhar, mas laborar com flexibilidade de horário em troca de uma contraprestação pecuniária, repassada pela plataforma intermediadora do serviço. As empresas-plataforma se dedicam na criação de ambientes virtuais. Nesses clientes e prestadores de serviços são inseridos em um mercado, cuja demanda é para a contratação de trabalhadores independentes ou de *freelancers*.

Muitas pessoas aderem ao trabalho *Gig* pela flexibilidade de auto definirem quando e quanto podem laborar⁹. Estudos revelam que o desejo dos participantes de trabalhar em casa e de obter uma fonte de renda adicional são as razões que mais impulsionam o trabalho *Gig*, ao invés de outras, mais plausíveis, como o desemprego¹⁰. Os métodos de organização são favoráveis para o surgimento de empresas capazes de oportunizar um labor sedutor para um perfil diversificado de pessoas¹¹, atraídas pela prerrogativa de organizar seu próprio tempo e engendrar seus projetos profissionais. Porém, essa comodidade não proporciona ao trabalhador a dignidade de auferir um salário fixo, de ter um ambiente seguro de trabalho, dentre outros benefícios inerentes de quem tem uma relação de emprego. Nesse contexto, o trabalho das mulheres representa uma parcela significativa¹². Elas se encontram susceptíveis a aderirem ao trabalho *Gig*, mediante a esperança de poderem conciliar as obrigações domésticas com os serviços intermediados pelas plataformas, por normalmente serem cuidadoras de crianças, de deficientes ou de idosos¹³. Como as mulheres tendem a desempenhar a maioria das tarefas domiciliares, de forma não remunerada, e gastam, em média, o dobro do tempo nessas atividades do que os homens¹⁴, os trabalhos *Gigs* tornam-se

⁹ SIGNES, Adrián Todolí, La Regulacion Especial Del Trabajo En La Gig Economy, *Revista de Estudios para El Desarrollo Social de la comunicacion*, n.º 15, 2017, pp. 73-74.

¹⁰ FORDE, Chris, *The social protection... op. cit.*, pp. 44-45.

¹¹ DE STEFANO, Valerio, The rise of the “Just-in-time workforce”: on demand work, crowdwork, and labor protection in the “Gig-economy”, *Comp. Labor Law & Pol’y Jornal*, vol. 37, n.º 471, 2016, p. 479.

¹² KATZ Lawrence F.; KRUEGER, Alan B., The Rise and Nature of Alternative Work Arrangements in the United States, 1995-2015, *ILR Review* [Internet], vol. 72, issue 2, 2019, p. 14, disponível em: https://scholar.harvard.edu/files/katz_krueger_cws_final_nov2018.pdf [22.05.2019].

¹³ A função de cuidadora é predominantemente exercida por mulheres. Cf. BARZILAY, Arianne Renan; BEN-DAVID, Anat, Platform Inequality: gender in the gig economy, *Seton Hall Law Review*, vol. 47, n.º 393, 2017, p. 401.

¹⁴ WORLD ECONOMIC FORUM. *The global gender gap report*, 2018, p. 9, disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf [22.05.2019].

promissores. As empresas plataformas oportunamente dão a flexibilidade necessária para equilibrar o trabalho com a família e outras responsabilidades de gênero. Assim, por conveniência, tais empreendimentos tentam justificar suas avanços na autonomia da prestação de serviços e, conseqüentemente, na inexistência de vínculo empregatício.

Essa perspectiva, mesmo ante à industrialização e à mecanização de muitas tarefas, comumente, realizada por mulheres, não lhes assegura uma participação laboral mais igualitária no mercado. A cultura do capitalismo utiliza as novas tecnologias com o intuito de produzir mais bens com menos trabalho. Entretanto, como já mencionado, mesmo com a diversificada oferta de eletrodomésticos ou de produtos que demandam menos esforços para solucionar tarefas comezinhas do lar, os encargos femininos não diminuem no ambiente residencial.

O tempo despendido nos afazeres do lar não é reduzido com a implementação das mercadorias domésticas e dos equipamentos que supostamente poupam o trabalho. Huws aponta, como uma das justificativas para isso, o aumento da produtividade no setor de serviços que tem elevado a quantidade de trabalho gratuito de consumo, com dispêndio de tempo¹⁵. Ao coletar os artigos das prateleiras do supermercado e colocar as próprias compras na sacola; ao ter que pessoalmente abastecer o veículo em postos *self-services*; ao preencher as guias de depósito nos caixas eletrônicos dos bancos ou ao realizar qualquer tipo de transação bancária via *app*, o tempo do consumidor é tomado. Para as empresas, é uma forma de se despojar dos custos com trabalhadores que executam essas atividades não lucrativas. A centralização dos serviços para o usuário impõe-lhe o desgaste de tempo e de energia. Implica, inclusive, em despesas, como a de transporte, para ter acesso ao que necessita¹⁶.

Pressões ideológicas e culturais também contribuem para a mulher se dedicar mais horas ao trabalho doméstico, a fim de manter a residência um local limpo, salubre e seguro para a família¹⁷. O lar é “um refúgio das condições alienadas, desagradáveis e estressantes do local de trabalho”¹⁸ e, nele, espera-se o “entretenimento, descanso, apoio emocional, estímulo sexual e contentamento”¹⁹. Esse fardo é culturalmente assumido pela mulher que carrega a culpa se o lar não é feliz. Por isso, ela dedica grande parte de seu tempo à família.

¹⁵ HUWS, Ursula, *Novas tecnologias e o trabalho doméstico*, in *A formação do cibertariado: trabalho virtual em um mundo real*, Campinas, Unicamp, 2017, p. 21.

¹⁶ HUWS, Ursula, *Novas tecnologias... op. cit.*, p. 22.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ HUWS, Ursula, *Novas tecnologias... op. cit.*, p. 23.

¹⁹ *Idem.*

O processo de socialização do trabalho doméstico pode ser vislumbrado quando surgem novos postos de trabalho associados aos serviços ou à produção de bens domésticos. Essas funções laborativas, normalmente, são firmadas mediante contratações precárias. Profissionais de limpeza, eletricitas, montadoras de móveis, camareiras, enfermeiras, costureiras, cozinheiras, atendentes de bar, cabelereiras, assistentes sociais, empacotadoras, etiquetadoras, operadoras de telefone, pintoras e professoras são profissionais mal remuneradas. Esses serviços socializam o trabalho doméstico, mas, ao mesmo tempo, desqualificam-no ao explorar a força de trabalho do consumidor, desperdiçando seu tempo ou o empregando com baixos salários²⁰. Vale, também, ressaltar que alguns podem ser ou já estão totalmente extintos pela robotização.

Dados divulgados pelo Fórum Econômico Mundial ressaltam que as mulheres são mais propensas a trabalhar em indústrias com salários médios e mais baixos. As áreas de alta renda, como finanças ou tecnologia, são tradicionalmente dominadas por homens²¹. Os trabalhos emergentes da atualidade, que implicam em melhores oportunidades, são os que se pautam em inteligência artificial e aprendizado de máquina. Nesse nicho de mercado, apenas 22% dos profissionais são do sexo feminino, em comparação com 78% do sexo masculino²². Moreira assevera que a substituição de vários postos de trabalho pelos *robots* e pela inteligência artificial, na quarta revolução industrial, impacta os homens e as mulheres diferentemente, no que concerne à perda do emprego, porque muitas funções baseiam-se no uso das TIC, ainda dominadas pela profissionalização masculina²³. Os relatórios sobre paridade de gênero no mundo do trabalho indicam que, globalmente, apesar das mulheres serem, em média, terem um nível de escolaridade maior do que os homens, suas chances de subir para posições de liderança ainda são significativamente menores²⁴.

A Islândia é apontada como o melhor lugar para uma mulher trabalhadora, por causa da igualdade de *status* entre homens e mulheres. Essa igualdade de gênero decorre de um trabalho de anos, das defensoras dos direitos humanos que desafiam e protestam contra o monopólio do poder nas mãos dos homens e

²⁰ HUWS, Ursula, *Novas tecnologias... op. cit.*, p. 25.

²¹ HARRIS, Brioni, What the pay gap between men and women really looks like, *World Economic Forum*, 06 November 2017, disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2017/11/pay-equality-men-women-gender-gap-report-2017/> [22.05.2019].

²² WORLD ECONOMIC FORUM, *The global gender... op. cit.*, p. 28.

²³ MOREIRA, Teresa Coelho, A conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar no momento do trabalho 4.0, *Labour & Law Issues*, vol. 3, n.º 1, 2017, p. 16.

²⁴ WORLD ECONOMIC FORUM, *The Industry Gender Gap Women and Work in the Fourth Industrial Revolution*, 2016, p. 01, disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_FOJ_Executive_Summary_GenderGap.pdf [22.05.2019].

o poder dos homens sobre as mulheres. O progresso da Islândia também pode ser atribuído às mulheres e aos homens que, influenciados por correntes culturais, políticas, religiosas, sociais, acadêmicas e econômicas, compartilham o poder uns com os outros como tomadores de decisão e rechaçam práticas discriminatórias de gênero²⁵. A Europa ocidental tem um elevado índice de desempenho em relação aos resultados de paridade de gênero, porém, ainda muito variável. Nos níveis mais baixos da região, três países têm uma diferença de gênero restante de mais de 30%: Grécia, Malta e Chipre. Em contrapartida, Islândia, Noruega, Suécia e Finlândia estão no topo do *ranking* de paridade de gênero. Mesmo assim, a escala de renda estimada revela que nos países nórdicos, como em outros lugares, ainda há desigualdade salarial²⁶.

As formas de trabalho baseadas no trabalho Gig têm potencial para aumentar a igualdade de gênero. Podem permitir, inclusive, o anonimato e a inclusão para compensar a discriminação ainda enfrentada pelas mulheres no trabalho em geral²⁷. Mesmo que o anonimato não represente uma realidade, a desigualdade de remuneração fica mais fácil de ser identificada, já que a renda gerada pela mesma tarefa *on-line* não deveria ser afetada pelo gênero do trabalhador²⁸. O trabalho Gig deveria, assim, representar o empoderamento e a igualdade das mulheres. Afinal, possibilita que uma pessoa seja *designer* de seu trabalho. Sem padrão para lhe dizer quando trabalhar, ou quais tarefas assumir. Ademais, a flexibilidade deve oferecer para homens e mulheres um emprego lucrativo e digno, ao lado dos cuidados familiares, fundindo, indistintamente, os papéis normalizados de gênero de cuidadores com o de provedores²⁹.

Por outro lado, o trabalho por intermédio da plataforma desvaloriza o prestador de serviços, pois requer menos investimento nos trabalhadores e oferece menos oportunidades para eles estabelecerem relações próximas com os provedores de trabalho. Como a plataforma se qualifica como mera intermediadora de mão-de-obra e se considera dispensada das obrigações decorrentes de um contrato de trabalho, também não se preocupa em dar proteção contra

²⁵ MARINÓSDÓTTIR, Magnea; ERLINGSDÓTTIR, Rósa, This is why Iceland ranks first for gender equality, *World Economic Forum*, 01 November 2017, disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2017/11/why-iceland-ranks-first-gender-equality> [22.05.2019].

²⁶ Portugal ocupa uma posição elevada quanto à isonomia na expectativa vida saudável, cf. WORLD ECONOMIC FORUM, *The global gender... op. cit.*, pp. 27-28.

²⁷ Há quem afirme que a identificação do perfil do trabalhador aumenta a saliência do sexo (por causa da intimidade associada a algumas transações e a acessibilidade a fotografias e nomes online). Isso estimula os estereótipos sexuais, muitas vezes considerados prejudiciais para a igualdade de gênero. SHOENBAUM, Naomi, Gender and the sharing economy, *FORDHAM URB*, LJ 1023, 2016, pp. 1042-1043.

²⁸ BARZILAY, Arianne Renan; BEN-DAVID, Anat, *Platform Inequality... op. cit.*, p. 400.

²⁹ BARZILAY, Arianne Renan; BEN-DAVID, Anat, *Platform Inequality... op. cit.*, p. 401.

a discriminação. Além disso, o grande número de funcionários *on-line* competindo por uma determinada tarefa acarreta uma pressão para baixar o preço dos serviços o que torna as práticas de trabalho ainda mais exploratórias³⁰.

Portanto, o trabalho *Gig* não potencializa, de forma efetiva, a sustentabilidade econômica e a igualdade de gênero. Sua dinâmica não contribui para que os trabalhadores possam superar o conflito trabalho-família e os equipara à mercadoria. Segundo De Stefano, a força de trabalho torna-se invisível ao ser contratada por um clique do *mouse* ou por um toque no celular e se confunde com uma extensão de um dispositivo de TI³¹. A inexistência de estabilidade, segurança e auto-suficiência sujeita os trabalhadores *Gig* a uma jornada mais exaustiva para fazer face às despesas. Não se sabe se haverá demanda para o dia seguinte e isso implica em inúmeros riscos para os trabalhadores. Como o trabalho pode ser desempenhado a qualquer momento, organizar, programar e oferecer assistência à família torna-se algo, forçosamente, secundário.³²

Nota-se que muitas empresas *Gig*, inclusive as citadas anteriormente, desenvolvem atividades periféricas e dispensáveis de nossa sociedade. Nesse contexto laboral, inserem-se as mulheres imigrantes, as mães e outras sem opção, a não ser aceitar o que lhes é oferecido. Assim, mesmo diante da evolução tecnológica, a mulher ainda está mais propensa ao trabalho menos valorizado ou sequer remunerado. A socialização do trabalho doméstico não lhe proporciona condições de isonomia no mercado de trabalho. A liberdade de prestar serviços quando lhes aprouver é falaciosa, vez que as trabalhadoras *Gigs* se veem forçadas a laborar mais para garantir o salário que necessitam e fazer face às vicissitudes da demanda em razão da concorrência³³.

Mesmo que as mulheres não sejam legalmente discriminadas, a economia *Gig* carece de apoios importantes. Se ela ainda é a principal responsável por desempenhar o trabalho doméstico não pago, ao aderir ao trabalho *Gig*, encontra-se desprovida de direitos trabalhistas, inclusive de licença familiar. Isso pode afetá-la de forma mais significativa do que os homens.

³⁰ Na Inglaterra, a Deliveroo, para enfrentar a concorrência, reduziu a taxa de entrega correspondente a 7 libras por hora (valor abaixo do salário mínimo hora) acrescido de uma libra por entrega, para apenas 3.75 libras por entrega. Cf. WOODCOCK, Jamie, Deliveroo and UberEATS: organising in the gig economy in the UK, *fConessioni precarie*, 2016, disponível em: <https://www.conessioniprecarie.org/2016/11/11/deliveroo-and-ubereats-organising-in-the-gig-economy-in-the-uk/> [20.05.2019].

³¹ DE STEFANO, Valerio, The rise of the “Just-in-time workforce”... *op. cit.*, pp. 477-478.

³² BARZILAY, Arianne Renan; BEN-DAVID, Anat, *Platform Inequality*... *op. cit.*, p. 403.

³³ KIRVEN, Alex, Whose gig is it anyway: technological change, workplace control and supervision, and workers' rights in the gig economy, *University of Colorado Law Review*, vol. 89, 2018, pp. 263-264.

A normatização do trabalho *Gig* pode representar um mecanismo para tutelar a hipossuficiência da classe trabalhadora que, independente do *status* de empregado ou autônomo, precisa ter garantias básicas como o salário mínimo, a limitação da jornada e a segurança no trabalho. Isso é possível, na medida em que a plataforma tem pleno controle do tempo, da definição de categorias de perfil, das pontuações de *feedback* e, portanto, podem adotar medidas preventivas que assegurem igualdade no trabalho.

3. Considerações Finais

A flexibilidade da economia *Gig* deve oferecer aos homens e às mulheres um emprego digno e capaz de conciliar a vida pessoal, sem distinção nos papéis de cuidadores e provedores de moradia. O ciberespaço igualitário e livre de restrições históricas, sociais e físicas não pode ser utópico.

A mão-de-obra *Gig* deve ser sustentável de maneira que a legislação assegure aos trabalhadores, independente do *status* de empregado ou autônomo, salário mínimo, seguro de saúde, limitação de jornada, licença-parental, dentre outros direitos basilares.

O trabalho e a família carregam grande significado na vida da maioria das pessoas, assim, o tempo à disposição do trabalho precisa ser dosado para haver espaço para a concretização dos anseios pessoais, bem como estreitamento dos laços familiares, na mesma medida, para homens e mulheres.

Bibliografia

BARZILAY, Arianne Renan; BEN-DAVID, Anat, Platform Inequality: gender in the gig economy, *Seton Hall Law Review*, vol. 47, n.º 393, 2017.

DE STEFANO, Valerio, The rise of the “Just-in-time workforce”: on demand work, crowdwork, and labor protection in the “Gig-economy”, *Comp. Labor Law & Pol’y Journal*, vol. 37, n.º 471, 2016.

FORDE, Chris, et al., *The social protection of workers in platform economy*, Brussels, European Parliament’s Committee on Employment and Social Affairs, 2017.

HARRIS, Brioni, What the pay gap between men and women really looks like, *World Economic Forum*, 06 November 2017, disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2017/11/pay-equality-men-women-gender-gap-report-2017/> [22.05.2019].

HUWS, Ursula, Novas tecnologias e o trabalho doméstico, *A formação do cibertariado: trabalho virtual em um mundo real*, Campinas, Unicamp, 2017.

KATZ Lawrence F; KRUEGER, Alan B., The Rise and Nature of Alternative Work Arrangements in the United States, 1995-2015, *ILR Review* [Internet], vol. 72, issue 2, 2019, disponível em: https://scholar.harvard.edu/files/katz_krueger_cws_final_nov2018.pdf [22.05.2019].

KIRVEN, Alex, Whose gig is it anyway: technological change, workplace control and supervision, and workers' rights in the gig economy, *University of Colorado Law Review*, vol. 89, 2018.

MALIK, Andrew G, Worker Classification and the Gig-economy, *Rutgers University Law Review*, vol. 69, 2017.

MARINÓSDÓTTIR, Magnea; ERLINGSDÓTTIR, Rósa, This is why Iceland ranks first for gender equality, *World Economic Forum*, 01 November 2017, disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2017/11/why-iceland-ranks-first-gender-equality> [22.05.2019].

MOREIRA, Teresa Coelho, A conciliação entre a vida profissional e a vida pessoal e familiar no momento do trabalho 4.0, *Labour & Law Issues*, vol. 3, n.º 1, 2017.

OXFAM INTERNATIONAL, *Recompensare il lavoro, non la ricchezza*, Oxford, Oxfam GB, 2018, disponível em: https://www-cdn.oxfam.org/s3fs-public/file_attachments/bp-reward-work-not-wealth-220118-it.pdf [23.02.2019].

SHOENBAUM, Naomi, Gender and the sharing economy, *FORDHAM URB, LJ* 1023, 2016.

SIGNES, Adrián Todolí, La Regulacion Especial Del Trabajo En La Gig Economy, *Revista de Estudios para El Desarrollo Social del la comunicacion*, nº15, 2017.

WOODCOCK, Jamie, Deliveroo and UberEATS: organising in the gig economy in the UK, *fConnessioni precarie*, 2016, disponível em: <https://www.connessioniprecarie.org/2016/11/11/deliveroo-and-ubereats-organising-in-the-gig-economy-in-the-uk/> [20/05/2019].

WORLD ECONOMIC FORUM. *The global gender gap report*, 2018, p. 1-367, disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_GGGR_2018.pdf [22.05.2019].

WORLD ECONOMIC FORUM. *The Industry Gender Gap Women and Work in the Fourth Industrial Revolution*, 2016, p. 01-11, disponível em: http://www3.weforum.org/docs/WEF_FOJ_Executive_Summary_GenderGap.pdf [22.05.2019].

POSIBLES EFECTOS DEL DERECHO AL OLVIDO EN EL DERECHO PENAL

María Castro Corredoira¹

1. Introducción

El tratamiento de la información personal ha ido adquiriendo una dimensión muy relevante en los últimos tiempos, como evidencian recientes instrumentos aprobados tanto por el legislador nacional español² como por el legislador europeo³. Ello es fruto, quizás, de la toma de conciencia de la relevancia que los datos personales tienen en un derecho tan fundamental como lo es el derecho a la intimidad. De hecho, en este sentido, el legislador español ha consagrado la protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales en el apartado 4º del artículo 18 de la Constitución Española de 1978.

Íntimamente ligada a la cuestión planteada nos encontramos con el conocido como “derecho al olvido”⁴. Teniendo en cuenta que éste se define como el

¹ Profesora Contratada Interina de Sustitución del Área de Derecho Penal de la Universidad de Santiago de Compostela. Su investigación está centrada, principalmente, en la violencia de género y familiar, la corrupción y el sistema de penas accesorias.

² Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

³ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 y Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016

⁴ Entre otros, LÓPEZ GARCÍA, Mabel, Derecho a la información y derecho al olvido, *La Ley Unión Europea*, 17, 2014, pp. 41-50; HEREDERO CAMPO, María Teresa, Derecho al olvido, *FODERTICS, estudios sobre derecho y nuevas tecnologías*. España, Andavira, 2012, pp. 233-245; CÁMARA PELLÓN, Bosco, Derecho al olvido vs. Derecho a la memoria, *La Toga*, n.º 192, 2016, pp. 72-72; DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, El derecho al olvido, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n.º 13, 2012, pp. 1566-1573.

derecho a hacer desaparecer información personal de los sujetos una vez transcurrido cierto tiempo, han surgido serias dudas sobre la combinación entre ambos derechos y sus límites. Así, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido que pronunciarse sobre el tratamiento de datos personales y el derecho al olvido y, como no podría ser de otro modo, dicha resolución ha tenido un importante impacto en la jurisprudencia española y, por ende, en la normativa interna.

2. Objetivo y metodología

La presente investigación constituye un desarrollo expositivo del régimen del derecho al olvido trazado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su impacto en la jurisprudencia española. Con ello, se expondrán las principales ideas extraídas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y su posterior extrapolación al Tribunal Supremo español para, posteriormente, ponderar los posibles efectos que este derecho al olvido tiene en el ámbito del derecho penal. Más en concreto, se valorará la injerencia del derecho al olvido en tres aspectos jurídico-penales de extrema relevancia: el indulto, los antecedentes penales y las sentencias. De la combinación de estos tres aspectos emerge la cuestión central: la conjugación del derecho al olvido, el principio de publicidad y el derecho a la información.

El presente trabajo de investigación se ha llevado a cabo empleando los métodos propios de un análisis dogmático y político-criminal. Tratándose de una investigación de tipo social, se ha seguido un método teórico, acompañado de algunas técnicas de investigación propias de este, tales como el análisis o la síntesis.

3. Discusión

En el presente trabajo será objeto de análisis el tratamiento de la información personal del sujeto, por ser precisamente éste el campo en que surgen las cuestiones relativas al denominado “derecho al olvido”. Siendo éste el que trata de proteger la información personal que llega a la red, posibilitando que ésta llegue a desaparecer una vez transcurrido cierto tiempo, las líneas que siguen abordarán el tratamiento jurisprudencial de que ha sido objeto, fundamentalmente, en el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Con posterioridad, analizaremos la injerencia de esta jurisprudencia en el ámbito del derecho penal.

4. Resultados: La Sentencia de la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de mayo de 2014

El órgano judicial conoció del Asunto C-131/12, relativo al tratamiento de datos personales de personas físicas contenidos en sitios de internet. Valoró si los motores de búsqueda realizan o no tratamiento de datos personales, así como la posible responsabilidad que, en su caso, puede corresponder al gestor del motor de búsqueda, por cuanto afecta a los derechos del interesado. Para resolver estas cuestiones, el órgano judicial procedió al análisis pormenorizado de los datos obrantes en el caso concreto, a la luz de lo dispuesto en los artículos 2, 4, 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995⁵, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (en adelante, Directiva 95/46/CE) y en los artículos 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)⁶.

Siendo partes litigantes, de un lado, en calidad de demandantes, el Sr. M. Costeja González y la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) y, de otro, como demandadas, Google Spain S. L. y Google Inc., el 5 de marzo de 2010, el Sr. Costeja interpuesto, ante la AEPD, una reclamación contra La Vanguardia S. L.

El núcleo de la reclamación versaba sobre el hecho de que, cuando se introducía el nombre del Sr. Costeja en el motor de búsqueda de Google, aparecían, como resultados, unos vínculos a sendas noticias del mentado diario catalán, fechadas de 19 de enero y 9 de marzo de 1998 respectivamente, en las que hacía referencia a un anuncio de subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas a la Seguridad Social, donde figuraba el nombre del Sr. Costeja.

Por una parte, el reclamante solicitaba que el diario La Vanguardia eliminase la publicación con el fin de que no figurasen sus datos personales y, para el caso de que esta pretensión no prosperase, que los datos obrantes fuesen modificados, o incluso protegidos a través de las herramientas de que disponen los motores de búsqueda.

Por otro lado, se requería que Google Spain o Google Inc. eliminasen u ocultasen sus datos personales, para quedar así excluidos, de los resultados de búsqueda, los enlaces a las mencionadas publicaciones, alegando para ello que éstas hacían referencia a un tema que había sido solventado hacía muchos años y que carecía de relevancia actual.

⁵ Cfr. arts. 2, 4, 12 y 14 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995.

⁶ Cfr. arts. 7 y 8 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Resolviendo la reclamación, la AEPD la estimó que ambas compañías, Google Spain y Google Inc., si se encontraban en condiciones de proceder a la eliminación de los datos objeto de litigio de sus motores de búsqueda y, con ello, evitar una potencial vulneración de los derechos del interesado.

Con posterioridad, y contra la mentada resolución, Google Spain y Google Inc. interpusieron sendos recursos ante la Audiencia Nacional, que suspendió el procedimiento y planteó algunas cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Se cuestionó si la actividad descrita y realizada por Google podría tener la consideración de “tratamiento de datos” a la luz de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 2 de la Directiva y, en ese sentido, si *Google Search*, era, entonces, “responsable del tratamiento” de los datos personales incluidos en las páginas que indexaba.

Como colofón, se planteó si, para tutelar los derechos protegidos en los arts. 12.b y 14.a de la Directiva, la AEPD tiene potestad para exigir a los motores de búsqueda la retirada, de sus índices, de ciertas informaciones publicadas en páginas *web* de terceros o si, por el contrario, debe excluirse tal obligación de los motores de búsqueda, en aquellos casos en que la información publicada por un tercero goce de la debida licitud en el momento de publicación. Con el fin de resolver las cuestiones planteadas, el Alto Tribunal se apoyó en el articulado de la citada Directiva, en cuyo artículo 1 fija su objeto, refiriéndose de modo expreso a las libertades y derechos fundamentales de las personas físicas (principalmente, el derecho a la intimidad). Por su parte, en el art. 3.1, fija su ámbito de aplicación, precisando que el contenido de la directiva se aplicará al tratamiento, total o parcial de datos personales, automatizado o no.

El núcleo duro del asunto pasaba, en primer lugar, por determinar si *Google Search*, con su actividad, llevaba a cabo un tratamiento de datos en el sentido de la Directiva. A este respecto, no podemos perder de vista que los sistemas de tratamiento de datos están al servicio del hombre, siendo por ello fundamental proteger sus libertades y derechos fundamentales⁷.

Por tanto, y con el fin de asegurar dicha protección, el tratamiento de datos personales efectuado en el marco de la Comunidad ha de respetar la legislación de uno de sus Estados miembro⁸. Para llevar a cabo un tratamiento adecuado, es necesario que se cumplan una serie de requisitos de calidad y seguridad técnica (así lo dispone el art. 6 de la Directiva 95/46) y, a mayor abundamiento, el tratamiento ha de ser adecuado para que los interesados puedan acceder a los datos, solicitar su rectificación e incluso oponerse a su tratamiento en algunas

⁷ Principalmente, el bienestar, la intimidad y la vida privada, a la luz del art. 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

⁸ En España, la transposición de la Directiva aludida se llevó a cabo, en base a su art. 4, mediante L.O. 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

circunstancias. En el caso que nos ocupa, el Tribunal centró su atención en determinar si las actividades desarrolladas por *Google Search* podían entenderse acotadas en el ámbito de aplicación material de la Directiva, fijado en el art. 2.b de la misma. Teniendo en cuenta las actividades del motor de búsqueda - tales como la puesta a disposición de los internautas de la información, su indexación automática y almacenamiento - deben calificarse, en opinión del Tribunal, como “tratamiento de datos personales”.

Resuelto este primer paso, el órgano judicial remitente cuestionó si, considerando entonces que nos encontramos ante un supuesto de tratamiento de datos personales sujeto a la Directiva y, por tanto, a la legislación transpositiva de la Directiva, en este caso, en España, sería posible exigirle responsabilidad al gestor del motor de búsqueda por el tratamiento de esos datos personales. El Tribunal enjuiciador tuvo clara la respuesta a la cuestión planteada, pues entendió que, dado que es el propio gestor del motor de búsqueda quien define y determina los medios y los fines del tratamiento de datos, es el responsable también de esa actividad, sujeto, por ello, al tenor del art. 2.d de la Directiva⁹.

Interesa al órgano remitente acotar el alcance de las mismas. En este sentido, son aludidos los preceptos 12.b y 14.a de la Directiva. La cuestión que aquí nos atañe pasa por aclarar si, para respetar los derechos fundamentales de los usuarios, el gestor del motor de búsqueda está realmente obligado a eliminar de sus índices aquellas informaciones y datos personales que están publicadas en páginas de terceros de un modo lícito.

La Carta Europea de Derechos acoge una serie de derechos de obligada alusión, dado el tema que nos ocupa. Se trata, en concreto, de los arts. 7 y 8 del reseñado instrumento jurídico, en los cuales se garantiza, respectivamente, el respeto de la vida privada, y el derecho a la protección de los datos personales (de modo leal, para fines concretos y con el consentimiento del interesado¹⁰). Todo ello, teniendo siempre presente que la persona interesada tiene derecho a acceder a los datos recogidos que le conciernan y a obtener su rectificación. En este marco, el responsable tiene el deber de adoptar las medidas necesarias para que los datos que no cumplan con los requisitos del art. 6 de la Directiva sean suprimidos o, en su caso, debidamente rectificadas. La protección del interesado

⁹ El tratamiento de datos personales llevado a cabo en el marco de la actividad de un motor de búsqueda se distingue del efectuado por los editores de sitios de *Internet*, que consiste en hacer figurar esos datos en una página en *Internet*, y se añade a él. En este sentido, el hecho de que los editores de sitios de *Internet* tengan la posibilidad de indicar a los gestores de motores de búsqueda su deseo de excluir una información determinada, no implica que, en los supuestos en que esto no suceda, se exima al gestor del motor de búsqueda de su responsabilidad por el tratamiento de datos personales que lleva a cabo en el marco de la actividad de dicho motor. Así lo señala el 2 de la mencionada Directiva, al disponer que dicha actividad se puede realizar “sólo o conjuntamente con otros”.

¹⁰ Vid. art. 6 Directiva 95/46/CE.

prevalece frente al interés económico del gestor del motor de búsqueda, e incluso frente al interés público.

En el caso concreto analizado, el TJUE analizó si el interesado tenía derecho a que, esa información concreta relativa a su persona, se desvinculase de una lista de resultados. Dado el carácter de la información, su contenido, y el tiempo transcurrido desde su publicación en *La Vanguardia*, el TJUE reconoció el derecho del Sr. Costeja a que dicha información, se desvinculara de los motores de búsqueda y, por tanto, fuese “olvidada”.

5. El impacto de la resolución del TJUE en la jurisprudencia española: la STS 210/2016 de la Sala I de lo Civil del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 2016

A raíz de la resolución del TJUE, a nivel estatal, en España ha asumido especial trascendencia la sentencia 210/2016 de la Sala I de lo Civil del Tribunal Supremo, de 5 de abril de 2016, donde el Alto Tribunal ha abordado la conjugación del derecho al olvido con el tratamiento digital de un indulto.

La relación de hechos del caso a tratar comienza en el año 1999 cuando, en fecha 18 de septiembre, se publicó en el Boletín Oficial del Estado (en adelante, BOE), el Real Decreto 1396/1999, de 27 de agosto, por el que se indultaba al interesado, don Alfonso, por un delito contra la salud pública cometido en el año 1981). Diez años después, el demandante, que se dedicaba profesionalmente a las Telecomunicaciones, contactó con el BOE mediante correo electrónico, por el que solicitaba que se retirasen los datos relativos a su indulto. El BOE contestó negativamente ante la petición formulada, en base a lo dispuesto en la normativa aplicable¹¹. No obstante, el organismo público afirmó haber adoptado las medidas pertinentes para evitar la automatización de los datos del interesado.

En primera instancia, conoció del asunto el Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Barcelona, que, en juicio ordinario núm. 411/2011, sobre tutela del derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de datos

¹¹ La normativa aplicable se recoge a continuación: Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos); Real Decreto-ley 5/2018, de 27 de julio, de medidas urgentes para la adaptación del Derecho español a la normativa de la Unión Europea en materia de protección de datos; Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (vigente en casos que no contradigan el Reglamento General de Protección de Datos); Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999 (vigente también en los casos que no contradigan el Reglamento General de Protección de Datos); y el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos. Todos estos instrumentos se encuentran disponibles en: <https://www.aepd.es/normativa/index.html>.

de carácter personal, desestimó íntegramente las peticiones formuladas en la demanda.

Don Alfonso interpuso recurso de apelación núm. 99/2012, del que conoció la Sección Decimosexta de la Audiencia Provincial de Barcelona. En esta segunda instancia, en la cual se dictó sentencia núm. 364/2014, con fecha de 7 de julio, el órgano judicial estimó parcialmente el recurso presentado. Para la Audiencia Provincial, en efecto, existía una más que acreditada vulneración de los derechos al honor y a la intimidad del recurrente (no así del derecho a la propia imagen). Sin embargo, la cuestión fundamental pasaba por dirimir la responsabilidad de los demandados por el daño causado por la infracción del derecho a la protección de datos. A este respecto, desestimó la reclamación contra Telefónica, por entender que no fue acreditado que el buscador *Lycos* fueses de su titularidad. Así mismo, se desestimó la petición contra Yahoo, pues la empresa ya había adoptado las medidas pertinentes para eliminar la información controvertida.

Distinta suerte corrió la reclamación contra Google Spain, que sí fue estimada. Sin embargo, la Audiencia Provincial, recordando, una vez más, la jurisprudencia impuesta por el TJUE, expuso que, el hecho de que Google Spain trabajase para Google Inc no obstaba para que, gozando de personalidad jurídica propia, y operando de modo importante en la actividad principal del grupo Google (gestionando la publicidad), fueses considerado su motor de búsqueda como responsable del tratamiento de los datos personales del demandante. Acreditada esta circunstancia, y valorando que el demandante no es una persona pública, y que había pasado el tiempo suficiente para entender que la información había perdido interés, sumado al requerimiento (desatendido) de la AEPD para retirar los datos de don Alfonso de las indexaciones de su motor de búsqueda, la Audiencia Provincial de Barcelona estimó la reclamación contra Google Spain.

Don Alfonso y Google Spain interpusieron sendos recursos de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona. En ambos supuestos, el Tribunal Supremo desestimó íntegramente los recursos, asumiendo, íntegramente, la resolución de segunda instancia.

6. Efectos del derecho al olvido en el ámbito del derecho penal

6.1. El indulto

La Ley de 18 de junio de 1870, de Reglas para el ejercicio de la gracia de indulto prevé la posibilidad de conceder un indulto parcial o total al penado. Para ello, incide en la necesidad de obtener conocimiento pleno de los hechos y de todas las circunstancias del supuesto, para así poder realizar una adecuada

ponderación de las posibles consecuencias. Con arreglo a la posibilidad de conceder indultos parciales o totales, el texto legal exige que se especifique la pena o penas a que se concede el indulto. Tres son los elementos esenciales para ponderar en esta materia: los penados a que se hace extensible, la serie de delitos a que puede afectar y las clases de penas que pueden ser indultadas.

Con carácter general, los indultos se publican en diarios oficiales. Según la Ley Orgánica de Protección de Datos (LOPD), tienen la consideración de fuentes de acceso público, entre otros los Diarios y Boletines oficiales. Por tanto, la cuestión que aquí se plantea es la dicotomía entre, por un lado, el derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal y, de otro, el principio de transparencia que tiñe el contenido de esos boletines y diarios oficiales por imperativo legal. En este sentido, no cabría, en principio, ponderación alguna entre derechos para resolver el conflicto en el caso de los indultos. Sobre esta cuestión se ha pronunciado, en profundidad, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 17 de noviembre de 2010. Para solventar esta situación, la Agencia Española de Protección de Datos ha planteado una posibilidad: el empleo del comando “robots.txt”, que permite crear un fichero negativo con contenidos que los motores de búsqueda no podrán rastrear.

6.2. Los antecedentes penales

El artículo 25.2 de la Constitución obedece a la finalidad de permitir a la persona su rehabilitación social y jurídica. En este sentido, la figura de la cancelación de los antecedentes penales obedece a la misma finalidad. Los antecedentes penales se encuentran recogidos en el Registro Central de Penados y Rebeldes. El penado tiene derecho a obtener, del Ministerio de Justicia, de oficio o a instancia de parte, la cancelación de sus antecedentes penales. De ello se extrae la idea de que los antecedentes penales no pueden desplegar sus efectos *sine die*, pues son datos sensibles y reservados.

6.3. La publicidad de las sentencias

Los preceptos 24 y 120 de la Constitución española de 1978 estipulan una doble garantía sobre la publicidad de las sentencias. La Ley Orgánica del Poder Judicial, por su parte, en los arts. 235 bis y 266 establece que las sentencias, una vez extendidas y firmadas, serán depositadas en la Oficina Judicial y se permitirá a cualquier interesado el acceso a su texto. No obstante, dicho acceso solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que contuvieran y podrá quedar restringido cuando pudiera afectar al derecho a la intimidad, a la protección de las víctimas y de personas sujetas a situación especial de tutela. En conclusión, de todo ello podemos deducir que el principio de publicidad de las sentencias no es ilimitado.

7. Conclusiones

Como colofón a estas líneas, es preciso apuntar que la doctrina¹²incide en la importancia de que el derecho al olvido se vea provisto de una mayor dimensión. Así, proponen que se configure una regulación más fuerte, concreta y expresa, que dé cobertura legal adecuada a los derechos que se ven implicados (derecho al honor, a la propia imagen, a la intimidad y otros que pudieren verse implicados). Con ello, se prevé alcanzar una mayor seguridad jurídica, un campo adecuado de trabajo en el que los usuarios puedan compartir información personal de manera segura y con protección legal. Es por tanto fundamental procurar que el hecho de que no queden perdidos en *internet*, para siempre, ciertos errores del pasado o informaciones personales de un sujeto que no sean de interés público.

Bibliografía

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Derecho al olvido. Aranzadi civil- mercantil, *Revista doctrinal*, n.º 10, 2018.

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, España, Editorial Reus, 2017.

CÁMARA PELLÓN, Bosco, Derecho al olvido vs. Derecho a la memoria, *La Toga*, n.º 192, 2016.

DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Ángel, El derecho al olvido, *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, n.º 13, 2012.

HEREDERO CAMPO, María Teresa, Derecho al olvido, *FODERTICS, estudios sobre derecho y nuevas tecnologías*, España, Andavira, 2012.

LÓPEZ GARCÍA, Mabel, Derecho a la información y derecho al olvido, *La Ley Unión Europea*, 17, 2014.

MARTÍNEZ CABALLERO, Juan, Cómo conjugar el derecho al olvido, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 57, 2015.

¹² Entre otros, MARTÍNEZ CABALLERO, Juan, Cómo conjugar el derecho al olvido, *Revista jurídica de Castilla-La Mancha*, n.º 57, 2015, pp. 143-185; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, Derecho al olvido. Aranzadi civil-mercantil, *Revista doctrinal*, n.º 10, 2018, pp. 97-100; LÓPEZ GARCÍA, Mabel, *Derecho a la información y derecho al olvido... op. cit.*, pp. 41-50; BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel, *Derecho de supresión de datos o derecho al olvido*, España: Editorial Reus, 2017.

DIREITO E TECNOLOGIA REPRODUTIVA: ALGUMAS REFLEXÕES SOBRE O FUTURO DA REPRODUÇÃO ASSISTIDA

*Diana Sofia Araújo Coutinho*¹

1. Introdução

No 3.º Encontro de Investigadores em Ciências Jurídicas, que decorreu na Escola de Direito da Universidade do Minho, decidimos refletir sobre o futuro da reprodução humana assistida². A celeridade da evolução científica e tecnológica e a ausência de limites em determinados casos impõem uma reflexão sobre o futuro da reprodução assistida.

¹ Doutoranda em Ciências Jurídicas Privatísticas da Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM). Licenciada em Direito pela EDUM, Mestre em Direito dos Contratos e das Empresas pela EDUM. Assistente Convidada da EDUM. Investigadora Júnior do JusGov – Centro de Investigação para a Justiça e Governação. A autora beneficia de uma Bolsa de Doutoramento atribuída pela FCT – Fundação para a Ciência e a Tecnologia, com a referência /BD/136718/2018.

² O presente artigo é uma síntese dos nossos estudos de investigação publicados no último ano, nomeadamente “O futuro da tecnologia reprodutiva: o útero artificial” in *Direito na lusofonia: Direito e novas tecnologias*, Anabela Gonçalves, Maria Clara Calheiros, Maria Assunção do Vale Pereira e Mário Ferreira Monte (org.), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, pp. 53-61; “Technology and human reproduction: tri-gametic in vitro fertilisation”, *Law and Technology – E. Tec Yearbook*, Maria Miguel Carvalho (coord.), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, pp. 173-199 e “Tecnologia e reprodução humana: a fertilização *in vitro* trigamética (Entre o milagre da reprodução e os perigos da desumanização)”, *Temas de Direito e Bioética – Vol. I Novas questões do Direito da saúde*, Benedita Mac Crorie, Miriam Rocha e Sónia Moreira (coord. científica), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, pp. 63-92.

Pretendemos analisar em que medida a evolução científica e tecnológica poderá contribuir para o aparecimento e utilização de novas técnicas de reprodução assistida. A medicina da reprodução sofreu várias alterações nas últimas décadas, em especial face aos avanços tecnológicos e ao progresso científico, sendo expectável a contínua e progressiva utilização de novas tecnologias no processo de reprodução e gestação. Destacamos as seguintes “técnicas”: a ectogénese (útero artificial), fertilização *in vitro* trigâmética (transferência mitocondrial ou transferência do fuso materno) e a partenogénese. Analisaremos, sucintamente, cada uma das “técnicas”, enunciando as respetivas problemáticas jurídicas (eventual violação de direitos, requisitos de admissibilidade e limites, riscos e perigos inerentes às técnicas, entre outros), no intuito de perceber qual poderá ser o futuro da reprodução humana assistida.

2. O futuro da reprodução humana assistida

2.1. Enquadramento geral

O progresso científico e tecnológico veio permitir que a medicina da reprodução se aproxime “da essência da criação humana, pois cada vez mais é possível concretizar o ‘natural’ desejo de reprodução”³. Nas últimas décadas, o mundo assistiu a várias e “significativas alterações no fenómeno de reprodução humana: tornou-se possível conceber vidas humanas em casos que, até então, se considerava ser absolutamente impossível e sem qualquer esperança”⁴. As técnicas de procriação medicamente assistida (PMA) permitiram que vários casais (inférteis, com doenças genéticas, homossexuais, entre outros) ou solteiro(a) (s) realizassem o sonho/desejo da parentalidade⁵.

A reprodução humana está cada vez mais afastada da reprodução natural ou tradicional. Por um lado, o ato de fecundação (conceção) separou-se do ato sexual, pois a fecundação deixou de estar dependente de um ato sexual entre um homem e uma mulher. Com as técnicas de PMA tornou-se possível conceber vidas humanas em ambiente laboratorial, não obstante a gestação (v.g. gravidez) continuar a ocorrer no corpo materno. Nas últimas décadas assistimos ao aumento exponencial do número de crianças nascidas com recurso à PMA. Por

³ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução humana... op. cit.*, p. 65.

⁴ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução humana... op. cit.*, p. 65.

⁵ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução humana... op. cit.*, p. 65.

outro lado, as técnicas de PMA⁶ permitem “a reprodução com recurso a material genético doado (procriação heteróloga); o diagnóstico de alterações genéticas e cromossómicas em embriões, antes da sua implantação, para evitar o nascimento de crianças com doenças hereditárias (diagnóstico genético de pré-implantação); servem de auxílio à gestação de substituição, entre outras funcionalidades e possibilidades”⁷.

A reprodução assistida não passou – nem pode passar – despercebida à lei e o Direito foi chamado a intervir na regulamentação de vários aspetos, quer por sua iniciativa “(atuando previamente) ou porque é chamado a tomar uma posição”⁸. Conforme referimos, “o Direito não é - nem pode ser- indiferente às questões de reprodução humana, sobretudo atendendo às sensíveis questões (por vezes, éticas e morais) ou perigos que podem resultar de uma utilização indiscriminada e infundada (sem motivo patológico ou causa médica considerada justificativa)”⁹. Assim, atendendo à progressiva evolução da medicina da reprodução, em especial ao aparecimento de novas técnicas, tornar-se-á necessário “novas regras e, porventura, atualizar as existentes respeitando os princípios fundamentais dos Estados e não ignorando a evolução da própria sociedade (e dos seus valores)”¹⁰. Não estamos perante uma temática que de fácil consenso¹¹ quer do ponto de vista jurídica quer do ponto de vista ético e moral. Esta falta de consenso e diversidade de opiniões reflete-se na regulamentação da reprodução assistida, “pois apesar de existirem valores que são comuns aos Estados para garantia da dignidade humana, assistimos a uma diversidade legislativa nesta temática”¹². Por conseguinte, face a tal dissenso temos Estados que permitem o recurso a qualquer tipo de técnica de PMA até àqueles que proíbem expressamente algumas técnicas e os que não tem qualquer regulamentação.

⁶ No artigo 2.º da lei da PMA (lei n.º 32/2006, de 26 de julho, com as alterações introduzidas pelas leis n.ºs n.º 59/2007, de 04/09; n.º 17/2016, de 20/06, n.º 25/2016, de 22/08, Lei n.º 58/2017, de 25/07 e n.º 49/2018, de 14/08) estão elencadas as técnicas de PMA admitidas em Portugal: a inseminação artificial, a fertilização *in vitro*, a injeção intracitoplasmática de espermatozoides, a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos e o diagnóstico genético pré-implantação.

⁷ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução humana... op. cit.*, p. 65.

⁸ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução humana... op. cit.*, p. 65.

⁹ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução humana... op. cit.*, p. 65.

¹⁰ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução humana... op. cit.*, p. 65.

¹¹ Muitas das problemáticas tradicionais da reprodução assistida continuam atuais e a gerar controvérsia, por exemplo, a utilização do diagnóstico genético de pré-implantação para fins contrários ao Direito ou por motivos não patológicos, a utilização das técnicas para o melhoramento humano, o risco de eugenismo, os perigos de instrumentalização/comercialização da vida humana e o turismo reprodutivo.

¹² COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução humana... op. cit.*, p. 65.

De acordo com Vera Raposo “a tecnologia permitiu à geração atual controlar o futuro genético das gerações futuras, decidindo que indivíduos nascerão amanhã”¹³. Mas que indivíduos serão estes? “Quais os problemas que o Direito enfrentará com a utilização massiva e cada vez mais específica da tecnologia reprodutiva? Será o caminho para o fim da reprodução natural?”¹⁴ Ora, é certo que existe o direito à reprodução decorrente do direito a constituir família plasmado no art. 36.º da Constituição da República Portuguesa, todavia este direito tem limites¹⁵. Assim, conhecendo o interesse cada vez maior da sociedade pelas técnicas de PMA e sabendo que a ciência e a tecnologia evoluem a uma velocidade acelerada, parece-nos pertinente perceber qual será o futuro da reprodução humana¹⁶. Neste âmbito analisamos *infra* possíveis “novas” técnicas de reprodução assistida, a saber, a partenogénese, o útero artificial ou ectogénese e a fertilização *in vitro* trigâmética.

2.2. As técnicas

2.2.1. A partenogénese

A partenogénese é uma técnica de reprodução assexuada¹⁷, pois pressupõe a utilização de apenas um gâmeta, o que a aproxima da clonagem¹⁸ (também uma técnica de reprodução assexuada). Nesta técnica “é utilizada apenas o gâmeta feminino, exclui-se a contribuição masculina para a criação de um embrião. Assim, a partenogénese permite o desenvolvimento de um óvulo ao

¹³ RAPOSO, Vera, *O Direito à Imortalidade: O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 997.

¹⁴ RAPOSO, Vera, *O Direito à Imortalidade... op. cit.*, p. 997.

¹⁵ COUTINHO, Diana, “A constituição de “novas” famílias com recurso à gestação de substituição face ao direito de constituir família”, in *Paradigmas do Direito Constitucional atual*, PORTELA, Irene M. (dir.), MIRANDA GONÇALVES, Rúben; VEIGA, Fábio da Silva (coords.), Barcelos, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave disponível em https://www.academia.edu/36047419/DIREITOS_HUMANOS_E_SEUS_SISTEMAS_DE_PROTE%C3%87%C3%83O, [30.05.2019], pp. 167-178.

¹⁶ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução humana... op. cit.*, p. 66.

¹⁷ Por oposição à procriação sexuada, isto é, à procriação que pressupõe a utilização de dois gametas (um feminino e um masculino).

¹⁸ A clonagem reprodutiva de seres humanos não é uma “nova” técnica de reprodução, pois há várias décadas que é tema de discussão e controversa. Trata-se de uma técnica de reprodução assexuada que é proibida em quase todos os países. No nosso ordenamento jurídico, a clonagem reprodutiva é proibida nos termos dos artigos 7.º, 9.º e 36.º da lei da PMA. A Constituição no art. 26.º, n.º 3 estabelece que “a criação, desenvolvimento e utilização de novas tecnologias e a experimentação científica” deve respeitar a dignidade da pessoa humana (art. 1.º da CRP) e a identidade genética. COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução humana... op. cit.*, p. 66.

estado de embrião sem a necessidade de fecundação de um gâmeto masculino¹⁹. A reprodução por partenogênese ocorre naturalmente na reprodução de alguns seres vivos, por exemplo, abelhas (e outros invertebrados), dos lagartos ou dos peixes. O recurso à partenogênese em seres humanos “implicará a utilização de um mecanismo que permita o desenvolvimento de um embrião só com recurso a gâmetos femininos, nomeadamente, ‘mecanismos físicos, químicos ou térmicos, em termos semelhantes à clonagem’²⁰. Ainda não é possível a reprodução humana assistida com recurso a esta técnica, porém temos sérias dúvidas e reticências sobre a sua utilização, caso se venha a tornar possível. Entre as nossas inquietações encontram-se razões atinentes à finalidade ou propósito das técnicas, os beneficiários, a preocupação pelos direitos das partes envolvidas (em especial, da criança), entre outros²¹.

2.2.2. O útero artificial ou a ectogênese

Se as técnicas de PMA permitiram separar o processo de concepção do ato sexual, o útero artificial permitirá separar (todo) o processo de reprodução do corpo humano, pois além da concepção ocorrer em ambiente laboratorial também a gestação (v.g. gravidez) passará a ocorrer fora do corpo feminino. Assim, estamos perante uma técnica que permitirá que o processo de reprodução humana (concepção, crescimento de um embrião/feto e inclusive o “nascimento”) ocorra fora do corpo de uma mulher²².

A investigação científica tem desenhado a possibilidade de existirem “dois tipos ou categorias de útero artificial²³: *ab initio*²⁴ ou complementar²⁵. O primeiro refere-se à gestação desde a concepção até ao nascimento em ambiente artificial, ou seja, o embrião é criado através de fertilização *in vitro* e transferido

¹⁹ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução humana... op. cit.*, p. 66.

²⁰ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução humana... op. cit.*, p. 66 e RAPOSO, Vera, *O Direito à Imortalidade... op. cit.*, p. 401.

²¹ Algumas das nossas inquietações sobre a partenogênese: qual será o seu propósito? A utilização por casais de mulheres? Será uma técnica dissociada dos problemas de infertilidade, utilizada unicamente para satisfazer o desejo de mulheres reproduzirem sem a contribuição masculina? Quais os efeitos desta técnica na criança? Será a criança uma espécie de clone? E o superior interesse da criança onde fica? Idem, *ibidem*.

²² COUTINHO, Diana, *O futuro da tecnologia reprodutiva... op. cit.*, p. 55.

²³ SCHULTZ, Jéssica, “Development of ectogenesis: how will artificial wombs affect the legal status of a fetus or embryo”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 84, 2010, pp. 877-906, disponível em <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol84/iss3/14/> [12.01.2018].

²⁴ A chamada ectogênese autêntica (ATLAN, Henri, *O útero artificial*, Ana M. André (trad.), [S.I.] Instituto Piaget, Lisboa, 2007, p. 26) ou o útero artificial *ex-vivo* (SCHULTZ, Jéssica, “Development of ectogenesis...”, *op. cit.*, p. 883).

²⁵ O útero artificial tardio. ATLAN, Henri, *O útero artificial... op. cit.*, p. 32.

para o útero artificial. O segundo refere-se à ectogénese enquanto tratamento médico para apoiar a gestação, ou seja, o útero artificial aparece como elemento complementar da gestação natural. Neste segundo tipo, a gestação, iniciada naturalmente ou com ajuda das técnicas de PMA, ocorre no útero materno, mas por algum motivo (problemas de saúde da mãe, do feto, entre outros) o feto é transferido para o útero artificial²⁶.

São várias as razões apresentadas pelos cientistas para a criação e utilização do útero artificial. Por um lado, um dos principais objetivos desta técnica é permitir salvar bebés prematuros (sem sequelas, danos ou enfermidades) em situações de risco para a sua sobrevivência ou da gestante, sendo o feto transferido do útero materno para o útero artificial²⁷. Por outro lado, “o útero artificial poderá proporcionar uma gestação mais saudável e segura para o feto, livre de maus-hábitos e problemas da gestante (álcool, drogas, má-alimentação, exercício físico, rotinas, doenças, entre outros)”²⁸.

As vozes contra a criação e utilização desta técnica defendem que o desenvolvimento do feto no útero artificial, uma máquina, “poderá torná-lo mais propício a interferências do mundo exterior (a ideia de que a “máquina” não protege o feto da mesma forma que o útero materno) e desconhece-se as consequências para a saúde e desenvolvimento do feto”²⁹.

Caso seja possível a criação de um útero artificial, em particular *ab initio*, assistiremos a “profundas alterações ao papel e representação da mulher”³⁰. A contribuição para o processo reprodução será exatamente igual entre homem e mulher: ambos apenas fornecerão o material genético³¹, portanto a característica biológica exclusiva das mulheres- gerar e dar à luz uma criança-, deixará de fazer sentido³². Tal facto abrirá caminho para os casais homossexuais ou transexuais possam exercerem o desejo da parentalidade biológica, constituirá uma alternativa à gestação de substituição³³ e uma nova esperança para combater problemas de infertilidade dos beneficiários. Ademais, a idade da maternidade aumentará e “poderá constituir uma alternativa à gestação natural, sobretudo para as mulhe-

²⁶ COUTINHO, Diana, *O futuro da tecnologia... op. cit.*, pp. 55-56.

²⁷ COUTINHO, Diana, *O futuro da tecnologia... op. cit.*, p. 57.

²⁸ COUTINHO, Diana, *O futuro da tecnologia... op. cit.*, p. 57.

²⁹ COUTINHO, Diana, *O futuro da tecnologia... op. cit.*, p. 57.

³⁰ COUTINHO, Diana, *O futuro da tecnologia... op. cit.*, p. 57.

³¹ Com as devidas consequências ao nível do estabelecimento da filiação, em particular no estabelecimento da maternidade.

³² COUTINHO, Diana, *O futuro da tecnologia... op. cit.*, p. 57.

³³ Mas pode fomentar o “negócio” da gestação de substituição, pois a “mãe” passa a ser uma relíquia. ATLAN, Henri, *O útero artificial... op. cit.*, p. 38.

res que por motivos profissionais ou estéticos não querem passar pelo processo de gestação e parto^{34,35}.

São várias as inquietações concernentes à ectogénese, algumas são comuns às técnicas de PMA “tradicionais” (por exemplo, o risco de comercialização, instrumentalização do ser humano, eugenismo³⁶, turismo reprodutivo) e outras específicas desta técnica (violação de princípios fundamentais e de conceitos como família, embrião, maternidade, mãe, etc; os riscos na ligação entre a gestante-feto)³⁷. Temos dúvidas quanto à legitimidade, critérios de utilização, beneficiários do útero artificial, à seleção dos embriões, à responsabilidade civil, entre tantas outras. Quais serão os critérios de acesso? Quem poderá recorrer ao útero artificial? Será legítimo e digno recorrer a um útero artificial? Conseguir-se-á garantir o superior interesse da criança? Quais os critérios para a escolha dos embriões? “Quem escolherá o embrião a ser implantado? Qual a natureza dos contratos relativos a este tipo de gestação? Estes contratos podem ser executáveis? Quem suportaria a responsabilidade por percalços que possam ocorrer? Quem será responsável por lesões do feto?”³⁸⁻³⁹.

Nos Estados Unidos da América (EUA) o debate sobre a criação de um útero artificial reabriu a discussão sobre os direitos reprodutivos das mulheres, o aborto e o direito à vida⁴⁰. O útero artificial ao permite a gestação fora do corpo humano (e a viabilidade do feto) reabre o debate sobre os direitos reprodutivos, o aborto e o direito à vida. Por um lado, temos os defensores do útero artificial como alternativa ao aborto e por outro lado, os que rejeitam a ectogénese como

³⁴ Suscitando o debate sobre o direito a constituir família e a procriar (art. 36.º da CRP), o direito à parentalidade consciente (art. 67, n.º1, alínea c) da CRP) e o direito à proteção da família (art. 67.º da CRP).

³⁵ Constituindo uma opção bastante atrativa do ponto de vista das entidades empregadora. COUTINHO, Diana, *O futuro da tecnologia... op. cit.*, pp. 55-56.

³⁶ A seleção de embriões por motivos não patológicos e o risco de uma utilização desnecessária ou para fins indevidos, por exemplo, a criação de uma indústria de crianças, fazer nascer crianças sem pais, o risco de comércio de crianças e de órgãos para transplante ou para fornecer material para pesquisa médica

³⁷ COUTINHO, Diana, *O futuro da tecnologia... op. cit.*, p. 58.

³⁸ Schultz levanta algumas questões interessantes sobre a matéria de responsabilidade. Por exemplo, quem se responsabiliza se houver uma falha de energia? E se as crianças que nascerem desenvolverem sérios problemas de saúde física ou psicológica? Quem seria responsável? As clínicas? Os progenitores? Os fabricantes dos úteros? Os potenciais pais podem assumir o risco e dar consentimento informado para usar seu material genético para criar um feto que possa ter deformidades desconhecidas? A autora apresenta eventuais formas de resolver estas questões (responsabilidade civil, ações *wrongful life*, questões de consentimento, direito à renúncia). SCHULTZ, Jéssica, *Development of ectogenesis... op. cit.*, pp. 894-905.

³⁹ COUTINHO, Diana, *O futuro da tecnologia... op. cit.*, p. 59.

⁴⁰ COUTINHO, Diana, *O futuro da tecnologia... op. cit.*, p. 60.

alternativa. Para os primeiros a reprodução com recurso a um útero artificial significa que a viabilidade da vida humana se inicia com a conceção, pois o embrião/feto poderá sobreviver fora do corpo humano.

Por conseguinte, “deixa de fazer sentido falar da primazia dos direitos do corpo da mulher sobre os direitos de um feto (o feto pode ser colocado no útero artificial em vez de morrer) (...) o embrião/feto passa a ter direitos, reabrindo o debate sobre o estatuto jurídico do embrião e do feto. Terá o embrião no útero artificial o mesmo estatuto que no útero materno? Quais serão os seus direitos? Quem pagaria os úteros que acolheriam os fetos “abortados”? O Estado? Qual o destino desses fetos? A adoção?”⁴¹.

Para os segundos, o útero artificial não poderá constituir uma alternativa ao aborto⁴², porquanto a “mulher tem o direito de abortar sem ter qualquer responsabilidade pela criança que venha a nascer. O aborto não é apenas evitar o parto de um feto (...), e sim o direito de não ter um filho genético, o direito de não se reproduzir. Se o “problema” fosse apenas o processo de gravidez e do parto, certamente, mais mulheres podiam dar os seus filhos para a adoção em vez de abortar. (...) Ora, será que o Estado (ou outra entidade) poderá exigir que as mulheres tenham os filhos ou que sejam removidos como uma alternativa ao aborto? Parece-nos que tal facto acarretará sérios efeitos negativos e abrirá a porta para uma crise dos direitos reprodutivos e da justiça social⁴³. A mulher terá que ser submetida a um procedimento, provavelmente mais intrusivo (mais próximo de uma cesarina do que a mera remoção do feto), de modo a que o feto seja removido (sem lesões) e colocado no útero artificial⁴⁴. Esta intervenção suscitará discussão sobre a de capacidade de decisão e disposição da mulher sobre o seu próprio corpo⁴⁵. Exigir que a mulher se submeta a uma intervenção em vez de um aborto poderá consubstanciar encargo indevido para as mulheres e criar uma prática coerciva ou discriminatória (afetará apenas as mulheres), aumentando a perspetiva de novas formas de vigilâncias, controlo e imposição”⁴⁶.

⁴¹ COUTINHO, Diana, *O futuro da tecnologia... op. cit.*, p. 60.

⁴² Será que se pode falar de aborto numa gestação por útero artificial? Os “beneficiários” podem desistir? Podem simplesmente solicitar que a máquina seja desligada?

⁴³ “E se os Estados tivessem o poder de remover crianças de pais impróprios antes do nascimento? Poderia ser utilizado como uma forma de institucionalização” (tradução nossa) - cfr. ROBERTSON, Eleanor, “Feminists, get ready: pregnancy and abortion are about to be disrupted”, *The Guardian*, outubro de 2015, disponível em <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/oct/12/feminists-get-ready-pregnancy-and-abortion-are-about-to-be-disrupted> [07.02.2018].

⁴⁴ SCHULTZ, Jéssica, *Development of Ectogenesis... op. cit.*, p. 886

⁴⁵ Desrespeita o direito à integridade física e moral (art. 25.º da CRP) e os seus direitos pessoais (art.26.º da CRP).

⁴⁶ COUTINHO, Diana, *O futuro da tecnologia... op. cit.*, pp. 60-61.

2.2.3. Fertilização *in vitro* trigâmica

Estamos perante uma técnica de reprodução assistida que não se encontra num futuro longínquo, pois já ocorreram nascimentos com recurso à utilização⁴⁷. Vulgarmente conhecida como a técnica do “bebé de três pais”, fertilização *in vitro* trigâmica (também designada de transferência mitocondrial ou de transferência do fuso materno), em geral, consiste na “fecundação em laboratório - tal como a fertilização *in vitro*-, mas com a particularidade de utilização de material genético de três sujeitos: duas mulheres e um homem (...) são utilizados gâmetas femininos (ovócitos) de duas mulheres e um gâmeta masculino (espermatozoide), perfazendo a junção de três ADN’S⁴⁸ distintos (criança nasce com três códigos genéticos)⁴⁹⁵⁰.

No Reino Unido, desde 2015⁵¹, é admitido o recurso a esta técnica⁵² e existem dois procedimentos: “um realizado antes da fertilização *in vitro* (incide sobre o óvulo) e o outro depois da fertilização *in vitro* (incide sobre o embrião). No primeiro caso é designado por Maternal Spindle Transfer (MST)⁵³ e no segundo caso por Pronuclear Transfer (PNT)⁵⁴. Em ambos, os óvulos e os embriões são criados utilizando material genético nuclear dos beneficiários e as mitocôndrias saudáveis contidas no óvulo doado por um terceiro elemento. Em ambos,

⁴⁷ Em 2016 ocorreu, no México, o nascimento do primeiro bebé (um menino). A utilização da FIV-TG teve como objetivo evitar a transmissão de uma doença genética.

⁴⁸ O ADN (ácido desoxirribonucleico) é uma molécula constituída “por quatro tipos de unidades químicas banais – os nucleótidos (abreviadamente representados pelas letras A,T,C e G). Quatro letras triviais que se encadeiam e se sucedem, por uma ordem específica que é o segredo de cada vida, num número total de cerca de três milhões”, ou seja, o genoma que existe em cada célula humana. É o ADN que contém as características hereditárias da anatomia e fisiologia humana. ARCHER, Luís, “O genoma humano”, *Novos desafios à Bioética*, Luis Archer, Jorge Biscais, Walter Osswald, Michel Renaud (coord.), Porto, Porto Editora, 2001, p. 137 e BARBAS, Stela, *O Direito ao genoma humano, genoma humano*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 439-479.

⁴⁹ Com ADN nuclear dos futuros pais e ADN mitocondrial da dadora. RAPOSO, Vera, *O Direito à Imortalidade... op. cit.*, p. 394.

⁵⁰ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução... op. cit.*, pp. 68-69.

⁵¹ Aprovada pela The Human Fertilisation and Embryology (Mitochondrial Donation) Regulations 2015, n.º 572: lei de Fertilização Humana e Embriologia (Doação Mitocondrial), 2015, n.º 572, disponível em <https://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2015/978011125816/contents>.

⁵² Usando a expressão doação mitocondrial. No Reino Unido só as mulheres com doença mitocondrial podem recorrer. Além disso, o Reino Unido restringe o acesso a casais heterossexuais, pois na FIVTG não é admitida a doação de espermatozoides. Por conseguinte, está vedado o acesso às mulheres solteiras e casais de mulheres que sofram de doença mitocondrial.

⁵³ Transferência do fuso materno.

⁵⁴ São os dois tipos de tratamento de doação mitocondrial, ou seja, as duas formas de utilização desta técnica.

os óvulos e os embriões não podem ser usados para qualquer outro fim que não o pretendido para a técnica”⁵⁵ que é evitar a transmissão de doença mitocondriais⁵⁶. A técnica permite que o ADN mitocondrial defeituoso do óvulo da beneficiária (futura gestante, mãe legal e genética) seja substituído por um ADN saudável de uma dadora com o objetivo de evitar que as mutuações prejudiciais sejam herdadas.

Apesar de esta técnica aparecer associada a doenças mitocondriais, conforme referido *supra*, recentemente foi notícia a utilização da técnica não para evitar a transmissão de uma doença mitocondrial, mas para combater problemas de infertilidade. Trata-se de um estudo pioneiro para combater a infertilidade em casos de “má qualidade ovárica, síndrome do ovário poliquístico ou endometriose”⁵⁷ e processa-se em moldes semelhantes ao anteriormente explicado.

Os principais problemas desta técnica reconduzem-se à sua utilização para manipulação ou alterações genéticas, criação de bebés projetados com base em motivos não patológicos ou genéticos (por exemplo, escolha de sexo, raça, cor de olhos, etc), o inerente risco de eugenismo, o receio de instrumentalização do ser humano e da violação de direitos fundamentais como a dignidade humana e os direitos da criança.

A manipulação genética é invocada no sentido de perceber se a técnica provoca alguma alteração genética e se a criança que venha a nascer tem efetivamente três progenitores. De acordo com as explicações científicas, o ADN nuclear pertence aos beneficiários das técnicas (os futuros pais da criança), “contudo o ADN mitocondrial pertence à dadora do óvulo: há de facto elementos genéticos (ADN) de três sujeitos distintos. Para os investigadores a resposta à nossa inquietação está na proporção de ADN, isto é, na contribuição genética de cada sujeito (...) cerca de 99,9% do ADN do ser humano está nos cromossomas

⁵⁵ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução... op. cit.*, pp. 73-75.

⁵⁶ HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY, *Mitochondrial donation treatment*, disponível em <https://www.hfea.gov.uk/treatments/embryo-testing-and-treatments-for-disease/mitochondrial-donation-treatment/>. Ambos os sexos podem herdar a doença, mas são apenas as mulheres que estão em risco de transmitir a doença aos seus filhos. Assim, o ADN mitocondrial é herdado do elemento feminino, enquanto o ADN nuclear é resultado da combinação de gametas feminino e masculino. Crf. SALMAN, Sarah, *Ethical and legal thought on mitochondrial donation*, disponível em <https://www.cilecenter.org/en/articles-essays/ethical-and-legal-thought-on-mitochondrial-donation/> [14.04.2018].

⁵⁷ COSTA-BORGES, Nuno, “Três DNA’S e uma nova resposta para a infertilidade”, +*Fertilidade Magazine*, n.º 2, Março de 2019, pp. 13-15, disponível em https://clientes.creative-minds.pt/news/apfertilidade/revista_v2/?fbclid=IwAR2zQro9JqpXHF_iGyPxPamJPW7BjSpDL_8AONCEo5Tsj-TKYFa_epV6vk5Y [30.05.2019].

do AND nuclear (quase 23.000 genes)⁵⁸. Pelo contrário, o ADN mitocondrial representa somente 0,1% do ADN do ser humano⁵⁹. Assim, a contribuição genética dos pais da criança será esmagadoramente maior do que da dadora de mitocôndrias e do óvulo recetor: cerca de 99% contra 0,1% ou 0,2%. É o ADN nuclear que define as características físicas (cor de cabelo, de olhos, etc) (...) o ADN mitocondrial não contribui para essa definição⁶⁰. As mitocôndrias apenas permitem fornecer a energia necessária para que as células funcionem normalmente. Portanto, a ciência parece transmitir a mensagem que a criança nascida por esta técnica não é filha de três pais face à contribuição mínima do ADN da dadora. Tal contribuição não é suficiente para que a criança venha a ter características da dadora e tão-pouco para que esta possa assumir quaisquer direitos e obrigações^{61,62}. Em sentido contrário, apoiando-se na própria ciência, invoca-se a instrumentalização da dadora, pois aquela “não contribui apenas com o ADN mitocondrial, também fornece o ambiente inicial propício para o desenvolvimento do embrião (o óvulo que será fertilizado é o da dadora apesar de desprovido do seu ADN nuclear)⁶³. A dadora não pode ser encarada como um objeto nem instrumentalizada: sem ela a técnica não se concretiza. É a contribuição da dadora que permitirá que a criança nasça sem o ADN mitocondrial defeituoso da mãe⁶⁴. Tal como no útero artificial também na transferência mitocondrial surgem inquietações quanto aos critérios de acesso, legitimidade, beneficiários, proteção de princípios como a dignidade humana e os direitos da criança, entre outros.

3. Conclusões

A ciência e a tecnologia transformaram a reprodução humana: da exclusiva reprodução por ato sexual passou-se a recorrer, cada vez mais, às técnicas de PMA para ajudar ou facilitar o processo de reprodução. Para o Direito, mais

⁵⁸ HAIMES, Erica; TAYLOR, Ken, “Rendered invisible? The absent presence of egg providers in U.K. debates on the acceptability of research and therapy for mitochondrial disease”, in *Monash Bioeth Review*, n.º 33, 2015, disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4801981/> [14.04.2018], pp. 364–365, p. 373.

⁵⁹ HAIMES, Erica; TAYLOR, Ken, *Rendered invisible... op. cit.*, p. 373.

⁶⁰ HAIMES, Erica; TAYLOR, Ken, *Rendered invisible... op. cit.*, p. 373.

⁶¹ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução... op. cit.*, pp. 79-80.

⁶² No Reino Unido a dadora não é considerada a progenitora, não tendo quaisquer direitos e obrigações inerentes à maternidade. Para o direito inglês a mãe legal da criança é a mãe gestacional (que dá à luz a criança), no caso a beneficiária da técnica. Human Fertilisation and Embryology Act (HFEA) 2008, 33.

⁶³ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução... op. cit.*, pp. 79-80.

⁶⁴ COUTINHO, Diana, *Tecnologia e reprodução... op. cit.*, p. 80.

do que saber se será científica e tecnologicamente possível novas técnicas de reprodução assistida, interessa saber se será legítimo recorrer a essas técnicas e se as mesmas violam princípios e direitos fundamentais. O Direito surge com um papel fundamental para tentar “equilibrar” a procurar desenfreada da ciência e da tecnologia pelo conhecimento e a garantia pelo respeito de valores fundamentais. A história da Humanidade tem provado que a ciência não se pode legitimar a si própria, porquanto existe o risco das inovações científicas que visam melhorar a condição humana possam, inadvertidamente, ter o efeito oposto.

Bibliografia

ARCHER, Luís, “O genoma humano”, *Novos desafios à Bioética*, Luis Archer, Jorge Biscuais, Walter Osswald, Michel Renaud (coord.), Porto, Porto Editora, 2001.

ATLAN, Henri, *O útero artificial*, Ana M. André (trad.), Lisboa, Instituto Piaget, 2007.

BARBAS, Stela, *O Direito ao genoma humano, genoma humano*, Dissertação de Doutoramento, Coimbra, Almedina, 2007.

COSTA-BORGES, Nuno, “Três DNA’S e uma nova resposta para a infertilidade”, *+Fertilidade Magazine*, n.º 2, março de 2019, disponível em [https://clientes.creative-minds.pt/news/apfertilidade/revista_v2/?fbclid=IwAR2zQro9JqpXHF_iGyPxPamJPW7B\]spDL_8AONCEo5TsjTKYFa_epV6vk5Y](https://clientes.creative-minds.pt/news/apfertilidade/revista_v2/?fbclid=IwAR2zQro9JqpXHF_iGyPxPamJPW7B]spDL_8AONCEo5TsjTKYFa_epV6vk5Y), [30.05.2019].

COUTINHO, Diana, “A constituição de ‘novas’ famílias com recurso à gestação de substituição face ao direito de constituir família”, in *Paradigmas do Direito Constitucional atual*, Irene M. Portela (dir.), Rubén Miranda Gonçalves; Fábio da Silva Veiga (coords.), Barcelos, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, disponível em https://www.academia.edu/36047419/DIREITOS_HUMANOS_E_SEUS_SISTEMAS_DE_PROTE%C3%87%C3%83O, [30.05.2019].

COUTINHO, Diana, “O futuro da tecnologia reprodutiva: o útero artificial”, in *Direito na lusofonia: Direito e novas tecnologias*, Anabela Gonçalves, Maria Clara Calheiros, Maria Assunção do Vale Pereira e Mário Ferreira Monte (org.), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018.

COUTINHO, Diana, “Technology and human reproduction: tri-gametic in vitro fertilisation”, *Law and Technology – E. Tec Yearbook*, Maria Miguel Carvalho (coordenadora), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018.

COUTINHO, Diana, “Tecnologia e reprodução humana: a fertilização *in vitro* trigamética (Entre o milagre da reprodução e os perigos da desumanização)”, *Temas de Direito e Bioética – Vol. I Novas questões do Direito da saúde*, Benedita Mac Crorie, Miriam Rocha e Sónia Moreira (coord. científica), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018.

HAIMES, Erica; TAYLOR, Ken, “Rendered invisible? The absent presence of egg providers in U.K. debates on the acceptability of research and therapy for mitochondrial disease”, *Monash Bioeth Review*, n.º 33, 2015, disponível em <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC4801981/>, [14.04.2018].

RAPOSO, Vera, *O Direito à imortalidade: o exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, Coimbra, Almedina, 2014.

ROBERTSON, Eleanor, “Feminists, get ready: pregnancy and abortion are about to be disrupted”, *The Guardian*, outubro de 2015, disponível em <https://www.theguardian.com/commentisfree/2015/oct/12/feminists-get-ready-pregnancy-and-abortion-are-about-to-be-disrupted> [07.02.2018].

SALMAN, Sarah, *Ethical and legal thought on mitochondrial donation*, disponível em <https://www.cilecenter.org/en/articles-essays/ethical-and-legal-thought-on-mitochondrial-donation/>, [14.04.2018].

SCHULTZ, Jéssica, “Development of ectogenesis: how will artificial wombs affect the legal status of a fetus or embryo”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 84, 2010, disponível em <https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol84/iss3/14/> [12.01.2018].

LITERACIA EM SAÚDE E CONSENTIMENTO INFORMADO: RESPONSABILIDADE CIVIL MÉDICA NA FALTA DE COMPREENSÃO DA INFORMAÇÃO DE SAÚDE

Man Teng Iong¹

1. Introdução

A literacia em saúde, entendida pela Organização Mundial de Saúde como “*habilidades cognitivas e sociais que determinam a motivação e capacidade dos indivíduos para obter acesso, compreender e usar informações de forma a promover e manter uma boa saúde*”², tem sido uma figura relevante nos últimos anos quer em Portugal quer noutros países, desempenhando um papel importante em várias áreas científicas, nomeadamente na Medicina.

¹ *Senior Instructor* da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Doutorando em Ciência Jurídica Privatística pela Universidade do Minho e Investigador Júnior do JusGov. Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade de Macau. Licenciado em Direito pela Universidade Nova de Lisboa. Correspondência: mantengiong@um.edu.mo

² WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Health Promotion Glossary*, Switzerland, Division of Health Promotion, Education and Communications (HPR) Health Education and Health Promotion Unit (HEP), 1998, p. 10, disponível em <https://www.who.int/healthpromotion/about/HPR%20Glossary%201998.pdf?ua=1>, [15.05.2019].

Em Portugal, a intenção de integrar a promoção da literacia em saúde no Plano Nacional de Saúde até 2020³ e no Programa Nacional de Educação para a Saúde, Literacia e Autocuidados⁴ demonstra que o Governo português está a prestar mais atenção ao nível de capacidade da sua população neste âmbito. A importância da literacia em saúde justifica-se porque esta condiciona a forma como uma pessoa é capaz de tomar decisões de forma acertada sobre a sua saúde, afetando a qualidade de vida⁵.

A promoção da literacia em saúde não é uma preocupação apenas do governo português sendo comum aos países europeus, nomeadamente na Áustria, Alemanha, Bulgária, Espanha, Grécia, Irlanda, Holanda e Polónia, que participaram no ano de 2011 do Inquérito Europeu à Literacia em Saúde⁶.

No entanto, para parte da doutrina, a população portuguesa ainda demonstra ter um conhecimento limitado no que toca a literacia em saúde, corroborando para essa compreensão o fato de que 75% da população se encontra nesta situação⁷. Essa limitação é o reflexo de vários aspetos negativos, um dos quais é, na nossa opinião, a influência na compreensão da informação de saúde transmitida ao paciente, que se trata de um dos componentes necessários do consentimento informado.

Neste contexto, entendemos que o nível da literacia em saúde do paciente influencia em certo grau o consentimento informado. Portanto, é importante que os profissionais de saúde analisem o nível da literacia dos seus pacientes para determinar a linguagem utilizada na comunicação com estes com vista a facilitar a sua compreensão. Isto é importante porque a falta de compreensão ou a compreensão incompleta do paciente sobre a informação de saúde implica a falta do consentimento informado, o que dá origem à eventual responsabilidade civil médica.

³ Ministério de Saúde de Portugal, *Plano Nacional de Saúde: Revisão e Extensão a 2020*, maio de 2015, p. 14, disponível em: <https://www.dgs.pt/em-destaque/plano-nacional-de-saude-revisao-e-extensao-a-2020-aprovada-pdf.aspx> [15.05.2019].

⁴ Gabinete do Secretário de Estado Adjunto e da Saúde de Portugal, Despacho n.º 3618-A/2016, *Diário da República*, Série II, n.º 49/2016, Lisboa, 2016, p. 8660-(5) a 8660-(6).

⁵ ESPANHA, Rita; ÁVILA Patrícia; MENDES Rita Veloso, *Literacia em saúde em Portugal: relatório síntese*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, p. 5, disponível em https://content.gulbenkian.pt/wp-content/uploads/2017/08/29203225/PGISVersCurtaFCB_FINAL2016.pdf [15.05.2019].

⁶ *Idem*.

⁷ PAIVA Dagmara, *et al.*, Prevalence of limited health literacy in Portugal, *Acta Med Port*, vol. 30, n.º 12, 2017, p. 865.

2. Objetivos

A pesquisa tem por objetivo investigar se existe alguma ligação entre a literacia em saúde e o consentimento informado com vista a determinar em que medida a literacia em saúde limita ou influencia o consentimento informado. Caso esta hipótese seja confirmada, convém analisar o que os profissionais de saúde podem fazer de forma a garantir a compreensão completa do paciente e, deste modo, a existência do consentimento informado. Por fim, a investigação analisa a possibilidade de se arguir judicialmente a responsabilidade civil médica quando esteja em caso a falta de compreensão ou quando esta se dê de forma incompleta por parte do paciente relativamente à informação de saúde transmitida.

3. Metodologia

O presente estudo baseia-se essencialmente numa pesquisa bibliográfica na qual se procura analisar a relação entre dois objetos, a noção da literacia em saúde e a sua ligação ao consentimento informado, cuja consequência corresponde à observação da possibilidade da responsabilidade civil médica ser suscitada nos casos em que haja uma falta de compreensão da informação transmitida por médicos aos pacientes.

4. Discussão

Para além da definição da Organização Mundial de Saúde sobre a literacia em saúde, a doutrina portuguesa define-a como “*as competências e os conhecimentos dos indivíduos necessários para acederem, compreenderem, avaliarem e utilizarem informação sobre saúde, que lhes permita tomar decisões sobre cuidados de saúde, prevenção da doença e modos de promoção de uma vida saudável*”⁸. Desta definição retiram-se quatro formas de reação sobre a informação: a capacidade de aceder à informação, a compreensão da informação, a capacidade de avaliar a informação e a capacidade de utilizar informação. Portanto, podemos entender que a literacia em saúde é proporcionalmente associada com a compreensão da informação e, ao ter uma literacia em saúde limitada, o paciente tem menos capacidade de compreender a informação de saúde transmitida pelos profissionais de saúde.

⁸ ESPANHA, Rita; ÁVILA Patrícia; MENDES Rita Veloso, *Literacia em saúde em Portugal... op. cit.*, p. 5. Relativamente a uma introdução ao conceito de literacia em saúde, vide SERRÃO, Carla (coord.), *Literacia em Saúde: um desafio na e para a terceira idade - Manual de Boas Práticas*, Maia, Tipografia Lessa, 2014, pp. 13-17, disponível em <http://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/5979/1/Manual%20de%20Boas%20Pr%C3%A1ticas%20-%20Literacia%20em%20sa%C3%BAde%20na%20terceira%20idade.pdf> [23.05.2019].

Como a compreensão é, em simultâneo, um dos componentes necessários do conceito do consentimento informado⁹, entendemos que existe uma ligação entre a literacia em saúde e o consentimento informado. Isto porque o nível da literacia em saúde determina o nível da dificuldade da compreensão da informação de saúde e, indiretamente, influencia a existência do consentimento informado.

Com esta razão, os profissionais de saúde, antes de obter o consentimento livre de um paciente em concreto¹⁰, devem apreciar cuidadosamente o nível da sua literacia em saúde de forma a determinar a linguagem que utilizam relativamente à informação de saúde que transmitem ao seu paciente. A determinação da linguagem acessível e perceptível pelo paciente permite garantir a sua compreensão relativamente à informação de saúde transmitida.

A garantia da compreensão de informação é muito importante porque, ao exigir a compreensão como um dos componentes necessários do consentimento informado, a sua falta ou uma compreensão incompleta da informação de saúde transmitida implica, obviamente, a falta do consentimento informado, o que pode dar origem à eventual responsabilidade civil médica¹¹.

⁹ Entidade Reguladora de Saúde, *Consentimento Informado - Relatório Final*, maio de 2009, p. 3, disponível em https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/73/Estudo-CL.pdf [15.05.2019]. Este relatório ensina que são dois componentes do consentimento informado a compreensão e o livre consentimento.

¹⁰ À luz do Direito Civil sobre o consentimento, no âmbito da relação médico-paciente, deve ser compreendida nos seguintes termos: qualquer intervenção médica, que não seja consentida pelo paciente em particular, viola ilicitamente o direito de outrem (artigo 483.º do Código Civil), uma vez que não existe uma causa de exclusão da ilicitude, ou seja, o consentimento do lesado (artigo 340.º, n.º 1 do mesmo código). Deste modo, é o consentimento do paciente (lesado) que torna lícita a intervenção médica.

É de destacar ainda que, ao violar o direito ao consentimento informado (que pode ocorrer em uma de duas hipóteses: ao não cumprir o dever de informar e/ou ao não cumprir o dever de esclarecimento ou não obter o consentimento livre), o profissional de saúde viola o direito geral da personalidade (artigo 70.º do Código Civil), isto é, lesa o *direito à liberdade e autodeterminação e o direito à integridade física e psíquica* (PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O consentimento informado na relação médico-paciente: estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 121 e ss). O que quer dizer que os bens jurídicos em causa são a liberdade e a integridade física e moral.

¹¹ Atualmente, no âmbito das relações entre particulares, a relação entre o médico e o paciente se traduz, efetivamente, num vínculo contratual e, deste modo, está sob o regime da responsabilidade contratual. Este entendimento é considerado pela doutrina como sendo o mais favorável ao paciente, em comparação ao regime da responsabilidade extracontratual, como nos casos da presunção de culpa, do prazo de prescrição, etc.

Sobre as relações entre o paciente e os hospitais públicos, como não existe nenhuma base contratual, estão sujeitas ao regime da responsabilidade extracontratual, embora haja autores com entendimento contrário (cfr. FIGUEIREDO DIAS, Jorge; SIDE MONTEIRO, Jorge, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984, pp. 33 e ss).

É consabido que a responsabilidade civil, quer contratual quer extracontratual, exige cinco requisitos: (1) fato; (2) ilicitude; (3) culpa; (4) dano e (5) nexo de causalidade. Esses requisitos, como é evidente, também devem ser aplicados no âmbito da responsabilidade médica.

O fato refere-se ao fato voluntário, isto é, um fato objetivamente controlável ou dominável pela vontade, pelo comportamento ou pela forma de conduta humana, e pode apresentar-se como ação (fato positivo) ou omissão (fato negativo) consoante existe um dever geral de abstenção ou um dever jurídico especial de praticar um ato¹². Entendemos que se trata de uma omissão ao não garantir a compreensão completa da informação de saúde porque não se cumpre um dever jurídico especial de praticar um ato, ou seja, o dever de prestar esclarecimento, com palavras adequadas, em termos compreensíveis e adaptados a cada paciente, nos termos do artigo 19.º do Regulamento de Deontologia Médica. Mesmo assim, também podemos entender que está em causa uma ação porque não se cumpre um dever geral de abstenção, isto é, um dever de não violar o consentimento informado, que não existe por falta da confirmação de esclarecimento.

Relativamente à ilicitude, convém distinguir se estamos perante uma responsabilidade extracontratual ou responsabilidade contratual¹³. Para a responsabilidade extracontratual, a ilicitude existe porque, na ausência da verificação de uma, o consentimento informado não existe e, assim, viola a autodeterminação de paciente, que resulta do direito geral da personalidade previsto no artigo 70.º do Código Civil. Neste contexto, estamos perante uma violação do direito de outrem, ou seja, uma das formas da ilicitude previstas no artigo 483.º do Código Civil. No que concerne à responsabilidade contratual, o fato é ilícito ao existir uma desconformidade entre o que os profissionais de saúde deveriam fazer e o que fizeram, isto é, “*falta de cumprimento das obrigações emergentes dos contratos, de negócios unilaterais ou da lei*”¹⁴. Tal implica que os profissionais de saúde não cumprem o que está previsto no contrato (v.g. o contrato prevê expressamente o dever de confirmação de esclarecimento), verificando-se o incumprimento de obrigação por eles assumida.

A culpa existe quando a conduta dos profissionais de saúde (o incumprimento do dever de prestar esclarecimento ou a não garantia da compreensão da informação de saúde) é reprovável ou censurável, isto é, quando os mesmos

¹² ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.ª ed., Coimbra, Almedina, 2009, pp. 527-528.

¹³ COSTA, Daniela Sofia Gomes, *A culpa de organização na responsabilidade civil médica*, Coimbra, Petrony Editora, 2018, p. 25.

¹⁴ Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães, Proc. n.º 304/17.3T8BRG.G1, de 20 de março de 2018.

podiam e deviam ter agido de outro modo¹⁵ e pode revestir de duas formas diferentes: dolo e negligência (ou mera culpa ou culpa em sentido restrito). Os profissionais de saúde atuam com dolo quando ignoram ou não garantem, com intenção, a compreensão da informação de saúde transmitida, isto é, quando podiam ter garantido essa compreensão, mas não o fez. A negligência refere-se à situação em que os profissionais de saúde deveriam cumprir o dever de prestar esclarecimento ou garantir a compreensão completa da informação de saúde, mas por descuido não o fez. No entanto, se os profissionais de saúde não conseguirem garantir essa compreensão, mesmo tentando agir de vários outros modos, parece que se deveria entender a inexistência da culpa e, deste modo, da responsabilidade civil médica. Contudo, entendemos que, neste caso, os profissionais de saúde devem evitar efetuar a intervenção ou tratamento médico, salvo em situação de urgência.

Por sua vez, o dano, que pode ser patrimonial ou moral, é definido como “*lesão a um bem ou interesse juridicamente protegido*”¹⁶. O bem ou interesse juridicamente protegido que aqui se trata refere-se a um dos bens de personalidade do paciente, isto é, a sua autodeterminação pessoal¹⁷, porque pelo incumprimento do dever de prestar esclarecimento o consentimento informado não se verifica, dando origem à lesão à autodeterminação pessoal do paciente. Deste modo, o dano em causa tem natureza moral porque a autodeterminação pessoal é insuscetível de avaliação pecuniária. Mesmo assim, tal não impede que seja simultaneamente prejudicada a integridade física e moral, como já foi referido *supra*¹⁸.

Por fim, o nexo de causalidade é regulado no artigo 563.º do Código Civil e implica “*a existência de um nexo de causa-efeito entre o facto danoso e o prejuízo*”¹⁹. Segundo a teoria da causalidade adequada, efetivamente existe um nexo de causa-efeito entre o incumprimento do dever de prestar esclarecimento e o dano na autodeterminação pessoal. Dizendo de outra forma, esse incumprimento é uma causa que produz o dano na autodeterminação pessoal. O nexo de causalidade justifica-se porque sem a compreensão da informação de saúde transmitida o paciente não consegue decidir, *de per si* e de forma correta, se aceita ou recusa a intervenção ou tratamento medicamente sugerido.

De tudo o que se expôs acima, entendemos que se pode verificar a imputação da responsabilidade civil médica em caso do incumprimento do dever

¹⁵ ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral... op. cit.*, p. 562.

¹⁶ COSTA, Daniela Sofia Gomes, *A culpa de organização... op. cit.*, p. 26.

¹⁷ RAPOSO, Vera Lúcia, *Do ato médico ao problema jurídico*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 216.

¹⁸ Veja nota n.º 10.

¹⁹ PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, Volume I, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011, p. 249.

de prestar esclarecimento, isto é, em caso da não garantia da compreensão da informação de saúde transmitida.

5. Resultados

Neste estudo, verificamos uma ligação entre a literacia em saúde e o consentimento informado, uma vez que, ao ter uma literacia em saúde limitada, o paciente tem mais dificuldade na compreensão da informação, o que influencia a existência do consentimento informado.

Deste modo, para evitar essa influência, afirmamos ainda que a apreciação cuidadosa do nível da literacia em saúde é fundamental para determinar uma linguagem acessível e perceptível pelo paciente, o que permite garantir a sua compreensão sobre a informação transmitida.

Concluimos ainda que, em caso da não garantia da compreensão completa da informação de saúde transmitida, os profissionais de saúde podem ficar sujeitos à eventual responsabilidade civil médica.

6. Conclusão

Um nível limitado da literacia em saúde é um problema que influencia, entre outras, a compreensão do paciente sobre a informação de saúde transmitida, o que é suscetível de afetar a existência do consentimento informado. Para evitar qualquer responsabilidade civil médica, o que os profissionais de saúde podem fazer é garantir essa compreensão por meio de apreciar o nível da literacia em saúde de cada paciente e determinar uma linguagem acessível e perceptível pelo mesmo para transmitir a informação de saúde.

Por conseguinte, a conclusão que tivemos através deste estudo mostra que a apreciação do nível da literacia em saúde é um pressuposto de determinar uma linguagem acessível e perceptível, que, por sua vez, pode garantir uma compreensão completa do paciente relativamente à informação de saúde transmitida.

Bibliografia

ANTUNES VARELA, João de Matos, *Das obrigações em geral*, Vol. I, 10.^a ed., Coimbra, Almedina, 2009.

COSTA, Daniela Sofia Gomes, *A culpa de organização na responsabilidade civil médica*, Cidade, Petrony Editora, 2018.

ESPANHA, Rita; ÁVILA Patrícia; MENDES Rita Veloso, *Literacia em saúde em Portugal: relatório síntese*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 2016, dispo-

nível em https://content.gulbenkian.pt/wp-content/uploads/2017/08/29203225/PGISVersCurtaFCB_FINAL2016.pdf [15.05.2019].

FIGUEIREDO DIAS, Jorge; SIDE MONTEIRO, Jorge, *Responsabilidade Médica em Portugal*, Separata do Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, 1984.

PAIVA Dagmara, *et al.*, Prevalence of limited health literacy in Portugal, *Acta Med Port 2017 Dec*, vol. 30, n.º 12, Ano, pp. 861-869.

PEREIRA, André Gonçalo Dias, *O Consentimento Informado na Relação Médico-paciente: Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

PRATA, Ana, *Dicionário Jurídico*, Volume I, 5.ª ed., Coimbra, Almedina, 2011.

RAPOSO, Vera Lúcia, *Do ato médico ao problema jurídico*, Coimbra, Almedina, 2014

SERRÃO, Carla (coord.), *Literacia em Saúde: um desafio na e para a terceira idade - Manual de Boas Práticas*, Maia, Tipografia Lessa, 2014, pp. 13-17, disponível em <http://recipp.ipp.pt/bitstream/10400.22/5979/1/Manual%20de%20Boas%20Pr%C3%A1ticas%20-%20Literacia%20em%20sa%C3%BAde%20na%20terceira%20idade.pdf>, [23.05.2019].

WORLD HEALTH ORGANIZATION, *Health Promotion Glossary*, Switzerland, Division of Health Promotion, Education and Communications (HPR) Health Education and Health Promotion Unit (HEP), 1998, disponível em <https://www.who.int/healthpromotion/about/HPR%20Glossary%201998.pdf?ua=1> [15.05.2019].

EL VALOR PATRIMONIAL DE LA VOZ. POSIBLES ACCIONES DE DEFENSA EN SUPUESTOS DE USO NO CONSENTIDO

*Julia Ammerman Yebra*¹

1. Introducción

Considerada desde el punto de vista musical como el más maravilloso de los instrumentos, desde la perspectiva jurídica la voz tiene un potencial identificador innegable. Es una manifestación sensible de la personalidad, un medio de comunicación entre las personas y una herramienta de trabajo, características que aparecen de forma patente cuando estamos ante artistas que hacen de su voz su medio de vida, cuando se trata de personajes públicos, o en los casos de ciertos dobladores profesionales. Ello puede conllevar un incremento del valor económico de estas voces, a pesar de que, como veremos, no siempre se reconocerá debidamente. Por ello, con esta contribución trataremos de arrojar un poco de luz sobre el tema analizando la tutela que algunas legislaciones otorgan a la voz, y planteando las acciones de las que dispondríamos en el ordenamiento español para protegernos frente a intromisiones ilegítimas en tal derecho, especialmente en supuestos de voces con un valor patrimonial considerable.

¹ Investigadora predoctoral de Derecho civil en la Universidad de Santiago de Compostela. Grupo de investigación *De Conflictu Legum*. Actualmente centra su investigación en el derecho de la persona, patrimonial y de género.

2. Objetivos

- a Estudiar la legislación, jurisprudencia y doctrina española y comparada, referente a la protección de la voz.
- b Analizar el valor comercial de determinadas voces y, en su caso, las posibles acciones de defensa frente a intromisiones ilegítimas.

3. Metodología

En cuanto al método, procede la revisión bibliográfica, legislativa y jurisprudencial, de la cuestión sobre la protección de la voz y su incardinación, o no, dentro de la categoría de los derechos de la personalidad. Finalmente, se abordará una propuesta de las acciones de defensa ante intromisiones ilegítimas en el derecho a la voz.

4. Discusión

4.1. Derecho español

El art. 7.6 de la LO 1/1982, de 5 mayo, de protección civil del Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, considera intromisión ilegítima la utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga. Pero a salvo de este art. 7.6, no encontramos otra norma que en nuestro ordenamiento se refiera expresamente al derecho a la propia voz. Quizá con base en esta carencia de norma *ad hoc*, parte de la doctrina española se ha mostrado reticente a la hora de considerar el derecho a la propia voz como un derecho de la personalidad autónomo. En este sentido, entienden que su utilización incontestada para los fines que determina dicho precepto es una intromisión ilegítima que, dependiendo del uso, podrá afectar al derecho al honor, a la intimidad o a la imagen de la persona²; no obstante, ello no lo convertiría en un derecho inherente a la persona, puesto que, a diferencia de la imagen, no sería un elemento suficiente de individualización e identificación - funciones ambas prioritarias cuando nos referimos al derecho

² BLASCO GASCÓ, F. de Paula, *Patrimonialidad y personalidad de la imagen*, Barcelona, Bosch, 2008, p. 38.

a la propia imagen³. Para algunos la voz sería una ampliación del derecho a la imagen en la que debe incluirse tanto la voz auténtica como su imitación⁴. Para otro sector doctrinal sí que estaríamos ante un derecho autónomo, aunque con distinto alcance. Así, encontramos autores que han defendido la autonomía del derecho a la propia voz como un derecho que concedería a su titular la facultad de oponerse a su reproducción, así como a aquellas imitaciones que induzcan a confusión a quienes las escuchan⁵. Otros autores van más allá e incluyen también en su ámbito de protección su mera captación in consentida, independientemente de si posteriormente se reproduce o no⁶. Y ello porque la voz estaría amparada por el derecho fundamental reconocido en el art. 18.1 CE –por lo que quedaría protegida con independencia del fin que se persiguiera al hacerse un uso ilícito de ella –, razonamiento que compartimos siempre que se den los requisitos de reconocibilidad, individualidad e identificabilidad de la voz, haciendo un paralelismo con lo dicho por el TC respecto de la imagen protegible *ex art. 18.1 CE*⁷.

Por su parte, la jurisprudencia española menciona por primera vez este derecho en la STC 114/1984, en una primera aproximación entre la voz y el dere-

³ En opinión de AZURMENDI ADARRAGA, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho de la información*, Madrid, Civitas, 1997, p. 42, en caso de que la voz consiga realizar las funciones de identificación de la persona con una cierta consistencia, se debe a que además de la voz, han intervenido la imagen y el nombre.

⁴ O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, Ed. de Derecho Reunidas, 1991, p. 124. También entiende la voz como prolongación de la propia imagen de las personas ROSELLÓ MANZANO, Rafael, *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Madrid, Reus, 2011, p. 63. Entre los constitucionalistas, PASCUAL MEDRANO, Amelia, *El derecho fundamental a la propia imagen*, Navarra, Aranzadi, 2003, pp. 62-63, sostiene que la voz queda protegida por el art. 18.1 CE, pero solo cuando se utiliza con fines comerciales o publicitarios.

⁵ Consideran que la voz es un derecho autónomo de la personalidad, LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, “El derecho personalísimo sobre la propia voz”, *La Ley*, 1990, pp. 845-854; en parecido sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, J. Ramón, *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982*, Navarra, Aranzadi, 2007, p. 276; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, *Tratado de responsabilidad civil*, Luis F. Reglero Campos; José M. Navarra Busto Lago, Aranzadi, 2014, pp. 1365-1498, p. 1393, considera que es un derecho de la personalidad que admite un tratamiento próximo al derecho a la propia imagen, entendiendo aplicable, de forma análoga, el art. 8.2 cuando estemos ante voces de personajes públicos; FERRÁNDIZ AVENDAÑO, Pablo, “Protección del artista frente a la imitación de su voz”, *Actualidad civil*, Wolters Kluwer, n.º 21, 2010, pp. 1-36, pp. 1-36.

⁶ GÓMEZ CORONA, Esperanza, *La propia imagen como categoría constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2014, p. 48.

⁷ STC 167/2013, de 7 de octubre (RTC 2013/167).

cho a la intimidad⁸. En ella tanto el abogado del Estado como el Ministerio Fiscal (MF) hacen alusión al derecho a la propia voz. Así, el primero acepta que la grabación de la conversación por uno de los interlocutores puede plantear dudas en abstracto, aun no estando tipificada tal conducta, pues puede implicar abuso en la fe o confianza de quien habla. Y añade, en lo que aquí nos interesa, que todo ello “al margen de la argumentación doctrinal en favor del «derecho a la propia voz» o «a la palabra»”, por lo que está reconociendo que, al menos en el plano doctrinal, ya había un debate sobre la existencia de este derecho. Por su parte, el MF dice que “la grabación en sí –al margen de su empleo ulterior– solo podría constituir un ilícito sobre la base del reconocimiento de un hipotético «derecho a la voz» que no cabe identificar en nuestro ordenamiento, por más que sí pueda existir en algún derecho extranjero”. En su argumentación, el MF establece dos requisitos para que el uso de una voz ajena se considere una intromisión ilegítima en el ordenamiento jurídico español: por una parte, no bastará con la mera grabación de la voz, sino que esa grabación habrá de usarse posteriormente con un fin diferente a aquel con que las palabras fueron pronunciadas. Por ejemplo, en el caso planteado en esta sentencia, que se utilice fuera del contexto de la conversación que habían mantenido ambos interlocutores y que uno de ellos grabó. Por otra parte, como segundo requisito, se exige que ese uso tenga una finalidad publicitaria, comercial, o de naturaleza análoga, es decir, que básicamente se está protegiendo frente a un uso no consentido por el titular de la voz que pueda reportar un beneficio económico al intromisor.

Y todo ello, partiendo de que el MF considera a la voz como una “concreción” del derecho a la intimidad, y no como un derecho autónomo. Esta argumentación será la que finalmente y sin modificación alguna adopte el Tribunal Constitucional (TC)⁹. Una década después, el TC dicta su famosa sentencia 117/1994¹⁰, que pivota sobre los efectos que tiene la revocación del consentimiento de una conocida *celebrity* al uso de unas fotografías por parte de una revista¹¹. Al margen de esta cuestión central, lo que nos interesa destacar es que

⁸ La STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984/114), versa sobre un recurso de amparo en el que se alegaba la vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) por un trabajador que fue despedido a raíz de unas manifestaciones hechas en conversación telefónica, y que su interlocutor grabó e hizo saber a un tercero sin que el trabajador, demandante en amparo, tuviese conocimiento.

⁹ E.J. 8º de la STC 114/1984.

¹⁰ E.J. 3º de la STC 117/1994, de 25 de abril (RTC 1994/117), “caso Ana Obregón”.

¹¹ Sobre la sentencia y su (no) precisión sobre si las pretensiones (de marcado carácter patrimonial) de la actriz formaban parte del contenido del derecho fundamental a la propia imagen, *vid.* VENDRELL CERVANTES, Carles, “La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. III, 2012, pp. 1107-1244, pp. 164-165.

el TC considera que la voz, como atributo característico de la personalidad que es, queda englobado dentro de la definición del derecho a la propia imagen reconocido por el art. 18.1 CE. Para el Tribunal, este artículo garantiza el ámbito de libertad de una persona respecto de sus atributos más característicos, propios e inmediatos, entre los que no solo se encuentra la imagen física, sino también la voz y el nombre, cualidades que definen el ser propio y que quedan atribuidas como posesión inherente e irreductible a toda persona. En definitiva, parece querer englobar en la protección concedida por el art. 18.1 CE un catálogo de atributos inherentes a la persona que van más allá de su mero aspecto físico, entre los que se encuentra la identidad, el nombre y también la voz, quedando así la voz protegida al mayor nivel. Esta postura del TC que incluye a la voz como parte del derecho a la propia imagen parece mantenerse hasta hoy, como se aprecia en la STC 25/2019, de 1 de marzo¹².

En la jurisprudencia menor encontramos dos sentencias, ambas de la AP de Barcelona (Sección 15ª), que merecen nuestra atención. La primera, de 10 de septiembre 2003 (AC\2004\289), en la que se declara que la voz es una clara ampliación del concepto de imagen, pero al que añade un matiz significativo: la protección no engloba solo a la voz auténtica, sino también a la imitada (F.J. 2º)¹³. En la segunda, de 17 de noviembre de 2005 (AC\2006\754), el afamado cantante Tom Waits demanda a una conocida marca automovilística por usar sin su consentimiento su canción “*Innocent when you dream*”, ligeramente modificada, en un anuncio publicitario. Esta sentencia se desvía de la anterior por cuanto las acciones interpuestas no serán en sede de derechos de la personalidad sino por infracción de derechos de propiedad intelectual – en concreto, sobre su derecho

¹² STC (Sala Primera), 25/2019 de 28 febrero (RTC 2019\25).

¹³ La AP, siguiendo la estela marcada por el TC, declara vulnerado el derecho a la propia imagen del demandante, en su vertiente patrimonial, condenando a la empresa a pagar 2.404,05 € en concepto de indemnización por el daño moral derivado de la intromisión ilegítima. Nótese que el tribunal habla de una vertiente patrimonial del derecho, pero dejando claro que no permanece al margen de su protección constitucional, al contrario de lo que opina no solo abundante doctrina sino también el TC y TS en algunas de sus sentencias sobre explotación comercial de la imagen. Sobre esta problemática de la doble vertiente, patrimonial y personal, del derecho a la propia imagen, *vid.* GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los derechos de la Personalidad”, *Tratado de derecho de la persona física*, Gete-Alonso y María del Carmen Calera (dir.), tomo II, Navarra, Civitas, 2013, pp. 596-631, pp. 616-617, para quien separar los aspectos patrimoniales y personales de estos derechos resulta hartamente complicado, pues ambos aspectos están íntimamente conectados.

moral de autor a no alterar una obra sin su autorización, y sobre los derechos patrimoniales de una cesionaria¹⁴.

Por último, no podemos dejar de mencionar ciertas controversias que han surgido recientemente en nuestro país pero que, por el momento, no han llegado a judicializarse. Nos referimos a la situación de muchos dobladores profesionales que están viendo cómo sus sueldos como “actores de voz” de personajes de superproducciones cinematográficas son irrisorios en comparación con los ingresos que estas generan¹⁵. El actual art. 47 de la LPI española permite que se revise el contrato restableciéndose la conexión entre los intereses de las partes, y que no sea solo el cesionario quien se aproveche del éxito de la obra, por lo que podría ser una vía de solución para estos casos, siempre y cuando se permitiese su aplicación a artistas intérpretes y ejecutantes, categoría en la que entrarían los dobladores de voz¹⁶. Esta ampliación del ámbito de aplicación del art. 47 entendemos que viene dada a la luz del art. 20 de la nueva Directiva de la UE sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital¹⁷.

¹⁴ El tribunal, además de estimar la acción declarativa con base en dichas intromisiones, también considera aplicables las acciones de cesación y de indemnización de daños y perjuicios previstas en la LPI, concediendo una cuantiosa indemnización tanto a la cesionaria de los derechos de explotación de la obra como a Tom Waits. En cambio, en la SAP de Barcelona (secc. 15ª), de 10 de septiembre 2003 (AC\2004\289) se desestima la pretensión de la actora de considerar vulnerados sus derechos de propiedad intelectual de acuerdo con los arts. 105 y 11 de la LPI, por entender que la lectura de una información acerca de las paradas del metro no está comprendida dentro de los conceptos de obras protegibles por la LPI (F.J. 3º y 4º).

¹⁵ Actualmente se rigen por convenios, diferentes en cada Comunidad Autónoma, en los que la remuneración es por sesiones de grabación, sin tener en cuenta los ingresos que la obra en concreto va a producir. Además, frecuentemente se solicita que cedan sus derechos de voz para otros productos, como *trailers* o juguetes de los personajes, por cantidades exiguas (entre 50 y 300 euros), cuando los ingresos por esos productos son de millones de euros. Esta problemática es similar a la de otros dobladores europeos, como fue el caso del actor de doblaje Marcus Off. Al respecto, *vid.* Sentencia de la *Kammergericht Berlin*, de 1 de junio de 2016.

¹⁶ Como bien apunta TORRES LANA, estamos ante la idea del enriquecimiento sin causa, aunque la ley no emplee esta acción. TORRES LANA, José Ángel, “Comentario a los arts. 46 y 47”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, Tecnos, 2017, pp. 902-917.

¹⁷ Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE, DOUE, L, núm. 130, de 17 de mayo de 2019. En su cuyo art. 20 se dispone que los autores y artistas intérpretes o ejecutantes deben tener derecho a reclamar una remuneración adicional, adecuada y equitativa, a la parte con la que hayan celebrado un contrato para la explotación de sus derechos, o a los derechohabientes de esta, en caso de que la remuneración inicialmente pactada resulte ser desproporcionadamente baja en comparación con la totalidad de los ingresos derivados de la explotación de las obras o interpretaciones o ejecuciones.

4.2. Derecho comparado

La situación en el Derecho comparado es diversa. Algunos Códigos civiles relativamente actuales, como sucede con el de Perú de 1984 (art. 15), el de Quebec de 1994 (art. 36), o los más nuevos de Hungría de 2013 (art. 2:48) y Argentina, de 2014 (art. 53) mencionan específicamente la voz como derecho, o cuando menos como atributo de la personalidad merecedor de protección. En el ordenamiento jurídico alemán, ya hay autores alemanes que defienden que la voz no está protegida únicamente por el derecho general de la personalidad, sino que estamos ante un derecho especial de la personalidad, al igual que el derecho al nombre o a la propia imagen.

En el Derecho francés está clara la protección, como derechos de la personalidad, de la intimidad personal, la imagen y el nombre. Después, existen otros atributos de la personalidad que también merecen protección, categoría en la que la mayoría de la doctrina francesa incardina el derecho a la voz, por cuanto es una manera de expresión de la personalidad de los individuos¹⁸. La jurisprudencia francesa tampoco se muestra en absoluto reacia a la consideración de voz como un atributo de la personalidad merecedor de protección frente a intromisiones ilegítimas, como se deriva del caso *Maria Callas*, en el que las herederas¹⁹ de la cantante demandan a un teatro y cadena de radio por la grabación y difusión in consentida de la voz de María Callas²⁰. Por último, en el ordenamiento estadounidense se reconoce expresamente por parte de varios Estados la voz como

¹⁸ Considera a la voz como un rasgo merecedor de protección a través de un derecho subjetivo, como elemento de la personalidad, HUET-WEILLER, Daniele, “La protection juridique de la voix humaine”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982, pp. 497-513, p. 511. También SERNA, Marie, “La voix et le contrat: le contrat sur la voix”, *Contrats. Concurrence. Consommation*, n.º 9, 1999, pp. 4-9; HASSLER, Theo, *Le droit à l'image des personnes: entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, París, LexisNexis, 2014; BRUGUIÈRE, Jean Michel, “Droits patrimoniaux de la personnalité”, *Revue trimestrielle de droit civil*, Janvier-Mars 2016, pp. 1-24. En cambio, OHLY, Ansgar; BEVERLEY-SMITH, Huw; LUCAS-SCHOLETTER, Agnes, *Privacy, Property and Personality*, UK: Cambridge University Press, 2005, p. 168, estima que la voz es merecedora de protección, pero no ve tan claro que exista un genuino derecho a la propia voz.

¹⁹ La LO 1/1982 también prevé una tutela *post mortem* de los derechos de la personalidad en los arts. 4 a 6. Entre los estudios más recientes sobre el tema, destaca el de OTERO CRESPO, Marta, “Problemas sucesorios de los derechos de la personalidad: regulación y lagunas en el régimen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, *Estudios de derecho de sucesiones: “Liber amicorum”*, Álvaro Domínguez Luelmo y María Paz García Rubio (dir.), Madrid, Wolters Kluwer, 2014, pp. 1107-1130.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París, sala 1ª, de 19 de mayo de 1982. Sobre el caso, *vid.* AMMERMAN YEBRA, Julia, “The Voice of the Opera Singer and Its Protection: Another Look at the Maria Callas case”, *Law and Opera*, Filippo Annunziata y G. Fabio Colombo (eds.), Suiza, Springer, 2018, pp. 253-267.

rasgo de identidad de las personas merecedor de protección²¹. La jurisprudencia también ha tenido ocasión de pronunciarse en varios casos sobre la utilización de las voces de conocidos cantantes y cómicos, siendo el caso de Berth Lahr²² (1962) el primero en el que se plantea una posible apropiación indebida de la voz²³, y el de Tom Waits quizá el más conocido, declarándose que el *Right of Publicity* del cantante había sido vulnerado porque solo a él correspondía el control del uso de su identidad, que en este caso aparecía encarnada a través de su voz²⁴.

5. Resultados y conclusión

En atención a todo lo expuesto, las posibles acciones de defensa que encontramos en nuestro ordenamiento para hacer frente a usos in consentidos de la voz de una persona son, por una parte, las derivadas de la LO 1/1982, pues como vimos tanto el TC como la jurisprudencia menor consideran a la voz como un rasgo de la personalidad merecedor de protección. Así, será aplicable la acción de indemnización de daños prevista en el art. 9.2 c) LO 1/1982, norma que en opinión de destacada doctrina debe interpretarse a la luz de la propia LO 1/1982, y solo supletoriamente según las normas de los arts. 1902 y ss. CC²⁵. El perjuicio resarcible podrá ser moral, sobre todo cuando el uso de la voz haya sido ofensivo o haya contribuido al descrédito de la persona, y/o patrimonial, como sucedió en el caso de la voz del metro de Barcelona.

También consideramos aplicable la acción de enriquecimiento sin causa, en supuestos de *condictio* por intromisión, cuando haya habido un aprovechamiento ilícito de la voz por parte de terceros. El problema radicarán en determinar el valor a recuperar, pues algunos defenderán que será por el valor de la hipotética licencia que se habría exigido por la usurpación de, en este caso, la voz²⁶; mientras que otros dirán que será por los lucros obtenidos por el intromisor, pues el art. 9.3 de la LO 1/1982 dice que se valorará “el beneficio que haya

²¹ Actualmente, la voz se recoge en leyes de los Estados de Alabama, Arkansas, California, Hawaii, Illinois, Indiana, Nevada, New York, Ohio, Oklahoma, Pennsylvania, South Dakota, Texas y Washington.

²² *Bert Lahr v. Adell Chemical Co.*, US Court of Appeals, First Circuit, March 12, 1962. No. 5883.

²³ Entre otras, cabe mencionar los casos de *Nancy Sinatra*, de 1970, y *Bette Midler*, de 1988.

²⁴ *Waits v. Frito Lay, Inc.*, No. 978 F.2d 1093, 9th Cir. 1992.

²⁵ GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los derechos de la...”, *op. cit.*, p. 626.

²⁶ En este sentido, VENDRELL CERVANTES, Carles, La acción de enriquecimiento..., *op. cit.*, pp. 1189 y 1191-1192.

obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma²⁷. Por otro lado, la protección también puede venir dada, en el caso de los artistas, a través de la Ley de Propiedad Intelectual, como vimos que sucedía con el caso de Tom Waits dirimido en la AP de Barcelona, si bien entendemos que, tratándose de la imitación de la voz de un cantante, tendría mayor encaje –como se hace en el ordenamiento estadounidense– mediante una protección expresa de la voz, como rasgo de la identidad que es.

Por último, y para casos como los de los actores de doblaje, cuya voz es el principal objeto de cesión en sus contratos, la acción de revisión del contrato prevista en el art. 47 de la LPI consideramos que podrá interponerse, en especial a la luz de lo estipulado en el art. 20 de la nueva Directiva sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital, cuando exista una desproporción entre la remuneración del doblador y los beneficios obtenidos por la obra. Es en estos casos en donde consideramos que el reconocimiento de un derecho a la voz –y más por tratarse de voces cuyos valores económicos son considerables–, podrá ayudar a lograr unas remuneraciones más justas y equitativas, en consonancia con los beneficios obtenidos con la obra en la que participan.

Bibliografía

AMMERMAN YEBRA, Julia, “The Voice of the Opera Singer and Its Protection: Another Look at the Maria Callas case”, *Law and Opera*, Filippo Annunziata y G. Fabio Colombo (eds.), Suiza, Springer, 2018, pp. 253-267.

AZURMENDI ADARRAGA, Ana, *El derecho a la propia imagen: su identidad y aproximación al derecho de la información*, Madrid, Civitas, 1997.

BLASCO GASCÓ, F. de Paula, *Patrimonialidad y personalidad de la imagen*, Barcelona, Bosch, 2008.

BRUGUIÈRE, Jean Michel, “Droits patrimoniaux de la personnalité”, *Revue trimestrielle de droit civil*, Janvier-Mars 2016, pp. 1-24.

DE VERDA Y BEAMONTE, J. Ramón, *Veinticinco años de aplicación de la Ley Orgánica 1/1982*, Navarra, Aranzadi, 2007.

FERRÁNDIZ AVENDAÑO, Pablo, “Protección del artista frente a la imitación de su voz”, *Actualidad civil*, Wolters Kluwer, n.º 21, 2010, pp. 1-36.

²⁷ Así lo expone GARCÍA RUBIO, María Paz, Los derechos de la..., *op. cit.*, p. 629, haciendo notar que esta solución podrá provocar la paradoja de que el afectado obtenga un beneficio para cuya obtención nada ha hecho.

GARCÍA RUBIO, María Paz, “Los derechos de la Personalidad”, *Tratado de derecho de la persona física*, Gete-Alonso y María del Carmen Calera (dir.), tomo II, Navarra, Civitas, 2013, pp. 596-631.

GÓMEZ CORONA, Esperanza, *La propia imagen como categoría constitucional*, Navarra, Aranzadi, 2014.

HASSLER, Theo, *Le droit à l'image des personnes: entre droit de la personnalité et propriété intellectuelle*, París, LexisNexis, 2014.

HUET-WEILLER, Daniele, “La protection juridique de la voix humaine”, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1982, pp. 497-513.

LEIVA FERNÁNDEZ, Luis, “El derecho personalísimo sobre la propia voz”, *La Ley*, 1990, pp. 845-854.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, Xavier, *Libertad de expresión y sus límites: honor, intimidad e imagen*, Madrid, Ed. de Derecho Reunidas, 1991.

OHLY, Ansgar; BEVERLEY-SMITH, Huw; LUCAS-SCHOLETTER, Agnes, *Privacy, Property and Personality*, UK: Cambridge University Press, 2005.

OTERO CRESPO, Marta, “Problemas sucesorios de los derechos de la personalidad: regulación y lagunas en el régimen de la LO 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”, *Estudios de derecho de sucesiones: “Liber amicorum”*, Álvaro Domínguez Luelmo, y María Paz García Rubio (dir.), Madrid, Wolters Kluwer, 2014, pp. 1107-1130.

PASCUAL MEDRANO, Amelia, *El derecho fundamental a la propia imagen*, Navarra, Aranzadi, 2003.

ROSELLÓ MANZANO, Rafael, *Derechos de la personalidad y derechos morales de los autores*, Madrid, Reus, 2011.

SCHIERHOLZ, Anke, *Der Schutz der menschlichen Stimme gegen Übernahme und Nachahmung*, Baden-Baden, Nomos, 1998.

SERNA, Marie, “La voix et le contrat: le contrat sur la voix”, *Contrats. Concurrence. Consommation*, n.º 9, 1999, pp. 4-9.

TORRES LANA, José Ángel, “Comentario a los arts. 46 y 47”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), Madrid, Tecnos, 2017, pp. 902-917.

VENDRELL CERVANTES, Carles, “La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXV, fasc. III, 2012, pp. 1107-1244.

VENDRELL CERVANTES, Carles, *El mercado de los derechos de imagen*, Navarra, Aranzadi, 2014.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, “Daños a los derechos de la personalidad (honor, intimidad y propia imagen)”, *Tratado de responsabilidad civil*, Luis F. Reglero Campos; José M., Navarra Busto Lago, Aranzadi, 2014, pp. 1365-1498.

A FIGURA DO ÁRBITRO NA LEGISLAÇÃO LUSO-BRASILEIRA: UM ESTUDO COMPARATIVO

Edmar Arnaldo Lippmann Junior¹

1. Introdução

A judicialização das divergências sociais tem tomado um novo rumo. Esta mudança justifica-se quer pela morosidade da justiça, quer pela grande gama de meios alternativos para tal. Atualmente a resolução de conflitos tem cada vez mais fugido dos tribunais judiciais, ganhando destaque o instituto da arbitragem. Neste cenário releva a figura do árbitro, entendida, pela doutrina portuguesa como *uma pessoa singular, maior e plenamente capaz que, nos termos de uma convecção de arbitragem, tenha sido incumbido, só ou em conjunto com outros dois árbitros, integrar o tribunal arbitral destinado a compor o litígio*², e pela doutrina brasileira, tal figura se caracteriza como o *patrimônio intelectual da arbitragem*, visto que está diretamente ligado à *segurança de um sistema*, pois, sua *expertise* resulta na melhor e mais adequada análise sobre o que está sendo discutido³.

¹ Bacharel em Direito pela Faculdade Campo Real, Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade do Vale do Itajaí, Doutorando em Ciências Jurídicas – Direito Privatístico pela Universidade do Minho. Professor das Faculdades Guarapuava (mazinho_ealj@hotmail.com).

² CORDEIRO, Antonio Menezes, *Tratado da Arbitragem, Comentários à Lei 63/2011 de 14 de dezembro*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 128.

³ CAHALI, Francisco José, *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010*, 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2017, p. 199.

No presente estudo, procuraremos entender a figura do árbitro, a partir de uma análise comparada, tendo por objeto os regimes jurídicos da arbitragem estabelecidos pela Lei da Arbitragem Voluntária de Portugal⁴ e a Lei da Arbitragem do Brasil⁵, embora a cultura jurídica portuguesa acerca da arbitragem seja mais difundida em comparação com sistema brasileiro, visto que aquela possui, inclusive, tribunais arbitrais específicos.

Com um âmbito de aplicação maior no mundo comercial, o exemplo máximo da utilização da figura da arbitragem pode ser verificada com a criação das câmaras para arbitragem comercial internacional, que tem como berço legal, a Lei Modelo da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional - UNCITRAL, criada em 1985 com posteriores alterações, que inclusive serviu como fonte para a criação da lei portuguesa⁶.

Não bastasse, considerando que Portugal integra a União Europeia desde 01/01/1986, vale destacar que há nesta entidade a *Cour Européenne d'Arbitrage* que utiliza a arbitragem como meio de resolução de conflitos tanto em âmbito doméstico quanto internacional⁷.

Inobstante tais informações, esse breve estudo não levou em consideração aspectos doutrinários, jurisprudenciais e tampouco sociais a respeito do cerne da pesquisa, uma vez que, o objetivo centra-se na comparação legal dos ordenamentos identificados.

Assim, o objetivo da presente investigação, como previamente identificado, é comparar a partir do regime jurídico luso-brasileiro, em matéria de arbitragem, a figura do árbitro. Para atingir tal objetivo foi necessário verificar como a legislação portuguesa dispõe e trata a figura do árbitro em sua lei geral da arbitragem, para a partir desta analisar a legislação brasileira.

Como se trata de um estudo de comparação legal, visando a fiabilidade do mesmo, adotou-se o método comparativo em três etapas: *a) a delimitação do objeto da comparação a realizar; b) a análise dos termos a comparar; e c) a identificação, numa síntese comparativa, das semelhanças e diferenças entre esses termos e das respectivas causas*⁸.

⁴ Lei n.º 63/2011 de 14 de dezembro, *Aprova a Lei da Arbitragem Voluntária*, disponível em <http://encurtador.com.br/lzMP4> [17.05.2019].

⁵ Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, *Dispõe sobre a arbitragem*, disponível em <http://encurtador.com.br/bhrQZ> [17.05.2019].

⁶ VICENTE, Dário Moura, *Lei da Arbitragem voluntária: anotada*, 2. ed., rev. e atualiz., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 11-13.

⁷ Informações acerca da existência e regulamentos podem ser obtidos direto na página eletrônica da instituição. Disponível em <https://cour-europe-arbitrage.org/> [10/01/2020].

⁸ VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado*, vol. I, 3.ª ed., rev. e atual., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 38-39.

Ao analisar o objeto delimitado de comparação, embora o presente artigo não apresente a grelha comparativa, a investigação teve por foco a fonte originária e não de acordo com a teoria da *law in action*⁹. Ou seja, foram analisadas apenas as disposições legais neste momento, para a *posteriori*, prosseguir com a investigação completa da figura do árbitro.

2. Discussão

2.1. A Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro: a Lei da Arbitragem Voluntária no sistema jurídico português

A legislação portuguesa apresenta as funções do árbitro no Capítulo II da Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro¹⁰, especificamente entre os artigos 8º a 17º.

Segundo este diploma, os requisitos para uma pessoa exercer tal função correspondem a: i) ser uma pessoa singular e plenamente capaz; de qualquer nacionalidade (e sem discriminação por tal); e ii) ser independente e imparcial, decorrendo deste requisito a irresponsabilidade do árbitro, perante as partes, por dano decorrente de sua decisão, salvo em se tratando de hipótese em que um magistrado o fosse (artigo 9.º).

A escolha do árbitro é realizada pelas partes, quando optam pela arbitragem como meio de resolução de conflito, ou mesmo posteriormente, a partir do momento em que este instituto seja acolhido. Têm ainda as partes a faculdade de delegar a escolha do árbitro a um terceiro (artigo 10.º).

O tribunal arbitral é composto por uma quantidade ímpar de árbitros, sendo que, em caso de omissão das partes quanto à quantidade, a regra é de que serão três árbitros. Entretanto, se o tribunal estiver composto por um único árbitro, mas sem acordo entre as partes, o árbitro será nomeado pelo tribunal estadual (artigos 8.º e 10.º).

Quando a composição do tribunal for de três ou mais árbitros, cabe a cada parte indicar uma mesma quantidade de árbitros, escolhendo dentre os nomeados qual ocupará a posição de presidente. Caso uma das partes não indique os seus árbitros, ou dentre os árbitros indicados não se consiga a definição de um presidente, dentro de trinta dias ou em prazo acordado, o tribunal estadual será o competente para suprir a falta. Tal hipótese também ocorre quando tais diligências dependerem de manifestação de um terceiro, solicitado por uma das partes. Quando a hipótese de nomeação pelo tribunal estadual se concretizar,

⁹ VICENTE, Dário Moura, *Direito Comparado...*, *op. cit.*, p. 42.

¹⁰ Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, Lei da Arbitragem Voluntária, 2011, disponível em http://www.pgdisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=1579&tabela=leis [20.05.2019].

este deverá observar as qualificações exigidas pelo acordo das partes e o que mais for relevante, garantindo a independência e imparcialidade, bem como tendo em conta a diferença de nacionalidade das partes nos casos de arbitragem internacional. Importa, também, destacar que a partir do momento em que o tribunal estadual decidir, não caberá recursos de tal decisão (artigo 10.º).

Ao dispor sobre a pluralidade de demandantes ou de demandados, nos casos em que o tribunal seja composto de três árbitros, a designação será um pouco diferente, ou seja, os primeiros designam conjuntamente um árbitro e os segundos conjuntamente outro. Não havendo acordo quanto a isso, novamente o tribunal estadual deverá decidir a questão, a requerimento de qualquer parte envolvida, e, nessa ocasião, nomear todos os árbitros, designando o presidente, perdendo assim efeito as designações das partes. Tais peculiaridades podem ocorrer independentemente do que tenha sido acordado pelas partes na convenção de arbitragem (artigo 11.º).

Superada a questão da designação dos árbitros, deve-se considerar que tal encargo depende de aceitação, isto porque ninguém pode ser obrigado a atuar em tal função. Entretanto, após exarado o aceite, apenas será admitida a recusa se for justificada uma causa superveniente que impossibilite o exercício do cargo, ou antes do momento em que as partes e os árbitros definem o valor dos honorários. Esta aceitação deve ser dada por escrito e dentro do prazo de quinze dias da comunicação de sua designação, sob pena de interpretação de não aceitação. Como consequência de alguma escusa injustificada, após a devida aceitação, o árbitro passa a responder pelos danos a que der causa, ou seja, perde tal garantia anteriormente adquirida perante as partes (artigo 12.º).

Existindo recusa tanto por parte do árbitro designado quanto por uma das partes, a mesma deve ser fundamentada com a devida menção de todas as circunstâncias que afetem a atuação imparcial e independente, ou, ainda, que caracterize a ausência de qualificação do árbitro convencionada pelas partes. Inobstante tais hipóteses, essa fundamentação deve ter sido ensejada por uma causa conhecida apenas após a designação do árbitro (artigo 13.º).

Evidenciadas as hipóteses de recusa, o procedimento para que a mesma se concretize e, consequentemente, resulte na destituição do árbitro, se dará de acordo com o avençado entre as partes. Caso inexista essa avença de procedimento, a recusante deverá, dentro de quinze dias, a contar da constituição do árbitro ou do conhecimento do motivo que resultou no seu pedido de recusa, reduzir a termo sua motivação. Se o árbitro em questão, mesmo após o pedido de recusa, não renunciar o encargo, ou a parte que o indicou insistir na sua permanência, o tribunal arbitral constituído é quem decidirá a respeito de sua permanência ou não neste tribunal. Em caso de não se concretizar a destituição solicitada, a recusante, dentro do mesmo prazo anterior, a contar da comunicação da decisão contrária ao pedido de recusa, recorrerá ao tribunal estadual

para que decida a respeito dessa recusa, sendo tal decisão irrecorrível. Até que se decida a recusa, o processo arbitral tramita normalmente, inclusive com atuação do árbitro recusado, bem como com a prolação de sentença (artigo 14.º).

O motivo que enseja a cessação das funções do árbitro também se encontra disposto na legislação: o surgimento de alguma incapacidade, quer ela seja de direito ou de fato, ou ainda alegada pelo próprio árbitro ou de comum acordo, reduzido a termo, entre as partes. Ademais, caso um árbitro, por qualquer motivo que seja, não renuncie as funções designadas, em tempo, as partes possuem a autonomia de fazer cessar tal função, garantindo-se, ainda, a responsabilização do árbitro não desincumbido. Caso não haja esse acordo de remoção do árbitro entre as partes, cabe, novamente, ao tribunal estadual tal competência, sendo a eventual decisão de destituição, também, irrecorrível. Não bastasse, a renúncia do árbitro pós requerimento das partes, ou a aceitação das partes do pedido de cessação do árbitro, não será interpretada como reconhecimento das razões alegadas por qualquer que seja o suscitante (artigo 15.º).

Quanto à previsão de um árbitro substituto, a lei prevê que em quaisquer casos, e independentemente do motivo, em que se encerrem as funções de um árbitro, será nomeado um outro que o substitua, respeitando-se as mesmas regras de designação dos demais, salvo manifesta vontade das partes. Para se evitar prejuízo, o próprio tribunal que havia sido constituído decidirá sobre a necessidade de realização de um novo ato processual arbitral (artigo 16.º).

Por fim, a legislação portuguesa insere neste capítulo a questão dos honorários e das despesas dos árbitros. Ambas as verbas devem ser colocadas a termo pelas partes e pelos próprios árbitros, prévia (convenção de arbitragem) ou posteriormente, antes da aceitação do encargo pelo último árbitro designado. Caso tais hipóteses ainda assim não ocorram, os árbitros possuem amparo legal para arbitrar o valor de tais custos durante o curso do procedimento, sendo facultado às partes o requerimento de diminuição dos valores arbitrados perante o tribunal estadual, o qual, após manifestação das partes, fixará o valor que julgue porventura adequado. Importante frisar que o inadimplemento enseja a suspensão ou conclusão do processo arbitral (artigo 17.º).

Assim, restou demonstrado quais os dispositivos que tratam da figura do árbitro na legislação portuguesa, não apenas a respeito da pessoa em si, mas das peculiaridades que a legislação optou por tratar neste capítulo, associando tais regulamentações a respeito da figura do árbitro.

2.2. Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996: a lei da arbitragem no sistema jurídico brasileiro

No ordenamento jurídico brasileiro a Lei n.º 9.307 de 23 de setembro de 1996 – Lei da Arbitragem¹¹, é que regula o instituto, e, no que tange à figura do árbitro, possui em seu Capítulo III, dos artigos 13 a 18, as disposições quanto ao mesmo.

Quanto aos requisitos, qualquer pessoa (física), capaz, pode se tornar árbitro no Brasil, basta ter confiança das partes (artigo 13).

Como não há nada na lei que exija a formação específica como árbitro, ou até mesmo qualquer tipo de formação, o que ocorre é o aconselhamento, por parte do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, através do Plano de Capacitação em Arbitragem, que define que as entidades especializadas, de acordo com seus interesses e necessidades, organizem cursos de formação¹².

Quando as partes optarem pela solução de seus conflitos através da arbitragem, nomearão um ou mais árbitros, respeitado um número ímpar, admitindo-se, inclusive, árbitros suplentes. Se porventura for nomeado um número par de árbitros, estes deverão nomear mais um, sendo que, em caso de não aceitação das partes, o Poder Judiciário, que seria competente originariamente, para processar e julgar tal causa, nomeará um nos termos previstos nesta mesma lei (artigo 13, §§ 2.º e 3.º).

As partes poderão avançar a respeito da escolha dos árbitros, bem como optar pelas regras já existentes de um órgão arbitral institucional ou entidade especializada, sendo que dentre os árbitros nomeados, haverá a eleição, por maioria, do presidente do tribunal arbitral criado, ou, em caso de divergência, o mais velho ocupará tal função. Entretanto, vale lembrar que tais ocorrências podem ser afastadas pelas partes, em comum acordo, de acordo com o que dispuser o regulamento aplicável (artigo 13, §4.º).

Após a nomeação do presidente, ele poderá designar um secretário dentre os demais árbitros que compõem o tribunal criado (artigo 13, §5.º).

A atuação dos árbitros está pautada pelas seguintes características: a imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. Sendo dever do próprio árbitro informar, justificadamente, qualquer fato que denote dúvida nos quesitos imparcialidade e independência (artigo 13, §6º). Solidariamente,

¹¹ Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19307.htm [17.05.2019].

¹² CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM - CONIMA, Plano de Capacitação em Arbitragem, 1999, disponível em <http://conima.org.br/site-em-construcao/arbitragem/plano-arbitragem/> [10.01.2020].

competente tanto ao árbitro quanto ao tribunal arbitral determinar o adiantamento das verbas e despesas das diligências (artigo 13, §7.º).

Existem, ainda, os impedimentos para atuar como árbitro, que estão dispostos no artigo 14 da lei, quais sejam: as mesmas causas de impedimento e suspeição de juízes, previstas no Código de Processo Civil - CPC. As causas de impedimento estão previstas no artigo 144¹³, e as de suspeição no artigo 145¹⁴, ambos do CPC.

Eventualmente, a recusa do árbitro pelas partes apenas pode acontecer por motivo ocorrido após a sua devida nomeação, exceto quando não houver nomeação direta pela parte, ou quando o motivo de sua recusa seja conhecido após a sua nomeação (artigo 14, §2.º).

Tais recusas devem ser apresentadas pela parte interessada, nos termos da lei (artigo 20), e encaminhadas diretamente ao árbitro ou ao presidente do tribunal arbitral, contendo as razões e provas da alegação. Aceita a exceção, afasta-se o árbitro com a devida substituição, nos moldes do artigo 16, que trata das hipóteses em que ocorrerá a substituição de um árbitro (artigo 15).

As hipóteses de substituição se darão quando: i) o árbitro recusar a função antes da aceitação; ii) quando após a aceitação falecer, tornando-se impossibilitado para o exercício da mesma, ou iii) for recusado (artigo 16). Caso a indicação do substituto não tenha sido feita pelas partes, aplicar-se-ão uma das seguintes regras: i) as regras do órgão arbitral institucional ou entidade especializada, se assim for escolhido pelas partes na convenção de arbitragem; ou em alternativa ii) se nada constar ou as partes discordem, a parte interessada poderá citar judicialmente a outra parte para comparecimento em audiência para este fim, salvo avença de não substituição de árbitros (artigo 16, §§1.º e 2.º).

Por fim, a legislação brasileira dispõe que ao atuar, efetivamente ou em razão de sua atuação, o árbitro se equipara aos funcionários públicos para efeitos penais, além de que é juiz de fato e de direito, não sujeitando-se sua sentença proferida a recurso ou homologação por parte do Poder Judiciário (artigos 17.º e 18.º).

¹³ Possuem caráter objetivo e presunção absoluta de parcialidade. Por exemplo: a intervenção como mandatário da parte, perito, membro do Ministério Público ou testemunha; atuou em outro grau de jurisdição; se um dos atuantes como defensor público, advogado, ou membro do Ministério Público seja seu cônjuge ou companheiro, ou qualquer parente, consanguíneo ou afim, em linha reta ou colateral, até o terceiro grau, inclusive; dentre outros.

¹⁴ Tem caráter subjetivo e presunção relativa de parcialidade. Por exemplo: a amizade íntima ou inimizade com partes ou advogados, receber presentes de quem tenha interesse na causa, ter aconselhado alguma das partes, quando as partes forem credoras ou devedoras, inclusive de cônjuge ou companheiro, ou de parente destes, em linha reta, até o terceiro grau, inclusive, quando tiver interesse no julgamento, foro íntimo.

Embora pareçam insuficientes as disposições, quanto à disposição legal da figura do árbitro, o Conselho Nacional de Justiça - CNJ, através do Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, também regulamenta a função do árbitro. O Código de Ética para Árbitros¹⁵, aprovado pelo CONIMA, aplica-se à conduta de todos os árbitros quer sejam nomeados por órgãos institucionais, quer sejam partícipes “ad hoc”.

3. Resultados

3.1. Semelhanças

A primeira semelhança destacada é quanto à pessoa do árbitro. Neste aspecto, podemos dizer que existem dois requisitos semelhantes: a) quanto à capacidade, o objetivo dos diplomas em análise corresponde a que a pessoa seja capaz para o exercício da função e b) até o momento é inexistente a exigência de uma formação específica para tanto.

Tanto a legislação portuguesa quanto a brasileira dispõem que para atuar como árbitro apenas exige-se que seja uma pessoa física (Brasil¹⁶) ou singular (Portugal¹⁷), dotada de capacidade.

Quanto à ausência da exigência de uma formação específica, ou ainda, em qualquer área, implica que qualquer pessoa que demonstre ter conhecimento sobre a questão discutida pode atuar num procedimento arbitral, mesmo que não tenha diploma superior, quer em Direito ou em outra área. Basta que as partes tenham confiança quanto aos conhecimentos do árbitro escolhido para dirimir aquele conflito, nomeando-os ou designando-os para tal função.

Outra semelhança está na possibilidade de atuação de um único árbitro, ou de mais árbitros, desde que sejam em número ímpar. Nesta hipótese, corresponde a imperativo legal a escolha de um presidente, embora se admita a substituição.

Dentre as congruências normativas, a autonomia das partes, também se apresenta como um requisito comum. Assim, ainda que as legislações prevejam várias hipóteses a respeito dos procedimentos quanto a nomeação, aceitação,

¹⁵ Para consulta ao Código de Ética para Árbitros, aprovado pelo Conselho Nacional das Instituições de Mediação e Arbitragem – CONIMA, fundado em 24 de novembro de 1997, com as entidades de maior representatividade no Brasil, consultar: <https://conima.org.br/site-em-construcao/arbitragem/codigo-etica-arbitros/> [10.01.2020].

¹⁶ Código Civil Brasileiro, Parte Geral, Livro I (Das pessoas), Título I (Das pessoas Naturais), Capítulo I (Da Personalidade e da Capacidade), artigos 1.º a 5.º.

¹⁷ Código Civil Português, Título II (Das relações jurídicas), Subtítulo I (Das pessoas), Capítulo I (Pessoas singulares), Seção I (Personalidade e capacidade jurídica), artigos 66.º a 69.º.

substituição e recusa dos árbitros, a vontade das partes é superior, podendo as mesmas afastarem o que está previsto legalmente.

Quanto aos honorários dos árbitros, tanto no Brasil quanto em Portugal, há a fixação prévia e acordada dos valores do procedimento arbitral.

Por fim, mas não menos importante, os dois ordenamentos entendem por encaminhar qualquer divergência não solucionada no procedimento arbitral ao poder judiciário, ao juízo competente, para que dirima a divergência, determinando que as partes a cumpram ainda na arbitragem, não decidindo o mérito, mas sim apenas a divergência alegada.

Portanto, vê-se que a figura do árbitro é extremamente semelhante nos dois ordenamentos, visto que praticamente todos os elementos associados nas legislações possuem algo respectivamente semelhante.

3.2. Diferenças

Relativamente às diferenças, a que mais se destaca diz respeito aos elementos que compõe o procedimento de nomeação/designação, aceitação, recusa e substituição do árbitro, nomeadamente, aos prazos, forma e endereçamento. Ou seja, a tramitação do procedimento arbitral, deste a sua instituição, na escolha dos árbitros e eventuais substituições e recusas, passando pelo procedimento em si, quanto a forma em que o mesmo se desenvolve e os prazos dos atos procedimentais. De qualquer maneira, mesmo havendo a faculdade das partes, bem como do tribunal arbitral, de seguirem um rito procedimental de acordo com que lhes mais convenha, a previsão legal nos diplomas em análise, preveem divergências nesse sentido, mas não na essência da tramitação, no que diz respeito à pessoa do árbitro.

A seguir, identifica-se no quadro das diferenças, a impossibilidade de atuação, ou seja, os casos de impedimento. Assim, enquanto no Brasil se utilizam as causas de impedimento e suspeição dos juízes de direito, em Portugal releva os fatores supervenientes e de incapacidade, e a eventual inacção. Vale lembrar, que em todos os casos são sanadas pela substituição do árbitro impossibilitado em questão.

Quanto a responsabilidade dos árbitros observamos que no Brasil a lei prevê a equiparação a funcionário público para fins penais, enquanto o diploma português descarta a responsabilização civil, perante as partes, do árbitro, por danos decorrentes de sua decisão.

Sobre a atuação do árbitro identificamos que enquanto a norma brasileira adjudica características como a imparcialidade, independência, competência, diligência e discricção, o regime português consagra apenas a independência e a imparcialidade. Ou seja, embora basicamente estejamos diante das mesmas qua-

lidades, o regime brasileiro acrescenta outras de forma mais específica. Ademais, a figura do árbitro secretario não se vislumbra no ordenamento português, ao passo que a mesma é prevista no procedimento arbitral brasileiro, sendo designado pelo presidente.

Por fim, cumpre destacar que embora não seja um dispositivo expresso em ambos os diplomas, o que acaba por se tornar diferente é o conteúdo legal optado pelos legisladores de incluir na ocasião de regulamentar a figura do árbitro. Ou seja, a forma em que os ordenamentos optam por positivar tal regulamentação, no que diz respeito ao que é regulamentado por cada legislação.

4. Conclusão

De acordo com a aplicação da metodologia estipulada, conclui-se que o árbitro possui as mesmas características nos dois ordenamentos analisados. Embora haja algumas diferenças, essas são essencialmente procedimentais quanto à escolha e atuação. Sendo assim, ser um árbitro no Brasil e em Portugal, observando apenas o seu regime jurídico, é demasiadamente semelhante.

Bibliografia

CAHALI, Francisco José, *Curso de arbitragem: mediação: conciliação: resolução CNJ 125/2010*, 6. ed., rev., atual. e ampl., Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2017.

CORDEIRO, Antonio Menezes, *Tratado da Arbitragem, Comentários à Lei 63/2011 de 14 de dezembro*, Coimbra, Almedina, 2015.

VICENTE, Dario Moura, *Direito Comparado*, 3.^a ed., rev. e atual., vol. I, Almedina, Coimbra, 2015.

VICENTE, Dário Moura, *Lei da Arbitragem voluntária: anotada, 2. ed., rev. e atualiz.*, Almedina, Coimbra, 2015.

Legislação

Decreto-lei n.º 47344/66, de 25 de novembro, *Aprova o Código Civil e regula a sua aplicação*, disponível em http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis [10.01.2020].

Lei n.º 9.307, de 23 de setembro de 1996, *Dispõe sobre a arbitragem*, disponível em <http://encurtador.com.br/bhrQZ> [17.05.2019].

Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, *Institui o Código Civil*, disponível em <http://encurtador.com.br/ixzS7> [18.05.2019].

Lei n.º 13.105, de 16 de março de 2015, *Código de Processo Civil*, disponível em <http://encurtador.com.br/ktAU9> [17.05.2019].

CONSELHO NACIONAL DAS INSTITUIÇÕES DE MEDIAÇÃO E ARBITRAGEM - CONIMA, Plano de Capacitação em Arbitragem, 1999, disponível em <http://conima.org.br/site-em-construcao/arbitragem/plano-arbitragem/> [10.01.2020].

Lei n.º 63/2011, de 14 de dezembro, *Aprova a Lei da Arbitragem Voluntária*, disponível em <http://encurtador.com.br/lzMP4> [17.05.2019].

O CONSTITUCIONALISMO PARA O SÉCULO XXI: OS PROBLEMAS CONSTITUCIONAIS

Larissa A. Coelho¹

1. Introdução

Após o estudo dos caminhos a serem seguidos pela constituição no cenário pós-moderno e da identificação dos diversos movimentos constitucionais, que marcam uma nova etapa na história do constitucionalismo, ao permitir uma (re)interpretação à luz da sua emancipação do Estado, temas esses desenvolvidos respectivamente nos Encontros de Investigadores de 2017 e 2018², discorremos nestas breves páginas o posterior desenvolvimento das pesquisas doutorais.

Tendo como ponto de partida o estudo dos movimentos que relacionam a teoria da constituição com a globalização, na busca por compreender qual a

¹ Doutoranda em Ciências Jurídicas Públicas pela Universidade do Minho. Bolsista pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia – FCT. Investigadora do Centro de Investigação em Justiça e Governança (JusGov). Bolsista de doutoramento pela Fundação para a Ciência e a Tecnologia – FCT (SFRH/BD/140897/2018)

Este texto tem por inspiração os debates decorridos no Grupo de Leitura Às Margens do Texto – GLMAT, da Escola de Investigadores do JusGov/UMinho, a que tive a honra de coordenar no primeiro semestre do ano de 2019.

² Sobre ver: COELHO, Larissa A., “Para onde caminha a Constituição?”, in *Encontro de investigadores EDUM 2017*, Larissa Coelho; Ana Carolina Cohen; Raphaela Toledo (org.), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018, pp. 109-119 e COELHO, Larissa A., “O Constitucionalismo para o século XXI”, in *Encontro de Investigadores EDUM 2018*, Larissa Coelho; Ana Carolina Cohen; Maria João Lourenço e Raphaela Toledo (org.), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, pp. 81-92, 2019.

teoria da constituição se adequa à realidade atual, faz-se necessário observar os problemas constitucionais que estão na base do atual paradigma constitucional. Isto porque, no tempo presente, o constitucionalismo depara-se com questões que vão muito além do clássico problema da limitação e do controle do poder estatal, estandarte das constituições escritas. Assim, o estudo que se segue fundamenta-se, especialmente, na sociologia constitucional, uma vez que tem por objetivo identificar os atuais fatores sociais de poder que o influenciam. Para tanto, a metodologia de pesquisa aplicada corresponde aos método jurídico-sociológico e indutivo³.

2. Discussão

Com os desenvolvimentos históricos pós Segunda Guerra Mundial, o direito vai ganhando cada vez mais força no âmbito internacional, especialmente com a promoção das normas de direitos humanos e fundamentais⁴, para além da influência transnacional que passam a ter as sentenças dos tribunais constitucionais, dos tratados internacionais, dos atores transnacionais e das organizações não governamentais que litigam em matérias de direitos humanos⁵. Bem como, foi se verificando uma tendência cada vez mais progressiva da judicialização dos processos sociopolíticos e económicos⁶. No âmbito socioeconómico foi se acompanhando um gradual desfalecimento das fronteiras políticas que associado aos avanços tecnológicos permite uma mais rápida e eficiente comunicação, circulação, troca de informações, serviços e produtos, impulsão dos movimentos migratórios, sobretudo de migrantes económicos, mas inclusive tornando fator de influência para o destino escolhido pelos refugiados. No campo político lidamos diariamente com a crise do Estado decorrente das alterações à noção clássica de soberania e o despertar de novos atores internacionais que influenciam ou têm a capacidade para criar o direito⁷.

Para a doutrina este novo cenário que surge em finais do século XX e sobretudo neste início do século XXI vai conectando os fatores da globalização ao constitucionalismo, permitindo que esses fatores gerem inquietações e con-

³ GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca, *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*, 3.^a ed. rev. e atual, Belo Horizonte, Del Rey, 2010, pp. 22-23.

⁴ THORNHILL, Chris, *A Sociology of Transnational Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, p. 70, <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781139833905> [02.06.2019].

⁵ THORNHILL, Chris, *A Sociology of Transnational Constitutions...* op. cit.

⁶ DE CABO MARTÍN, Carlos, *Contra el consenso: estudios sobre el estado constitucional y el constitucionalismo del Estado Social*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997, p. 173.

⁷ DE CABO MARTÍN, Carlos, *Contra el consenso...* op. cit., p. 176. Mais sobre ver também, COELHO, *O Constitucionalismo para o século...* op. cit.

seqüências aos quais o direito constitucional deve apresentar respostas, materializando o que Gomes Canotilho classificou como os problemas constitucionais da contemporaneidade⁸, isto porque, a Constituição pode ser um mecanismo de defesa frente às mudanças⁹, sobretudo àquelas que atendem contra a dignidade humana. Na esteira dos ensinamentos do autor De Cabo Martín, as constituições têm também uma função de controle e freio às mudanças sociais, matéria teorizada por este como sendo o estudo das mudanças constitucionais não formais¹⁰.

Neste contexto importa compreender o que é a globalização, não a limitando a seu conceito económico, mas a compreendendo enquanto um processo de interconexão e interação entre pessoas e nações promovidas através do desenvolvimento dos transportes, comunicações, turismo, migrações, informações, avanços tecnológicos e científico¹¹. Contudo, para o campo jurídico, Luigi Ferrajoli defende que a globalização é a responsável por provocar um vazio no direito público, ou seja, é este fenômeno condição *sine qua non* para o vazio de regras e limites no que toca à garantia dos direitos humanos e fundamentais frente aos novos poderes transnacionais, isto porque a valorização do mercado em detrimento da política tem promovido no campo jurídico uma supervalorização do direito contratual em substituição à norma geral e abstrata¹².

No desenvolvimento de seu pensamento, Ferrajoli aponta que os documentos internacionais dos direitos humanos como a Carta das Nações Unidas (1945), a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e os Pactos Internacionais de 1966 (dos direitos civis e políticos e dos direitos económicos, sociais e culturais), para além das diversas Cartas regionais de direitos fundamentais (como a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia; a Convenção Euro-

⁸ CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003, p. 1333.

⁹ DE CABO MARTÍN, Carlos, *Contra el consenso... op. cit.*, p. 176.

¹⁰ DE CABO MARTÍN, Carlos, *Contra el consenso... op. cit.*, pp. 178 e 189.

¹¹ PAOLI BOLIO, Francisco José, *Constitucionalismo en el siglo XXI. A cien años de la aprobación de la Constitución de 1917*, Ciudad de México, Senado de la República, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, pp. 175-176; COELHO, Larissa, *O Constitucionalismo para o século... op. cit.*

¹² FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Perfecto Andrés Ibáñez (trad.), Madrid, Editorial Trotta, S. A., 2014, p. 162. Nas palavras do autor, “la globalización se ha resuelto en un vacío de derecho público todavía más grave, es decir, en un vacío de reglas, de límites y vínculos en garantía de los derechos humanos frente a los nuevos poderes transnacionales, sustraídos a la función de gobierno y control de los viejos poderes estatales. Así, a la primacía del mercado sobre la política ha correspondido, en el plano jurídico, la sustitución de las formas tradicionales de la normación heterónoma, general y abstracta, por un derecho de producción contractual, que inevitablemente refleja la ley del más fuerte”.

peia dos Direitos do Homem; a Convenção Americana de Direitos Humanos e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos), embora no seu conjunto formem o que o autor classifica como uma “especie de constitución embrionaria del mundo”, visto que “[...] proclaman las libertades fundamentales e los derecho sociales reconocidos a todos los habitantes del planeta”, paulatinamente se vai verificado que faltam formas de implementação, tanto em nível normativo quanto institucional, para que se garanta a efetividade destes dispositivos. Diante desta ausência é crescente a distância entre “las promesas normativas” y “la realidad de sus desmentidos y violaciones”¹³. Nesta medida, o pensamento de Ferrajoli, aproxima-se da tese defendida por Ferdinand Lassalle em 1862, da necessidade de uma articulação entre o texto normativo e a realidade social para uma efetiva garantia constitucional¹⁴.

Por isso, com vista a ultrapassar este paradoxo que desponta no cenário internacional e na sequência dos ensinamentos de Ferrajoli, entre por um lado, o crescimento das promessas normativas e por outro, a complexidade dos problemas e interdependências emergentes da globalização, multiplicam-se as vias de interações multiníveis que recorrem ao entrelaçamento normativo, ou ainda à cooperação entre o direito constitucional nacional e o direito internacional, ou ao diálogo constitucional, que se baseiam na ideia do compartilhamento de poder introduzindo o direito a um particularismo jurídico pós-moderno¹⁵, dando corpo aos chamados novos constitucionalismos ou movimentos constitucionais.

3. Resultados

Entretanto, embora a doutrina venha desenhando uma série de teorias que buscam concatenar soluções constitucionais para os problemas oriundos da globalização e sua falta de regulação, acusa Ferrajoli, de ser a globalização a responsável pelo crescimento das desigualdades que dá origem a um novo racismo, ampliando a miséria dos países pobres, bem como a fome e as enfermidades, por conseguinte causando a morte de milhões de seres humanos¹⁶. Consequentemente, nos apresenta o digno mestre de Florença uma lista com cinco fatores os quais designa de “cinco emergências planetárias”, que se traduzem nos principais

¹³ FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través... op. cit.*, pp. 162-163.

¹⁴ LASSALLE, Ferdinand, *O que é uma Constituição?*, Lisboa, Escolar Editora, 2013.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través... op. cit.*, p. 163. As ideias apresentadas neste parágrafo correspondem aos novos movimentos constitucionais por nós desenvolvidos em COELHO, “O Constitucionalismo para o século...”, *op. cit.* Para tanto ver também COELHO, Larissa A “O ensino do direito constitucional na era da globalização”, in *Desafios do ensino jurídico no século XXI*, Fabrício Veiga Costa; Ivan Dias da Motta e Sérgio Henrique Zandona Freitas (orgs.), Maringá, IDDM, 2018, pp. 361 – 387.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través... op. cit.*, p. 164.

problemas a que hodiernamente o constitucionalismo procura soluções, que tem sua raiz na dissonância entre a economia, a política e o direito. Passemos, assim, a uma sucinta análise do que convencionalmente a doutrina vem apelidando de *problemas constitucionais* sob a ótica de Luigi Ferrajoli.

E, o *primeiro* problema constitucional corresponde à crise da democracia constitucional, ou seja, a crise da política que é socialmente percebida pelo descrédito e pela falta de confiança populacional na democracia representativa e nos partidos políticos, que vem traduzindo-se numa elevada abstenção popular quando estes são chamados a pronunciar-se na “ágora” através do sufrágio universal, como recentemente ficou comprovado nas eleições europeias para o Parlamento Europeu ocorridas em Portugal, cuja margem de abstenção rondou cerca de 70% da população. Esse afastamento popular dos órgãos que lhe representam tem permitido o ressurgimento dos movimentos populistas, de cunho ideológico extremista, reavivando a memória de tempos hostis à dignidade humana. Mas a causa desta maleita segundo Ferrajoli pode estar relacionada com a incapacidade do direito enquanto instrumento de regulação para garantir às pessoas os direitos fundamentais¹⁷.

O *segundo* problema constitucional é composto por uma série de fatores sociais e humanitários como a fome, a sede, as enfermidades e o analfabetismo¹⁸ tão divulgados nos últimos anos pela Agenda 2030 das Nações Unidas para o Desenvolvimento Sustentável. Em pleno século XXI a falta de uma melhor distribuição de renda e de recursos básicos são as causas de milhares de mortes, segundo os dados constantes no relatório *O Estado da Segurança Alimentar e Nutrição para o Mundo 2018*, fruto das investigações levadas a cabo pela Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO), no qual consta para o ano de 2017, que aproximadamente 821 milhões de pessoas no mundo foram afetadas pela desnutrição ou por privação crónica de alimentos¹⁹. No campo da saúde o relatório *World Health Statistics 2018* da Organização Mundial da Saúde (OMS), apontou que metade da população mundial não tem

¹⁷ FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través...* op. cit., pp. 166-169.

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través...* op. cit., pp. 166-167.

¹⁹ FAO, IFAD, UNICEF, WFP and WHO, *The State of food security and nutrition in the world 2018. Building climate resilience for food security and nutrition*. Rome, FAO, 2018, disponível em <http://www.fao.org/3/i9553en/i9553en.pdf> [02.06.2019]. Ainda segundo este relatório, ao analisar as evidências sobre o progresso para a erradicação da fome, conforme estipulado no objetivo 2 da Agenda dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável das Nações Unidas para 2030, se prevê o não cumprimento desta meta visto que ao invés da diminuição deste índice temos acompanhado uma regressão nesta matéria, em que o número de pessoas que passam fome no mundo tem crescido nos últimos anos, aproximando-se dos índices de uma década atrás, no original “Evidence continues to signal a rise in world hunger. According to available data, the number of people who suffer from hunger has been growing over the past three years, returning to levels from a decade ago” (cfr. FAO, et. al., *The State of Food Security...* op. cit., p. XIII).

acesso aos serviços básicos de saúde²⁰. No que toca à educação, a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO) divulgou os dados referentes ao ano de 2018 informando que cerca de 617 milhões de crianças e adolescentes numa escala global, não possuem competências básicas na leitura, escrita e matemática, número esse ao qual se soma a quantia de 750 milhões de jovens e adultos analfabetos²¹.

O *terceiro* problema apresentado por Ferrajoli é o meio ambiente²². Tema de inúmeras cimeiras internacionais, móbil de greves internacionais lideradas por crianças, ao mesmo tempo em que se torna um assunto desdenhado pelos atuais líderes das chamadas “velhas” potências. O meio ambiente abarca uma transversalidade temática que demonstra a (má)interação entre o homem e o meio que causa a destruição da terra, água, ar, flora e fauna. Neste campo, a título ilustrativo de todas as mazelas que cercam este tema, damos destaque às alterações climáticas, pois têm sido consideradas pelos especialistas como o “[...] problema de política pública mais difícil que a humanidade alguma vez teve de enfrentar”²³. Para Ulrick Beck as alterações climáticas são “[...] a encarnação dos erros de toda uma época de industrialização constante [...]”, questionando o autor o que poderemos fazer no quadro normativo e político contra essas alterações, visto que o atual patamar ao qual chegamos demonstra uma “[...] impotência total das políticas nacional-internacional existente”, classificando o presente momento como sendo da “era dos riscos globais”²⁴. O ambiente, e em específico, as alterações climáticas exigem respostas globais subsumidas a uma cooperação cada vez maior entre os Estados, bem como a uma participação ativa

²⁰ WORLD HEALTH ORGANIZATION, *World health statistics 2018: monitoring health for the SDGs, sustainable development goals*, Geneva, World Health Organization, 2018, disponível em: <https://apps.who.int/iris/bitstream/handle/10665/272596/9789241565585-eng.pdf?ua=1&ua=1> [02.06.2018].

²¹ Informação obtida na página oficial das Nações Unidas, sob o título “UNESCO: 750 milhões de jovens e adultos no mundo são analfabetos” em 06.09.2018, disponível em: <https://nacoesunidas.org/unesco-750-milhoes-de-jovens-e-adultos-no-mundo-sao-analfabetos>.

²² FERRAJOLI, Luigi, *La democrazia a través... op. cit.*, p. 167.

²³ SACHS, Jeffrey D., *A era do desenvolvimento sustentável*, Lisboa, Actual Editora, 2017, p. 418.

²⁴ BECK, Ulrich, *A metamorfose do mundo*, Pedro Elói Duarte (trad.), Lisboa, Edições 70, 2017, pp. 52-54.

dos cidadãos²⁵, tornando estes segundo Beck, em “*Homo oecologicus*”, em virtude “[...] do seu interesse mais essencial na sobrevivência”²⁶.

O *quarto* problema constitucional relaciona-se à produção de armas nucleares, matéria que de acordo com Ferrajoli esteve em franco crescimento nos anos posteriores à Segunda Guerra Mundial, sobretudo nos países que encabeçavam a bipolarização, porém, afirma o autor que “[e]l fin de la guerra fría y del bipolarismo no han supuesto en modo alguno el fin de este peligro”, pelo contrário, vários países investiram em tecnologia capaz de produzir armas nucleares, químicas e biológicas, gerando uma psicose internacional sob o véu da suspeita e da possibilidade de que organizações criminosas e grupos terroristas tenham em suas posses tais armas²⁷. O medo semeado a escala internacional, tendencialmente, acaba por levar essas organizações a pensarem que estão a conquistar a sua missão, de mudar “[...] o equilíbrio do poder político através da violência [...]”²⁸.

O *quinto* e último problema constitucional apontado por Luigi Ferrajoli corresponde à criminalidade organizada, estando a novidade assente na sua atuação e formação transnacional, bem como na militarização de sua força e na capacidade de corromper os poderes legais, tanto económicos quanto políticos. Defende o autor que a corrupção que une os poderes criminais aos legais, no qual o primeiro exerce sobre o segundo uma força de intimidação, “[...] es el aspecto más amenazador del crimen organizado”, sendo o setor económico o que mais se contamina na interação entre esses dois mundos. Isto porque a economia gerada pelas organizações criminosas integra-se com a economia de mercado “[...] contaminándola y controlándola a través de una tupida serie de coparticipaciones y complicidades”²⁹.

²⁵ PEREZ FERNANDES, Sophie, “Do que o jurídico faz para a proteção do ambiente ao que a proteção do ambiente faz para o jurídico – considerações em clima de metamorfose no quadro jurídico europeu”, *e-Pública*, vol. 4, n.º 3, dezembro, 2017, disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v4n3/v4n3a08.pdf> [02.06.2019], pp. 117-143, p. 143.

²⁶ BECK, Ulrich, A metamorfose... *op. cit.*, p. 210 (itálico no original). *op. cit.*, p. 210 (itálico no original).

²⁷ FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través...* *op. cit.*, pp. 167-168.

²⁸ HARARI, Yuval Noah, *21 Lições para o Século XXI*, Rita Canas Mendes (trad.), Amadora, Elsinore, 2018, p. 193.

²⁹ FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través...* *op. cit.*, p. 168.

4. Considerações finais

Yuval Noah Harari questiona do ponto de vista histórico “[q]uais os maiores desafios e as maiores escolhas da atualidade”³⁰, Luigi Ferrajoli nos indica que para responder a essa questão devemos analisar o campo político, o social, o económico, o humanitário e o ecológico, embora muitos outros parâmetros possam ser somados a esses fatores como o tecnológico, a informação e o consumo. Conclui Ferrajoli que o principal efeito das emergências, ou seja, dos problemas assinalados são “[...] las violaciones de todos los derechos de miles de millones de seres humanos y un crecimiento exponencial de las desigualdades [...]” colocando em causa a efetividade dos direitos fundamentais.

Deste modo, podemos considerar, que os atuais problemas constitucionais forcem o constitucionalismo a ir para além da defesa da velha ordem, cujo progresso ligava-se às técnicas de limitação do poder estatal³¹. A observação dos atuais fatores sociais de poder, ou para utilizarmos a clássica expressão cunhada por Lassalle, dos *factores reais de poder*, permite uma adaptação e atualização das normas constitucionais para que se evite uma tensão entre a norma e a realidade. Contudo, com isto não se está a desprezar o valor da norma, mas verificando a influência da sociedade para determinação da interpretação desta³². E por isso, o constitucionalismo enquanto uma ideia do século XVIII que sobrevive ao século XXI, não tem mais apenas como preocupação as disritmias causadas pela *propriedade, força militar* e o *capital*, em alusão aos fatores sociais identificados por Lassalle³³, que se traduziam no paralelismo governante-governado/senhor-servo. Pelo contrário, hoje impera, para além destes, uma panóplia de atores, sobretudo de atores privados, que se retroalimentam dos benefícios e malefícios concebidos pela globalização, gerando muitas vezes a sensação de uma ausência de controle, que modifica a sociedade e principalmente que cria um fosso entre as Cartas de direitos humanos e fundamentais e a realidade, tornando-as meras promessas... utopias.

Bibliografia

BAUMAN, Zygmunt, *Globalização: as consequências humanas*, Marcus Penchel (trad.), Rio de Janeiro, Jorge Zahar Ed., 1999.

³⁰ HARARI, Yuval Noah, *21 Lições...* *op. cit.*, p. 14.

³¹ DE CABO MARTÍN. *Contra el consenso...* *op. cit.*, pp. 16 e 193.

³² MORA-DONATTO, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002, p. 11.

³³ A propriedade, a força militar e o capital foram os fatores de poder identificados por Ferdinand Lassalle (*O que é uma Constituição, op. cit.*) como sendo os responsáveis pelo desenvolvimento do constitucionalismo.

BECK, Ulrich, *A metamorfose do mundo*, Pedro Elói Duarte (trad.), Lisboa, Edições 70, 2017.

CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra, Almedina, 2003.

COELHO, Larissa A., “Para onde caminha a Constituição?”, in *Encontro de investigadores EDUM 2017*, Larissa Coelho; Ana Carolina Cohen; Raphaela Toledo (org.), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2018.

COELHO, Larissa A., “O Constitucionalismo para o século XXI”, in *Encontro de Investigadores EDUM 2018*, Larissa Coelho; Ana Carolina Cohen; Maria João Lourenço e Raphaela Toledo (org.), Braga, Escola de Direito da Universidade do Minho, 2019.

COELHO, Larissa A., “O ensino do direito constitucional na era da globalização”, in *Desafios do ensino jurídico no século XXI*, Fabrício Veiga Costa; Ivan Dias da Motta e Sérgio Henrique Zandona Freitas (orgs.), Maringá, IDDM, 2018.

DE CABO MARTÍN, Carlos, *Contra el consenso: estudios sobre el estado constitucional y el constitucionalismo del Estado Social*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1997.

FAO, IFAD, UNICEF, WFP and WHO, *The State of food security and nutrition in the world 2018. Building climate resilience for food security and nutrition*. Rome, FAO, 2018, disponível em <http://www.fao.org/3/i9553en/i9553en.pdf> [02.06.2019].

FERRAJOLI, Luigi, *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, Perfecto Andrés Ibáñez (trad.), Madrid, Editorial Trotta, S. A., 2014.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca, *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*, 3ª ed. rev. e atual, Belo Horizonte, Del Rey, 2010.

HARARI, Yuval Noah, *21 Lições para o Século XXI*, Rita Canas Mendes (trad.), Amadora, Elsinore, 2018.

LASSALLE, Ferdinand, *O que é uma Constituição?*, Lisboa, Escolar Editora, 2013.

MORA-DONATTO, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*, Ciudad de México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

PAOLI BOLIO, Francisco José, *Constitucionalismo en el siglo XXI. A cién años de la aprobación de la Constitución de 1917*, Ciudad de México, Senado de la República, Secretaría de Cultura, Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

PEREZ FERNANDES, Sophie, “Do que o jurídico faz para a proteção do ambiente ao que a proteção do ambiente faz para o jurídico – considerações em clima de metamorfose no quadro jurídico europeu”, *e-Pública*, vol. 4, n.º 3, dezembro, 2017, disponível em <http://www.scielo.mec.pt/pdf/epub/v4n3/v4n3a08.pdf> [02.06.2019], pp. 117-143.

SACHS, Jeffrey D., *A era do desenvolvimento sustentável*, Lisboa, Actual Editora, 2017.

TEUBNER, Gunther, “Reflexões sobre a constitucionalização do sistema de poder mundial”, *Revista Brasileira de Sociologia do Direito*, vol. 5, n.º 1, jan/abr., 2018, disponível em <http://dx.doi.org/10.21910/rbsd.v5n1.2018.231> [23.05.2018], pp. 4-23.

THORNHILL, Chris, *A Sociology of Transnational Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press, 2016, disponível em <http://dx.doi.org/10.1017/CBO9781139833905> [02.06.2019].

TUSHNET, Mark, “The Inevitable Globalization of Constitutional Law”, *Harvard Public Law Working Paper* No. 09-06, December 18, 2008, disponível em <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1317766> [02.06.2019].

A LEI DE SAÚDE MENTAL COMO EXCEÇÃO AO BROCARDO *IUDEX EST PERITUS*?

Maria João Lourenço¹

1. Introdução e objetivos

No encontro de investigadores do ano anterior demos conta de que o nosso objeto de investigação de Doutoramento se centrava no estudo da prova pericial, enquanto concretização das interseções do Direito com a Ciência.

Desde essa data até ao presente, nos temos debruçado sobre o estudo do regime de produção da prova pericial no ordenamento jurídico português. Referimos, há um ano, que nos ordenamentos jurídicos que integram a tradição jurídica romano-germânica, parece existir uma aceitação plena do regime instituído². Ao longo deste ano, confirmamos esse ponto de partida: são, de facto, raras as discussões em torno da produção e valoração da prova pericial, mais parecendo que os problemas por nós apontados estão à margem da realidade vivida nos Tribunais. Porém, e também por essa razão, continua a parecer-nos pertinente abordar este tema.

Enquanto estudávamos estas questões, e nos debatíamos com a interferência de especialistas de saúde mental nos processos judiciais, deparámo-nos

¹ Assistente convidada da EDUM e Advogada. Investigadora júnior do JUSLAB e Doutoranda em Ciências Jurídicas na EDUM, na vertente de especialização em Ciências Jurídicas Gerais.

² Para uma análise comparativa entre os regimes, partindo nos modelos português e norte-americano, sugere-se a leitura do nosso artigo: Prova pericial científica: análise comparada dos regimes jurídicos de Portugal e dos EUA, *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXVII, n.º 348, setembro/dezembro 2018, pp. 347-368.

com uma outra questão que nos suscitou particular interesse: será que a Lei de Saúde Mental³ permite uma inversão dos papeis conferidos ao Juiz e ao perito, deixando sem sentido o brocardo do Juiz como o maior de todos os especialistas? Sabemos bem que a Lei de Saúde Mental e as relações entre Direito e a Psiquiatria foram objeto de inúmeras discussões, colóquios, estudos e manifestações de diferentes profissionais das mais variadas áreas, sobretudo quando analisada à luz das dificuldades de interpretação e concretização dos conceitos e da eventual violação de direitos fundamentais. Não procuraremos discutir a bondade do regime jurídico, nem sequer centrar o estudo nas dificuldades sentidas na dicotomia Direito/Psiquiatria. O que pretendemos trazer à discussão são as soluções legislativas previstas para essa interdisciplinaridade na interpretação dos factos, quando todos os intervenientes têm consciência que, nestes casos em particular, o médico, enquanto especialista, pode assumir uma relevância que, por via de regra, apenas poderia ser reconhecida ao Juiz.

2. Discussão e Resultados

O diploma objeto do presente estudo estabelece os princípios gerais da política de saúde mental e regula o internamento compulsivo dos portadores de anomalia psíquica (art. 1.º da LSM). Nos seus termos, o portador de anomalia psíquica grave que crie, por força dela, uma situação de perigo para bens jurídicos, de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial e recuse submeter-se ao necessário tratamento médico pode ser internado em estabelecimento adequado, tal como pode ser internado o portador de anomalia psíquica grave que não possua o discernimento necessário para avaliar o sentido e alcance do consentimento, quando a ausência de tratamento deteriore de forma acentuada o seu estado (n.ºs. 1 e 2 do art. 12.º da LSM).

O internamento há de iniciar-se pela apresentação de um requerimento, dirigido ao Tribunal competente, com a descrição dos factos que o fundamentam (arts. 12.º a 15.º da LSM). Após as demais diligências previstas, o Juiz, oficiosamente ou a requerimento, determina a realização das diligências que se lhe afigurem necessárias e, obrigatoriamente, a avaliação clínico-psiquiátrica do internando (n.º 1 do art. 16.º da LSM). Esta avaliação clínico-psiquiátrica é deferida aos serviços oficiais de assistência psiquiátrica da área de residência do internando, devendo ser realizada por dois psiquiatras que devem remeter o

³ Lei n.º 36/98, de 24 de julho, *Diário da República*, Série I-A 169/1998 (98-07-24) 3544 – 3550. A sua última redação foi conferida pela Lei n.º 49/2018, *Diário da República*, Série I 156/2018 (18-08-14) 4072 – 4086. Doravante, designada por LSM.

relatório ao Tribunal (n.ºs. 1 e 4 do ar. 17.º da LSM)⁴. Sublinhe-se que este juízo técnico-científico inerente à avaliação clínico-psiquiátrica está subtraído à livre apreciação do Juiz (n.º 5 da mesma disposição legal)⁵. Após o que o Juiz deve designar sessão conjunta, proferindo a decisão sobre o internamento, devidamente fundamentada, com identificação da pessoa a internar e as específicas razões clínicas, assim como o diagnóstico clínico, quando existir, e a justificação do internamento (n.ºs. 1 e 2 do art. 20.º da LSM).

Já no internamento de urgência, que ocorre sempre que o portador de anomalia psíquica grave crie, por força dela, uma situação de perigo iminente para bens jurídicos, de relevante valor, próprios ou alheios, de natureza pessoal ou patrimonial e recuse submeter-se ao necessário tratamento médico pode ser internado em estabelecimento adequado (art. 12.º da LSM), as autoridades de polícia ou de saúde pública podem determinar, oficiosamente ou a requerimento, através de mandado, que o portador de anomalia psíquica seja conduzido ao estabelecimento com urgência psiquiátrica mais próximo do local em que se iniciou a condução, onde é submetido a avaliação clínico-psiquiátrica com registo clínico e lhe é prestada a assistência médica necessária (arts. 23.º e 24.º da LSM).

Nestas situações, em que o primeiro contacto estabelecido é entre o internando e o estabelecimento de saúde, a avaliação clínico-psiquiátrica referida é prévia e quando na mesma se concluir pela necessidade de internamento e o internando a ele se opuser, o estabelecimento comunica, de imediato, ao Tribunal que, de seguida, deverá realizar as demais diligências que reputar necessárias, podendo depois proferir decisão sobre sua eventual manutenção (n.º 1 do art. 25.º e 26.º da LSM). Em caso de manutenção do internamento, o Juiz dá início ao processo de internamento, devendo ordenar que, no prazo de cinco dias, tenha lugar nova avaliação clínico-psiquiátrica, a cargo de dois psiquiatras que não

⁴ A título excecional a avaliação clínico-psiquiátrica é deferida ao serviço de psiquiatria forense do Instituto de Medicina Legal da respetiva circunscrição (n.º 2 do art. 17.º da LSM). Apesar de o legislador não ter especificado em que situações tal será possível, alguma doutrina já se manifestou no sentido de reservar esta faculdade a casos de especial complexidade, nomeadamente quando surjam divergências entre psiquiatras em avaliações consecutivas ou nos casos em que o internamento se prolonga por vários períodos de 2 meses (cfr. art.º 35.º, da LSM). Isto porque ao exigir-se múltiplas avaliações, parece que é útil a intervenção de um psiquiatra absolutamente independente, exterior à instituição, isento de um qualquer viés clínico assistencial, o que é assegurado pela intervenção de peritos do Instituto Nacional de Medicina Legal, desde que sem a participação do médico assistente do doente. LATAS, António João; VIEIRA, Fernando Viera, *Notas e comentários à Lei de saúde mental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 123.

⁵ Esta norma vem, na verdade, reproduzir o regime previsto para o valor da prova pericial no Código de Processo Penal, nos termos do qual o juízo técnico, científico ou artístico inerente à prova pericial presume-se subtraído à livre apreciação do julgador. Veja-se o n.º 1 do art. 163.º do DL n.º 78/87, de 17 de fevereiro, *Diário da República*, Série I, n.º 40/1987 (87-02-17), pp. 617-699. Última versão conferida pela Lei n.º 33/2019, de 22/05, *Diário da República*, Série I, n.º 98/2019 (19-05-22), pp. 2543-2544. Daqui em diante, designado por CPP.

tenham procedido à anterior, com a eventual colaboração de outros profissionais de saúde mental (n.º 1 do art. 27.º da LSM).

Nestas situações não se encontra, todavia, a previsão do valor que deve ser conferido ao relatório elaborado pelos psiquiatras responsáveis pela análise da situação clínica do internando (pressuposto que não há qualquer remissão da secção que trata este internamento para o já citado n.º 5 do art. 17.º da LSM), mas cremos que essa opção se aplicará também às situações de internamento de urgência.

Apesar de coincidir o valor atribuído a estes relatórios conferido aos juízos técnicos, científico ou artístico inerente à prova pericial, tal como previsto no Código de Processo Penal (CPP), não deixa de ser curioso que a competência para realização da avaliação clínico-psiquiátrica, nas situações de internamento, seja conferida, nos termos dos arts. 10.º a 15.º do diploma que estabelece a organização da prestação de cuidados de psiquiatria e saúde mental⁶, aos serviços oficiais de assistência psiquiátrica. Significa isto que a avaliação não é assegurada por um perito independente - como acontece nas perícias psiquiátricas previstas no CPP - mas por um médico assistente, já que esta avaliação visa essencialmente um fim terapêutico, por isso será de teor mais clínico do que pericial⁷.

Do que se expôs, facilmente se conclui que a decisão sobre o internamento compulsivo recai sobre o Tribunal. Porém, é interessante destacar que o legislador determinou que esta decisão judicial é antecedida por uma avaliação clínico-psiquiátrica do internando, realizada por médicos especialistas. E, mais do que isso, que esta avaliação, de natureza técnico-científica e de realização obrigatória, está subtraída à livre convicção do Juiz. Ou seja, o legislador assumiu expressamente que a avaliação médica realizada configura uma “deliberação preliminar” ou “pré-decisão”⁸. Isto significa que ainda que o relatório seja favorável ao internamento, o Juiz não fica obrigado a decretar o internamento compulsivo uma vez que para tal decisão concorrem não apenas elementos clínico-psiquiátricos, mas também normativos. No sentido oposto, isto é, caso o parecer da

⁶ DL 35/99, de 5 de fevereiro, *Diário da República*, n.º 30/1999, Série I-A, de 1999-02-05, pp. 676-681.

⁷ LATAS, António João; VIEIRA, Fernando Viera, *Notas e comentários... op. cit.*, p. 121.

⁸ ANDRADE, José Carlos Vieira de, O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais, in AAVV, *A lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 85. Vide também LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O internamento compulsivo de doente mental perigoso na LSM, in *Estudos de Direito da Bioética*, José de Oliveira Ascensão, Coimbra, Almedina, 2005, p. 136.

avaliação seja desfavorável ao internamento, então o Juiz não se poderá decidir por decretar o internamento compulsivo⁹.

O modelo assim previsto tem sido definido como um “modelo misto, em que a judicialização dialoga com a avaliação clínico-psiquiátrica, num axioma de mínima intervenção estatal dominado pelos princípios da necessidade, da adequação e da proporcionalidade”¹⁰. Este tipo de modelo misto, procura sobretudo consagrar uma “leitura teleológica, funcional e garantística, de onde resulta uma responsabilidade dividida ou partilhada”¹¹ entre os diferentes profissionais do Direito e da saúde mental. Tudo com o fito de “exigir um *consenso* entre médicos e juizes, fazendo depender o internamento da *conjunção de dois poderes* e de *dois juízos*: por um lado, de uma *decisão médica especializada*, fundada em conhecimentos técnicos e obrigada por uma deontologia profissional exigente; por outro lado, de uma *decisão judicial*, fundada em conhecimentos jurídicos e garantindo a aplicação correcta da Constituição e da lei”¹².

O processo assenta, por isso, numa “matriz garantística”, uma vez que a decisão de internamento compulsivo exige uma concordância entre a decisão médica especializada e a decisão judicial¹³. Na prática, “as diversas áreas do saber envolvidas têm que se aliar e conjugar esforços para dar resposta a tais situações, cada uma cumprindo o seu papel e ajudando a outra a cumprir o seu”¹⁴. Existe, assim, uma relação de interdependência na decisão de internamento relativamente ao parecer técnico e clínico: ao Juiz não será possível decidir-se pelo in-

⁹ Assim se pode concluir, então, que a avaliação psiquiátrica, prevista como um parecer conforme e vinculativo, apenas existirá quando o parecer médico for desfavorável, isto é, quando se pronuncie sobre a não verificação dos pressupostos de que depende o internamento. Tal é facilmente compreensível pelo facto de, recaindo sobre o Juiz a decisão final quanto à manutenção do internamento, ele ter que especificar as razões clínicas e a justificação para o internamento, à luz do enquadramento normativo (art. 20.º LSM).

¹⁰ RODRIGUES, Cunha, Sobre o estatuto jurídico de pessoas afectadas de anomalia psíquica, in AAVV, *A lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 42. Esta opção legislativa mostra-se mais garantística do que as recomendações internacionais, que não impõem que o internamento compulsivo seja decretado por um Tribunal, apenas bastando que a decisão seja emanada por um órgão ou autoridade independente, ou seja, e nomeadamente, uma outra distinta daquela entidade que propõe a medida de internamento (art. 5.º, n.º 1, al. e), da CEDH).

¹¹ LATAS, António João; VIEIRA, Fernando Viera, *Notas e comentários... op. cit.*, pp. 117-118.

¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de, *O internamento compulsivo... op. cit.*, pp. 84 e 85 (itálicos no original). Esta opção terá como “o objetivo de reequilibrar as tensões clínico-psiquiátrica e judicial”, RODRIGUES, Cunha, *Sobre o estatuto jurídico... op. cit.*, p. 47.

¹³ ALMEIDA, Manuel Simões de, Internamento compulsivo de doentes portadores de anomalia psíquica grave: dificuldades e constrangimentos do Tribunal, *Revista do Ministério Público*, Ano 32º, n.º 127, julho - setembro 2011, pp. 101-117.

¹⁴ *Idem.*

ternamento sem parecer médico que conclua nesse sentido; contudo, não será suficiente esse parecer para que o Juiz sujeite o doente ao internamento: de molde a salvaguardar o direito fundamental à liberdade, exige-se ao Juiz ponderar se o bem jurídico que pode ser posto em perigo pelo indivíduo é relevante para determinar o seu internamento, com recurso a juízos de proporcionalidade (art. 8.º, n.º 2 LSM).

Algumas críticas foram já tecidas, a propósito das dificuldades na operacionalidade da lei. Os profissionais, sobretudo da saúde mental, referem que o processo de internamento se tornou muito complexo, consagrando uma “excessiva judicialização”¹⁵ e que procura relevar a segurança em detrimento do tratamento médico dos doentes. Como dissemos anteriormente, não é nosso objetivo estudar a bondade desta solução, nem os problemas que, quotidianamente, se fazem sentir na aplicação desta solução jurídica. O que procuramos é verificar se a importância conferida ao médico especialista, nestas situações, abstrai o Juiz da sua tarefa jurisdicional. Isto é, se há alguma desvalorização do papel judicial nesta sede, abrindo o processo portas para que a ciência, sozinha, decida do Direito, sobretudo porque a avaliação clínico-psiquiátrica se encontra, como vimos já, subtraída à livre apreciação do Juiz (art. 17.º, n.º 5 da LSM).

Aqui reside aquele que é, aos nossos olhos, o maior problema da interdisciplinaridade das matérias discutidas no seio dos processos judiciais: de que forma deve ser valorada a avaliação realizada pelo perito? Qual o papel reconhecido ao médico especialista e ao Juiz? Manter-se-á ele como o “especialista dos especialistas”? Como fazer a repartição de competências entre o Juiz e o perito? Estaremos nós perante uma exceção à exclusividade do poder jurisdicional?

Nas matérias que implicam a ingerência de conhecimentos da Psiquiatria no Direito, estas questões tornam-se ainda mais evidentes porque a inexistência de uma harmonia nos diferentes quadros conduz a diferentes metodologias e a dificuldades no estabelecimento de diálogos profícuos¹⁶. Estamos perante dife-

¹⁵ ALBUQUERQUE, Afonso de, Parecer do Colégio de Psiquiatria sobre a Proposta de Lei de Saúde Mental, *Revista da Ordem dos Médicos*, agosto, 1997, p. 14. Esta foi uma opção legislativa, que primou, no dizer de alguns autores, por uma abordagem mais próxima de uma vertente judicial do que administrativa e/ou sanitária. Cf. GONÇALVES, Pedro Correia Gonçalves, *O estatuto jurídico do doente mental com referência à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Lisboa, Quid Juris, 2009, p. 159.

¹⁶ Acerca das dificuldades sentidas pelos diferentes profissionais, podem ler-se, a título meramente exemplificativo, MOTA, Victor, *Quase responsáveis: vinte anos de psiquiatria forense*, Porto, Hospital de Magalhães Lemos, 2012; GONÇALVES, Rui Abrunhosa, *Psicologia Forense em Portugal: uma história de responsabilidades e desafios*, *Análise Psicológica*, vol. 28, n.º 1, janeiro, 2010, pp. 107-115; FARIA, Ana Filipa Alves, *Perícias forenses de agressores conjugais: caracterização e impacto nas sentenças judiciais*, Braga, Universidade do Minho, 2011. Dissertação de Mestrado e KOPPEN, Peter J. van, O mau uso da psicologia em Tribunal, in *Psicologia e Justiça*, António Castro Fonseca, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 123-154.

rentes profissionais cujos especiais conhecimentos apenas lhe permitem compreender parcialmente os factos em discussão: o Juiz apenas compreenderá o lado normativo e o médico a componente clínica do caso. O que significa que só uma cooperação e um trabalho conjunto permitirá uma visão global.

Nestas situações, o problema último reside no próprio diagnóstico, matéria na qual não há uma única resposta e posição possíveis. Aliás, como bem denota Cunha Rodrigues, a propósito das dificuldades de diagnóstico, “esta é uma matéria em que, como se sabe, os cientistas se dividem, convergindo apenas na dúvida sobre se não se tratará afinal de uma tarefa impossível”¹⁷. Não obstante, os juristas têm uma tendência, talvez ingénua, de idolatrar e venerar a ciência, porque acreditam ser capaz de oferecer certezas e previsões seguras¹⁸, em grande medida porque onde a dúvida persiste o Tribunal terá que encontrar uma certeza. Daí que esta opção por um sistema misto levante algumas dificuldades, desde logo de ordem prática¹⁹. Aquelas que mais nos interessa para este debate prende-se com a necessidade de estabelecer uma divisão clara entre as competências atribuídas ao médico especialista e as competências que recaem sobre o Juiz. Apesar de o regime jurídico da Lei de Saúde Mental transparecer uma divisão entre as competências que recaem sobre cada um dos intervenientes processuais, certo é que, na prática, nem sempre é fácil compreender a linha bastante ténue que separa os limites de cada uma das intervenções, uma vez que lidamos permanentemente com conceitos de diferentes áreas de saber.

Tendo em vista ultrapassar estas dificuldades, julgamos que o mais importante será esclarecer a quem cabe a concretização dos conceitos e os procedimentos aplicados para uma correta aplicação da lei. Como ponto de partida, parece-nos que a avaliação clínico-psiquiátrica terá de versar sempre, e ainda que não exclusivamente, sobre os pressupostos dos internamentos compulsivos que “unicamente possam ser observados, compreendidos e analisados exaustivamente em virtude dos conhecimentos profissionais próprios da especialidade

¹⁷ RODRIGUES, Cunha, *Sobre o estatuto jurídico... op. cit.*, p. 45. Nas palavras de Vaz Serra, o “conceito de saúde mental é demasiado complexo para poder ser simples”; SERRA, Adriano Vaz, *Comentários críticos à Lei de Saúde Mental*, in AAVV, *A lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 59. Sobre as inúmeras dificuldades neste inter-relacionamento, veja-se também ANDRADE, José Carlos Vieira de, *O internamento compulsivo... op. cit.*, p. 84.

¹⁸ No entanto, como bem expõe Clara Calheiros, esta ciência por vezes comporta algumas dificuldades na descoberta da verdade. Leia-se CALHEIROS, Clara, *Verdades difíceis: intersecções entre direito e ciência*, *Julgar*, Número especial, 2014, pp. 135-143.

¹⁹ Seguimos, de perto, RODRIGUES, Cunha, *Sobre o estatuto jurídico... op. cit.*, p. 47 e GONÇALVES, Pedro Correia Gonçalves, *O estatuto jurídico do doente... op. cit.*, pp. 164-165.

da psiquiatria²⁰. Mas então, questionamos nós: se a verificação dos pressupostos quanto ao internamento recai sobre exclusiva responsabilidade do Juiz, será que este vê os seus poderes jurisdicionais reduzidos ao controlo formal e procedimental do processo²¹? E, se assim for, acresce uma outra preocupação: como poderá fiscalizar tal processo se não está presente no momento do diagnóstico e se desconhece a metodologia de avaliação utilizada pelos psiquiatras?

Antes de mais, importa esclarecer que o juízo técnico-científico que se encontra subtraído à livre apreciação da prova se reconduz aos conhecimentos específicos da psiquiatria que permitem fazer a avaliação do internando. Com efeito, não se podem considerar como vinculativos as considerações constantes dos relatórios mais genéricas e gerais, de índole de outros conhecimentos que, embora técnicos e científicos - eventualmente até de outras áreas do saber - ou apreendidos e compreendidos pelo senso comum e pelas regras de experiência, que não podem ser considerados de específicos daquele ramo científico²².

Contudo, a Lei de Saúde Mental não definiu o que se deve entender por avaliação clínico-psiquiátrica, nem especificou qual o seu conteúdo. Assim, recai sobre os médicos a especificação dos atos que considerem relevantes para a sua realização. Por essa razão, o relatório elaborado pelo médico assume particular relevância no caso, pressuposto que o decretamento do internamento compulsivo depende dessa avaliação clínico-psiquiátrica. Nesse sentido, defendemos que os relatórios devem ser elaborados com os maiores cuidados, devendo conter um diagnóstico da situação do doente a internar e um juízo sobre a necessidade do internamento como forma de tratamento do doente. É este diagnóstico que permitirá ao especialista concluir sobre a existência de um problema psiquiátrico em referência ao conceito de anomalia psíquica e a formulação do juízo sobre a necessidade de internamento. Mas mais do que isso, será com base nesse relatório que o Juiz pode conhecer as bases médicas em que assentam as conclusões clínicas e que poderá fiscalizar a atividade do médico especialista e só assim ga-

²⁰ LATAS, António João; VIEIRA, Fernando, *Notas e comentários... op. cit.*, p. 117 (itálico no original).

²¹ ROQUE, Hélder, Uma reflexão sobre a nova Lei de Saúde Mental, in AAVV, *A lei de saúde mental e o internamento compulsivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, p. 130. Não podemos avançar sem antes chamar atenção para o facto de, no internamento compulsivo de urgência, quem decide pelo internamento ser o médico psiquiatra, decisão que depois será ou não confirmada pelo Juiz. Em última análise, é sobre o médico que faz o diagnóstico ao doente que recai a responsabilidade de decidir, naquele caso em concreto, privar a liberdade a determinada pessoa. É só sobre ele, pressuposto que é o primeiro a ter contacto com a pessoa em causa. Assume, por esse efeito, a função de decidir. Contudo, note-se que esta decisão será, posteriormente, apreciada em sede judicial, competindo ao Juiz a decisão final quanto à manutenção do internamento. De todo o modo, diga-se que esta decisão deverá considerar, necessariamente, o diagnóstico anteriormente elaborado pelo médico psiquiatra.

²² LATAS, António João; VIEIRA, Fernando, *Notas e comentários... op. cit.*, p. 117.

rantir a legitimidade judiciária para ordenar o internamento compulsivo. Presupostas as dificuldades de compreensão da linguagem técnica e das implicações dos termos e caracterização das patologias diagnosticadas, será importante que os médicos tenham o cuidado de, no relatório que remetem ao Tribunal, apresentarem linguagem clara, ainda que técnica e objetiva, mas que seja acessível aos juristas ou, no mínimo, que sendo hermética – atenta a cientificidade e tecnicidade dos termos – explicada de forma clara.

Para facilitar a compreensão sobre o grau de perigo e assim dar suporte a um internamento compulsivo, deverá o médico responsável explicar pormenorizadamente no relatório, qual a situação em que encontra o doente, qual o seu diagnóstico e o tratamento adequado. Após, deverá concluir objetiva e fundamentadamente sobre as razões para o internamento ou para a sua manutenção (art. 157.º, n.º 1 do CPP ex vi art. 9.º LSM). Tudo para garantir que o Juiz possa fundamentar convenientemente a sua decisão, especificando as razões clínicas, o diagnóstico clínico e a justificação do internamento (art. 20.º LSM), mas também para que os sujeitos processuais habilitados a recorrer da decisão o possam fazer (art. 32.º LSM).

Por essa razão, defendemos que, mesmo estando a avaliação subtraída à livre apreciação do Juiz, recai sobre este o dever de valorar o relatório apresentado, analisando e verificando a (in)existência de coerência interna, a objetividade e fundamentação, pois só assim se poderá determinar se estamos perante um juízo de carácter técnico e científico, subtraído à livre apreciação, ou uma mera opinião, não vinculativa. Nas palavras de José Carlos Vieira de Andrade, cabe então ao Juiz uma dupla-função: a de assegurar o cumprimento de um procedimento correto e a de controlar o cumprimento e o preenchimento dos requisitos legais do internamento compulsivo²³. Se estas suas obrigações não forem verificadas, caso a caso, então somos levados a crer que o perito assume a função central no âmbito do processo de internamento compulsivo, sendo a sua decisão aceite acriticamente, sem qualquer tipo de controlo ou supervisão judicial. Acreditamos que não raras vezes é o que acontece na nossa prática judicial, uma vez que os Juizes, sem formação ou conhecimentos de relevo na Psiquiatria, sentem-se

²³ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *O internamento compulsivo... op. cit.*, p. 86.

incapazes de verificar ou questionar as conclusões apresentadas nos relatórios, aceitando-as, mesmo que para si sejam incompreensíveis²⁴.

Para evitar que esta decisão judicial seja, na sua matriz, uma decisão clínica, será de importante que os juízes valorem os relatórios como qualquer outro meio de prova, fazendo uma apreciação global de todos os factos e demais provas produzida. Cremos, por isso, que em caso de dúvida sobre o vertido no relatório, o Juiz deve ser compelido a exigir a presença dos médicos que elaboraram o relatório, para prestarem esclarecimentos complementares, ou pedir tais esclarecimentos por escrito, mas sempre antes da sessão conjunta que antecederá a decisão. Já quando se levantam dúvidas sobre o sentido da avaliação clínico-psiquiátrica, estas não serão resolvidas com meros esclarecimentos complementares, devendo ser exigida a realização de uma segunda perícia (art. 17.º da LSM), que reveste a natureza de uma nova avaliação clínico-psiquiátrica.

Tudo isto são meios que estão à disposição do Tribunal para garantir que a decisão de restrição de liberdade de determinados indivíduos seja tomada por um órgão jurisdicional competente, consciente da situação em causa e de acordo com a ponderação de todos os interesses e bens envolvidos. O que não se espera é que o Tribunal se exima da sua obrigação de conhecimento aprofundado de cada situação e remeter-se para o relatório clínico, sem qualquer ponderação ou compreensão, omitindo as duas dúvidas, aceitar acriticamente o relatório ou socorre-se da sua *ciência privada* para justificar a sua decisão.

3. Conclusão

Será que nestas situações podemos afirmar que é o perito quem assume o papel de *decisor*? Parece-nos que o médico psiquiatra assume um papel *decisivo*, sem que daí se possa concluir que é a si que é entregue o julgamento da causa.

²⁴ Parece-nos que é apenas aparente a convivência pacífica, pressuposto que por via de regra os relatórios elaborados pelos especialistas da psicologia e psiquiatria são aceites pelo Tribunal sem pedido de esclarecimentos complementares ou confirmação por via de segunda perícia. Na nossa visão, esta pacificidade é aparente porquanto o Tribunal não questiona a interferência da ciência nos processos. Será, assim, uma falsa aceitação porque não raras vezes, os autores que colhem uma opinião sobre os especialistas destas áreas do saber que trabalham ativamente na prática judiciária relatam antes um certo incómodo na interdisciplinaridade dos factos. Referem, a este propósito, que os psiquiatras consideram os juristas rígidos ou onnipotentes e incapazes de compreender a essência do Homem porque estão ligados, na sua formação e atuação, a um modelo racional e metódico que se distancia das ciências da psicologia e psiquiatria e que dificulta a sua compreensão sobre os quadros psicopatológicos. Por outro lado, os juristas depositam nos psicólogos e psiquiatras a expectativa de que estes profissionais possam apresentar com rigor, clareza e cientificidade, um juízo técnico fiável, e quando confrontados com as dificuldades por estes sentidas, vêm nos peritos uma carta que vem causar ainda mais entropia, pois que apesar de expressar todos os seus conhecimentos não apresentam, via de regra, uma resposta unívoca.

Na nossa opinião, o essencial a reter é que, independentemente de tudo, é ao poder judicial que cabe a decisão final: seja a de ordenar ou confirmar o internamento, seja de fazer cessar o mesmo. Assente para nós ficou que o internamento está sempre sujeito a um controlo jurisdicional: não apenas porque é decretado mediante decisão judicial, mas porque esta decisão é passível de recurso para o Tribunal da Relação (arts. 30.º e 32.º LSM)²⁵.

Em jeito de conclusão, parece-nos que não há nestas situações uma confusão entre a atribuição de competências ao Juiz e ao médico psiquiatra: enquanto o primeiro decide o internamento, sua manutenção e cessação, o segundo, fazendo uso dos seus conhecimentos técnicos, científicos e especializados, traça um quadro mental do indivíduo, assim auxiliando o Juiz na complexa análise jurídica da situação em causa.

Porém, considerando todas as dificuldades em alcançar um diálogo profícuo entre os profissionais das diversas áreas envolvidas, os relatórios elaborados pelos médicos psiquiatras revestem um elemento essencial para que o Juiz tome uma decisão quanto ao quadro que lhe é colocado. Daí que se afirme que nos processos previstos na lei de saúde mental se preconiza uma exceção ao brocardo de que o Juiz é o perito dos peritos²⁶. A função de perito, nestas situações, é exclusivamente atribuída a um terceiro especialista, de cujos conhecimentos fica dependente e vinculada a decisão judicial. Ponderando todas as dificuldades e incertezas, o Juiz sente-se tentado e acautelado com a remição para um relatório elaborado por um médico psiquiatra, no qual se depositam esperanças de certeza que o processo judicial não pode assegurar. Nesta medida, será essencial que o Juiz assumira uma tripla-função: a de assegurar o cumprimento de um processo judicial correto, a de controlar o cumprimento e o preenchimento dos requisitos legais do internamento compulsivo²⁷ e, acrescentamos nós, a de fiscalizar a atuação dos médicos psiquiatras que têm intervenção no diagnóstico. Pois, só assim se antevê um efetivo cumprimento da função jurisdicional que lhe foi confiada.

Bibliografia

ALBUQUERQUE, Afonso de, Parecer do Colégio de Psiquiatria sobre a Proposta de Lei de Saúde Mental, *Revista da Ordem dos Médicos*, agosto, 1997.

²⁵ O controlo pode igualmente fazer-se através do *habeas corpus*, o qual será apenas admissível se o internamento se apresentar como ilegal, por estar excedido o prazo de 48h para confirmação judicial, se tiver sido ordenada por entidade incompetente ou se tiver sido declarado sem que estivessem preenchidos todos os pressupostos de que a lei faz depender essa decisão.

²⁶ RODRIGUES, Cunha, *Sobre o estatuto jurídico... op. cit.*, p. 47.

²⁷ ANDRADE, José Carlos Vieira de, *O internamento compulsivo... op. cit.*, p. 86.

ALMEIDA, Manuel Simões de, Internamento compulsivo de doentes portadores de anomalia psíquica grave: dificuldades e constrangimentos do Tribunal, *Revista do Ministério Público*, Ano 32º, n.º 127, julho – setembro, 2011, pp. 101-117.

ANDRADE, José Carlos Vieira de, O internamento compulsivo de portadores de anomalia psíquica na perspectiva dos direitos fundamentais, in AAVV, *A lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 71-91.

CALHEIROS, Clara, Verdades difíceis: intersecções entre direito e ciência, *Julgar*, Lisboa, Número especial, 2014, pp. 129-148.

FARIA, Ana Filipa Alves, *Perícias forenses de agressores conjugais: caracterização e impacto nas sentenças judicial*, Braga, Universidade do Minho, 2011, Dissertação de Mestrado.

GONÇALVES, Pedro Correia Gonçalves, *O estatuto jurídico do doente mental com referência à jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*, Lisboa, Quid Juris, 2009.

GONÇALVES, Rui Abrunhosa, Psicologia forense em Portugal: uma história de responsabilidades e desafios, *Análise Psicológica*, vol. 28, n.º 1, janeiro, 2010, pp. 107-115.

KOPPEN, Peter J. van, O mau uso da psicologia em Tribunal, in *Psicologia e Justiça*. António Castro Fonseca, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 123-154.

LATAS, António João; VIEIRA, Fernando, *Notas e comentários à Lei de saúde mental*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, O internamento compulsivo de doente mental perigoso na LSM, in *Estudos de Direito da Bioética*, José de Oliveira Ascensão, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 129-139.

LOURENÇO, Maria João, Prova pericial científica: análise comparada dos regimes jurídicos de Portugal e dos EUA, *Scientia Iuridica: Revista de Direito Comparado Português e Brasileiro*, Tomo LXVII, n.º 348, setembro/dezembro, 2018, pp. 347-368.

MOTA, Victor Mota, *Quase responsáveis: vinte anos de psiquiatra forense*, Porto, Hospital de Magalhães Lemos, 2012.

RODRIGUES, Cunha, Sobre o estatuto jurídico de pessoas afectadas de anomalia psíquica, in AAVV, *A lei de Saúde Mental e o Internamento Compulsivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 19-52.

ROQUE, Hélder, Uma reflexão sobre a nova Lei de Saúde Mental, in AAVV, *A lei de saúde mental e o internamento compulsivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 121-131.

SERRA, Adriano Vaz, Comentários críticos à Lei de Saúde Mental, in AAVV, *A lei de saúde mental e o internamento compulsivo*, Coimbra, Coimbra Editora, 2000, pp. 53-60.

ALOJAMENTO LOCAL E OS IMPACTOS NA ATUAL CONJUNTURA HABITACIONAL DA SOCIEDADE

Alexandre Augusto de Oliveira Lopes¹

1. Introdução

A evolução das relações socioeconômicas adicionada ao aumento na procura aos mais diversificados tipos de meios de hospedagem por visitantes e/ou turistas, tem contribuído para um forte crescimento dos denominados alojamentos locais (AL).

Alguns fatores ligados à globalização têm contribuído para o crescimento vertiginoso do AL, dentre os quais citamos: crescimento do turismo, a estabilidade econômica do bloco Europeu, o crescimento do dueto férias e negócios, a extensão de trechos operados por companhias aéreas *low-cost* e a facilidade no manuseio de *smartsphones* e outros meios de comunicação, em razão desta *práxis*, a doutrina tem abordado o tema como um contrato bilateral, com obrigações mútuas². As tecnologias da informação e comunicação (TIC) praticamente estabelecem o ritmo da economia, especialmente da economia associada a habitação, na qual, os consumidores encontram-se cada vez mais informados e exigentes, contando com as redes sociais como fonte de informação complementar para formar opiniões e tomar decisões.

¹ Mestre em Ciências Jurídico-Privatísticas pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto e Doutorando em Ciências Jurídico-Privatística pela Escola de Direito da Universidade do Minho. Investigador colaborador do JUSGOV da Escola de Direito da Universidade do Minho. Advogado. *e-mail*: aaolopes2015@gmail.com

² PEREIRA, Manuel Domingues de Sousa das Neves, *Introdução ao Direito e às Obrigações*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, p. 38.

Devido às questões ligadas aos costumes e à cultura latina e norte americana, não vislumbramos a prática de arrendamentos locais nos países das Américas. O que se verifica são arrendamentos de imóveis de veraneios, que geralmente são locados em sua integralidade para uma família ou grupo de famílias, que na maioria das vezes viajam juntas, inexistindo a modalidade de AL de quartos individuais em um mesmo imóvel para diferentes pessoas. Aliados a estes, vislumbramos ainda residências estudantis, em determinadas localidades, muitas vezes específicas e com finalidade estabelecida previamente, diferente do que ocorre no AL.

No contexto europeu, foram necessárias inúmeras alterações e incursões de novos dispositivos legais nos ordenamentos jurídicos nacionais e da União Europeia. Em Portugal, o instituto do AL encontra-se previsto no Regime Jurídico dos Empreendimentos Turísticos (RJET), regulado pelo Decreto-Lei nº 80/2017.

A recente cultura de partilhar bens mal aproveitados, seja bem móveis (como por exemplo, a plataforma *Bolt*) ou imóveis (*Airbnb* e *Booking*), implementou desde então, uma nova formatação ao transporte de passageiros e meios de hospedagem e turismo, arregimentando o que a doutrina denomina por “economia da confiança”³.

Este estudo tem como foco a análise do AL, enquanto ocupação urbanística na actual conjuntura, abordando a regulação e as experiências alcançadas nos últimos anos.

A metodologia seguida para a realização do presente estudo baseia-se essencialmente na recolha bibliográfica que nos permite a análise da atual condição dos imóveis de alojamento local disponíveis em Portugal, diante das recentes alterações na legislação que regulamenta esta atividade, jussuando semelhanças, diferenças e recorrendo a dados estatísticos e tendências atuais da atividade, caracterizando as funcionalidades, incluindo tributárias do regime jurídico atual, apresentando as dificuldades encontradas no exercício e controle desta atividade, para pôr fim analisar a possibilidade de utilização da inteligência artificial para a solução do controle da atividade de forma isonômica, trazendo benefícios para todas as partes.

³ DUDÁS, G.; VIDA, G.; KOVALCSIK, T.; BOROS, L., *A socio-economic analysis of Airbnb in New York City*, Hungarian, Regional Statistics, 2017, p. 135-151, disponível em: <http://publicatio.bibl.u-szeged.hu/15122/1/SzakalneKazemiLengyelTerritorialdistribution.pdf> [07.01.2020].

2. Alojamento local – definição, regime jurídico e estatísticas

De acordo com o disposto no art. 2º, 1 do Decreto-Lei 128/2014, de 29 de agosto, define-se alojamento local como sendo os estabelecimentos que “prestam serviços de alojamento temporário, notadamente a turistas, mediante remuneração e que reúnam os requisitos previstos no presente Decreto-Lei”.

O regime jurídico de exploração dos estabelecimentos de AL foi modificado pela Lei nº 62/2018, que entrou em vigor em 21 de outubro de 2018, e alterou os arts. 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 11º, 12º, 13º, 14º, 17º, 18º, 19º, 21º, 23º, 28º e 31º do Decreto-Lei n.º 128/2014, aprovando o regime jurídico da exploração dos estabelecimentos de alojamento local.

A Lei nº 62/2018, tem como um dos objetivos, combater a ilegalidade, implementada através da limitação às plataformas eletrônicas de arrendamento de curta duração (*Airbnb*, *Booking*, entre outras) que só podem oferecer os serviços de AL's que estejam inscritos no Registo Nacional de Turismo (RNT).

Para que possamos discorrer sobre o tema, faz-se necessária a transcrição de algumas definições relevantes, dispostas no art. 3º da Lei nº 62/2018, no tocante às modalidades de estabelecimentos de alojamento local:

Art. 3º, nº 2 – Moradia: estabelecimento de alojamento local em que a unidade de alojamento é constituída por um edifício autónomo, de carácter unifamiliar.

Art. 3º, nº 3 – Apartamento: estabelecimento de alojamento local em que a unidade de alojamento é constituída por uma fração autónoma de edifício ou parte de prédio urbano suscetível de utilização independente.

Art. 3º, nº 4 – Estabelecimentos de hospedagem: estabelecimento de alojamento local em que as unidades de alojamento são constituídas por quartos, integrados numa fração autónoma de edifício, num prédio urbano ou numa parte de prédio urbano suscetível de utilização independente.

O art. 5º da referida Lei estabelece as limitações dos estabelecimentos de hospedagem na utilização da denominação de *hostel* (definido no art. 6º como “àqueles em a unidade de alojamento predominante seja o dormitório, considerando-se predominante sempre que o número de utentes em dormitório seja superior ao número de utentes em quarto”), sem prejuízo ao que dispõe o nº 6 do art. 33º da Lei 62/2018.

No art. 3º, nº 7 temos a definição de quartos como sendo: a unidade de alojamento corresponde a quarto no domicílio fiscal do locador, de carácter restrito, visto que nesta modalidade, está limitada a um máximo de três unidades.

Entre as alterações importantes que foram realizadas, destaca-se a exigência de um seguro multirisco de responsabilidade civil contra risco de incên-

dio e danos (patrimoniais e não patrimoniais) causados a hóspedes e terceiros – art. 13º-A. A exigência de livros de informações para os hóspedes – art. 12º, nº 6 da Lei 62/2018 (inclusivamente nos casos de condomínio em que se exige o regulamento que o rege – art. 12º, nº 8) também tem sido importante no controle desta atividade. Os contactos telefónico e o e-mail do proprietário da habitação também é elementos exigidos (art. 12º, nº 9).

Diante do crescimento desordenado da diversidade de estabelecimentos de AL, assim como os constantes exauros observados em alguns condomínios, principalmente no que diz respeito ao descanso dos demais moradores, motivaram a implementação de regras mais rígidas como a que proíbe a atividade de AL em certos edifícios, exigindo-se a aprovação em assembleia de condomínio com um número de votos superior do que o corresponde à permissão do edifício em questão.

Por fim, destaca-se o disposto no art. 5º, nº 3 (disposições transitórias) da Lei, no tocante à obrigatoriedade de os estabelecimentos de AL existentes adaptarem-se aos requisitos de funcionamento, destacadamente os dispostos nos arts. 13º, 13º-A, 18º e 20º-A da Lei 62/2018, no prazo de até 2 anos da publicação da Lei nº 62/2018. Este prazo finda, pois, no dia 17 de outubro de 2020⁴.

Socialmente, o ressurgimento do centro da cidade como área turística parece ser irreversível. A intervenção do Estado e a imposição de restrições ao arrendamento de apartamentos inteiros, quartos e outras formas hoje em dia observadas, inclusivamente a maior taxação sobre esta atividade, não tem sido suficiente para o controle absoluto da situação. Perante a magnitude dos interesses e lucros em perspectiva, a tendência dos proprietários é ignorar as restrições impostas.

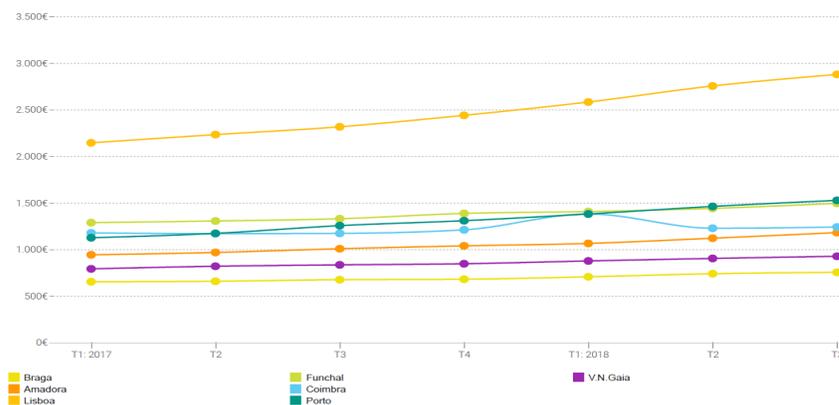
Em Portugal, este aumento significativo de estabelecimentos de AL tem como pilares, o crescimento do turismo no país, a excessiva entrada de imigrantes advindos de países como o Brasil e da França que têm como pretensão migratória uma residência permanente, ao qual se associa ainda a vinda de inúmeros estudantes estrangeiros e deslocados de outros centros urbanos em direção das grandes cidades, culminando com o surgimento de formas alternativas de hospedagem, como dissemos acima. Importante, neste momento, expormos de forma sucinta alguns dados estatísticos que comprovam tais afirmações.

Em recente matéria jornalística, constata-se o crescimento vertiginoso de estabelecimentos de AL, assim como do número de turistas e novos residentes (imigrantes) em Portugal, fortalecendo o que restou dito acima, *verbis*: “*Em janeiro deste ano de 2019, as dormidas de turistas em alojamento local representaram 13,5% do total. [Sendo que] [n]o primeiro mês de 2019 foram registadas em*

⁴ Lei n.º 62/2018, Diário da República n.º 161/2018, Série I de 22.08.2018, disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/116152179/details/maximized> [25.05.2019].

Portugal perto de três milhões de dormidas, mais 4,7% face ao mesmo mês do ano anterior. Os turistas nacionais contribuíram com mais de 960 mil dormidas. O número de hóspedes também aumentou em janeiro. Portugal recebeu 1,3 milhões de turistas no 1º mês de 2019, 7,2% a mais na comparação com o ano anterior. Os residentes em Portugal foram mais de 540 mil. Vieram de outros países mais de 662 mil visitantes⁵.

Como se observa no gráfico ilustrativo abaixo:



Fonte: Infográfico disponível em <http://www.dinheirovivo.pt>

3. Histórico da legislação e a fiscalidade do AL

O Alojamento Local em Portugal foi inicialmente regulamentado através do Decreto-Lei nº 39/2008, de 7 de março. Este DL enquadrava a prestação de serviços de alojamento de forma temporária em locais que não dispusessem dos requisitos exigidos para se qualificarem como empreendimentos turísticos⁶.

A primeira menção ao contrato de alojamento pode ser encontrada no Código Civil de Seabra de 1867 (arts. 1419º e 1420º), permanecendo até ao ano de 1966, quando passou a ser regulado como atividade turística, que ressalte-se, já vinha regulamentada desde o ano de 1921, pela Lei nº 1152, culminando com a criação das zonas de turismo (Decreto-Lei nº 27.424, de 1936, revogado pelo

⁵ SALEZ, Ana, Alojamento local já representa mais de 13% das dormidas de turistas, *Dinheiro Vivo*, 15.03.2019, disponível em: <https://www.dinheirovivo.pt/economia/alojamento-local-ja-representa-mais-de-13-das-dormidas-de-turistas/> [15.03.2019].

⁶ Direção de Valorização da Oferta Turismo de Portugal I.P., Alojamento local. Regime Jurídico, outubro de 2018, disponível em: <https://business.turismodeportugal.pt/SiteCollectionDocuments/alojamento-local/guia-alojamento-local-out-2018.pdf> [06.06.2019].

DL 67/2008). Observa-se assim que já se via no século XIX, uma preocupação com os hóspedes.

Em meados do século XX, o AL não mais esteve associado à atividade hoteleira. O Decreto n.º 49.399, de 24.11.1969, que regulou o exercício da indústria hoteleira e similar não contemplou o arrendamento de casas para alugar nos centros turísticos. O art. 14.º n.º 2 do diploma dispunha que “o simples facto de numa casa particular residirem hóspedes com carácter estável não se considera, para os efeitos deste diploma, exercício da indústria hoteleira”⁷. Os empreendimentos de AL não sofriam regulamentação, ao contrário. O legislador entendia que embora houvesse a partilha de parte da habitação para hóspedes (mesmo que por longo período), não conferia o exercício de atividade hoteleira. O termo AL sequer era pensado naquele momento.

De facto, na década de 1970, assim como nas duas seguintes, esta atividade sofreu pouca regulamentação em Portugal⁸. Além de não regulamentar efetivamente o AL, contribuiu para um quadro instável no controlo destes meios de arrendamento. Isto se deu, também, pelo facto de naquela altura, não ser usual a prática de obtenção de grandes ganhos financeiros mediante o arrendamento de quartos ou de parte de uma unidade habitacional familiar a outras pessoas (turistas ou não) e muito menos na forma em que hoje se dá esta prática no mercado turístico europeu.

Dividimos, portanto, em três momentos: o Decreto-Regulamentar (D.R.) n.º 14/78, de 12.05.1978, o D.L. n.º 328/86, de 30.09.1986 e o D.L. n.º 167/97, de 04.07.1997.

O que se viu, no ano de 1978, foi o surgimento do termo alojamento particular, sendo tratado como uma categoria residual de alojamento para turistas, facultando aos interessados (sem qualquer cobrança de impostos) o registo da atividade no organismo público (Direcção Geral do Turismo - DGT), nos casos em que os interessados solicitassem (arts. 41.º e 42.º do Decreto-Regulamentar n.º 14/78, de 12.05.1978, intitulado Regulamento dos Meios Complementares de Alojamento Turístico)⁹.

Em 1986, o DL n.º 328/86, de 30.09.1986, tornou obrigatório o registo público no AL. No entanto, existiam lacunas no DL que dificultaram o cumprimento do que dispunha esta norma. Com isso, o que se viu foi a perda de receita

⁷ MACHADO, Virgílio, *Direito e Turismo como instrumentos de Poder - os Territórios Turísticos*. Lisboa, Editorial Novembro, 2009, p. 506.

⁸ Excepto pelo que dispuseram o D.L. n.º 328/86, de 30.09.1986 e D.L. n.º 167/97, de 04.07.1997.

⁹ MACHADO, Virgílio; VIEGAS, Cidália, O alojamento turístico como serviço de interesse económico geral: o caso do alojamento local em Portugal, *Revista Internacional de Derecho del Turismo*, vol. 1, 2017, p. 99.

fiscal, concorrência desleal e a perda de qualidade do alojamento oferecido ao turista¹⁰.

Por fim, em 04.07.1997, surgiu o D.L. nº 167/97, e que repôs o DL nº 328/86, e devolveu à municipalidade a regulamentação desta atividade (art. 79º, nº1 e 3), sem extinguir os registos existentes na DGT, tornando efetivas as licenças de utilização turística as emitidas somente pela câmara municipal. Através deste DL, deu-se início à importante intervenção dos bombeiros e das autoridades de saúde no processo de emissão de licença. Este DL foi o responsável pelo surgimento das normas hoje aplicáveis ao AL, tendo contribuído de forma considerável para alguns avanços¹¹.

Com o surgimento de novos conceitos e costumes, impulsionados pela evolução de novas tecnologias, ocorridas no início do século XXI, vivenciava-se um momento crucial para o impulsionamento do mercado do turismo a nível mundial. “As companhias de aviação *lowcost*, por exemplo, reduziram o custo do transporte aéreo, tornando-o acessível a novos segmentos de mercado (v.g. estudantes, desempregados, pensionistas) e com isso, geraram muita procura”¹².

Tal demanda gerou uma maior procura de meios de habitação temporária e/ou definitiva a baixo preço. Todo o sistema teve que se adaptar às novas tecnologias, que impulsionaram o mercado mundial. Aliado a isso, o fluxo de passageiros, em grande parte formada por turistas, assim como o recente fluxo demográfico de inúmeras pessoas vindo do Brasil, e outros de países da UE como a França, têm contribuído consideravelmente, desde o ano de 2016, para o crescimento da procura por moradias em Portugal, e diante da inexistência de imóveis para arrendamento nos grandes centros do país (na forma convencional) no último ano, tem-se observado uma crescente procura por arrendamentos em AL e *hostel*’s, para temporadas superiores a 6 meses.

Somente através o DL nº 39/2008, de 07.03.2008, definiu-se o AL como hoje se aplica no mercado português e mundial. Trouxe, mediante o disposto no art. 43º, nº 1, a previsão de que estes prestam serviços de alojamento turístico.

¹⁰ Os conflitos existentes entre o art. 11º, nº 3 do DL 328/86, que permitia até 3 hóspedes em casa particular sem considerar exercício de indústria hoteleira, com o art. 12º, nº 1, que possibilitava que estas casas de hóspedes poderiam ser uma categoria de estabelecimento hoteleiro e por fim com a permissão dada pelo art. 18º, nºs 1, 2 e 3, para que tais alojamentos particulares pudessem ser declarados de interesse para o turismo, através de simples registo na DGT, tornando-os assim passíveis de anúncios por agências de viagens e operadores de turismo, foram cruciais para não efetividade desta norma jurídica.

¹¹ Decreto-Lei nº 167/97, de 4 de julho, Diário da República nº 152/1997, Série I-A de 04-07-1997, disponível em: <https://dre.pt/pesquisa/-/search/156001/details/maximized> [09.01.2020].

¹² MACHADO, Virgílio; VIEGAS, Cidália. *O Alojamento... op. cit.*, p. 99.

Já em 14.05.2012, a Portaria nº 138/2012 (1ª alteração à Portaria nº 517/2008, de 25 de junho, que estabeleceu os requisitos mínimos a observar pelos estabelecimentos de alojamento local), definiu os requisitos mínimos a serem observados pelos estabelecimentos de alojamento local, dentre os quais os procedimentos para registo destes estabelecimentos junto das câmaras municipais (art. 3º, nº 2) através de uma plataforma informática nacional (art. 3º, nº 7), integralizando assim as informações sobre todos os AL's existentes, e com isso facilitando a fiscalização e a taxação pelo fisco. Esta Portaria nº 138/2012 foi revogada pelo D.L. nº 124/2014. No entanto, outras normas surgiram neste lapso temporal¹³, culminando com a Lei nº 62/2018, actualmente em vigor e cuja abordagem já foi realizada no item 2.

Por seu turno, a Lei nº 71/2018, de 31 de dezembro (Lei do Orçamento do Estado para 2019) no seu artigo 347º veio alterar a redação do art. 13º-A do D.L. nº 128/2014, de 29 de agosto, relativamente aos seguros obrigatórios, introduzindo a terceira alteração ao regime jurídico da exploração dos estabelecimentos de alojamento local. Assim, o regime jurídico dos Estabelecimentos de Alojamento Local consta, atualmente, do Decreto-Lei nº 128/2014, de 29 de agosto, alterado pelo Decreto-Lei nº 63/2015, de 23 de abril, pela Lei nº 62/2018, de 22 de agosto, que o republica e pela Lei nº 71/2018, de 31 de dezembro.

No entanto, um importante registo precisa ser feito no tocante as exigências de segurança, que impõem que os estabelecimentos de Alojamento Local devam cumprir as regras contra riscos de incêndio, nos termos do disposto no Decreto-Lei nº 220/2008, de 12 de novembro, e do regulamento técnico constante da Portaria nº 1532/2008, de 29 de dezembro.

As disposições normativas fiscais e declarativas associadas ao AL são complexas e abrangentes. De forma sucinta, em matéria tributária, poderão incidir IRS, IRC e/ou o IVA. Tendo esta forma de ganho financeiro, crescido de forma exponencial em Portugal, tornou-se necessária uma tributação efectiva sobre os rendimentos com o AL¹⁴.

¹³ Após a Portaria nº 138/2012, foi editado Decreto Legislativo Regional nº 23/2012/A, que estabeleceu o regime jurídico da instalação, exploração e funcionamento dos empreendimentos turísticos e também alterou o DLR anterior de nº 7/2012/A. Após a promulgação do DL nº 128/2014, que revogou o art. 3º, a alínea d) do nº 2 do art. 22º e a alínea b) do nº 1 do artigo 67º, todos do Decreto-Lei nº 39/2008, de 7 de março, alterado pelos Decretos-Leis nº 228/2009, de 14 de setembro, e de nº 15/2014, de 23 de janeiro e Revogou a Portaria nº 517/2008, de 25 de junho, alterada pela já citada Portaria nº 138/2012, deu-se apenas a edição do D.L. nº 63/2015, de 23 de Abril, que estabeleceu alterações aos arts. 6º, 10º, 11º, 13º, 14º, 21º e 33º ao supracitado D.L. nº 128/2014, alterado pela Lei nº 62/2018 de 22 de agosto.

¹⁴ Ordem dos Advogados, *Alojamento local tem tributação desajustada e complexa*, Comunicação de Imprensa, 5 de abril de 2019, disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2019/04/05/alojamento-local-tem-tributacao-desajustada-e-complexa/> [09.01.2020].

Quanto ao IRS, estes podem ser enquadrados nas categorias B (rendimentos empresariais e profissionais) ou F (rendimentos prediais). Neste, a tributação é feita por englobamento, ou seja, o rendimento do AL é adicionado aos rendimentos de outras categorias, correspondendo a taxa do IRS sobre o escalão obtido após a soma dos rendimentos. Se optar pela categoria B, o contribuinte poderá ser taxado (ganhos de até €200.000,00) no regime simplificado ou por contabilidade organizada. Acima desta quantia, obrigatoriamente pelo último regime.

Chama-se a atenção para o regime de tributação simplificado, em que aplica-se um coeficiente, que funciona como uma dedução automática e com isso o imposto incide sob uma parte do rendimento e não sobre a totalidade dos ganhos recebidos em AL.

Até o final do ano de 2016, nas modalidades estabelecimentos de hospedagem (onde se inserem os *hostel's*), o coeficiente era de 0,15 (15% do rendimento obtido), sendo os 85% remanescentes presumidos como custo da atividade. A diferença entre este e o anterior, é a não obrigatoriedade de justificar as despesas.

No ano de 2017, a taxação sobre o AL teve coeficiente de 0,35 (taxa-se sobre 35% do rendimento). Os 65% remanescentes serão considerados custos necessários para o exercício da atividade, estando 15% destes 65% destinados a despesas e encargos suportados pela atividade, ou seja, aqueles ligados ao custo da atividade, como as obrigações com a previdência social.

Em 2018, houve uma nova alteração, segundo a qual qualquer rendimento que excedesse a €27.300 passaria a ser taxado com coeficiente de 0,5, salvo se o proprietário conseguisse comprovar que incorreu em despesas.

E ainda se previa isentar em relação ao pagamento à Segurança Social aos que se dedicassem exclusivamente ao AL, sendo esta, inclusive, a primeira atividade onde uma pessoa singular estará dispensada deste pagamento.

Embora as críticas sobre o chamado excesso de tributação sobre esta atividade sejam muitas, nota-se que a utilização destes coeficientes justifica-se pelo facto de não se poder sobretaxar o contribuinte, que já paga anualmente sobre a sua fração imobiliária, impostos como o IMI e/ou imposto do selo anual (para imóveis cujo valor venal seja superior a €1.000.000,00), tornando a taxa aplicável apenas ao rendimento real com a incidência dos coeficientes como parâmetro legal para não haver a bi ou tri-tributação.

Por fim, se aplicar-se o regime de contabilidade organizada, a regra a ser aplicada será a do IRC. Esta será vantajosa apenas para os casos onde o custo com a atividade ultrapasse os 65% do valor obtido como rendimento com o AL.

4. Tendências do mercado imobiliário português

Após o fim da última crise financeira, Portugal tem tido um considerável aumento de turistas, assim como de residentes, sendo tais fatores os principais responsáveis pelo incremento na quantidade de estabelecimentos de AL e pelo aumento do valor dos imóveis em todo o país. Como vimos no item anterior, o legislador tem agido de forma proativa para exercer um maior controlo das atividades que envolvem os estabelecimentos de AL e os *hostel's* em Portugal. A Lei nº 62/2018 é um exemplo.

No entanto, o que se observa é que, embora a legislação seja clara quanto as obrigações que os operadores devam, e diante da fragilidade dos meios fiscalizatórios quanto ao cumprimento destas normas, comprova-se de forma clara o descumprimento da lei, através de uma simples pesquisa em plataformas como o *Airbnb*, *TripAdvisor*, *Wimdu*, *WarmRental*, *HomeAway* e o *Booking.com*, comprova-se a existência de mais imóveis disponíveis para AL em Portugal do que os que estão inscritos no RNAL.

Infelizmente o que se tem visto também, são imóveis que estão sendo disponibilizados para arrendamento em AL que na realidade não têm estrutura para tal. Exemplo claro disso, são os galpões e escritórios comerciais que estão sendo utilizados como AL, e com isso estão sendo ocupado e inclusivamente dividido por famílias diferentes, sem qualquer controlo do fisco e das instituições responsáveis pela fiscalização. Muitas vezes, o que se observa é uma fiscalização apenas no momento da autorização para funcionamento da(s) unidade(s) imobiliária(s) para AL, inexistindo por parte da Administração Pública, um controlo mais efetivo durante os arrendamentos.

Muitos contribuintes obtêm vantagens mediante o arrendamento de quartos ou espaços transformados em ambientes (muitas vezes montados de qualquer forma), para atender a uma demanda que ainda é alta, contrariando e descumprindo todas as regras normatizadas nos dispositivos supracitados, e com isso criando uma concorrência desleal para com aqueles que cumprem as determinações legais e fiscais, causando ainda enormes riscos à coletividade que residem naquela localidade. Já se visualisaram casos onde pessoas com necessidades financeiras, arrendam 2 quartos de um T3, em um apartamento em que também residem e não criam as mínimas condições de habitação e pior, não dispõem das condições exigidas pelas normas que regulamentam a matéria, não recolhem os impostos devidos e com isso geram riscos a todos os envolvidos, além de contribuir para os índices apontados no início deste artigo, no tocante ao maior número de ofertas em detrimento das unidades registradas nos órgãos legais competentes.

Certamente, tais práticas poderiam ser evitadas ao nosso ver, através da utilização de ferramentas que utilizem a inteligência artificial, por exemplo ou

ainda se o legislador formalizasse uma maneira mais eficaz e efetiva de fiscalizar as plataformas digitais, tornando obrigatório o registo da unidade de AL ao cadastro no RNAL e disponibilizando o imóvel para o arrendamento somente após este cadastro. Desta forma, haveria maior segurança para todos os envolvidos. A Administração Pública estaria segura quanto a arrecadação dos impostos inerentes à atividade, assim como a regulação e controlo da atividade. Os operadores estariam também mais protegidos, uma vez que estariam concorrendo com outras unidades imobiliárias.

5. Conclusão

A regulação do alojamento para férias em residências particulares já é uma atividade regular em Portugal, e que tem se desenvolvido ao longo das últimas décadas, o que fez com que o legislador tenha implementado dispositivos legais que regulamentem a matéria. O regime jurídico esteve e encontra-se interligado à ordem pública e interesse económico geral, incluindo a tributação.

Os estabelecimentos de AL em Portugal têm crescido exponencialmente nos últimos anos. A possibilidade do exercício empresarial dessa atividade exige o cumprimento de deveres atualmente regulamentados pela Lei nº 62/2018, pelo D.L. nº 128/2014, e pelo Decreto-Lei nº 63/2015. Aliado a estes dispositivos, o Código Fiscal e Leis específicas regulamentam o enquadramento fiscal. Tudo isso tem facilitado o controlo e a fiscalização desta atividade pela Administração pública.

Segundo o entendimento de Virgílio Machado e Cidália Viegas, “o enquadramento fiscal da atividade do alojamento local em Portugal apresenta um quadro compreensivo e sistémico para os vários tipos de rendimento auferidos, tributação sobre consumo e contribuições para sistemas de segurança social, o que reforça a conclusão de contributo efetivo do alojamento local para o sistema de financiamento público de impostos e segurança social”¹⁵.

Embora estejamos nos dias atuais diante de um maior controlo operacional e fiscal das atividades que envolvem o AL, *hostel's* e os demais meios de hospedagem, pode-se afirmar que existem muitas melhorias a realizar, haja vista a existência de uma quantidade maior de estabelecimentos de AL disponibilizados aos usuários, do que as registadas nos órgãos competentes, o que demonstra a necessidade de criação de mecanismos que aperfeiçoem esta problemática.

Uma das formas de solucionar esta situação, seria a inserção de dados interligados à inteligência artificial, que vinculem a liberação de determinado imóvel para as plataformas digitais que realizam o arrendamento de AL somente após estes encontrarem-se devidamente registados nos órgãos públicos compe-

¹⁵ MACHADO, Virgílio; VIEGAS, Cidália, *O Alojamento... op. cit.*, p. 113.

tentes, fortalecendo a atividade e tornando-a efetiva dentro dos parâmetros esperados pelo legislador, trazendo maior segurança não só aos hóspedes, como a todo o sistema.

Bibliografia

ABRANJA, Nuno; ALMEIDA, Mafalda; ALMEIDA, Anabela Elias, Alojamento, *Receção e Housekeeping*, Lisboa, Lidel Edições Técnicas, 2019.

DUDÁS, G.; VIDA, G.; KOVALCSIK, T.; BOROS, L., *A socio-economic analysis of Airbnb in New York City*, Hungarian, *Regional Statistics*, 2017.

MACHADO, Virgílio; VIEGAS, Cidália, O Alojamento Local Turístico como Serviço de Interesse Econômico Geral: o caso do alojamento local em Portugal, *Revista Internacional de Derecho del Turismo*, vol. 1, 2017.

MACHADO, Virgílio, *Direito e Turismo como instrumentos de Poder - os Territórios Turísticos*, Santo Tirso, Editorial Novembro, 2010.

Ordem dos Advogados, *Alojamento local tem tributação desajustada e complexa*, Comunicação de Imprensa, 5 de abril de 2019, disponível em: <https://portal.oa.pt/comunicacao/imprensa/2019/04/05/alojamento-local-tem-tributacao-desajustada-e-complexa/> [09.01.2020].

PEREIRA, Manuel Domingues de Sousa das Neves, *Introdução ao Direito e às Obrigações*, 4ª ed., Coimbra, Almedina, 2015.

SALEZ, Ana, Alojamento local já representa mais de 13% das dormidas de turistas, *Dinheiro Vivo*, 15.03.2019, disponível em: <https://www.dinheirovivo.pt/economia/alojamento-local-ja-representa-mais-de-13-das-dormidas-de-turistas/> [15.03.2019].



Universidade do Minho
Escola de Direito



Título	Encontro de Investigadores da Escola de Direito da Universidade do Minho 2019
Edição	Escola de Direito da Universidade do Minho
Comissão Organizadora	Anabela Gonçalves Larissa Coelho Maria João Lourenço Alexandre Lopes Tiago Branco
Comissão Científica	JusGov - Centro de Investigação em Justiça e Governação
Data	Julho 2020
ISBN	978-989-54587-4-5