

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 13, n. 1, jan./abr. 2018. ISSN 1809-7278 (Impresso)
ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

Transferência Transfronteiriça da Sede de uma Sociedade
Hans-Georg Koppensteiner

Publicidade Comparativa, em Especial na Internet
(concorrência desleal e defesa do consumidor)
Alexandre Libório Dias Pereira

Tópicos em Reforma Trabalhista (Legislado e Negociado)
*Emília Saraiva Nery, Elizabeth Souza Pereira, Gabriela Mota Moraes, Jordana
Princesa Ferreira Guimarães, Luiza Emanuely Vilanova Gomes*

Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal: entre o diálogo e o silêncio
(ou a justiça restaurativa como ponte de encontro)
Inês Fernandes Godinho

Functional Democracy in Resilient States: the risk of enclosed governments
Luciana Cristina de Souza

Vigilancia Electrónica vs Intimidad de las Personas: “El Guardián”, el Nuevo
Sistema de Vigilancia e Interceptación de Telecomunicaciones en Uruguay
Pablo Schiavi

Precedentes e Jurisprudência: uma interpretação à luz do
Código de Processo Civil de 2015
Ricardo Maurício Freire Soares, Luiz Carlos Souza Vasconcelos

La Segmentación del Mercado de Trabajo en Colombia y España
*Yaniza Giraldo Restrepo, Adriana María Buitrago Escobar,
J. Eduardo López Ahumada*

Stalking: atos persecutórios, obsessivos ou insidiosos
Eduardo de Oliveira Leite

Entre Economia e Direito: rigor e utilidade de um livro interdisciplinar
Paulo Ferreira da Cunha



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 13, número 1, jan./abr. 2018

ISSN 1809-7278 (Impresso)

ISSN 2358-9744 (CD-Room)

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

v. 13, n. 1 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – jan./abr. 2018



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO
QUALIDADE EM ENSINO SUPERIOR

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral da Faculdade de Direito Santo Agostinho - FADISA, editada por Elton Dias Xavier.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

FACULDADE DE DIREITO SANTO AGOSTINHO – FADISA (FACULDADES SANTO AGOSTINHO)

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura

Vice-Diretor: Prof. Ms. Lácio César Gomes da Silva

Coordenador do Curso de Direito: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)

Editor: Prof. Dr. Elton Dias Xavier - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, MG, Brasil

Editor-Associado: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Faculdade de Direito Santo Agostinho, Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Faculdade Meridional - IMED, Porto Alegre e Passo Fundo, RS, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: Maria Rodrigues Mendes

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a:
(All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address)

Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <eltindx@hotmail.com>, <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdades Santo Agostinho. - Vol. 13, n. 1 (2018) – . – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2018 –
v. : 19 x 26 cm.

Quadrimestral.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

Ficha catalográfica: Edmar dos Reis de Deus – CRB6-2486

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
------------------------	---

ABERTURA

Transferência Transfronteiriça da Sede de uma Sociedade <i>Hans-Georg Koppensteiner</i>	15
--	----

ARTIGOS

Publicidade Comparativa, em Especial na Internet (concorrência desleal e defesa do consumidor) <i>Alexandre Libório Dias Pereira</i>	33
---	----

Tópicos em Reforma Trabalhista (Legislado e Negociado) <i>Emília Saraiva Nery, Elizabeth Souza Pereira, Gabriela Mota Moraes, Jordana Princesa Ferreira Guimarães, Luiza Emanuely Vilanova Gomes</i>	55
---	----

Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal: entre o diálogo e o silêncio (ou a justiça restaurativa como ponte de encontro) <i>Inês Fernandes Godinho</i>	73
---	----

Functional Democracy in Resilient States: the risk of enclosed governments <i>Luciana Cristina de Souza</i>	101
--	-----

Vigilancia Electrónica vs Intimidad de las Personas: “El Guardián”, el Nuevo Sistema de Vigilancia e Interceptación de Telecomunicaciones en Uruguay <i>Pablo Schiavi</i>	115
Precedentes e Jurisprudência: uma interpretação à luz do Código de Processo Civil de 2015 <i>Ricardo Maurício Freire Soares, Luiz Carlos Souza Vasconcelos</i>	135
La Segmentación del Mercado de Trabajo en Colombia y España <i>Yaniza Giraldo Restrepo, Adriana María Buitrago Escobar, J. Eduardo López Ahumada</i>	163
ECOS ACADÊMICOS	
Stalking: atos persecutórios, obsessivos ou insidiosos <i>Eduardo de Oliveira Leite</i>	205
Entre Economia e Direito: rigor e utilidade de um livro interdisciplinar <i>Paulo Ferreira da Cunha</i>	211
NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO	217

EDITORIAL

A busca da qualidade para a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** é uma constância. Uma luta sem fim. Uma tentativa de evolução permanente. Um indomável galgar de degraus. A mais nova das novidades: os Editores da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** decidiram que, a partir deste ano de 2018, a Revista terá periodicidade **quadrimestral**, em vez de semestral. Assim sendo, em vez de uma Revista para todo o primeiro semestre de 2018, o presente número (1, do volume 13) é do **primeiro quadrimestre de 2018, ou seja, de janeiro a abril de 2018**. O que se busca é uma frequência de mais breves contatos com o mundo científico, especialmente porque a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** costuma ter, em suas páginas, artigos científicos cuja publicação representa atualização do conhecimento. Destarte, quanto mais rapidamente o periódico chegar aos cientistas de todo o mundo, mais utilidade como informativo de cunho científico será o periódico portador.

A **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** continua com seus ares internacionais. Afinal, o mundo de hoje é pequeno, com as comunicações diáfonas e que fazem o tão longe se tornar tão perto. O Planeta se engrandece com sua pequenez. O “mundo, mundo, vasto mundo” drumondiano torna-se uma aldeia em que um clique na tecla do computador, em um local, repique ou mostre sua resplandescência instantânea em uma distância física incalculável.

Em um mundo único e acessível, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** transita por continentes diversos. Como demonstração, o texto da seção **Abertura** traz as ideias de um Professor na Áustria, de nome alemão, e que fala também a Língua Portuguesa. Trata-se de Hans-Georg Koppensteiner, o autor. A experiência, a competência, o estudo e a pesquisa estão reunidos em um texto que transcende o interesse da Comunidade Europeia. Em tempos de Mercosul, de uniões de Estados-membros para consolidação e preservação da economia, com unidade em diversos setores – com exceção do setor político-administrativo – a inserção na presente **Revista** de um texto científico denominado “Transferência Transfronteiriça da Sede de uma Sociedade”, de autoria de Hans-Georg Koppensteiner, ultrapassa o conceito do que é bom. A análise se dá em torno de oportunidades geradas pela Comunidade Europeia, unida em termos de moeda e de trânsito de pessoas, produtos e empresas. O texto mostra as decisões de empresas constituídas em um Estado-membro se mudarem para outro, integrante da zona do euro, para se

adaptar ao mercado em função da tributação ou por questões logísticas. Uma busca de elisão fiscal ou para lucrar mais ou para ter condições de competir em um mundo cada vez mais globalizado. O autor ultrapassa as legislações da Alemanha e da Áustria, onde vive e aonde leciona, para adaptar toda a convivência do Bloco Econômico da Europa.

A seção denominada **Artigos**, com a figuração dos autores em ordem alfabética, começa sendo ocupada por Professor da Universidade de Coimbra. O escritor, Professor com título de Doutor, é Alexandre Libório Dias Pereira. O estudo que o escritor faz é em relação à publicidade comparativa, espécie que fala do produto da própria empresa fazendo referência a outro igual ou semelhante de uma empresa concorrente, e geralmente muito mais famosa. Esta espécie de publicidade (“cueca tipo...” e fala uma marca famosa) não é permitida no Brasil desde o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078, de 1990). Mas, a questão europeia é mais complexa, porque há grande quantidade de Estados-membros e a legislação deve atender a todos os interesses. Precisamente por isso, a grande validade do estudo. Há, em Portugal, legislação própria sobre a propaganda comercial tanto comparativa quanto a propaganda e a concorrência desleais. E, paralelamente à legislação própria, há a influência das Diretivas, que são normas válidas para toda a Comunidade Europeia. O texto também demonstra diversos casos práticos, de aplicação do Direito por parte do Tribunal de Justiça da União Europeia. Para os estudantes dos Direitos do Consumidor e do Direito da Publicidade, em qualquer parte do mundo, este é mais do que um excelente artigo científico: é **o artigo científico**.

O Estado brasileiro do Maranhão se faz presente por meio do artigo envolvendo a questão da reforma trabalhista. Tema novo em termos doutrinários, o título “Tópicos em Reforma Trabalhista (Legislado e Negociado)” já demonstra que as autoras buscam por conhecimentos acerca da mudança na legislação trabalhista do fim de 2017, quando, com a Lei 13.467, passou, no Brasil, a ter forte valor o contrato individual de trabalho, em detrimento da força coletiva das normas emanadas pelos Sindicatos. A Professora Doutora Emília Saraiva Nery buscou parceria com Elizabeth Souza Pereira, Gabriela Mota Moraes, Jordana Princesa Ferreira Guimarães e Luiza Emanuely Vilanova Gomes, e estudaram quanto ao tema. Foi feita uma busca pela história das mudanças drásticas em legislações de algum segmento, trataram da flexibilização das regras das relações de trabalho e emprego e, por fim, apresentaram as principais mudanças do conteúdo da Consolidação das Leis do Trabalho.

Das Universidades de Coimbra e do Porto, a autora Inês Fernandes Godinho colabora com um artigo científico denominado “Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal:

entre o diálogo e o silêncio (ou a justiça restaurativa como ponte de encontro)”. O estudo ultrapassa as questões das responsabilidades civil e penal, pois desfila por explicações sobre obrigações e contratos. E, quando se imiscui no campo filosófico, apresenta uma clara explicação do conceito de *ser e dever ser*. O próprio conceito de justiça restaurativa vem de Aristóteles, e, destarte, tema interligado à Filosofia. O centro do texto, porém, gira em torno da responsabilidade penal. Até mesmo porque é tema que a autora já tem livro famoso publicado e adotado em Universidades de diversos países. Mas, tópicos da responsabilidade civil são abordados com profundidade. A bibliografia efetivamente utilizada para a produção do texto já demonstra, por si só, uma pesquisa de grande fôlego, com a qualidade típica de pessoas imiscuídas no seio da vida acadêmica por excelência.

Outro texto brasileiro cabe à Professora Doutora Luciana Cristina de Souza. Ela escreve, em idioma Inglês, o texto denominado “Functional Democracy in Resilient States: the risk of enclosed governments”. No texto, a autora discute o estado resiliente e demonstra os conceitos de democracia funcional e o regime político voltado para permitir que o povo participe ativamente da administração. Conceito que ultrapassa o ato de “votar e ser votado”, mas uma exigência de que o descrito na Constituição, de que o povo terá participação ativa na vida administrativa, aconteça de verdade. Isto deve acontecer para evitar que a anunciada democracia fique apenas como uma norma programática, um direito positivado, mas não efetivado, não disponibilizada para o alcance do administrado, o maior interessado no bom, perfeito e honesto funcionamento do Estado. A autora propõe, então, que a participação efetiva da população se dê com a tomada de decisão de forma popular e com a responsabilização pública pelo não cumprimento do que dispõe a Constituição.

E, do Uruguai, há o texto de autoria do Professor Doutor Pablo Schiavi, que tem uma enorme soma de títulos além de ser Professor Doutor em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Mayor de la Republica Oriental del Uruguay. O título já esclarece a trama: “Vigilancia Electrónica vs Intimidad de las Personas: ‘El Guardián’, el nuevo sistema de vigilancia e interceptación de telecomunicaciones en Uruguay”. O texto cuida das questões do direito à imagem à luz dos sistemas de segurança, com vigilância eletrônica presente em todos os lugares, e a participação do Estado e da Administração na constante fixação e guarda das imagens das pessoas. E, sem prévia autorização, todos têm suas imagens gravadas e, sabe-se até que ponto, utilizadas de forma legal ou ilegal. Mas, ainda que legal, muitas vezes sem a interveniência, sem a autorização, sem a aquiescência de quem tem as imagens retidas nos repositórios oficiais ou até mesmo clandestinos. Uma reflexão necessária nestes tempos globais, em que as imagens correm o mundo em um simples apertar de uma tecla ou um comando.

Outra representação brasileira fica a cargo do Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares, que, em parceria com o Professor Mestre Luiz Carlos Souza Vasconcelos (doutorando, a um passo do grau maior), ambos da Bahia, escrevem o convincente artigo científico sob o título de “Precedentes e Jurisprudência: uma interpretação à luz do Código de Processo Civil de 2015”. A análise, cientificamente bem arquitetada, traz detalhes acerca da interpretação da norma e do texto, as qualidades do intérprete jurídico, desfila alguns modelos de interpretação e, por último, centra-se no estudo da interpretação que o Código de Processo Civil de 2015 adotou. Desta forma, o artigo científico se encaixa em tom filosófico e entranha na seara da Hermenêutica Jurídica. E, por analisar o Código de Processo Civil, não deixa de tratar de Direito Processual Civil. Uma riqueza digna de um demorado, cauteloso e profícuo estudo.

Em uma união internacional de alta qualidade, há a apresentação do artigo científico denominado “La Segmentación del Mercado de Trabajo en Colombia y España”, de autoria conjunta de três Professores que têm título de Doutor. A professora Doutora Yaniza Giraldo Restrepo e a Professora Doutora Adriana María Buitrago Escobar têm origem na Colômbia. E o Professor J. Eduardo López Ahumada é da Universidad de Alcalá, em Madrid, Espanha. Exatamente por isso, a união de esforços, contabilizando as reformas trabalhistas tanto na Colômbia quanto na Espanha. A síntese do artigo científico é a reivindicação de um padrão em termos de normas trabalhistas, em espécie semelhante a um plano de carreira, o que proporcionaria segurança e regras básicas e previamente fixadas para se obter uma promoção em termos de relação empregatícia. Muita bibliografia, muita pesquisa, um verdadeiro arsenal de doutrina das diversas origens são o fundamento teórico do texto. Daqueles textos que, uma vez estudados, servem como subsídio para diversos segmentos do saber, embora focado inicialmente no Direito do Trabalho, em uma análise transnacional.

A Seção **Ecoss Acadêmicos** traz uma Resenha Bibliográfica de autoria do Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite. A análise é quanto ao livro “Salking: atos persecutórios, obsessivos ou insidiosos”, de autoria de Mário Luís Ramidoff e Cesare Triberti. O Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite descreve o conteúdo do livro resenhado de forma a ligar o conteúdo ao tema do Direito. Mostra que comportamentos obsessivos são equiparados a crime e chega a fazer uma busca na legislação brasileira que adota punição penal para procedimentos ainda na fase da perturbação, como a Lei Maria da Penha e a Lei da Alienação Parental. E revela que há um Projeto de uma reforma do Código Penal em trâmite que traz o crime que a legislação estrangeira chama de “salking”. Assim, tal como em outros países, poderá haver uma lei geral – as existentes são especiais e se

aplicam apenas aos casos que denominam, por não poder a lei penal ser aplicada por analogia – que tipificará o crime da perturbação nomeado, até aqui, de “salking” e que, quando for fixado nas letras da lei, receberá nomenclatura em Língua Portuguesa.

Ainda na seção **Ecos Acadêmicos**, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** volta a contar com a participação do Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha, da Universidade do Porto, com grande participação em Cursos de Direito no Brasil. Desta vez, ele faz análise do livro “Trabalho, Emprego e Segurança Social: transformações e desafios”, da escritora Glória Rebelo. O livro, publicado em Portugal por grande Editora, recebe prefácio do Professor Doutor Paulo Ferreira da Cunha. A essa Resenha, o Professor em assunto dá o nome de “Entre Economia e Direito: rigor e utilidade de um livro interdisciplinar”, título capaz de indicar o liame do Direito para com o conteúdo do livro. O texto da Resenha é de estilo leve, sendo um diálogo que intermedeia o leitor e a leitora. Exatamente por isso, consta do texto que ao se fazer apresentação do livro não está se fazendo um sumário ou índice. Com fundamento nesse parâmetro e nessa lição, esse comentário para por aqui, remetendo o leitor ao conteúdo da Resenha que, de fato, é um eco científico.

Desta forma, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** vem ultrapassando a quantidade mínima de artigos por número (este é o número um do volume 13, correspondente ao primeiro quadrimestre do décimo terceiro ano seguido da publicação). Desta feita, uma dezena de textos científicos. O mais imponente, porém, é qualidade dos textos, selecionados com rigor, analisados com competência. E, sobretudo, captados em diversas paragens, envolvendo Continentes (América do Sul e Europa) e Países distintos (Áustria, Colômbia, Espanha, Portugal e Uruguai), e, quando do Brasil, Estados variados (Bahia, Maranhão, Minas Gerais e Paraná). Uma universalidade desbravada, tornando-se uma aldeia acessível em único sítio, em única Revista, em singular local.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

Transferência Transfronteiriça da Sede de uma Sociedade¹

HANS-GEORG KOPPENSTEINER²

Resumo: O artigo descreve a jurisprudência do TJUE relativa ao movimento transfronteiriço das sociedades. Seguem-se uma avaliação crítica dessa jurisprudência e breves observações sobre uma diretiva pertinente.

Palavras-chave: Direito internacional privado; liberdade de estabelecimento; emigração/imigração de sociedades; sede estatutária/da administração efetiva.

Abstract: The article describes the jurisdiction of the Court of Justice with respect to the transnational movement of companies. Then, that jurisdiction is critically examined followed by short remarks on a directive on the transfer of seat.

Keywords: Private international law; freedom of establishment; emigration / immigration of companies; statutory / factual seat.

¹ Conferência proferida nas Faculdades de Direito da Universidade Católica de Lisboa e da Universidade de Coimbra no mês de maio de 2017. A forma de conferência foi preservada. Só acrescentei algumas referências básicas.

² Doutor em Direito. Professor Emérito de Direito Civil e Direito Europeu da Faculdade de Direito da Universidade de Salzburgo (Áustria). Jurista alemão.

I INTRODUÇÃO

1. Os tópicos que me proponho tratar não são novos. Bem pelo contrário: há uma quantidade enorme de trabalhos, mesmo livros inteiros sobre o tema³. Mesmo assim, faz sentido que nos ocupemos novamente com ele. Apesar da abundância do material, permanecem dúvidas relativamente a certas questões. Parece útil, portanto, deitar um novo olhar sobre elas.

2. Como não posso assumir que todos os presentes estão familiarizados com o Direito Internacional Privado das sociedades, acho conveniente falar brevemente sobre alguns dados elementares da matéria. A questão de partida é sempre a de saber qual é o direito nacional aplicável a uma sociedade, ou seja, qual é a sua lei pessoal. Esta pergunta, claro, só se põe se os factos contêm um elemento de conexão internacional. Sirva como exemplo uma sociedade comercial constituída segundo o Direito francês, mas com sede administrativa em Portugal. Não há uma resposta uniforme à questão levantada mas primordialmente duas.

Para uma delas, o que é decisivo é a sede efetiva da administração, enquanto para a outra o que importa é a sede estatutária. A primeira solução, chamada “*Sitztheorie*” em Alemão, em Português teoria da sede principal e efetiva ou “teoria da sede real”, predomina, p. ex., na Alemanha e também em Portugal, embora o artigo 3, n.º 1, do CSC⁴, reconheça alguma relevância à sede estatutária quando esta se situe em Portugal. Tomando

³ Entre as mais recentes e interessantes, Behme (2105); instrutivo também, p. ex., Eckert (2010).

⁴ Nota do Editor-Associado: CSC é o Código das Sociedades Comerciais, vigente em Portugal, editado pelo Decreto-Lei 262/86, de 2 de setembro (de 1986), e atualizado por outros Decretos-Lei, notadamente os de 2009 e 2010.

por base tal teoria, no exemplo assinalado, o Direito português negaria a personalidade jurídica da sociedade, porque a sociedade não foi constituída em conformidade com o Direito português. A segunda solução, chamada “*Gründungstheorie*” em Alemão, traduzido em Português provavelmente “teoria da constituição ou incorporação”, vale p. ex. na Dinamarca, na Holanda e, mais importante – até ao Brexit –, na Inglaterra. Para se saber qual destas regras se aplica ao caso, a resposta depende da *lexfori*, quer dizer, do Direito Internacional Privado a aplicar pelo Tribunal a que o caso seja submetido e competente para o decidir.

Uma vez clarificado o Direito aplicável à sociedade, por outras palavras, o seu estatuto ou lei pessoal, resta delimitar o seu alcance. Ele abrange – vejam-se o artigo 33, nº 2, do Código Civil e o artigo 3º do CSC – quase todas as matérias relevantes do direito das sociedades, p. ex. as relativas à constituição, à composição e à competência dos órgãos, aos direitos e obrigações dos sócios. Mas sobram questões que se situam na periferia desse campo de aplicação. Integram-se aqui contratos celebrados entre a sociedade e os sócios ou a aquisição de suas próprias ações pela sociedade. Nestes casos, é duvidoso se caem na alçada do estatuto pessoal ou no da lei aplicável aos contratos ou obrigações contratuais, se for esta a qualificação pertinente. Um outro exemplo, muito atual presentemente, como vamos ver, é o de saber se os deveres dos gerentes na insolvência da sociedade pertencem ao Direito Internacional Privado (DIP) das sociedades ou ao DIP da insolvência.

3. As regras tradicionais do Direito Internacional Privado das sociedades sofreram com a afirmação da liberdade de estabelecimento do Direito europeu, atualmente constante do “Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia”, abreviado TFUE. Este Tratado alterou o seu predecessor, o “Tratado sobre a Comunidade Europeia”. Contudo, os artigos aqui relevantes ficaram como os seus antecessores. O art.º 49 diz essencialmente que nacionais de um Estado-Membro com um domicílio dentro do território da União têm o direito de se estabelecer no território de um outro Estado-Membro, incluindo a instalação, aí, de agências, sucursais e filiais. Esta liberdade abrange a constituição de empresas e, designadamente, sociedades. O artigo 49º refere-se a pessoas singulares. A regra correspondente para sociedades encontra-se no artigo 54º. Segundo este preceito, são equiparadas às pessoas singulares as sociedades constituídas conforme a legislação de um Estado-Membro e que têm a sua sede social, administração ou estabelecimento principal dentro da União.

4. Tendo isto presente, podemos estruturar a nossa exposição como se segue. Começaremos com um resumo da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

(TJUE) relativa à transferência transfronteiriça da sede de uma sociedade. Depois, vamos examinar se, e em que medida, esta jurisprudência se insere satisfatoriamente nas disposições mencionadas do Tratado. Perante este pano de fundo, será necessário discutir brevemente a necessidade e o conteúdo essencial de uma futura diretiva sobre a transferência da sede.

II JURISPRUDÊNCIA

1. A jurisprudência do TJUE fica mais entendível e poderá ser objeto de melhor apreciação se a repartirmos em grupos de casos distintos. Assim, por um lado, cabe distinguir a transferência da sede administrativa e transferência da sede estatutária. Por outro lado, em ambas as hipóteses, é possível que a operação falhe em virtude da existente regulamentação, seja do Estado “exportador”, por assim dizer, seja do Estado “importador”. Em suma, temos quatro grupos de casos. O TJUE já teve oportunidade de se pronunciar sobre cada um deles.

2. Começamos com a primeira variante, a transferência da sede administrativa. No caso “*DailyMail*”, Processo 81/87, de 27 set. 1988⁵ [27.9.1988 (C-81/87)], assim o nome do Acórdão], a questão discutida foi a de saber se a transferência da sede administrativa de Londres para a Holanda, por razões fiscais, tinha de ser aceite pela administração fiscal da Inglaterra. Ao nível do Direito Internacional Privado, a resposta tinha de ser positiva. Na verdade, quer a Inglaterra, quer a Holanda, seguem a teoria da constituição ou incorporação. Consequentemente, a sociedade não perdeu com essa transferência o seu estatuto pessoal, neste caso inglês.

Ainda assim, o TJUE decidiu em favor da administração fiscal inglesa. A justificação é ambivalente. Por um lado, diz-se que a liberdade de estabelecimento, que segundo o Tribunal visa primordialmente potenciais restrições do Estado de imigração, perderia o seu sentido se o Estado de exportação pudesse interditar a emigração das “suas” sociedades. Este raciocínio levaria ao reconhecimento da personalidade jurídica delas. Mas, salienta o Tribunal, por outro lado, as sociedades, ao contrário de pessoas singulares, teriam de ser constituídas conforme uma ordem jurídica determinada, da qual, portanto, também dependeria a existência ulterior da sociedade. Fora dessa ordem jurídica, as

⁵ Acórdão do Tribunal, de 27 de setembro de 1988. - A Rainha contra HM Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust Plc. - Pedido de decisão prejudicial apresentado pelo High Court of Justice, Queen’s Bench Division. - Liberdade de Estabelecimento - Direito de abandonar o Estado-Membro de origem - Pessoa colectiva. - Processo 81/87. (Colectânea da Jurisprudência 1988, página 05483. Edição especial sueca, página 00693. Edição especial finlandesa, página 00713).

sociedades não teriam existência. Esta hipótese chama-se “*Geschöpftheorie*” em Alemão. Em Português, poderíamos falar de “teoria da criação”. O que os Estados-Membros – assim o Tribunal prossegue – exigem para considerarem uma sociedade submetida ao próprio Direito seria muito distinto, particularmente no que respeita à sede administrativa. O previsto no antigo artigo 293 CE, entretanto revogado, nunca se teria realizado. A liberdade de estabelecimento não serviria para resolver os problemas daí decorrentes. Em complemento, note-se que, mais tarde, o Tribunal, num caso chamado “*Lasteyrie du Saillant*”⁶ [11.3.2004 (C-9/020)] e relativamente a uma pessoa singular, decidiu que restrições de emigração por razões fiscais são incompatíveis com a liberdade de estabelecimento. À primeira vista, parece que o resultado obtido em *Lasteyrie de Saillant* contradiz aquele em *DailyMail*, porque restrições fiscais foram consideradas de modo oposto nos dois casos. Porém, esta primeira impressão é errónea, porque a teoria da criação, na qual *DailyMail* se fundamenta, só é aplicável a sociedades, não às pessoas singulares.

Um outro caso, “*Cartesio*”⁷ [16.12.2008 (C-210/06)], também tinha a ver com uma restrição à emigração de sociedades. Uma sociedade húngara queria transferir a sua sede administrativa para a Itália e reter o seu estatuto pessoal, que era o direito húngaro. Este direito obstava a tal operação. O TJUE julgou que não havia nada a reclamar do ponto da vista do direito europeu. A pedra angular da justificação é outra vez a teoria da criação. O artigo 48 CE, hoje o artigo 54 TFUE, toma em conta as diferenças dela resultantes, diz o Tribunal, que qualifica como equivalentes a conexão do estatuto pessoal ou a sede estatutária ou a administração central ou o estabelecimento principal. Cada um dos Estados-Membros tem assim o direito de decidir qual ou quais destes critérios devem reger a constituição da sociedade e a sua sobrevivência. Como na nacionalidade das pessoas singulares, prossegue o Tribunal, o resultado desta seleção é uma questão preliminar

⁶ Acórdão do Tribunal de Justiça (Quinta Secção), de 11 de março de 2004. Processo C-9/02, que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 234.º CE, pelo Conseil d’État (França), destinado a obter, no litígio pendente neste Órgão jurisdicional entre Hughes de Lasteyrie du Saillant e Ministère de l’Économie, des Finances et de l’Industrie, uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação do artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE).

⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 16 de dezembro de 2008. *Cartesio Oktató és Szolgáltató bt*. Pedido de decisão prejudicial: Szegedi Ítéltábla - Hungria. Transferência da sede de uma sociedade para um Estado-Membro diferente daquele onde foi constituída - Pedido de alteração da inscrição relativa à sede, no registo comercial - Recusa - Recurso de uma decisão de um Tribunal responsável pela manutenção do registo comercial - Artigo 234.º CE - Reenvio prejudicial - Admissibilidade - Conceito de ‘órgão jurisdicional’ - Conceito de ‘órgão jurisdicional nacional cujas decisões não sejam susceptíveis de recurso judicial previsto no direito interno’ - Recurso de uma decisão que ordena um reenvio prejudicial - Poder do juiz de recurso de anular essa decisão - Liberdade de estabelecimento - Artigos 43.º CE e 48.º CE. Processo C-210/06. (Colectânea da jurisprudência. 2008 I-09641).

em relação ao artigo 54. Por outras palavras, este artigo só intervém se o Estado exportador reconhecer a existência ulterior das sociedades, ou seja, a perduração da sua personalidade jurídica, no caso de a sua sede ser transferida para o estrangeiro. Num *obiter dictum*, ou seja, um raciocínio não relevante para o resultado, o Tribunal admite que o caso decidido se distingue de uma situação na qual uma sociedade queira submeter-se à legislação de um outro Estado-Membro, mas com manutenção da sua identidade e personalidade jurídica. Num caso desses, o Estado de emigração não poderia exigir que a sociedade se dissolvesse e se constituísse de novo no estrangeiro.

Um outro exemplo da transferência da sede administrativa, neste caso da Holanda para a Inglaterra, é dado pelo acórdão “*NationalGrid*”⁸ [29.11.2011 (C-371/10)]. A questão a resolver foi a de saber se a Holanda podia ou não tributar as mais valias latentes relativas aos ativos de uma sociedade holandesa, aquando da transferência da sede da sua direção efetiva para o Reino Unido, tributação que depois da emigração da sociedade não seria possível. Em dois passos, o Tribunal disse que sim.

Em primeiro lugar, conforme jurisprudência constante, reafirmou que as restrições da liberdade de estabelecimento abrangem medidas estatuais que impedem, afetam ou tornam menos atraente o exercício desta liberdade. No caso, por transferir a sua sede para o estrangeiro, a sociedade sofreria uma desvantagem relativa à sua liquidez que não ocorreria no quadro de uma transferência da sede dentro do Estado. Significa isso que o Tribunal entende a liberdade de estabelecimento como uma liberdade que proíbe discriminações. O argumento já foi decisivo no contexto de outras liberdades, especialmente a do tráfego de mercadorias, mas também antes de *NationalGrid* no contexto de uma fusão transfronteiriça, à qual voltaremos mais tarde. Discriminação, com efeito, é um elemento muito importante para a compreensão da liberdade de estabelecimento, mas não o único, como vamos ver.

Em seguida, o Tribunal introduziu um segundo nível de análise. Disse que uma restrição da liberdade de estabelecimento podia justificar-se por razões imperiosas de interesse geral. Além disso, a medida em questão deve ser adequada para realizar o objetivo e ser indispensável para este fim. Segundo o Tribunal, o regime legal holandês corresponde à

⁸ Urteil des Gerichtshofes (Große Kammer) vom 29. november 2011. National Grid Indus BV gegen Inspecteur van de Belastingdienst Rijnmond/kantoor Rotterdam. Ersuchen um Vorabentscheidung: Gerechtshof Amsterdam - Niederlande. Verlegung des tatsächlichen Verwaltungssitzes einer Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat als den Gründungsmitgliedstaat der Gesellschaft - Niederlassungsfreiheit - Art. 49 AEUV - Besteuerung der nicht realisierten Wertzuwächse beim Vermögen einer Gesellschaft, die eine Sitzverlegung zwischen Mitgliedstaaten vornimmt - Festsetzung des Steuerbetrags zum Zeitpunkt der Sitzverlegung - Sofortige Einziehung der Steuer - Verhältnismäßigkeit. Rechtssache C-371/10 (Sammlung der Rechtsprechung. 2011 I-12273).

repartição do poder tributário contida numa convenção sobre dupla tributação em vigor entre os Estados-Membros. Por isso tal regulação holandesa foi declarada admissível.

Os Acórdãos indicados referem-se ao âmbito da liberdade primária, quer dizer, à transferência da própria sede. O Acórdão “*Cadbury/Schwepes*”⁹ [12.9.2006 (C-196/04)] tinha a ver com uma outra variante da liberdade, chamada secundária. Neste caso uma sociedade inglesa constituiu uma filial na Irlanda, também ela unicamente motivada por razões fiscais. A lei britânica continha uma regra segundo a qual os lucros de uma sociedade filial deviam ser atribuídos à sociedade-mãe se o objetivo da constituição da filial no estrangeiro fosse o de aí acumular lucros a fim de beneficiar de taxas de impostos mais baixas. O TJUE opinou que uma tal regulação era admissível. Disse que o objetivo da liberdade de estabelecimento é o de permitir aos nacionais dum Estado-Membro a constituição de um estabelecimento secundário noutro Estado para aí exercer as suas atividades comerciais, favorecendo assim a interpenetração económica e social no interior da Comunidade. Trata-se de garantir uma participação estável e contínua na vida económica de um Estado-Membro diferente do Estado de origem e de dela retirar benefício. Por conseguinte, a invocação da liberdade de estabelecimento pressupõe, assim prossegue o Tribunal, uma implantação real da sociedade em causa no Estado-Membro de acolhimento e o exercício de uma atividade económica neste. Não bastam expedientes meramente artificiais, desprovidos da realidade económica, com o objetivo de evitar o imposto normalmente devido sobre os lucros gerados por atividades realizadas no território

⁹ Europäischer Gerichtshof. *Cadbury Schweppes und Cadbury Schweppes Overseas*. Niederlassungsfreiheit - Rechtsvorschriften über beherrschte ausländische Gesellschaften - Einbeziehung der Gewinne beherrschter ausländischer Gesellschaften in die Steuerbemessungsgrundlage der Muttergesellschaft. Jurion: Zulässigkeit einer Einbeziehung der Gewinne beherrschter ausländischer Gesellschaften in die Steuerbemessungsgrundlage der Muttergesellschaft; Besteuerung der Welteinkünfte einer in dem Vereinigten Königreich Großbritannien und Nordirland ansässigen Gesellschaft; Anwendbarkeit der Bestimmungen des Vertrages über die Niederlassungsfreiheit im Falle der Beteiligung eines Angehörigen des betreffenden Mitgliedstaats am Kapital einer Gesellschaft mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat ; Auswirkungen des Bestehens einer sicheren Möglichkeit der Einflussnahme auf die Entscheidungen der ausländischen Gesellschaft; Anwendbarkeit der Besteuerung nach den Rechtsvorschriften über beherrschte ausländische Gesellschaften; Profitierung von der vorteilhaften Steuerrechtslage im Ausland; Rechtsmissbräuchliche Berufung auf die Niederlassungsfreiheit im Falle der Gründung einer Gesellschaft im Ausland zwecks Ausnutzung der im Ausland geltenden vorteilhaften Besteuerung; Beschränkung der Niederlassungsfreiheit; Rechtsvorschriften über beherrschte ausländische Gesellschaften; Bedeutung eines Zusammenhangs der Gründung einer beherrschten ausländischen Gesellschaft mit der wirtschaftlichen Realität. Keine Hinzurechnung der Gewinne einer Tochter aus einem Niedrigsteuerland bei der Muttergesellschaft (“*Cadbury Schweppes*”). EG Art. 43, Art. 49, Art. 56. Einbeziehung der Gewinne beherrschter ausländischer Gesellschaften in die Steuerbemessungsgrundlage der Muttergesellschaft. Deutsches Notarinstitut. EG Art. 43, 48, 234. Unzulässigkeit der Einbeziehung der Gewinne beherrschter Gesellschaften aus anderen EU-Mitgliedstaaten zur Besteuerung der herrschenden Gesellschaft. Rechtsportal.de. EG Art. 43; EG Art. 49; EG Art. 56. Niederlassungsfreiheit - Rechtsvorschriften über beherrschte ausländische Gesellschaften - Einbeziehung der Gewinne beherrschter ausländischer Gesellschaften in die Steuerbemessungsgrundlage der Muttergesellschaft - Niederlassungsfreiheit.

nacional. Queria salientar este raciocínio porque parece incompatível com outros Acórdãos a apresentar mais tarde.

3. O *leading case* relativo a restrições da liberdade de estabelecimento pelo Estado de acolhimento ou de imigração é o caso “*Überseering*”¹⁰ [5.11.2002 (C-208/00)]. Uma sociedade holandesa intentou uma ação perante um Tribunal alemão. Este, considerando que a requerente tinha transferido a sua sede administrativa para a Alemanha, não lhe reconheceu capacidade jurídica e judiciária. Segundo o Tribunal de Justiça, esta decisão é incompatível com a liberdade de estabelecimento porque a sociedade em questão, para intentar uma ação, não teria outra alternativa do que constituir-se de novo na Alemanha. A teoria da constituição ou incorporação só valeria para o Estado de origem, mas não para o Estado de imigração, com a consequência de que este Estado não teria competência para determinar a sobrevivência da sociedade. Razões imperiosas de interesse geral como a tutela dos credores, dos trabalhadores ou interesses fiscais não poderiam justificar a privação da capacidade jurídica.

Outros Acórdãos, embora não tendo nada a ver diretamente com a transferência da sede da administração, precisam de ser apreciados conforme os mesmos princípios. No caso “*Centros*”¹¹ [9.3.1999 (C-212/97)], um casal dinamarquês tinha constituído uma sociedade

¹⁰ Artikel 43 EG und 48 EG - Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat - Gesellschaft, die von ihrer Niederlassungsfreiheit in einem anderen Mitgliedstaat Gebrauch macht - Gesellschaft, von der nach dem Recht des Aufnahmemitgliedstaats angenommen wird, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in diesen verlegt hat - Nichtanerkennung der Rechtsfähigkeit und der Parteifähigkeit der Gesellschaft durch den Aufnahmemitgliedstaat - Beschränkung der Niederlassungsfreiheit - Rechtfertigung. Die GmbH allgemein - Der ausländische GmbH-Geschäftsführer - Die ausländische Gesellschaft mit Deutschlandabzug - Die deutsche GmbH mit Auslandsbezug - Die GmbH light. Jurion: Satzungsmäßiger Sitz einer Gesellschaft und ihr tatsächlicher Verwaltungssitz; Anerkennung der Rechtsfähigkeit und der Parteifähigkeit der Gesellschaft durch den Aufnahmemitgliedstaat; Beschränkung der Niederlassungsfreiheit einer Gesellschaft; Verstoß gegen die Artikel 43 EG und 48 EG-Vertrag. Verstoß gegen Niederlassungsfreiheit, wenn Auslandsgesellschaft nach Sitzverlegung ins Inland in Anwendung der Sitztheorie Klagemöglichkeit verliert (“Überseering”). EG Art. 43, Art. 44, Art. 48, Art. 293. Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft mit Gründung in einem anderen Mitgliedsstaat im Aufnahmemitgliedstaat. Grenzüberschreitende Sitzverlegung führt nicht zum Verlust der Rechts- und Parteifähigkeit einer Gesellschaft nach dem Recht ihres Gründungsstaats - Überseering. Deutsches Notarinstitut. EGBGB, Internationales Gesellschaftsrecht; EGV Art. 43, 48. Sitztheorie und Niederlassungsfreiheit. Verlust der Klagemöglichkeit einer Auslandsgesellschaft bei Sitzverlegung ins Inland als Verstoß gegen die Niederlassungsfreiheit (“Überseering”). EG Art. 43, Art. 48; ZPO § 5 Abs. 1. Artikel 43 EG und 48 EG - Gesellschaft, die nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründet worden ist und dort ihren satzungsmäßigen Sitz hat - Gesellschaft, die von ihrer Niederlassungsfreiheit in einem anderen Mitgliedstaat Gebrauch macht - Gesellschaft, von der nach dem Recht des Aufnahmemitgliedstaats angenommen wird, dass sie ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in diesen verlegt hat - Nichtanerkennung der Rechtsfähigkeit und der Parteifähigkeit der Gesellschaft durch den Aufnahmemitgliedstaat - Beschränkung der Niederlassungsfreiheit - Rechtfertigung.

¹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça, 9 de março de 1999. Processo C-212/97, que tem por objecto um pedido dirigido ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º do Tratado CE, pelo Højesteret (Dinamarca), destinado a obter, no litígio pendente neste órgão jurisdicional entre Centros Ltd e Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, uma decisão a título prejudicial sobre a interpretação dos artigos 52.º, 56.º e 58.º do Tratado CE.

na Inglaterra unicamente a fim de evitar o direito dinamarquês. Depois foi criada uma “sucursal” na Dinamarca, que, na realidade, não era uma sucursal. Com efeito, todas as atividades comerciais foram concentradas na Dinamarca, como planeado do início. Na Inglaterra, só havia a sociedade sem atividades nenhuma, uma assim chamada sociedade caixa-postal. Ao contrário do que se podia esperar e que também foi defendido pelo governo dinamarquês, o TJUE julgou que o arranjo descrito cai no âmbito da liberdade de estabelecimento, também ao nível de razões imperiosas.

Ao comparar os factos do caso com a transferência da sede administrativa, chegamos à conclusão de que ambas as operações devem ser tratados utilizando critérios idênticos. Os interesses regulatórios do Estado recipiente não diferem. Do seu ponto de vista, não importa se uma sociedade estrangeira transfere a sua sede administrativa ou se já inicialmente desenvolve as suas atividades no seu território. Exceptuando interesses fiscais, que não de ser negligenciados no presente contexto, o mesmo vale para o Estado de origem. O artigo 54 TFUE trata da mesma maneira a transferência da sede e a criação de sucursais. Se a liberdade de estabelecimento segundo o caso *Centros* inclui o direito de constituir num Estado uma empresa pertencente a uma sociedade estrangeira, também deve abranger o direito de posteriormente transferir o centro de atividades de uma sociedade de um Estado-Membro para um outro. O objectivo dos artigos 49 e 54 TFUE, já referido em cima, não permite soluções diferentes. Digo isto para preparar uma avaliação crítica da jurisprudência que vem mais tarde.

Na mesma gaveta do caso *Centros*, situa-se o Acórdão “*Inspire Art*” [30.9.2003 (C-177/01)]. Estavam em causa disposições jurídicas holandesas destinadas a sociedades estrangeiras sem ligação factual com o Estado de origem, quer dizer, a sociedades caixa-postal. O TJUE argumentou na mesma linha seguida em *Centros*. Consequentemente, tais normativos (exigindo um capital mínimo) foram considerados incompatíveis com o direito europeu.

Mencionemos ainda o Acórdão “*Sevic*”¹² [13.12.2005 (C-411/03)]. Neste caso, que foi decidido antes da entrada em vigor do Regulamento CE sobre fusões transfronteiriças, o

¹² Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 13. Dezember 2005 Urteil des Gerichtshofs (Große Kammer) vom 13. Dezember 2005. #Vorabentscheidungsersuchen der Landgericht Koblenz. #Rechtssache C-411/03. Tenor: Aus diesen Gründen hat der Gerichtshof (Große Kammer) für Recht erkannt: Die Artikel 43 EG und 48 EG stehen dem entgegen, dass in einem Mitgliedstaat die Eintragung einer Verschmelzung durch Auflösung ohne Abwicklung einer Gesellschaft und durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf eine andere Gesellschaft in das nationale Handelsregister generell verweigert wird, wenn eine der beiden Gesellschaften ihren Sitz in einem anderen Mitgliedstaat hat, während eine solche Eintragung, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind, möglich ist, wenn beide an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaften ihren Sitz im erstgenannten Mitgliedstaat haben. [Urteil des Gerichtshofes (Große Kammer) 13. dezember 2005].

TJUE julgou que a Alemanha deveria admitir a fusão por incorporação duma sociedade luxemburguesa numa sociedade alemã, que segundo o Direito alemão não teria sido possível. A fusão – assim o Tribunal – levaria à transferência da sede da administração para a Alemanha. No Luxemburgo, restaria uma sucursal. Decisivo, porém, foi um argumento novo na altura. O Direito alemão permitia a fusão de duas sociedades alemãs. Por isso, a fusão transfronteiriça, não prevista, ao não ser admitida, seria tratada diferentemente, mais: discriminatoriamente, de maneira ilícita. Na doutrina, esta argumentação, relacionada com a fusão para o Estado de imigração, foi transposta para o Estado de emigração, concluindo que a doutrina do caso *DailyMail* estaria parcialmente afastada¹³. Contudo, a evolução posterior da jurisprudência não confirmou esta orientação.

4. Depois do resumo da jurisprudência relativa à transferência da sede da administração efetiva, continuamos agora com o tema da transferência da sede estatutária. Em “*Segers*”¹⁴ [10.7.1986 (C-79/85)], um holandês tinha transferido a sua empresa para uma sociedade caixa-postal inglesa. Num processo sobre prestações de segurança social na Holanda, foi aceite como dado adquirido que a operação tinha modificado o estatuto ou lei pessoal do detentor da empresa, antes holandês, depois inglês.

Como se recordam, o TJUE, no caso *Cartesio*, pronunciou-se sobre a mudança de forma jurídica de uma sociedade com manutenção da sua identidade e personalidade jurídica, mas só em *obiter dictum*. O Acórdão *Vale* [12.7.2010 (C-328/10)] veio a ocupar-se exatamente de um caso destes. *Vale*, uma sociedade italiana, tinha resolvido transferir a sua sede estatutária para a Hungria, para prosseguir aí as suas atividades em conformidade com o Direito húngaro. De seguida, foi cancelada no registo italiano, como requerido. O registo da sociedade na Hungria falhou, porque segundo o Direito húngaro, não seria possível mencionar como antecessora jurídica de uma sociedade uma outra que não fosse húngara, ou seja, a nota de transformação/sucessão exigida para o registo na Hungria pressupunha uma sociedade húngara. Por isso, dadas estas circunstâncias, a mudança de forma de uma sociedade, conforme com o direito de imigração mas com manutenção da sua identidade e personalidade jurídica, seria impossível.

¹³ P. ex. Bayer; Schmidt, 2006, p. 210 ss.

¹⁴ Urteil des Gerichtshofes (Zweite Kammer) vom 10. Juli 1986. D. H. M. Segers gegen Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Bank- en Verzekeringswezen, Groothandel en Vrije Beroepen. Ersuchen um Vorabentscheidung: Centrale Raad van Beroep - Niederlande. Niederlassungsfreiheit - Soziale Sicherheit - Krankenversicherung für den Geschäftsführer einer ausländischen Gesellschaft. Rechtssache 79/85 (Fundstelle Sammlung der Rechtsprechung 1986 Seite 02375).

Na opinião do TJUE, esta situação legal apresentava-se incompatível com a liberdade de estabelecimento. Como já notado no caso *Sevic*, sucessões transfronteiriças enfrentariam certas dificuldades provenientes da intervenção de duas ordens jurídicas não harmonizadas. Isso, contudo, não seria razão para não as admitir. O que é decisivo, prosseguiu o Tribunal, é a discriminação que se realiza quando um Estado reconhece mudanças de forma de sociedades sujeitas ao seu direito, mas impede a transformação ou imigração de sociedades estrangeiras por esta via. Segundo o Tribunal, não é permitido que as regras aplicáveis a uma transformação transfronteiriça sejam menos favoráveis do que a regulamentação de operações paralelas no interior do país. O Tribunal fala de um princípio da *equivalência* neste contexto. Além disso, são inadmissíveis disposições que, na prática, impeçam ou agravem demasiado o exercício de direitos garantidos pela ordem jurídica europeia, assim chamado princípio da *eficiência*. Recusar o registo da sociedade originariamente italiana como predecessor jurídico contradiz o princípio da equivalência. Tudo isso pressupõe, acrescenta o Tribunal, que a sociedade exerce uma atividade substancial através de um estabelecimento sólido, concebido para um prazo indeterminado.

Antes do acórdão *Vale*, o Tribunal de apelação de Nuremberga recusou-se a admitir uma transferência da sede estatutária do Luxemburgo para a Alemanha. Apesar de as palavras da pertinente lei alemã sustentarem tal posição, depois do acórdão *Vale*, o caso foi decidido no sentido oposto, com base numa interpretação da lei conforme ao Direito europeu¹⁵ [19.6.2013 (12 W 520/13)]. Um outro Tribunal de Apelação, o de Berlim¹⁶ [21.3.2016 (22 W 64/15)], entretanto procedeu da mesma maneira. Muito recentemente foi decidido pelo Tribunal de Apelação de Francoforte¹⁷ [3.1.2017 (20 W 88/15)] que a Alemanha não poderia impedir a emigração de uma sociedade (GmbH) para a Itália adoptando a forma

¹⁵ Oberlandesgericht Nürnberg Beschl. v. 19.06.2013, Az.: 12 W 520/13. 1. Der Beschluss des Amtsgerichts Fürth - Registergericht - vom 27.02.2013, Gz. 61 AR 442/12, wird abgeändert. 2. Das Amtsgericht wird angewiesen, für die Entscheidung über die Registereintragung der Beteiligten zu 2) aufgrund grenzüberschreitender formwechselnder Umwandlung in der Rechtsform einer GmbH von dem dort geäußerten Bedenken, ein umwandlungsfähiger Rechtsträger habe nicht vorgelegen und die nach deutschem Recht vorgeschriebene Eintragungsreihenfolge sei nicht eingehalten worden, Abstand zu nehmen. 3. Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird auf 3.000,00 EUR festgesetzt. 4. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

¹⁶ KG v. 21.03.2016 - 22 W 64/15. Leitsatz: Die Zulässigkeit des grenzüberschreitenden Formwechsels einer französischen GmbH in eine deutsche GmbH sind nach den deutschen Vorschriften über den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine GmbH zu beurteilen. Die Vorschriften über den grenzüberschreitenden Sitzwechsel einer Europäischen Aktiengesellschaft finden keine Anwendung.

¹⁷ UmwG §§ 1 Abs. 2, 122a, 190, 192 Abs. 2 S.2; AEUV Art. 49, 54; EGV Art. 43, 48; GNotKG, § 22 Abs. 1, 25 Abs. 1; SE-VO Art. 8; EWIV-VO Art. 13. Der "Herausformwechsel" einer deutschen GmbH nach Italien in die dortige Rechtsform einer S.r.l. ist unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH zu Art. 49 und 54 AEUV [...] grundsätzlich zulässig. Zur entsprechenden Anwendung von § 202 Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2 und Abs. 3 UmwG durch das Registergericht auf einen derartigen „Herausformwechsel“, für den Fall, dass die entsprechende Eintragung im Handelsregister in Rom/Italien bereits erfolgt ist. OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 3.1.2017 – 20 W 88/15.

legal aí prescrita (S.r.l.). Isso corresponde à regra aplicável à imigração de sociedades estrangeiras.

5. O peso da jurisprudência referida depende do alcance do estatuto ou lei pessoal das sociedades. Dois casos recentes deitam alguma luz sobre isso. A pergunta formulada ao TJUE foi a de saber se uma norma da lei alemã relativa às sociedades por quotas cabia no âmbito desse estatuto. A norma em questão concerne à responsabilidade dos gerentes por pagamentos realizados quando uma sociedade se encontra no estado de insolvência. Perguntou-se se esta responsabilidade teria lugar no caso de um gerente de uma *private company* do direito britânico. O Tribunal disse que sim¹⁸ [10.12.2015 (C-594/14)]. Fundamentou este resultado alegando que a regra em questão não tinha a ver, nem com o reconhecimento da personalidade jurídica de sociedades estrangeiras, nem, como no caso *Inspire Art*, com a inadmissibilidade da aplicação de regras nacionais sobre o capital mínimo a sociedades estrangeiras. A proibição de pagamentos em apreço não teria a ver com nenhum destes casos, mas sim com a atividade da sociedade depois de ser aceite a sua existência como prescrito no seu direito de origem. Consequentemente, a lei alemã foi qualificada, para efeitos de direito internacional privado, como direito da insolvência.

6. Resumindo e avaliando a jurisprudência apresentada, pode dizer-se o seguinte: no que concerne à transferência da sede administrativa, o resultado dessa jurisprudência é que o Estado de imigração deve admiti-la. Isto é certamente justo. Pois o objetivo da liberdade de estabelecimento consiste em assegurar os pressupostos jurídicos da expansão de empresas para outros Estados-Membros a fim de realizar aquela interpenetração mútua que é o sentido do mercado único. Presumindo que o direito originário aplicável segue a teoria da constituição ou incorporação, a transferência da sede administrativa não tem impacto nenhum sobre o estatuto ou lei pessoal da sociedade, como já sabemos; esse estatuto permanece o mesmo. Para estados de acolhimento cujo direito internacional privado das sociedades adota o critério da sede principal e efetiva da administração, isto significa que, no presente contexto, eles não podem dar-lhe execução. Este princípio básico não tem aplicação. É que este princípio implicaria necessariamente a perda da personalidade jurídica de uma sociedade imigrante, um efeito que exatamente por isso

¹⁸ Europäischer Gerichtshof. Urt. v. 10.12.2015, Az.: C-594/14. Urteil des Gerichtshofs (Sechste Kammer) vom 10. Dezember 2015. Simona Kornhaas gegen Thomas Dithmar. Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs. Vorlage zur Vorabentscheidung – Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts – Insolvenzverfahren – Verordnung (EG) Nr. 1346/2000 – Art. 4 Abs. 1 – Bestimmung des anwendbaren Rechts – Regelung eines Mitgliedstaats, die die Verpflichtung des Geschäftsführers einer Gesellschaft vorsieht, dieser die nach Eintritt ihrer Zahlungsunfähigkeit geleisteten Zahlungen zu ersetzen – Anwendung dieser Regelung auf eine in einem anderen Mitgliedstaat gegründete Gesellschaft – Art. 49 AEUV und 54 AEUV – Beschränkung der Niederlassungsfreiheit – Fehlen. Rechtssache C-594/14.

mesmo contradizia ao Direito europeu. Decorre que o artigo 54 TFUE, neste respeito, precisa de ser classificado como disposição do Direito Internacional Privado.

Vistas as coisas numa outra perspectiva, as regras relativas ao Estado de imigração podem entender-se também como consequência do princípio de que a mobilidade transfronteiriça de sociedades não deve ficar atrás do que rege a transferência da sede no interior do país, ou seja, não deve ser tratada com mais desfavor. Isto exprime-se pela proibição de regulações discriminatórias, um argumento utilizado no Acórdão *Sevic* e formulado mais tarde sob a forma do princípio da equivalência. Mas há situações possíveis nas quais uma discriminação seria permitida. Imaginemos uma disposição segundo a qual uma transferência interna da sede só pressuporia uma mudança da morada/domicílio. Como a transferência da sede transfronteiriça só é admitida se houver uma ligação económica significativa com o Estado de imigração, uma mera mudança da morada/domicílio não bastaria. Estaríamos então confrontados com um tratamento distinto de operações transfronteiriças e nacionais, mas trata-se de um tratamento que é justificado pelo sentido da liberdade de estabelecimento. Por outro lado, infrações desta liberdade nem sempre dependem duma discriminação, porque é bem possível que os preceitos sobre a transferência da sede sejam significativamente mais difíceis de satisfazer por sociedades estrangeiras do que por nacionais. Daqui deduz uma parte da doutrina que a liberdade em questão protege não apenas contra discriminações, mas sim também contra outras restrições (p. ex. WASMEIER, 2014, p. 76 ss.). Acho justificada esta posição.

Um segundo ponto: como referido, o Estado de emigração, ao contrário do Estado de imigração, pode inibir a transferência da sede administrativa para um outro Estado-Membro, se a sociedade em questão quiser manter o seu estatuto pessoal. Nem o objectivo da liberdade de estabelecimento nem considerações práticas corroboram esta hipótese. Ela simplesmente não faz sentido por ser igual se alguém é fuzilado de frente ou de trás. Não surpreende por isso que, frequentemente, incluindo pelo TJUE num *obiter dictum* em *DailyMail* que citamos, seja afirmado que a liberdade de emigrar há de ser delimitada na mesma maneira do que a liberdade de imigrar.

Uma outra questão, contudo, é a de saber se este resultado, certamente desejável, tem uma sólida base jurídica. Um dos argumentos em *DailyMail* foi a falta de direitos harmonizados. Hoje em dia, este argumento já não vale. Em *Cartesio*, o próprio TJUE disse que a diversidade das ordens jurídicas no campo das sociedades não devia bloquear a transferência da sede. Se isso é verdade no que respeita ao Estado recipiente, não se vê como podia ser diferente quanto ao Estado exportador. Resta a teoria da criação. Segundo esta teoria, lembremo-nos, a existência e a sobrevivência de uma sociedade

depende exclusivamente do direito do Estado de origem, daquele, por outras palavras, segundo o direito do qual a sociedade foi constituída. Ao nível do Direito Internacional Privado, se não se levar em conta também o artigo 54 TFUE, não há nada a objectar. Porém, ao fazer intervir na análise este artigo, a situação legal altera-se drasticamente. Certamente os Estados-Membros são livres de optar pelo elemento de conexão da sede principal e efetiva da administração ou pelo da sede estatutária. Mas com isto não se diz nada sobre a questão de saber em que medida o âmbito do estatuto pessoal desse modo definido é compatível com o Direito europeu e portanto admissível no quadro deste. Acordos de vinculação de votos, por exemplo, são normalmente qualificados como pertencentes ao Direito Internacional Privado societário. Ora, segundo o *Regulamento Roma I*, a qualificação é contratual. Ninguém afirma, contudo, que esta regra contradiz o Direito primário, mais precisamente ao artigo 54. A jurisprudência relativa a restrições de imigração de sociedades afeta também, como vimos, o âmbito do estatuto pessoal. Embora isso não tenha um impacto direto sobre a teoria da criação, ainda assim demonstra que os Estados-Membros, por razões relativas à liberdade de estabelecimento, têm de aceitar – e isso é decisivo – reduções do âmbito do estatuto pessoal. Como já sabemos, o sentido da liberdade de estabelecimento consiste em garantir a mobilidade irrestrita das sociedades através das fronteiras. É incompatível com este propósito permitir aos Estados-Membros o bloqueamento total da emigração de sociedades constituídas de acordo com as suas leis. Isto vale também e particularmente para a transferência da sede administrativa. É inadmissível portanto “apenas” tal operação com a perda da personalidade jurídica. A este respeito, a teoria da criação é, como eu também acho, errónea (no mesmo sentido, p. ex., BAYER; SCHMIDT, 2006, p. 211). Os Estados-Membros não têm legitimidade para determinar a sobrevivência das “suas” sociedades no caso de emigração. Errónea por isso é também a opinião do TJUE segundo a qual as disposições do Direito nacional relevante aplicáveis a sociedades que pretendam emigrar teriam o carácter de uma questão preliminar relativamente ao direito de estabelecimento. Não, a própria liberdade tem de ser entendida como uma regra que coloca a transferência transfronteiriça fora do alcance do estatuto pessoal das sociedades. Mais uma vez, o artigo 54 apresenta-se assim como uma norma do Direito Internacional Privado das sociedades.

Relativamente à imigração, o TJUE já decidiu, como foi relatado, que a liberdade de estabelecimento só favorece sociedades que tenham a intenção de se implantar sinceramente e com uma duração indeterminada no mercado local. Contrasta isto obviamente com a posição do Tribunal no que respeita às circunstâncias no Estado de emigração. Basta na sua opinião, afirmada nos casos *Centros e Inspire Art*, uma sede estatutária mesmo na forma de uma caixa-postal. Pode fundamentar-se o Tribunal no texto do artigo 54, mas não no objetivo da liberdade de estabelecimento. Certamente,

este objetivo não consiste em aplicar esta e outras liberdades a circunstâncias que não envolvem quaisquer factos internacionais reais, ou seja quando o carácter internacional é, como no caso *Centros*, puramente artificial. A transferência da sede da administração não cai no âmbito da liberdade respetiva se efetivamente não há nada a transferir.

III A DIRETIVA RELATIVA À TRANSFERÊNCIA DA SEDE

Chego ao meu último tópico, i. e., à diretiva relativa à transferência da sede. Por limitações de tempo, tenho de contentar-me aqui com poucas observações. Existe um esboço preliminar da parte da Comissão que não resultou. Presentemente, a Comissão não parece prosseguir o projeto, embora uma tal diretiva – assim a opinião dominante de comentadores – seja muito desejável, se não mesmo imprescindível, para completamente realizar o objetivo da liberdade de estabelecimento. Certamente existem possibilidades para evitar o problema. Uma é a transformação da sociedade numa sociedade europeia (SE), cuja mobilidade transfronteiriça já é assegurada pelo Direito em vigor. Uma outra solução seria a fusão da sociedade mediante incorporação numa filial situada no Estado onde se quer localizar a nova sede. Mas ambas as operações oferecem apenas desvios, trilháveis mas mais complicados e não apropriados em todas as circunstâncias. Portanto, parece claro que a diretiva deveria ser introduzida.

No que respeita ao conteúdo duma tal diretiva, só enfatizo dois pontos. Pessoas singulares só têm o direito de estabelecer-se num outro Estado-Membro se são cidadãos de um Estado aderente à União Europeia e domiciliadas dentro da União. Apesar de o artigo 54 TFUE não conter o segundo pressuposto, há razões bem sólidas para o entender neste sentido, ou seja, exigir que a sociedade já exerce efetivamente uma atividade real dentro da União. A diretiva devia expressamente dizer isto, assim eliminando sociedades caixa-postal do âmbito da liberdade de estabelecimento. Acórdãos como *Centros* seriam então impossíveis.

Segundo a jurisprudência, um Estado-Membro pode bloquear a emigração das suas sociedades na forma da transferência da sede administrativa. Como vimos, esta posição baseia-se num mau entendimento da liberdade de estabelecimento. A diretiva deveria corrigir a situação.

REFERÊNCIAS

BAYER, Walter; SCHMIDT, Jessica. Der schutz der grenzüberschreiten den verschmelzung durch die niederlassungsfreiheit. In: **ZIP - Zeitschrift für**

Wirtschaftsrecht, Köln, RWS Verlag Kommunikationsforum GmbH, p. 210-213, 2006.

BEHME, Caspar. **Rechtsformwahrende Sitzverlegung und Formwechsel von Gesellschaften über die Grenze**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2015.

ECKERT, Georg. **Internationales Gesellschaftsrecht**: das internationale Privatrecht grenzüberschreitend tätiger Gesellschaften. Wien: Manz, 2010.

WASMEIER, Oliver. **Grenzüberschreitende Umstrukturierung von Kapitalgesellschaften durch Sitzverlegung und Formwechselnde Umwandlung**. Hamburg: Dr. Kovac, 2014.

Submissão em: 9 dez. 2017
Pareceres favoráveis em: 29 jan. 2018.

A R T I G O S

Publicidade comparativa, em especial na internet (concorrência desleal e defesa do consumidor)

ALEXANDRE LIBÓRIO DIAS PEREIRA¹

Resumo: A publicidade comparativa, tradicionalmente proibida no quadro da concorrência desleal, foi legalizada em nome da proteção do consumidor e da livre concorrência. Todavia, a linha divisória com a concorrência desleal nem sempre é absolutamente clara. Este trabalho passa em revista a evolução do regime jurídico da publicidade no Direito português e da União Europeia, com destaque para a relevante jurisprudência do Tribunal de Justiça.

Palavras-chave: publicidade comparativa – publicidade enganosa – práticas comerciais desleais – União Europeia.

Abstract: Comparative advertising, traditionally prohibited in the context of unfair competition, has been legalized for reasons of consumer protection and free competition. However, the borderline with unfair competition is not always “crystal clear”. This work reviews the evolution of the legal regulation of comparative advertising in Portugal and the European Union, highlighting the relevant jurisprudence of the Court of Justice.

Keywords: comparative advertising – misleading advertising – unfair commercial practices – European Union.

¹ Doutorado em Direito (2008) e Mestrado em Direito (1999). Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Portugal.

1 INTRODUÇÃO

A internet é um poderoso meio de comunicação. Possibilita a disponibilização de informação 24 horas por dia, sete dias por semana, 52 semanas por ano. Em termos de transparência, tanto os consumidores como as empresas podem, em pouco tempo, obter informação muito completa sobre bens, produtos ou serviços, disponíveis no mercado, e existem inclusive sítios com motores de pesquisa dedicados a comparar produtos e serviços (por ex., o <kuantokusta.pt>). As comparações incidem não apenas sobre bens semelhantes de diferentes marcas, mas também sobre bens idênticos da mesma marca, variando o preço de venda, a localização do vendedor ou outras condições.

É lícita a publicidade comparativa na internet? Em que condições? Qual é o papel do regime jurídico das práticas comerciais desleais neste domínio? Na União Europeia, o Direito da Publicidade, enquanto ramo do Direito do Consumidor, tem sido objeto de harmonização significativa, em termos tais que tendencialmente a resposta do Direito português será semelhante ao dos outros Estados-Membros. Justifica-se, por isso, um breve estudo do Direito Comparado e da União Europeia.²

2 DA CONCORRÊNCIA DESLEAL À LICITUDE DA PUBLICIDADE COMPARATIVA NO DIREITO COMPARADO

A questão da publicidade comparativa na internet foi tratada pela jurisprudência germânica há cerca de vinte anos. O Tribunal Regional de Wiesbaden (*Landgericht*), no Acórdão

² Sobre a publicidade na Internet vide e.g. Leitão (2004, p. 285-309).

de 17 de setembro de 1997 (LG Wiesbaden)³, decidiu que a publicidade comparativa na internet não era, em si mesma, proibida. A Ré, uma companhia de seguros de saúde, tinha introduzido uma funcionalidade no seu sítio da Internet, permitindo que os seus utilizadores comparassem os seus preços com os de outras companhias de seguros de saúde. Se o utilizador inserisse os seus dados pessoais e outras informações, o prémio da empresa seria mostrado no ecrã, o mesmo sucedendo com o das outras seguradoras. No caso concreto, os prémios da Ré e das outras companhias de seguros escolhidas foram apresentados simultaneamente. Em causa, discutiu-se se a Ré podia cotizar os prémios de outras seguradoras do ramo saúde, solicitando aos seus potenciais clientes que comparassem os preços. O Tribunal baseou a sua decisão no facto de este tipo de publicidade comparativa na Internet ser diferente de outros tipos de publicidade por não ser diretamente “imposta” ao público. Pelo contrário, exigia a intervenção ativa do potencial cliente que teria que solicitar, ele mesmo, a informação. Além disso, o Tribunal realçou que o legislador pretendia introduzir concorrência no mercado dos seguros de saúde e baixar os preços praticados. A fim de promover essa concorrência, o legislador dera aos consumidores o direito de cancelar qualquer acordo dentro de um determinado prazo se a sua companhia de seguros aumentasse os seus prémios dentro desse prazo. Neste contexto, a publicidade comparativa promoveria a transparência do mercado e protegeria os interesses dos consumidores.

Este Acórdão do Tribunal de Wiesbaden está em linha com a jurisprudência germânica neste domínio. No direito alemão a disciplina da publicidade encontra-se na lei contra a concorrência desleal (UWG – *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*). Com base na interpretação do § 1.º UWG efetuada pelo BGH⁴ no Acórdão de 14 de julho de 1961 (*Betonzusatzmittel*)⁵, a jurisprudência julgou não contrária à cláusula geral dos bons costumes (*guten Sitten*) a comparação publicitária de preços e de produtos de concorrentes reconhecíveis, bem como o confronto direto de produtos concorrentes quando e na medida em que fosse pedido espontaneamente pelo cliente. Existindo razões sérias para realizar a comparação, nomeadamente o interesse dos consumidores no esclarecimento da oferta (*Aufklarungsinteresse*), e sendo esta limitada ao necessário, a publicidade comparativa (*vergleichende Werbung*) seria lícita, para além dos grupos de casos já antes admitidos de “comparação-defesa” (*Abwehrvergleich*), “comparação-de-sistemas” (*Systemvergleich*)

³ Judgement by the Wiesbaden Regional Court on 17 september 1997, file n.º 12 O 58/97. *Vide* Niehl, 1999.

⁴ Nota do Editor-Associado. Trata-se do Bundesgerichtshof, a Corte Suprema da Alemanha, com jurisdição em todo o país. Corresponde ao Supremo Tribunal Federal do Brasil e ao Supremo Tribunal Federal, de Portugal (jurisdição sobre aos tribunais judiciais) e ao Supremo Tribunal Administrativo (também em Portugal), para os tribunais administrativos e fiscais.

⁵ Disponível em: <https://www.jurion.de/urteile/bgh/1961-07-14/i-zr-40_60/>. Acesso em: 13 dez. 2017.

e “comparação-progressos” (*Fortschrittvergleich*). Já quanto à utilização de testes comparativos (*Testwerbung*), a publicidade só seria admitida se o único produto reconhecível fosse o publicitado, sendo o anunciante objetivamente responsável pela informação contida nesses testes. Por outro lado, constituiria concorrência desleal a “comparação-informação” com identificação expressa do concorrente diretamente comparado através do seu sinal distintivo, desde logo pela pretensão legítima dos concorrentes em não ser instrumento da publicidade de outros. Em suma, o chamado interesse de informação do consumidor (*Informationsinteressen der Verbraucher*) não justificaria a licitude da comparação direta ou nominativa, exceto se o confronto fosse solicitado pelo próprio cliente.⁶

De igual modo, no direito italiano o artigo 15.º do Código da Atividade Publicitária (CAP) dispunha textualmente que “la comparazione indiretta non è consentita se non quando sia intesa ad illustrare sotto l’aspetto tecnico ed economico le caratteristiche e i vantaggi reali dell’attività e del prodotto pubblicizzato”. Para a jurisprudência, este preceito proibia a comparação direta através do “confronto nominativo”⁷; ao mesmo tempo que permitia a comparação indireta nos limites do estritamente necessário para informar os consumidores sobre as vantagens reais do produto publicitado relativamente ao produto concorrente comparado, e desde que este não fosse “ridicularizado”, sob pena de tal constituir *denigrazione* e concorrência desleal proibidas pelo artigo 14 do CAP e pelo artigo 2598, n.º 2, do *codice civile*, respectivamente.⁸

No Direito francês é apontada a decisão de 22 de julho de 1986⁹ da *Cour de cassation* como o ponto de superação do entendimento tradicional de que a publicidade comparativa constituiria concorrência desleal, nos termos do artigo 1382 do *Code Civil*, para além de poder ser uma utilização de marca não autorizada e punida pelo artigo 424.º do *Code*

⁶ Cuonzo; Schaltenberg, (1987, p. 39 ss.); Schrickler (1977, p. 1037 ss.); Sedelmeyer (1991, p. 370 ss.). Para desenvolvimentos sobre a utilização de “Warentests” na publicidade, Karpf (1983); Sack (1982); Krüger (1996). A publicidade comparativa está regulada na seção 6 da UWG, revista em 2016, disponível em: <<https://dejure.org/gesetze/UWG/6.html>>.

⁷ Sendo que a comparação direta ou nominativa era antes expressamente proibida por força do artigo 21 do C.L.P. – vide Fusi (1971, p. 83-84).

⁸ Para permitir a comparação direta foi proposta uma norma com a seguinte redação: “la pubblicità che raffronti aspetti di beni o di servizi oggettivamente verificabili e rilevanti ai fini della scelta dei consumatori, è ammessa purché non sia ingannevole e sleale”. Era uma norma “di autorizzazione della pubblicità comparativa *tout court* e quindi necessariamente anche di quella che viene realizzata mediante un confronto nominativo fra prodotti e/o servizi concorrenti.” (FLORIDIA, 1987, p. 135). Na sequência, seria adotado o artigo 15 do Codice di Autodisciplina della Comunicazione Commerciale, disponível em: <<http://www.iap.it/codice-e-altre-fonti/il-codice/>>. Entretanto, a publicidade passou a ser regulada pelo *Codice del consumo* de 2005 e também pelo Decreto Legislativo de 2 agosto de 2007, n. 145, que transpõe o artigo 14 da Diretiva 2005/29/CE (*Gazzetta Ufficiale* n. 207 del 6-9-2007).

⁹ Para uma apreciação crítica desta “brecha” jurisprudencial vide Cas (1986, p. 436).

Pénal. Nos termos da decisão, “n’est pas illicite une publicité qui se borne à la comparaison des prix auxquels des produits identiques sont vendus, dans les mêmes conditions, par des commerçants différents, contribuant ainsi à assurer la transparence d’un marché soumis à la concurrence.” (LE LAMY, 1991, p. 786). Antes era considerada ilícita a comparação publicitária de concorrentes reconhecíveis (quando não autorizada por estes), ou que constituísse um *dénigrement collectif*. Apenas a “comparação-de-sistemas”, “a comparação-de-progressos”, a “comparação-defesa”, as documentações informativas internas das empresas (não levadas ao conhecimento de terceiros), as meras referências à semelhança de preços e à desconformidade com os regulamentos do material utilizado por concorrentes, eram tidas como não constitutivas de concorrência desleal (Cfr. GREFFE; GREFFE, 1990, p. 212 ss.; CHANTERAC; FABRE, 1986, p. 128 ss.; BIOLAY, 1991, p. 137 ss.; FOURES, 1968, p. 36 ss.).

O recurso tradicional ao conceito de *usages professionnels* para proibir a publicidade comparativa, enquanto concorrência desleal, era já então criticado. A referência aos usos profissionais seria uma referência a abusos, na medida em que certas práticas comerciais seriam cultivadas em detrimento dos consumidores e da coletividade (Gerhard Schricker, *La répression de la concurrence déloyale dans les États membres de la C.E.E.*, 1970, p. 170, *apud* PIROVANO, 1974, Chr., XLIX, p. 279 ss.), sendo necessário alargar o âmbito de proteção da concorrência desleal para acolher os interesses de outros sujeitos, nomeadamente os consumidores. O legislador francês aprofundou a via aberta pela jurisprudência e aprovou a Lei n.º 92-60, de 18 de janeiro de 1992, destinada a reforçar a proteção dos consumidores. Foi considerada uma lei “revolucionária” (**La Semaine Juridique**, n. 5, 1992, III, 65332, p. 100 ss.) ao permitir a comparação de bens com identificação expressa do sinal distintivo do bem comparado.¹⁰ O *Conseil constitutionnel*

¹⁰ Em suma, foi expressamente autorizada a publicidade comparativa de bens ou serviços que identifique expressamente o comparado através da citação do seu sinal distintivo, devendo, todavia, ser leal, verdadeira e não enganosa. A comparação não deveria depreciar nem parasitar a concorrência (“aucune comparaison ne peut avoir pour *objet principal* de tirer avantage de la notoriété attachée à une marque” nem “présenter des produits ou des services comme l’imitation ou la réplique de produits ou des services revêtus d’une marque préalablement déposée”) e teria que limitar-se a uma comparação objetiva (parecendo ser expressamente proibida a utilização de testemunhos – “la publicité comparative ne peut pas s’appuyer sur des *opinions ou des appréciations individuelles ou collectives*”) sobre características essenciais, relevantes, afins e verificáveis de bens ou serviços da mesma natureza e disponíveis sobre o mercado. Recaindo sobre preços, a comparação deveria respeitar a produtos idênticos vendidos nas mesmas condições e indicar o período durante o qual são mantidos os preços pelo anunciante. Recaindo sobre produtos que gozem de uma denominação de origem controlada, só seria permitida relativamente a produtos com a mesma denominação. Além disso, a publicidade comparativa seria sempre interdita em embalagens, faturas, bilhetes de transporte, meios de pagamento ou bilhetes de acesso a espetáculos ou a locais abertos ao público. Esta lei estabeleceu ainda que o ónus da prova da verdade das suas afirmações cabe ao anunciante, o qual tem o dever de comunicar sempre o anúncio aos “concorrentes-alvo”, antes da difusão da publicidade. Para mais desenvolvimentos sobre esta lei, Yolande Serandour, “L’avènement de la publicité comparative en France (Article 10 de la loi n. 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs)” (**La Semaine Juridique**, n. 27, 1992, I., 3596, p. 295 ss.).

validou esta lei face ao Direito Constitucional de propriedade em matéria de marcas.¹¹ A informação do consumidor e a promoção da concorrência justificariam, em princípio, a licitude da utilização da marca de terceiros no âmbito de publicidade comparativa. Atualmente, a disciplina da publicidade comparativa encontra-se nos artigos L121-8 a 121-13 do *Code de la Consommation*, alterados pela *Ordonnance* n.º 2016-301 de 14 de março de 2016.¹²

3 A PUBLICIDADE COMPARATIVA NO DIREITO COMUNITÁRIO: DA PROPOSTA DE 1991 À DIRETIVA DE 2006

Embora tivesse sido considerada revolucionária, a lei francesa espelhava, em larga medida, uma proposta de Diretiva, apresentada pela Comissão em 28 de maio de 1991, sobre publicidade comparativa, destinada a modificar a Diretiva 84/450/CEE (ver SERENS, 1994) sobre a publicidade enganosa, a qual ressaltava a possível harmonização futura da publicidade comparativa, no sentido de promover o direito à informação como um dos direitos fundamentais do consumidor.¹³

A proposta apresentada em 1991 visava à harmonização completa do regime da publicidade comparativa, autorizando-a nas mesmas condições e a um nível elevado de proteção dos consumidores em todos os Estados-Membros (art. 7.º, n.º 2, e *considerando* 14).¹⁴ Considerava-se que para se fazer uma publicidade comparativa efetiva poderia ser indispensável identificar os produtos ou serviços de concorrentes fazendo referência aos seus sinais distintivos. Sendo feita dentro das condições aí estabelecidas e, em especial, não tendo por finalidade (principal) tirar partido da notoriedade de outra marca, a publicidade comparativa não violaria o direito exclusivo – já então protegido também pelo Direito Comunitário (Ver Primeira Diretiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de dezembro de 1988, art. 5.º) – pois não visaria equiparar-se à outra marca, mas antes distanciar-se desta, destacando objetivamente as diferenças (*Consideranda* 11 e 12 da referida proposta.).

¹¹ Decisão n.º 91-303 DC, 15-1-92 (“dans ces conditions, que le fait pour le législateur d’autoriser la citation de la marque d’autrui dans le cadre de la publicité comparative ne porte pas au droit de propriété une atteinte qui serait contraire à la Constitution”) (*La Semaine Juridique*, n. 27, 1992, I., 3596, p. 102-103).

¹² Disponível em: <<https://www.legifrance.gouv.fr/>>. Acesso em: 17 set. 2017.

¹³ Resolução do Conselho, de 14 de abril de 1975, relativa a um programa preliminar da Comunidade Económica Europeia para uma política de proteção e informação do consumidor, alínea *d* do ponto 3 do anexo *d*; Resolução do Conselho, de 19 de maio de 1981, relativa a um segundo programa da Comunidade Económica Europeia para uma política de proteção e informação do consumidor, anexo, ponto 40.

¹⁴ Esta proposta era já confortada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, em especial o acórdão de 7 de março de 1990 (proc. n.º 362/88, GB-INNO-BM v. CCL) no qual se pronunciou pela não conformidade com a liberdade de circulação de mercadorias de um Regulamento do Grão-Ducado do Luxemburgo sobre concorrência desleal que negava aos consumidores o acesso à informação sobre os preços praticados antes e depois da redução pelo oferente, destacando assim a importância da publicidade comparativa enquanto relevante ferramenta de informação dos consumidores.

A Diretiva sobre publicidade comparativa só seria adotada em 1997¹⁵ através da Diretiva 97/55/CE, que harmonizou, por completo¹⁶, o regime da publicidade comparativa, inserindo um novo preceito, o art. 3.º-A, na agora denominada Diretiva sobre publicidade enganosa e comparativa. Para o efeito, a publicidade comparativa é definida como a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente, considerando-se que a publicidade comparativa contribuirá para demonstrar objetivamente as vantagens dos diferentes produtos comparáveis, e que, para assegurar o seu efeito útil, seria indispensável poder identificar os produtos ou serviços de um concorrente, através de referências aos seus sinais distintivos, cujos direitos exclusivos não seriam violados por estar em causa unicamente acentuar objetivamente as respectivas diferenças (*consideranda* 14 e 15).

Posteriormente, a Diretiva 2005/29/CE sobre práticas comerciais desleais¹⁷ alterou novamente a Diretiva 84/450/CEE¹⁸ nomeadamente quanto ao regime da publicidade comparativa introduzido pela Diretiva 97/55/CE¹⁹, dando nova redação ao art. 3.º-A da Diretiva sobre publicidade enganosa e comparativa (art. 14/3).²⁰

¹⁵ Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997 (que altera a Diretiva n.º 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa).

¹⁶ Todavia, esta harmonização completa era falaciosa, já que a licitude das comparações publicitárias dependia da natureza não enganosa da publicidade, o que cada Estado-Membro poderia definir em termos mais rigorosos do que os mínimos comunitários. Não obstante, no acórdão do Tribunal de 8 de abril de 2003, no processo C-44/01 (TJUE, 2003), em pedido de decisão prejudicial apresentado pelo *Oberster Gerichtshof* (Áustria), o TJCE determinou que “o artigo 7.º, n.º 2, da Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa, na redação dada pela Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997, opõe-se à aplicação à publicidade comparativa de disposições nacionais mais rigorosas em matéria de proteção contra a publicidade enganosa no que diz respeito à forma e ao conteúdo da comparação, não cabendo distinguir os diferentes elementos da comparação, ou seja, as indicações relativas à oferta do anunciante, as indicações relativas à oferta do concorrente e a relação entre essas ofertas.”

¹⁷ Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às práticas comerciais desleais das empresas face aos consumidores no mercado interno e que altera a Diretiva 84/450/CEE do Conselho, as Diretivas 97/7/CE, 98/27/CE e 2002/65/CE e o Regulamento (CE) n.º 2006/2004 (“Diretiva relativa às práticas comerciais desleais”), Jornal Oficial n.º L 149 de 11/06/2005, 22-39. Sobre esta Diretiva *vide* Ascensão (2007); Leitão (2011).

¹⁸ Diretiva 84/450/CEE do Conselho, de 10 de setembro de 1984, relativa à publicidade enganosa e comparativa.

¹⁹ Diretiva 97/55/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de outubro de 1997 (que altera a Diretiva n.º 84/450/CEE relativa à publicidade enganosa para incluir a publicidade comparativa).

²⁰ De acordo com o novo regime, a utilização de comparações passa a ser autorizada quando a publicidade comparativa: (1) não seja enganosa na aceção do artigo 3/2 e do artigo 7/1 da Diretiva sobre publicidade enganosa e comparativa ou dos artigos 6.º e 7.º da Diretiva sobre práticas comerciais desleais; (2) compare bens ou serviços que respondem às mesmas necessidades ou têm os mesmos objetivos; (3) compare objetivamente uma ou mais características substanciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens e serviços, entre as quais se pode incluir o preço; (4) não desacredite ou denigre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente; (5) em caso de produtos com denominação de origem, refira-se, em cada caso, a produtos com a mesma denominação; (6) não retire partido indevido da notoriedade de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes; (7) não apresente um bem ou serviço como uma imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida; (8) não crie confusão entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente, ou entre uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente.

O regime da publicidade comparativa, enquanto prática comercial das empresas face aos consumidores, é baseado na proibição da publicidade enganosa. Porém, o artigo 7/1 da Diretiva sobre publicidade enganosa e comparativa ressalva que os Estados-Membros podem, em princípio, manter ou adotar medidas mais rigorosas de proteção dos profissionais e dos concorrentes, mas já não de proteção dos consumidores.²¹ Assim, cada Estado-Membro pode regular a publicidade comparativa em termos mais restritivos no quadro, por exemplo, da concorrência desleal, mas já não no seio do direito do consumidor.

Mais recentemente, a Diretiva sobre publicidade enganosa e comparativa, aprovada em 1984 e alterada em 1997 e em 2005, foi substituída pela Diretiva 2006/114/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de dezembro de 2006, relativa à publicidade enganosa e comparativa, que no essencial apenas renumera os artigos da anterior.

4 A PUBLICIDADE COMPARATIVA NO DIREITO PORTUGUÊS

4.1 Evolução Legislativa

Em Portugal, a publicidade comparativa foi objeto de disciplina legal específica há menos de quarenta anos, com o Decreto-Lei n.º 421/80, de 30 de setembro. Na doutrina já então se discutia se a publicidade comparativa seria um ato de concorrência desleal proibido pelo artigo 212.º do Código da Propriedade Industrial de 1940, então em vigor. Uns respondiam afirmativamente (CRUZ, 1985, p. 381), enquanto outros admitiam a sua licitude se fosse objetiva e dirigida a uma finalidade de esclarecimento (ALMEIDA, José Carlos Moitinho de. **Publicidade enganosa**, 1974, p. 69, *apud* ALMEIDA, 1982, p. 81), ou na medida em que não contivesse falsas afirmações (SILVA, 1981, p. 205 e nota 28).

²¹ A transposição da Diretiva sobre práticas comerciais era prevista pelo Anteprojeto do Código do Consumidor, que integrava o Direito Publicitário, estabelecendo o regime da publicidade comparativa no art. 101.º, que se preenche por remissão para a norma relativa às ações enganosas que inclui a publicidade enganosa (art. 132.º). Nas palavras do Presidente da Comissão do Código do Consumidor na *Apresentação* do Anteprojeto: “Aproveita-se a oportunidade para transpor a Diretiva 2002/65/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 23 de setembro de 2002, relativa à comercialização a distância de *serviços financeiros* prestados a consumidores, assim como a Diretiva 2005/29/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de maio de 2005, relativa às *práticas comerciais desleais* das empresas face aos consumidores no mercado interno. Tarefa que não foi fácil, particularmente neste segundo caso, perante uma Diretiva de harmonização plena que condiciona fortemente o trabalho de transposição e que pode deixar algo perplexo quem mais se preocupa com o rigor jurídico e a precisão que um texto normativo deve sempre ter.” (MONTEIRO, 2006, p. 7-8). O regime das práticas comerciais desleais da Diretiva 2005/29/CE está previsto especificamente na subsecção II do Capítulo IV do Título II. A propósito deste Anteprojeto, apenas uma palavra para saudar a sua elaboração. Trata-se, na generalidade, de um marco da Ciência Jurídica portuguesa que permitirá, desde logo, suprir insuficiências da atual legislação do Direito do Consumidor resultantes nomeadamente da sua dispersão.

No sentido de “colmatar uma grave lacuna do nosso ordenamento jurídico”, o referido DL 421/80 autorizou expressamente a publicidade comparativa no artigo 18.º, na medida em que se cumprissem dois requisitos positivos e quatro negativos.²² Este regime foi alterado pelo Decreto-Lei n.º 303/83, de 28 de junho²³, e já depois de Portugal entrar na então CEE, o Decreto-Lei n.º 330/90 de 23 de outubro, aprovou o Código da Publicidade, transpondo a Diretiva n.º 84/450/CEE de 10 de setembro de 1984, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de publicidade enganosa. Segundo o preâmbulo desta Diretiva, a harmonização do regime da “publicidade desleal bem como, em caso de necessidade, da publicidade comparativa” foi deixada para uma segunda fase (*considerando* 6), sem prejuízo de os Estados-Membros regularem essa matéria nomeadamente para “assegurar uma proteção mais ampla dos consumidores.” (FRAGNANI, 1987, p. 103 ss.).

O Código da Publicidade continuou a permitir a publicidade comparativa²⁴, embora tenha suprimido a referência à concorrência desleal. Isso significaria, a nosso ver, que cumpridas as condições do Código, a publicidade comparativa não seria concorrência desleal, por não contrariar normas e usos honestos de qualquer atividade económica (PEREIRA, 2005; LEITÃO, 2005). De resto, como escreveu Serens, a proteção-informação dos consumidores exigiria, *inter alia*,

a afirmação da lealdade, é dizer, da licitude, sem restrições de qualquer espécie, do reclame comparativo, baseado em factos verdadeiros – *maxime*, o que utilizasse os dados de experimentações e controlos dos produtos (os chamados “*Warentests*”) –, que, sem dúvida, contribuiria para uma maior transparência e, nessa medida, possibilitaria aos consumidores escolhas mais racionais (SERENS, 1991, p. 58).

Posteriormente, a transposição da Diretiva sobre publicidade comparativa de 1997 foi feita por meio do Decreto-Lei n.º 275/98, de 9 de setembro, que deu nova redação ao

²² A comparação publicitária deveria ser rigorosamente objetiva e ter por escopo principal o esclarecimento ou defesa do consumidor, por um lado, e não poderia (a) induzir em engano quanto ao valor do produto, mediante comparações exageradas ou irrealistas com outros produtos ou serviços, (b) estabelecer confusão entre produtos e marcas concorrentes, (c) dar lugar a concorrência desleal ou depreciação do produto comparado, e (d) utilizar produtos com níveis e custos diferentes ou de épocas distintas.

²³ Estabeleceu que “a publicidade que se socorra de comparações, explícitas ou implícitas, deverá abster-se de: a) induzir o consumidor em erro quanto à qualidade e preço do bem publicitado; b) utilizar expressões ou imagens denegridoras dos produtos comparados; c) fazer uso de mensagens cujo uso, não sendo suscetível de comprovação a todo o momento perante as instâncias competentes, possa influenciar, pelo seu tom hiperbólico ou superlativo, a escolha do público; d) estabelecer confusão entre marcas, produtos, serviços ou entidades concorrentes; e) incorrer, de um modo geral, em práticas de concorrência desleal.

²⁴ Estabeleceu que as comparações devessem apoiar-se em características essenciais, afins e objetivamente demonstráveis dos bens ou serviços, não permitindo que estes sejam contrapostos com outros não similares ou desconhecidos (artigo 16.º).

artigo 16.º do Código da Publicidade²⁵, reproduzindo, praticamente *ipsis verbis*, a letra da Diretiva.

Finalmente, o artigo 16 do Código da Publicidade foi novamente alterado pelo Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, que estabeleceu o regime jurídico das práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores, transpondo a Diretiva 2005/29/CE, e alterando também o artigo 11.º do Código da Publicidade sobre publicidade enganosa.²⁶

Apresentada a evolução legislativa, vejamos então se e em que termos é permitida a publicidade comparativa na internet dirigida aos consumidores, nos termos do Código da Publicidade e de outros diplomas aplicáveis, nomeadamente a lei do comércio eletrónico²⁷.

4.2 Noção de Publicidade Comparativa

Para começar, é necessário distinguir a publicidade da mera informação e verificar se, e em que termos, a publicidade comparativa é permitida por lei.

²⁵ A publicidade comparativa é aí definida como a publicidade que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente, sendo permitida, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão, no que respeita à comparação, na medida em que respeite um conjunto de condições de aplicação cumulativa: a) não ser enganosa, nos termos do artigo 11.º; b) comparar bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objetivos; c) comparar objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço; d) não gerar confusão no mercado entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante ou de um concorrente; e) não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente; f) referir-se, em todos os casos de produtos com denominação de origem, a produtos com a mesma denominação; g) não retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes; h) não apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço cuja marca ou designação comercial seja protegida; i) conter, de forma clara e inequívoca, a indicação do seu termo ou, se for o caso, que essa oferta especial depende da disponibilidade dos produtos ou serviços, sempre que a comparação faça referência a uma oferta específica, devendo também indicar a data de início do período durante o qual é aplicável o preço especial ou qualquer outra condição específica quando tal oferta ainda não se tenha iniciado. O ónus da prova da veracidade da publicidade comparativa caberia ao anunciante (n.º 5). Satisfazendo as referidas condições, a publicidade comparativa não constituirá concorrência desleal nos termos do art. 317.º do Código da Propriedade Industrial (aprovado pelo Decreto-Lei n.º 36/2003, de 5 de março), que prevê como exemplos de atos de concorrência desleal, *inter alia*, os atos suscetíveis de criar confusão com a empresa, o estabelecimento, os produtos ou os serviços dos concorrentes, qualquer que seja o meio empregue (a), as falsas afirmações feitas no exercício de uma atividade económica, com o fim de desacreditar os concorrentes (b), e as invocações ou referências não autorizadas feitas com o fim de beneficiar do crédito ou da reputação de um nome, estabelecimento ou marca alheios (c).

²⁶ Sobre a transposição da Diretiva das práticas comerciais desleais pelos diferentes Estados-Membros *vide* IMCO (2010).

²⁷ Decreto-Lei n.º 7/2004, de 7 de janeiro (transpõe para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2000/31/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 8 de junho de 2000, relativa a certos aspetos legais dos serviços da sociedade de informação, em especial do comércio eletrónico, no mercado interno), com alterações posteriores.

A publicidade é regulada, sobretudo, pelo Código da Publicidade²⁸, o qual não exclui a internet do seu âmbito de aplicação, seja enquanto páginas web, *banners*, *pop-ups* ou mensagens de correio eletrónico ou afins. Com efeito, o Código “aplica-se a qualquer forma de publicidade, independentemente do suporte utilizado para a sua difusão” (artigo 1.º), i.e., do “veículo utilizado para a transmissão da mensagem publicitária” (artigo 5/1-c).

Por seu turno, a noção de publicidade abrange “qualquer forma de comunicação feita por entidades de natureza pública ou privada, no âmbito de uma atividade comercial, industrial, artesanal ou liberal, com o objetivo direto ou indireto de: a) promover, com vista à sua comercialização ou alienação, quaisquer bens ou serviços; b) promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.” (artigo 3/1). São ainda abrangidas na noção legal de publicidade “qualquer forma de comunicação da Administração Pública, não prevista no número anterior, que tenha por objetivo, direto ou indireto, promover o fornecimento de bens ou serviços.” (artigo 3/2).

Assim, no essencial, a publicidade é, normativamente, comunicação promocional, tanto de produtos ou serviços, como de ideias ou instituições (públicas ou privadas). De fora fica apenas a propaganda política (artigo 3/3), não obstante a sua natureza de comunicação promocional.

Comparando a noção de publicidade do Código com a noção de comunicação publicitária em rede da Lei do Comércio Eletrónico²⁹, resulta que esta é menos ampla do que a

²⁸ Aprovado pelo DL 330/90, com alterações posteriores, sendo a última operada pelo Decreto-Lei n.º 66/2015, de 29 de abril.

²⁹ O artigo 20/1 do DL 7/2004 (diploma do comércio eletrónico) exclui da noção de comunicação publicitária em rede: “a) mensagens que se limitem a identificar ou permitir o acesso a um operador económico ou identifiquem objetivamente bens, serviços ou a imagem de um operador, em coletâneas ou listas, particularmente quando não tiverem implicações financeiras, embora se integrem em serviços da sociedade da informação; b) mensagens destinadas a promover ideias, princípios, iniciativas ou instituições.”

Esta norma transpõe o artigo 2/f da Diretiva 2001/31 nos termos da qual a comunicação comercial abrange “todas as formas de comunicação destinadas a promover, direta ou indiretamente, mercadorias, serviços ou a imagem de uma empresa, organização ou pessoa que exerça uma profissão regulamentada ou uma atividade de comércio, indústria ou artesanato.” A Diretiva 2000/31 exclui expressamente a) as informações que permitam o acesso direto à atividade da sociedade, da organização ou da pessoa, nomeadamente um nome de área ou um endereço de correio eletrónico; e b) as comunicações relativas às mercadorias, aos serviços ou à imagem da sociedade, organização ou pessoa, compiladas de forma imparcial, em particular quando não existam implicações financeiras (artigo 2/f, 2ª parte).

A Diretiva 2000/31 estabelece alguns preceitos sobre a publicidade na internet. Considera-se que a “comunicação comercial (incluindo descontos, ofertas e jogos promocionais) é essencial para o financiamento dos serviços da sociedade da informação e para o desenvolvimento de uma grande variedade de novos serviços gratuitos”; todavia, no interesse dos consumidores e da lealdade das transações, a comunicação comercial deve respeitar

primeira, uma vez que esta, ao contrário daquela, inclui as mensagens promocionais igualmente de ideias, princípios, iniciativas ou instituições. A comunicação publicitária pode ter apenas por fim a promoção da imagem de um operador comercial, industrial, artesanal ou integrante de uma profissão regulamentada (artigo 20/2 do DL 7/2004).

Se a publicidade consiste fundamentalmente em comunicação promocional, a publicidade comparativa é definida no Código como “a que identifica, explícita ou implicitamente, um concorrente ou os bens ou serviços oferecidos por um concorrente” (artigo 16/1). Assim, na publicidade comparativa é essencial que o concorrente ou os seus bens ou serviços, sejam explícita ou implicitamente identificados.

certo número de obrigações relativas à transparência, sem prejuízo dos requisitos estabelecidos em outros instrumentos de Direito Comunitário (*considerando* 29). Destaca-se a importância a proibição da publicidade oculta ou subliminar e o princípio da identificabilidade da comunicação comercial, já previsto no Código da Publicidade. Assim, as comunicações comerciais que constituam ou sejam parte de um serviço da sociedade da informação, e os respectivos anunciantes, devem ser claramente identificáveis enquanto tais, o mesmo valendo para os concursos e os jogos promocionais bem como as ofertas promocionais, tais como descontos, prémios e presentes, incluindo as condições a preencher para neles participar, que devem ser facilmente acessíveis e apresentadas de forma clara e inequívoca, quando autorizadas pelo Estado-Membro onde o prestador de serviços esteja estabelecido (artigo 26). Em transposição destes preceitos da Diretiva, o DL 7/2004 estabelece que nas comunicações publicitárias prestadas à distância, por via eletrónica, devem ser claramente identificados de modo a serem apreendidos com facilidade por um destinatário comum, a) a natureza publicitária, logo que a mensagem seja apresentada no terminal e de forma ostensiva, b) o anunciante, e c) as ofertas promocionais, como descontos, prémios ou brindes, e os concursos ou jogos promocionais, bem como os condicionalismos a que ficam submetidos (artigo 21).

Outra matéria prevista inicialmente na Diretiva 2000/31 e no Diploma interno dizia respeito às comunicações comerciais não solicitadas, matéria que foi depois regulada pela Diretiva da privacidade nas comunicações eletrónicas e no respectivo Diploma de transposição – Lei 46/2012, de 29 de agosto, que transpõe a Diretiva 2009/136/CE, na parte que altera a Diretiva 2002/58/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de julho, relativa ao tratamento de dados pessoais e à proteção da privacidade no setor das comunicações eletrónicas, procedendo à primeira alteração à Lei 41/2004, de 18 de agosto, e à segunda alteração ao DL 7/2004. Já a responsabilidade dos prestadores intermediários de serviços de associação de conteúdos, por exemplo, através da utilização de marcas como metadados processáveis por motores de pesquisa para fins publicitários, não foi regulada pela Diretiva 2001/29, mas apenas no DL 7/2004 (artigo 17).

Por outro lado, para efeitos de determinação do foro competente, o Tribunal de Justiça, nos acórdãos *Alpenhof e Pammer*, de 7 de dezembro de 2010 (procs. C-144/09 e C-585/08, Colet., p. I 12527), clarificou a noção de atividades dirigidas no contexto da internet, no sentido de que para determinar se um sítio profissional dirige a sua atividade ao Estado-Membro do domicílio do consumidor deve ter-se em conta se, antes da celebração de qualquer contrato, resultava desse sítio e da sua atividade em geral que procurava oportunidades de negócio nesse Estado-Membro. O Tribunal de Justiça apresenta, para o efeito, uma lista não exaustiva de tópicos, tais como a natureza internacional da atividade, a referência a itinerários a partir de outros Estados-Membros para ir ao local de estabelecimento do profissional, a utilização de línguas ou de moedas para além das que são geralmente aceites no seu Estado-Membro de estabelecimento, a menção a números de telefone com código internacional, recurso a serviços pagos de indexação de resultados de pesquisa para facilitar acesso ao seu sítio por parte de consumidores domiciliados em outros Estados-Membros, etc. Para o Tribunal de Justiça, a mera acessibilidade do profissional no Estado-Membro de domicílio do consumidor é insuficiente para estabelecer a conexão.

A publicidade comparativa não é proibida só por si. Todavia, a licitude da comparação publicitária depende da verificação de várias condições.³⁰ Essas condições não incidem sobre o suporte utilizado para a sua difusão, que é irrelevante, mas antes sobre o conteúdo da comparação, a saber, desde logo, a publicidade comparativa não pode ser enganosa, nos termos do artigo 11.º do Código (artigo 16/2-a).

4.3 O Teste da Publicidade Enganosa

O artigo 11.º do Código da Publicidade proíbe a publicidade enganosa nos termos do Decreto-Lei n.º 57/2008, de 26 de março, relativo às práticas comerciais desleais das empresas nas relações com os consumidores. Este Diploma regula a publicidade enganosa enquanto prática comercial desleal em especial (artigo 6/b e c). É considerada enganosa “a prática comercial que contenha informações falsas ou que, mesmo sendo factualmente corretas, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro o consumidor em relação a um ou mais dos elementos [como por ex. o preço³¹] e que, em ambos os casos, conduza ou é suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de transação que este não teria tomado de outro modo” (artigo 7/1).

Tratando-se de publicidade dirigida a empresas, considera-se enganosa “a prática comercial que contenha informação falsa ou que, mesmo sendo factualmente correta, por qualquer razão, nomeadamente a sua apresentação geral, induza ou seja suscetível de induzir em erro em relação [apenas] aos elementos identificados” em algumas das

³⁰ É inequívoco o teor restritivo do artigo 16/2: “A publicidade comparativa [...] só é consentida, no que respeita à comparação, [...]”.

³¹ São os seguintes os elementos enumerados para o efeito: “a) a existência ou a natureza do bem ou serviço; b) as características principais do bem ou serviço, tais como a sua disponibilidade, as suas vantagens, os riscos que apresenta, a sua execução, a sua composição, os seus acessórios, a prestação de assistência pós-venda e o tratamento das reclamações, o modo e a data de fabrico ou de fornecimento, a entrega, a adequação ao fim a que se destina e as garantias de conformidade, as utilizações, a quantidade, as especificações, a origem geográfica ou comercial ou os resultados que podem ser esperados da sua utilização, ou os resultados e as características substanciais dos testes ou controlos efetuados ao bem ou serviço; c) o conteúdo e a extensão dos compromissos assumidos pelo profissional, a motivação da prática comercial e a natureza do processo de venda, bem como a utilização de qualquer afirmação ou símbolo indicativos de que o profissional, o bem ou o serviço beneficiam, direta ou indiretamente, de patrocínio ou de apoio; d) o preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço; e) a necessidade de prestação de um serviço, de uma peça, da substituição ou da reparação do bem; f) a natureza, os atributos e os direitos do profissional ou do seu agente, como a sua identidade e o seu património, as suas qualificações, o preenchimento dos requisitos de acesso ao exercício da atividade, o seu estatuto, ou as suas relações, e os seus direitos de propriedade industrial, comercial ou intelectual, ou os prémios e distinções que tenha recebido; g) os direitos do consumidor, em particular os direitos de substituição, de reparação, de redução do preço ou de resolução do contrato nos termos do disposto no regime aplicável à conformidade dos bens de consumo, e os riscos a que o consumidor pode estar sujeito.”.

alíneas artigo 7/1, nomeadamente a) a existência ou a natureza do bem ou serviço, e b) o preço, a forma de cálculo do preço ou a existência de uma vantagem específica relativamente ao preço.

4.4 A Publicidade Comparativa como Possível Engano por Confusão, em Especial como Possível Ação Enganosa em Qualquer Circunstância

Ademais, enquanto atividade de promoção comercial relativa a um bem ou serviço, a publicidade comparativa será também considerada enganosa, “[...] atendendo a todas as características e circunstâncias do caso concreto”, se, nomeadamente, criar “confusão com quaisquer bens ou serviços, marcas, designações comerciais e outros sinais distintivos de um concorrente (artigo 7/2-a).

De notar que a publicidade comparativa será considerada uma ação enganosa em qualquer circunstância se consistir em alguma das práticas comerciais previstas no artigo 8 do DL 57/2008.³² Por exemplo: “p) promover um bem ou serviço análogo ao produzido ou oferecido por um fabricante específico de maneira a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja esse o caso, o bem ou serviço provêm desse mesmo fabricante”.

4.5 A Omissão como Possível Ação Enganosa

A omissão é igualmente relevante para aferir a natureza enganosa da mensagem publicitária, por conduzir ou ser suscetível de conduzir o consumidor a tomar uma decisão de contratar que não teria tomado de outro modo (artigo 9/1). Será esse o caso, por exemplo, se a publicidade omitir uma informação com requisitos substanciais para uma decisão negocial esclarecida do consumidor (alínea a). São elencadas diversas informações tais como as características principais do preço ou serviço, e o seu preço e custos suplementares, incluindo impostos e taxas, quando não se puderem depreender do contexto nem ser razoavelmente calculados de forma antecipada (artigo 10.º).

³² A *lista negra* de cláusulas comerciais enganosas inclui, por exemplo: “a) afirmar ser signatário de um código de conduta, quando não o seja; [...] f) propor a aquisição de bens ou serviços a um determinado preço e, com a intenção de promover um bem ou serviço diferente, recusar posteriormente apresentar aos consumidores o bem ou o serviço publicitado; [...] p) promover um bem ou serviço análogo ao produzido ou oferecido por um fabricante específico de maneira a levar deliberadamente o consumidor a pensar que, embora não seja esse o caso, o bem ou serviço provêm desse mesmo fabricante; [...] u) alegar falsamente que o bem ou serviço é capaz de curar doenças, disfunções e malformações; [...] ab) alegar falsamente ou dar a impressão de que o profissional não está a agir para fins relacionados com a sua atividade comercial, industrial, artesanal ou profissional ou apresentar-se falsamente como consumidor”.

A este propósito o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) decidiu que a omissão dessa marca pode ser uma prática enganosa para efeitos do artigo 3.º-A/1-a da Diretiva 84/450 sobre publicidade enganosa e comparativa. No acórdão *Pippig Augenoptik*, o TJUE (2003) decidiu, *inter alia*, que

embora o anunciante, em princípio, seja livre de indicar ou não numa publicidade comparativa a marca dos produtos concorrentes, compete, no entanto, ao órgão jurisdicional nacional verificar se, em circunstâncias determinadas, caracterizadas pela importância da marca na escolha do comprador e pela diferença importante, em termos de renome, entre as marcas dos produtos comparados, a omissão da marca mais conhecida é suscetível de se revelar enganosa.

4.6 Outras Condições de Licitude da Publicidade Comparativa

Para além de não ser enganosa, a publicidade comparativa deverá ainda, nos termos do artigo 16/2 do Código da Publicidade, satisfazer às seguintes condições, recaindo sobre o anunciante, em qualquer caso, o ónus da prova da sua veracidade (artigo 16/5):

- 1) *equivalência dos bens ou serviços*, i. e., comparar bens ou serviços que respondam às mesmas necessidades ou que tenham os mesmos objetivos;
- 2) *objetividade e essencialidade da comparação*, i. e., comparar objetivamente uma ou mais características essenciais, pertinentes, comprováveis e representativas desses bens ou serviços, entre as quais se pode incluir o preço. Para o efeito, o facto de os produtos comparados serem comprados através de canais de distribuição diferentes não impede a publicidade comparativa, como julgou o TJUE no acórdão *Pippig Augenoptik* (TJUE 2003). Além disso, a respeito da comparabilidade, o TJUE precisou, no acórdão *Lidl*, relativo a um anúncio que compara preços de duas gamas de bens, que esse requisito “exige que os bens em causa possam ser identificados com precisão com base nas informações constantes desse anúncio” (TJUE, 2010);
- 3) *distinção dos bens e sujeitos comparados*, i. e., não gerar confusão no mercado entre os profissionais, entre o anunciante e um concorrente ou entre marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens ou serviços do anunciante e os de um concorrente;
- 4) *preservação da reputação dos concorrentes*, i. e., não desacreditar ou depreciar marcas, designações comerciais, outros sinais distintivos, bens, serviços, atividades ou situação de um concorrente. A este propósito, o Tribunal de Justiça esclareceu, no acórdão *Pippig Augenoptik*, que só por si “uma comparação de preços não desacredita

um concorrente [...], nem pelo facto de a diferença de preços entre os produtos comparados ser superior à diferença média de preços, nem devido ao número de comparações efetuadas.”

Mais recentemente, no Acórdão Carrefour, de 8 de fevereiro de 2017 (TJUE 2017), o Tribunal de Justiça decidiu que uma publicidade

que compara os preços de produtos vendidos em estabelecimentos de dimensões ou tipologia diferentes é suscetível de, no caso de esses estabelecimentos fazerem parte de cadeias que possuem respetivamente uma gama de estabelecimentos de dimensões ou tipologia diferentes e de o anunciante comparar os preços praticados em estabelecimentos de dimensões ou tipologia superiores da sua cadeia com os de estabelecimentos de dimensões ou tipologia inferiores das cadeias concorrentes, ser ilícita, salvo se os consumidores forem informados de que a comparação foi efetuada entre os preços praticados nos estabelecimentos de dimensões ou tipologia superiores da cadeia do anunciante e os praticados nos estabelecimentos de dimensões ou tipologia inferiores das cadeias concorrentes.³³

5) *denominação de origem idêntica dos produtos comparados*, i. e., deve referir-se em todos os casos de produtos com denominação de origem a produtos com a mesma denominação. No acórdão *Pippig Augenoptik*, o Tribunal de Justiça decidiu que o correspondente artigo da Diretiva sobre publicidade enganosa e comparativa, “não se opõe a que uma publicidade comparativa reproduza, para além do nome do concorrente, a sua sigla e uma imagem da fachada do seu estabelecimento, se essa publicidade respeitar as condições de licitude definidas pelo direito comunitário.”;

6) *não praticar parasitismo e respeitar os sinais distintivos dos concorrentes*, i. e., não retirar partido indevido do renome de uma marca, designação comercial ou outro sinal distintivo de um concorrente ou da denominação de origem de produtos concorrentes, nem apresentar um bem ou serviço como sendo imitação ou reprodução de um bem ou serviço, cuja marca ou designação comercial seja protegida.

São ainda previstos requisitos específicos sobre as *ofertas especiais*, nomeadamente no que respeitam à disponibilidade dos bens anunciados e à duração da oferta (n.º 3 e 4),

³³ Mais acrescentou que “Cabe ao órgão jurisdicional de reenvio, para apreciar a licitude dessa publicidade, verificar se, no processo principal, atendendo às circunstâncias do caso em apreço, a publicidade em causa cumpre a exigência de objetividade da comparação e/ou apresenta um carácter enganoso, por um lado, tendo em consideração a perceção do consumidor médio dos produtos em causa, normalmente informado e razoavelmente atento e avisado, e, por outro, tendo em conta as indicações que figuram na referida publicidade, em especial as que se referem aos estabelecimentos da cadeia do anunciante e aos estabelecimentos das cadeias concorrentes cujos preços foram comparados, e, de forma mais geral, todos os seus elementos.” (TJUE 2017, parágrafo 40).

embora de alcance duvidoso face ao que já resulta do regime da publicidade enganosa. De resto, é duvidoso que as outras condições de licitude da publicidade comparativa acrescentem algo de significativo relativamente à proibição da publicidade enganosa enquanto prática comercial desleal. Todavia, a coincidência não é plena. Por exemplo, o preço pode não ser exigido pela condição de objetividade e essencialidade da comparação, mas já parece ser uma informação substancial cuja omissão poderá ser considerada enganosa nos termos do DL 57/2008.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A evolução da disciplina legal da publicidade comparativa revela uma preocupação crescente em acautelar a imagem e reputação dos concorrentes e dos seus sinais distintivos, em especial quando se trata de marcas notórias e especialmente de prestígio. Por isso a jurisprudência germânica, que referimos na abertura, acentua o requisito de a marca do concorrente aparecer na comparação a pedido do consumidor e não por apresentação do anunciante. Desse modo a comparação não seria parasita, nem depreciaria a notoriedade ou prestígio da marca, nem tiraria indevido partido desta.

Todavia, em comparação, a jurisprudência europeia mostrou-se mais favorável à publicidade comparativa, já que o TJEU se pronunciou pela sua licitude, salvo quando seja suscetível de gerar confusão com marcas registadas ou de prejudicar ou tirar partido indevido da reputação de uma marca de prestígio.

Com efeito, no Acórdão *Toshiba* (TJUE, 2001) sobre a utilização de números de artigos (números OEM) de um fabricante de aparelhos, que constituem sinais distintivos, nos catálogos de um fornecedor concorrente, o TJUE decidiu que essa prática apenas

lhe permite beneficiar indevidamente da notoriedade de que gozam quando tal menção tiver por efeito criar no espírito do público visado pela publicidade uma associação entre o fabricante cujos produtos são identificados e o fornecedor concorrente, por o público transferir a reputação dos produtos do fabricante para os do fornecedor concorrente. Para verificar se esta condição está preenchida, cabe atender à apresentação global da publicidade impugnada bem como à natureza do público a que essa publicidade se destina.

O efeito de transferência imagem, típico do patrocínio publicitário, não resulta só por si da mera utilização dos referidos números, antes depende da apresentação global da publicidade em causa e do seu público-alvo.

A licitude da comparação direta ou nominativa é sublinhada no acórdão *O2* (TJUE, 2008)³⁴, mais tendo o TJUE decidido que o titular de uma marca registada não pode

proibir o uso por um terceiro, numa publicidade comparativa, de um sinal semelhante a essa marca para produtos ou serviços idênticos ou semelhantes àqueles para os quais a referida marca foi registada, quando esse uso não cria no espírito do público um risco de confusão, e isto independentemente do facto de a referida publicidade comparativa preencher ou não todas as condições de licitude previstas no artigo 3.º A da Diretiva 84/450, conforme alterada pela Diretiva 97/55.

O TJUE precisou o conceito de tirar partido indevidamente da reputação da marca comparada no acórdão *L'Oreal* (TJUE, 2009), a propósito da referência, expressa ou implícita, feita por um anunciante numa publicidade comparativa, de que o seu produto é uma imitação ou reprodução de um produto que ostenta uma marca muito conhecida. No entender do TJUE, “o partido que o anunciante obtém com essa publicidade comparativa ilícita é ‘indevidamente tirado’ do renome dessa marca”.

O regime das práticas comerciais desleais poderá ter um efeito restritivo em matéria de utilização de comparações na publicidade e nesse sentido aponta o Acórdão *Carrefour* em sede de comparação de preços (TJUE 2017)³⁵. Todavia, não afastará o princípio da licitude deste importante instrumento de concorrência e de informação do consumidor quando observados os requisitos aí previstos e transpostos para a lei interna, sendo a internet um canal de informação e comunicação privilegiado para as comparações publicitárias.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Ferreira de. **Os direitos dos consumidores**. Coimbra: Almedina, 1982.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Problemas atuais da concorrência desleal. In: MONTEIRO, Antônio Pinto (Coord.). **Nos 20 anos do código das sociedades comerciais, homenagem aos professores doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier**. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

³⁴ “o titular de uma marca registada não está habilitado a proibir o uso, por um terceiro, numa publicidade comparativa que preencha todas as condições de licitude previstas no referido artigo 3.º A, n.º 1, de um sinal idêntico ou semelhante à sua marca.”.

³⁵ V., para o Direito espanhol, Fernández-Gómez (2017).

BIOLAY, Jean-Jacques. **Promotion des ventes et droit de la publicité**. Paris: Delmas, 1991.

CAS, G. **Recueil Dalloz Sirey**: Cahrier, Jurisprudence, Paris, 1986, p. 436.

CHANTÉRAC, Véronique de; FABRE, Régis. **Droit de la publicité et de la promotion des ventes**. Paris: Dalloz, 1986.

CRUZ, Justino. **Código da propriedade industrial anotado**. 2. ed. Coimbra: Arnado, 1985.

CUONZO, G.; SCHALTENBERG, K.-J. Disciplina concorrenziale e autodisciplina della pubblicità in Germania Occidentale. In: **Rivista di Diritto Industriale**, Milano, Ed. Giuffré, n. 36, Parte I, 1987.

FERNANDÉZ-GOMÉZ, Érika. Publicidad comparativa: nuevos limites. In: *Marketing y Comunicación*, 23/3/2017. Disponível em: <<http://www.unir.net/marketing-comunicacion/revista/noticias/publicidad-comparativa-nuevos-limites/549201721514/>>. Acesso em 15 ago. 2017.

FLORIDIA, Giorgio. Legge e autodisciplina pubblicitaria in Italia: prospettive dopo la direttiva CEE. In: **Rivista di Diritto Industriale**, Milano, Ed. Giuffré, n. 36, Parte I, 1987.

FOURES, Roger. **Le droit et la publicité**. Paris: Delmas, 1968.

FRIGNANI, Aldo. Riflessioni in ordine ai progetti di legge sulla disciplina della pubblicità. In: **Rivista di Diritto Industriale**, Milano, Ed. Giuffré, n. 36, Parte I, 1987.

FUSI, Maurizio. **Il nuovo codice di lealtà pubblicitaria nella giurisprudenza del giurì**. Milano: Giuffré, 1971.

GREFFE, Pierre; GREFFE, François. **La publicité et la loi**. 7. ed. Paris: Litec, 1990.

IMCO - European Parliament's Committee on Internal Market and Consumer Protection. State of play of the implementation of the provisions on advertising in the unfair commercial practices legislation. IP/A/IMCO/ST/2010-04, July 2010.

KARPF, Rudolf. **Werbung mit testergebnissen**. München: Florentz, 1983.

KRÜGER, Timothy. **Die zulässigkeit vergleichender werbung aufgrund gemeinschaftsrechtlicher vorgaben**. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

LE LAMY Droit Economique: publicité, Paris, Ed. Wolters Kluwer, n.º 3.425, p. 786, 1991.

LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade comparativa e concorrência desleal. In: ASCENSÃO, José de Oliveira (Coord.). **Direito industrial**. v. 4. Coimbra: Almedina, 2005. p. 237-265.

LEITÃO, Adelaide Menezes. Publicidade na internet. In: **Direito da sociedade da informação**. v. 5. Coimbra: Coimbra Ed., 2004. p. 285-309.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes. As práticas comerciais desleais nas relações de consumo. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados, Ano 71, n.º 2, p. 423-445, 2011.

MONTEIRO, Antônio Pinto. **Código do consumidor**: anteprojeto. Lisboa: Instituto do Consumidor, 2006.

NIEHL, Tobias. Admissibility of comparative advertising on the internet. In: IRIS: Legal Observations of the European Audiovisual Observatory, London, v. V, n. 3, march 1999. Disponível em: <<http://merlin.obs.coe.int/iris/1999/3/article3.en.html>>. Acesso em: 21 dez. 2017.

PEREIRA, Alexandre Libório Dias. Publicidade comparativa e práticas comerciais desleais. In: **Estudos de Direito do Consumidor**, Coimbra, Ed. GC, n.º 7, p. 341-378, 2005.

PIROVANO, Antoine. **Publicité comparative et protection des consommateurs**. Paris: Dalloz, 1974 (Recueil Dalloz Sirey).

SACK, Rolf. Werbung mit vergleichen Warentests. In: AMANN, Joachim; JASPERS, Roland (Dir). **RWW**: rechtsfragen in wettbewerb und werbung. Stuttgart, 1982. p. 800-841.

SCHRICKER, Gehrard. Die wettbewerbsliche berteilung der vergleichen werbung in Deutschland. In: AUTERI, Paolo (Coord.). **Problemi attuali del diritto industriale**. Milano: Giuffré, 1977.

SEDELMEYER, K. Vergleichende werbung auch in Deutschland? In: **ZRP - Zeitschrift für Rechtspolitik**, Munique, ed. Back, Jahr. 24, Heft 10, p. 370, 1991.

SERANDOUR, Yolande. L'avènement de la publicité comparative en France (article 10 de la Loi n. 92-60 du 18 janvier 1992 renforçant la protection des consommateurs). In: **La Semaine Juridique**, n. 27, I., 3596, p. 295, 1992.

SERENS, M. Nogueira. **A proibição da publicidade enganosa**: defesa dos consumidores ou proteção (de alguns) dos concorrentes? Coimbra: [S. n.], 1994. (Separata do Boletim de Ciências Económicas, v. XXXVII, p. 63-96).

SERENS, M. Nogueira. **Publicidade e concorrência**. Coimbra: [S. n.], 1991.

SILVA, João Calvão da. La publicité et le consommateur. In: **Travaux de l'Association Henri Capitant**. Paris: Economica, 1981. p. 191-219.

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 12 de junho de 2008, proc. C-533/06, O2 Holdings Limited e O2 (UK) Limited c. Hutchison 3G UK Limited, ECLI:EU:C:2008:339.

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 18 de novembro de 2010, proc. C-159/09, Lidl SNC c. Vierzon Distribution SA, ECLI:EU:C:2010:696.

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 25 de outubro de 2001, proc. C-112/99, Toshiba Europe GmbH c. Katun Germany GmbH, ECLI:EU:C:2001:566.

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 8 de abril de 2003, proc. n.º C-44/01, Pippig Augenoptik GmbH & Co. KG contra Hartlauer Handelsgesellschaft mbH e Verlassenschaft nach dem verstorbenen Franz Josef Hartlauer, Coletânea da Jurisprudência 2003, I-3095. ECLI:EU:C:2003:205.

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão de 8 de fevereiro de 2017, proc. n.º C 562/15, Carrefour Hypermarchés SAS c. ITM Alimentaire International SASU, ECLI:EU:C:2017:95.

TJUE - Tribunal de Justiça da União Europeia. Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de junho de 2009, proc. C-487/07, L'Oréal SA, Lancôme parfums et beauté & Cie SNC e Laboratoire Garnier & Cie contra Bellure NV, Malaika Investments Ltd e Starion International Ltd, ECLI:EU:C:2009:378.

Submissão em: 5 jan. 2018

Pareceres favoráveis em: fevereiro 2018.

Tópicos em Reforma Trabalhista (Legislado e Negociado)

EMÍLIA SARAIVA NERY¹

ELIZABETH SOUZA PEREIRA²

GABRIELA MOTA MORAES³

JORDANA PRINCESA FERREIRA GUIMARÃES⁴

LUIZA EMANUELLY VILANOVA GOMES⁵

Resumo: Este artigo analisa os tópicos da reforma trabalhista, que possivelmente ferem os direitos do trabalhador, previstos na Constituição Federal de 1988. Dos referidos tópicos, enfatizou-se a prevalência do negociado sobre o legislado. A partir de uma metodologia de revisão de literatura e de hermenêutica da Lei 13.467, de 2017, foi realizada, inicialmente, uma síntese histórica das reformas legislativas brasileiras contemporâneas. Em seguida, foram apresentados os aspectos negociáveis na relação entre trabalhador e empregador, tais como: a jornada de trabalho, o intervalo para o almoço e a troca do dia dos feriados. Posteriormente, foram analisadas as repercussões da citada reforma na Justiça do Trabalho. Dentre essas, destacou-se a redução do número de ações trabalhistas. Por fim, os impactos da reforma trabalhista no mercado de trabalho brasileiro foram apontados. Entre esses, evidenciou-se o aumento dos índices de desemprego.

Palavras-chave: Reforma Trabalhista. Legislado. Negociado. Mercado. Justiça do Trabalho.

Abstract: This article analyzes the topics of the labor reform, which possibly violate the rights of the worker provided for in the Federal Constitution of 1988. Of these topics, the prevalence of the negotiated over the legislated was emphasized. Based on a methodology of literature review and hermeneutics of Law 13467/17, a historical synthesis of contemporary Brazilian legislative reforms was initially carried out. Next, the negotiable aspects in the relationship between worker and employer were presented, such as: the working day, the lunch break and the exchange of the day

¹ Doutora em História pela Universidade Federal de Uberlândia (UFU). Docente de Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão. Docente de História pela Secretaria de Educação do Estado do Piauí.

² Graduanda do Oitavo Período de Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão/FACEMA.

³ Graduanda do Sétimo Período de Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão/FACEMA.

⁴ Graduanda do Oitavo Período de Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão/FACEMA.

⁵ Graduanda do Sexto Período de Direito pela Faculdade de Ciências e Tecnologia do Maranhão/FACEMA.

of the holidays. Subsequently, the repercussions of the aforementioned reform in the Labor Court were analyzed. Among these, the reduction in the number of labor lawsuits was highlighted. Finally, the impacts of the labor reform on the Brazilian labor market were pointed out. Among these, there was an increase in unemployment rates.

Keywords: Labor reform. Legislation. Negotiated. Marketplace. Work justice.

1 INTRODUÇÃO

A sociedade brasileira vive um momento histórico de reformas e incertezas jurídicas. Cada época requer medidas que venham a sanar ou, pelo menos, mascarar os problemas recorrentes no seu tempo. Toda reforma provoca reações de estranheza ou até mesmo desaprovação da sociedade, fato que não poderia ser diferente com a atual reforma das leis trabalhistas. Deste modo, serão apresentados e analisados neste artigo, tópicos da referida reforma que possivelmente ferem os direitos do trabalhador previstos na Constituição Federal de 1988.

A principal discussão em relação à reforma trabalhista, Lei 13.467, de 13 de julho de 2017, é a prevalência do negociado sobre o legislado, esse é justamente um dos pontos mais criticados por advogados, doutrinadores, sindicatos e entidades de classe. Eles acreditam que o trabalhador é a parte mais vulnerável na mesa de negociação, entretanto, juristas e empresários defendem que o empregado tem o direito de manifestar expressamente sua vontade.

Vários pontos das relações trabalhistas poderão ser negociados, como por exemplo, a jornada de trabalho, o intervalo para o almoço e a troca do dia dos feriados. Isso significa que empresários e funcionários poderão negociar certos pontos chegando a um consenso, conforme se depreende da seguinte reflexão:

O objetivo da negociação coletiva é adequar as relações trabalhistas à realidade enfrentada pelos interessados, que se modifica a cada dia, de acordo com a base territorial, a empresa e a época. Busca a harmonia temporária dos interesses antagônicos da classe econômica e da profissional. Assim, é possível a criação de benefício não previsto em lei, a supressão desse mesmo benefício ou sua modificação. A negociação irá se adequar ao campo que encontrar para pauta de reivindicações, seja para melhorar,

seja para a retração de direitos. Por isso, o empregador poderá propor a flexibilização de certos direitos previstos em lei e que não violem os direitos constitucionais (art. 611-B da CLT) (CASSAR; BORGES, 2017, p. 74).

É possível apontar, portanto, que a reforma trabalhista impôs à sociedade brasileira, em meio a uma situação de grande vulnerabilidade política, danos aos direitos trabalhistas sem assegurar o debate democrático no âmbito da representação sindical, da comunidade jurídica e acadêmica e dos movimentos sociais. A citada reforma só concedeu 120 dias de adaptação para mudanças jurídicas tão profundas. Trata-se de um período de tempo muito curto, quando comparado com o tempo de adaptação às alterações Processo Civil em 2015 e Civil em 2002, que foi de um ano.

2 SÍNTESE HISTÓRICA DE REFORMAS JURÍDICAS NO BRASIL

Ao se realizar um percurso histórico sobre as reformas legislativas brasileiras, é possível observar que o Brasil vive em reforma. Reforma-se, emenda-se e ainda se alteram as próprias reformas. Reforma-se só por reformar sem um projeto de unidade e de valores nacionais.

Todavia de um modo geral, o que nos têm diferenciado com relação às outras sociedades é que o Brasil não raro, as mudanças são casuísticas, além de representarem a vontade de um momentâneo grupo que se encontra, de plantão no poder, faltando-lhe, assim, a devida legitimação social material (e não formal). Esse modelo de imposição de vontade é que nos tem deixado apopléticos (CASSAR; BORGES, 2017, p. 4).

O século XX foi um período de grandes transformações para o Brasil. Dentre essas, destaca-se, a criação da Consolidação das Leis Trabalhistas – CLT, Decreto-Lei nº 5.452, pelo presidente Getúlio Vargas em 1943.

A Consolidação unificou toda a legislação trabalhista então existente no Brasil e foi um marco por inserir, de forma definitiva, os direitos trabalhistas na legislação brasileira. Seu objetivo principal é regulamentar as relações individuais e coletivas do trabalho, nela previstas. Ela surgiu como uma necessidade constitucional, após a criação da Justiça do Trabalho (TRIBUNAL REGIONAL DO TRABALHO DA 24.^a REGIÃO, 2013)

Um dos argumentos utilizados para reformar a legislação trabalhista, Lei 13.467, em 2017, foi ainda de ordem histórica. Defendeu-se que a legislação trabalhista era da mesma época da criação da CLT, ou seja, de 1943. Atribuiu-se à legislação varguista um caráter fascista e omitiu-se que as leis trabalhistas são resultados também de grandes greves de trabalhadores, do início do século XX e que as citadas leis sofreram alterações durante o referido século e permaneceram em mudança no atual século XXI.

O regime do fundo de garantia é de 1967; a lei de férias é de 1977; o vale-transporte é de 1985; numerosos direitos são da Constituição de 1988; o banco de horas e o trabalho parcial surgiram na reforma de 1998 [...]; o rito sumaríssimo no processo do trabalho e a Comissão de Conciliação Prévia apareceram em 2000, mesmo ano da Lei do Aprendiz; a desoneração dos encargos trabalhistas sobre benefícios assistenciais ocorreu em 2001; muitas alterações foram empreendidas sobre a Justiça do Trabalho na alteração constitucional de 2004; relações sindicais foram alteradas em 2008; trabalho feminino teve novidades em 2012 e 2016; profissões específicas ganharam várias regulamentações, inclusive amplas mudanças nos portuários e motoristas em 2012; alterações no trabalho doméstico ocorreram em 2013 e 2015; e legislação superveniente sobre gorjeta e sobre terceirização se verifica no começo de 2017 (SILVA, 2017, p. 12-13).

Por fim, é possível indicar um exemplo também histórico e recente de reforma jurídica anterior à trabalhista: a Reforma do Código de Processo Civil de 2015. Esta já sofreu reformas e emendas, sem alcançar uma consolidação dogmática e jurisprudencial, em dois anos de sua vigência. É como acrescenta Silva:

Não bastasse ter sido criado do ponto zero em 1973, sofreu várias reformas anuais pequenas e médias, seguidas de grandes reformas em 1994 e 2006, para que, então, tudo fosse demolido sem dó e recomeçado em 2015. Ledo engano achar que o processo civil encontraria a paz no renascimento: bateu talvez o recorde mundial de ser reformado durante a *vactio legis* em fevereiro de 2016 e, depois, já sofreu novas emendas [...] (SILVA, 2017, p. 11).

3 MUDANÇAS DAS NEGOCIAÇÕES ENTRE TRABALHADORES E EMPREGADOS

A reforma trabalhista em questão, Lei 13.467/2017, possui caráter desregulamentador do Direito Laboral amparado na Carta Magna e na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). No Brasil, desde a Constituição de 1934 que os direitos destinados aos trabalhadores vêm garantidos em normas constitucionais relacionadas à ordem econômica e social, ou apenas à ordem econômica, como também ocorreu com a Carta de 1937. A constitucionalização de direitos trabalhistas não constitui, portanto, novidade na vida jurídica do país. Mas foi a Constituição de 1988 que inaugurou a fundamentalização desses direitos, como pressupostos do Estado Democrático de Direito (MARTINEZ, 2014, p. 108).

Neste momento do estudo, serão analisados alguns dos pontos que mais causaram polêmica com relação à nova Lei, por contrariar alguns princípios do Direito do Trabalho, tais como o fato de priorizar o negociado individualmente e coletivamente sobre o legislado e como consequência a livre autonomia da vontade e a supressão das normas mais favoráveis ao trabalhador. Os aspectos apontados a serem examinados como possivelmente inconstitucionais são a seguir expostos.

3.1 Flexibilização do Negociado sobre o Legislado (arts. 611-A e 611-B da CLT)

O objetivo da negociação coletiva é adequar as relações trabalhistas à realidade enfrentada pelos interessados, que se modifica a cada dia, e acordo com a base territorial, a empresa e a época (CASSAR; BORGES, 2017). As negociações irão se adequar ao cenário das reivindicações, podendo conceder benefícios superiores aos previstos em lei, como também a retração desses benefícios de acordo com o intuito das partes. O *caput* do artigo 611-A da CLT traz a seguinte redação dada pela lei 13.467/2017:

Art. 611-A. A convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:
[...].

O artigo 611-A da CLT aponta os direitos passíveis de flexibilização pela negociação coletiva, enquanto que o art. 611-B elenca os que não podem sofrer adaptações, entre estes estão o pagamento do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), adicional noturno, salário-maternidade e férias.

A prevalência do negociado sobre o legislado enfraquece o princípio da indisponibilidade dos direitos legais trabalhistas, assim como derruba o princípio da prevalência da norma mais favorável. Torna os direitos trabalhistas menos públicos e mais privados, transformando a maioria dos direitos contidos na CLT, que não se encontram na Constituição, em direitos disponíveis (CASSAR; BORGES, 2017).

Segundo a Nota Técnica n.º 8 da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho, a norma fere a finalidade constitucional de negociação coletiva, prevista como direito fundamental do trabalhador no art. 7.º, inciso XXVI, da Constituição Federal, que visa garantir que por meio das negociações feitas pelos trabalhadores coletivamente organizados em sindicatos possam melhorar suas condições. A finalidade constitucional é de elevar os padrões de proteção ao trabalhador, ao contrário do dispositivo legal estudado que abre brechas para uma flexibilização, que poderá reduzir direitos e a proteção pretendida.

De acordo com o art. 611-A, da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre:

- I - pacto quanto à jornada de trabalho, observados os limites constitucionais;
- II - banco de horas anual;

- III - intervalo intrajornada, respeitado o limite mínimo de trinta minutos para jornadas superiores a seis horas;
- IV - adesão ao Programa Seguro-Emprego (PSE), de que trata a Lei n.º 13.189, de 19 de novembro de 2015;
- V - plano de cargos, salários e funções compatíveis com a condição pessoal do empregado, bem como identificação dos cargos que se enquadram como funções de confiança;
- VI - regulamento empresarial;
- VII - representante dos trabalhadores no local de trabalho;
- VIII - Teletrabalho, regime de sobreaviso, e trabalho intermitente;
- IX - remuneração por produtividade, incluídas as gorjetas percebidas pelo empregado, e remuneração por desempenho individual;
- X - modalidade de registro de jornada de trabalho;
- XI - troca do dia de feriado;
- XII - enquadramento do grau de insalubridade;
- XIII - prorrogação de jornada em ambientes insalubres, sem licença prévia das autoridades competentes do Ministério do Trabalho;
- XIV - prêmios de incentivo em bens ou serviços, eventual mente concedidos em programas de incentivo;
- XV - participação nos lucros ou resultados da empresa.

As condições de trabalho eram negociadas pelos sindicatos de representação dos trabalhadores. A reforma trabalhista permite que sejam feitas negociações diretas entre trabalhadores e empregados sem a participação dos sindicatos, porém existem limitações provenientes de direitos constitucionalmente garantidos aos trabalhadores quando o assunto é reduzir direitos previstos em lei.

Na verdade, o art. 611-A da CLT aponta alguns dos direitos que podem ser reduzidos ou alterados pela negociação coletiva e o art. 611-B da CLT, a limitação desse poder. Sem dúvida, o art. 611-A da CLT permite mais inclusões de outras hipóteses ali não previstas que o art. 611-B da CLT de limitações. A expressão “entre outros” contida no *caput* do art. 611-A espelha essa intenção do legislador de ampliar ao máximo a flexibilização com finalidade de redução de direitos legais (CASSAR; BORGES, 2017, p. 75).

Conforme se verifica da análise do art. 611-A, da CLT, poderão ser negociados entre empregado e patrão por acordo individual pontos como o banco de horas, que dependiam de acordo coletivo com a participação do sindicato; as férias, na qual o período disponível continua sendo o mesmo, ou seja, trinta dias por ano, podendo o funcionário dividir esse período em três, desde que um deles tenha pelo menos quatorze dias corridos. Outro ponto é a possibilidade de demissão por consenso entre os dois, através da reforma, o contrato poderá ser extinto de comum acordo, com pagamento de metade da multa, entre tantas outras modificações.

Porém, nem tudo poderá ser negociado com o patrão. O art. 611-B da CLT, acrescido pela Lei 13.467/2017, apontou os direitos que não podem ser negociados coletivamente. O texto da reforma trabalhista define alguns pontos específicos que não podem ser mudados por acordo, em hipótese alguma, impondo os limites da negociação.

Segundo Cassar e Borges (2017), a relação apontada na referida lei não é taxativa, apesar da expressão “exclusivamente” contida no *caput* do artigo, pois alguns direitos, princípios e valores constitucionais não estão incluídos. Daí ser tal artigo, ainda que restritivo, meramente exemplificativo, como se demonstra a seguir:

- Art. 611-B.** Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos:
- I - normas de identificação profissional, inclusive as anotações na Carteira de Trabalho e Previdência Social;
 - II - seguro-desemprego, em caso de desemprego involuntário;
 - III - valor dos depósitos mensais e da indenização rescisória do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS);
 - IV - salário mínimo;
 - V - valor nominal do décimo terceiro salário;
 - VI - remuneração do trabalho noturno superior à do diurno;
 - VII - proteção do salário na forma da lei, constituindo crime sua retenção dolosa;
 - VIII - salário-família;
 - IX - repouso semanal remunerado;
 - X - remuneração do serviço extraordinário superior, no mínimo, em 50% (cinquenta por cento) à do normal;
 - XI - número de dias de férias devidas ao empregado;
 - XII - gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
 - XIII - licença-maternidade com a duração mínima de cento e vinte dias;
 - XIV - licença-paternidade nos termos fixados em lei;
 - XV - proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos, nos termos da lei;
 - XVI - aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
 - XVII - normas de saúde, higiene e segurança do trabalho previstas em lei ou em normas regulamentadoras do Ministério do Trabalho;
 - XVIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas;
 - XIX - aposentadoria;
 - XX - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador;
 - XXI - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho;
 - XXII - proibição de qualquer discriminação no tocante a salário e critérios de admissão do trabalhador com deficiência;
 - XXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito anos e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

XXIV - medidas de proteção legal de crianças e adolescentes;
XXV - igualdade de direitos entre o trabalhador com vínculo empregatício permanente e o trabalhador avulso;
XXVI - liberdade de associação profissional ou sindical do trabalhador, inclusive o direito de não sofrer, sem sua expressa e prévia anuência, qualquer cobrança ou desconto salarial estabelecidos em convenção coletiva ou acordo coletivo de trabalho;
XXVII - direito de greve, competindo aos trabalhadores decidir sobre a oportunidade de exercê-lo e sobre os interesses que devam por meio dele defender;
XXVIII - definição legal sobre os serviços ou atividades essenciais e disposições legais sobre o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade em caso de greve;
XXIX - tributos e outros créditos de terceiros;
XXX - as disposições previstas nos arts. 373-A, 390, 392, 392-A, 394, 394-A, 395, 396 e 400 desta Consolidação.
Parágrafo único. Regras sobre duração do trabalho e intervalos não são consideradas como normas de saúde, higiene e segurança do trabalho para os fins do disposto neste artigo.

Para validade da negociação coletiva e, conseqüentemente, da convenção coletiva e do acordo coletivo devem ser observados as regras e princípios constitucionais, sob pena de haver a nulidade da cláusula que viole esse direito, e mesmo que ele não esteja expressamente incluído nos incisos do art. 611-B da CLT, ainda assim, será nula a cláusula que não garantir o que é exigido por lei.

O art. 611-B da CLT, entretanto, não é taxativo como aparenta. Caso o empregado se sinta prejudicado em alguma negociação, o que pode ser feito por ele é procurar a empresa, o sindicato, ou fazer denúncia ao Ministério do Trabalho ou ao Ministério Público do Trabalho. Mas, se quiser ir à Justiça, terá que provar que foi coagido, por exemplo, a assinar ou pactuar a mudança.

Apesar das diversas críticas e definições atribuídas à reforma trabalhista, patrões, empregados e sindicatos estão tentando se adaptar. As leis trazem mudanças no papel de cada um e impõem novos obstáculos a conquista de direitos trabalhistas na Justiça.

3.2 Contrato Intermitente (artigos 443, 452-A da CLT)

A Lei da Reforma Trabalhista apresentou nova redação ao *caput* do art. 443 da CLT, inserindo neste mesmo artigo o § 3.º e também o art. 452-A. Tais modificações têm o intuito de normatizar o contrato de trabalho intermitente.

O aspecto de discordância aqui ocorre pelo fato de não ser permitida em hipótese alguma o emprego em que não há recebimento de salário mínimo mensal, enquanto que a norma

apresenta algumas formas de o empregador burlar essa remuneração, a exemplo nos casos em que o trabalhador permanece por determinado período à disposição da empresa, porém só receberá pelas horas trabalhadas, o que não garante que este indivíduo irá conseguir o número de horas necessárias para se chegar ao salário mínimo.

Cindir o direito fundamental ao salário mínimo como se fosse algo a ser medido em horas ou dias é afrontar a máxima efetividade como princípio inerente à fundamentalidade material, em afronta a dignidade da pessoa humana porque lhe se atribui os riscos diários de garantia de um mínimo de subsistência (STRECK, 2017).

3.3 Exclusão ou Redução de Responsabilidade do Empregador

Os arts. 75-D e 75-E da CLT, também acrescentados à legislação trabalhista consolidada, por meio da Lei 13.467, de 2017, dispõem sobre o regime de teletrabalho, proposto na norma aqui analisada. Eis o texto:

Art. 75-D. As disposições relativas à responsabilidade pela aquisição, manutenção ou fornecimento de equipamentos tecnológicos e da infraestrutura necessária e adequada à prestação de trabalho remoto, bem como ao reembolso de despesas arcadas pelo empregado, serão previstas em contrato escrito.

Art. 75-E. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho.

Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir instruções fornecidas pelo empregador. (BRASIL, 2017)

Esses são alguns dos aspectos apontados como inconstitucionais por uma gama de segmentos como os sindicatos, advogados e doutrinadores. Outros pontos que possivelmente ferem a Constituição Federal, são a flexibilização da jornada de trabalho onde se poderá ultrapassar as oito horas diárias por meio de acordos, também a possibilidade do trabalhador com ensino superior que ganhe valor igual ou superior a dois tetos do INSS (R\$11.062,62) fazer acordos individuais com o empregador.

4 AS REPERCUSSÕES NA JUSTIÇA DO TRABALHO

As principais alterações da reforma trabalhista podem ser destacadas em três grandes temas: nas condições de trabalho, na organização sindical, nas negociações coletivas e, por fim, na Justiça do Trabalho. Esta é regida pelo conjunto de princípios, normas e instituições do Direito Processual do Trabalho, em que houve a maioria das modificações impostas pela Lei n.º 13.467/2017, com a alteração de diversos artigos, inclusão de novos preceitos normativos e inovação de institutos processuais, mas, também, revogando alguns importantes dispositivos processuais trabalhistas.

Portanto, o Direito Processual do Trabalho é um Direito instrumental para dar efetividade ao Direito material, este compreendido pela legislação trabalhista e social, para facilitar o acesso ao Judiciário, e assim, dirimir os conflitos trabalhistas, resguardando a dignidade da pessoa humana do trabalhador.

Porém, com a reforma, nota-se uma preponderância em assegurar muitas garantias processuais para o reclamado, não acrescentando, de maneira nenhuma, melhorias ao processo trabalhista em benefício do trabalhador, de forma a prejudicar seu acesso à Justiça, desviando da finalidade do procedimento trabalhista, em que as prerrogativas processuais devem buscar compensar a hipossuficiência da parte mais fraca, que é o trabalhador, para equilibrar as relações jurídicas processuais entre os litigantes. Como bem adverte Schiavi (2017, p. 14),

A Lei n. 13.467/17, apesar de ter realizado alterações na CLT, em nossa visão, não foi suficiente para tornar o processo trabalhista mais justo e efetivo. De outro lado, em muitos aspectos, a lei trouxe retrocessos, criando entraves ao acesso do economicamente fraco à justiça, tais como: comprovação de insuficiência econômica para a gratuidade judiciária, pagamento de despesas processuais, prescrição intercorrente, e limitação de responsabilidade patrimonial.

Sob enfoque do trabalhador reclamante, houve a redução da extensão dos benefícios da justiça gratuita, pois não basta mais uma mera declaração, devendo este comprovar a insuficiência de recursos. No caso de sucumbente na pretensão do objeto da perícia, este deve arcar com a responsabilidade do pagamento dos honorários periciais e também dos honorários advocatícios, na ocasião de sucumbência.

Assim, um dos efeitos processuais diante da ausência do reclamante na audiência inaugural enseja no pagamento de custas processuais, caso não apresente uma motivação legalmente justificável em quinze dias, mesmo este sendo beneficiário de justiça gratuita. Enquanto que diante da falta da parte reclamada, porém devidamente representado na audiência, sua contestação escrita será aceita pelo Juízo e ainda, no caso de revelia, foram feitas alterações consideráveis que mitigaram seus efeitos. Discorrem Delgado e Delgado (2017, p. 345):

Pontue-se que determinar o pagamento das custas pelo trabalhador faltoso à audiência inaugural relativa a processo em que figura como reclamante é, sem dúvida, um dispositivo, em si, válido, regra geral. O que não se mostra válido, porquanto manifestamente inconstitucional, é a extensão desse encargo para o beneficiário da justiça gratuita, pois este está protegido por um direito e garantia de natureza e autoridade constitucionais.

Essas alterações no instituto mostram um evidente despreço ao direito e garantia constitucionais da justiça gratuita, ferindo a constituição no art. 5.º, inciso LXXIV, da Constituição Federal de 1988, em que garante “assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”, atingindo, conseqüentemente, o princípio constitucional do amplo acesso à jurisdição, por vincular às verbas de trabalhistas de natureza alimentar aos créditos emergentes do processo e pagamento de valores monetários ao Estado, desconsiderando todas as suas proteções jurídicas.

As conseqüências dessas mudanças já são sentidas na Justiça do Trabalho em que as ações caíram 50% nos primeiros dois meses de vigência, passando de uma média de duzentas mil por mês para quase 85 mil no primeiro mês completo de aplicação. Um levantamento do Tribunal Superior do Trabalho indica que o valor é menos da metade do registrado no mesmo período em anos anteriores, em decorrência da insegurança jurídica.

A Lei n.º 13.467/2017 trouxe também um novo rito especial com relação à exceção de incompetência territorial, que antes era realizada sua análise na própria audiência inaugural, adotando um procedimento mais moroso, que suspende o processo até sua apreciação, a contagem de prazo em dias úteis, não mais corridos e o preposto não precisa ser mais empregado da empresa reclamada.

Outro grande impacto com a reforma trabalhista será nos Enunciados de Súmulas editadas pelos Tribunais Regionais e do Tribunal Superior do Trabalho, devido às alterações de diversos dispositivos da CLT. Muitas poderão ser bastante modificadas para acompanhar a nova legislação ou até mesmo canceladas, sendo necessária uma revisão urgente de seus conteúdos.

5 ATUAÇÃO DOS SINDICATOS COM A REFORMA

Debate muito importante diz respeito às mudanças no sindicato com a reforma trabalhista. Nenhuma dúvida existe no ordenamento jurídico do País que a fundação representativa essencial dos trabalhadores no mundo do trabalho cabe ao correspondente sindicato da categoria profissional dos trabalhadores ou da categoria profissional diferenciada, se houver. É uma garantia constitucional, como se lê na Constituição Federal de 1988, *verbis*:

Art. 8.º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

[...]

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas.

Completa a doutrina:

A Constituição Federal, em seu artigo 8.º, inciso IV, ao cuidar da receita sindical estabelecida pela assembleia geral do sindicato, ressalva a legalidade da contribuição sindical prevista em lei. E na redação anterior à reforma trabalhista de 2017, o artigo 579 da Consolidação das Leis do Trabalho dizia que a contribuição era devida por todos aqueles que participassem de uma determinada categoria profissional ou econômica, ou profissão liberal, em favor do sindicato respectivo. Isto é, era obrigatória. A Lei 13.467, de 13/7/2017, denominada de reforma trabalhista, altera o artigo 579 da Consolidação das Leis do Trabalho, dando-lhe a seguinte redação (MANUS, 2017).

A legislação ora referida é a seguinte, conforme se lê no art. 579 da CLT, com nova redação dada pela lei da reforma trabalhista:

Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria.

Com essa mudança, os dispositivos que permaneceram na CLT, supraindicados, em sua nova redação, passaram a enfatizar, de modo reiterado, a necessidade de autorização prévia, expressa e individual dos participantes das categorias profissionais. Muitos se perguntam se essa decisão não vai gerar o enfraquecimento dos sindicatos. Segundo o Desembargador Francisco Rossal de Araújo, do Tribunal Regional do Trabalho (TRT-RS), vai haver uma fragilização dos sindicatos ao quebrar o seu sistema de financiamento com o fim da contribuição sindical. “Os valores devidos por toda a categoria só poderão ser cobrados se houver concordância efetiva dos integrantes da categoria, em que se pese a tamanha insatisfação que o contribuinte, antes da reforma que era obrigado a pagar o imposto sindical.” (MANUS, 2017).

De acordo com dados reconhecidos pelo Ministério do Trabalho e Emprego, existem hoje no Brasil cerca de onze mil sindicatos de trabalhadores e pouco mais de cinco mil sindicatos de empresas, o que permite estimar o expressivo número de pessoas que dependem da receita financeira dos sindicatos para sua remuneração, quer como dirigentes sindicais afastados de suas funções na empresa, quer como prestadores de serviços aos sindicatos, pessoas que terão que se adaptar de forma abrupta a mudança que a Lei 13.467/17 (MANUS, 2017).

6 OS IMPACTOS E AS ADAPTAÇÕES NO MERCADO DE TRABALHO E NA SOCIEDADE

O Brasil enfrenta um cenário de crise econômica, ética e política, que reflete direta ou indiretamente no enfraquecimento do princípio da proteção ao trabalhador, priorizando a

empresa ao empregado, fazendo com que o Estado, em consequência, os legisladores sejam pressionados para reduzir o intervencionismo estatal, ocasionando na diminuição de direitos trabalhistas e flexibilização de outros. Assim, segundo Cassar e Borges (2017, p. 6), “A Reforma Trabalhista é a resposta à crise e aos interesses dos empresários, pois altera mais de cem pontos da legislação trabalhista que, em sua maioria, prejudicam o trabalhador.”.

Na prática, a reforma buscou prestigiar a negociação individual entre as partes sobre os direitos previstos em lei, autorizando que aquilo acordado individualmente prevaleça sobre o legislado, porém é notório o equívoco ao pensar que o trabalhador livremente quer renunciar aos seus direitos, desconsiderando a sua fragilidade jurídica. Como assevera Maior (2017, folhas 1),

Nenhum trabalhador ou trabalhadora, isoladamente (e mesmo com atuação do sindicato, premido pela mesma insegurança jurídica que assola os trabalhadores), tem condições reais de exigir do empregador que respeite o intervalo para descanso; que conceda o direito à amamentação; que mantenha um ambiente de trabalho saudável. Tal constatação faz perceber, com nitidez, que o único momento em que o trabalhador realmente consegue tentar fazer valer os seus direitos, colocando-se em condições, ao menos formais, de ser ouvido, é quando ajuíza sua demanda trabalhista.

Nas negociações coletivas, a reforma limitou ao máximo a intervenção do Judiciário, com a adoção no princípio da intervenção mínima na autonomia da vontade coletiva, garantindo maior segurança às convenções e acordos coletivos, o que na realidade impacta na garantia e segurança ao empresário que aproveitara das normas coletivas para reduzir e flexibilizar direitos.

Portanto, trata-se de reforma com base em argumentos e proposições já conhecidas e que, em tempos de crise, aparecem como “solução”, fundamentando-se na ideia de que os direitos do trabalho são responsáveis pelo desemprego. Porém, o que cria oportunidades de empregos efetivamente é o aquecimento da economia, são as políticas públicas, nunca a retirada de direitos trabalhistas.

As principais medidas adotadas na reforma trabalhista tornam as formas de contratação mais precárias e atípicas, como a terceirização, contrato intermitente, temporário, também flexibilizam a jornada de trabalho, como a redução do intervalo de almoço, flexibilidade diária da jornada e jornada *in itinere*, houve rebaixamento da remuneração, com pagamento por produtividade, gorjetas e livre negociação dos salários.

Os efeitos da nova legislação já são perceptíveis com o aumento do desemprego atingiu, em média, 12,2% no trimestre de novembro do ano passado a janeiro de 2018, de acordo com dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que faz parte da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD) contínua, em que consiste na pesquisa em 211.344 casas em cerca de 3.500 municípios. Para o controle das pesquisas do IBGE, desempregado é a pessoa que não tem trabalho e tampouco procurou alguma ocupação nos trinta dias anteriores à semana da coleta dos dados. O número de desempregados no período foi de 12,7 milhões de pessoas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Foram discutidos, neste artigo, tópicos na reforma apontados como inconstitucionais por juristas e doutrinadores. Destacou-se que além de alguns aspectos do trabalho intermitente e também da exclusão ou redução da responsabilidade do empregador no que diz respeito ao teletrabalho, o ponto que mais repercutiu foi a flexibilização do negociado sobre o legislado.

Assim sendo, ao analisar a reforma trabalhista, observa-se um claro retrocesso sobre os direitos sociais, das organizações sindicais e do próprio Judiciário.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 5.453, de 1.º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 9 ago. 1943. Retificado pelo Decreto-Lei 6.353, de 1944 e retificado pelo Decreto-Lei 9.707, de 1946.

BRASIL. Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943, e as Leis n.ºs 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 jul. 2017.

BRASIL. Ministério Público do Trabalho. Nota Técnica n.º 08, de 26 de junho de 2017, da Secretaria de Relações Institucionais do Ministério Público do Trabalho (MPT).

Disponível em: <http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/204a16b7-0bca-409d-a7fd-6f9eec6bcc4f/Nota%2BT%C3%A9cnica%2BnC2%BA%2B08.2017.pdf?MOD=AJPERES&CONVERT_TO=url&CACHEID=ROOTWORKSPACE.Z18_395C1B00K89D40AM2L613R2000-204a16b7-0bca-409d-a7fd-6f9eec6bcc4f-lVoXaqb>. Acesso em: 21 dez. 2017.

BRASIL. Poder Judiciário. Tribunal Regional do Trabalho da 24.^a Região. História: A criação da CLT. Mato Grosso do Sul. 2013. Disponível em: <<https://trt-24.jusbrasil.com.br/noticias/100474551/historia-a-criacao-da-clt>>. Acesso em: 21 jan. 2018.

CASSAR, Vólia Bomfim; BORGES, Leonardo Dias. **Comentários à reforma trabalhista**: Lei 13.467, de 13 de julho de 2017. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017.

DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Reforma trabalhista no Brasil**: com os comentários à lei n. 13.467/2017. São Paulo: LTr., 2017.

GOMES, Eunice de Araújo; GOMES, José Cláudio de Magalhães. Produção. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 23, n. 5.311, 15 jan.2018. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60828>>. Acesso em: 15 fev. 2018.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; SEVERO, Valdete Souto. O acesso à justiça sob a mira da reforma trabalhista: ou como garantir o acesso à justiça diante da reforma trabalhista. Disponível em: <<https://www.jorgesoutomaior.com/blog/o-acesso-a-justica-sob-a-mirada-reforma-trabalhista-ou-como-garantir-o-acesso-a-justica-diante-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 19 fev. 2018.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. A contribuição sindical segundo a nova reforma trabalhista. In: Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 28 de julho de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jul-28/reflexoes-trabalhistas-contribuicao-sindical-segundo-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 18 jan. 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de direito do trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do trabalho. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHIAVI, Mauro. **A reforma trabalhista e o processo do trabalho**: aspectos processuais da lei n.º 13.467/17. São Paulo: LTr., 2017.

SILVA, Homero Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: RT, 2017.

STRECK, Lênio Luís. Reforma trabalhista: contrato intermitente é inconstitucional. In: Revista Consultor Jurídico, São Paulo, 4 de dezembro de 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-dez-04/streck-reforma-trabalhista-contrato-intermitente-inconstitucional>>. Acesso em: 25 jan. 2018.

Submissão em: 9 mar. 2018
Pareceres favoráveis em: abril 2018.

Responsabilidade Civil e Responsabilidade Penal: entre o diálogo e o silêncio (ou a justiça restaurativa como ponte de encontro)

INÊS FERNANDES GODINHO¹

*E vou cantar aquele segundo reino,
Onde o humano espírito se purifica
E se torna digno de subir ao céu.*
Dante Alighieri, *A Divina Comédia* (Purgatório, Canto I)

Resumo: Os atos e fatos jurídicos podem trazer, como consequência, um ano a um terceiro. Em consequência, nasce a obrigação de indenizar à pessoa prejudicada. A liberdade de atuação merece freios em relação ao direito alheio. Mas, a responsabilidade deve recair em imputáveis, quanto à seara penal, e o estudo leva em consideração as questões da responsabilidade civil.

Palavras-chave: Responsabilidade civil. Justiça restaurativa. Indenização. Dano. Reparação.

¹ Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra. Professora Auxiliar na Faculdade de Direito e Ciência Política da Universidade Lusófona do Porto e Docente na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professora Convidada na Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg (2017). Investigadora integrada do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

1 INTRODUÇÃO

A ideia de responsabilidade enquanto conceito ontológico encontra-se inextricavelmente ligada a duas realidades distintas: a liberdade e a causalidade. Esta ligação indelével é o resultado de uma longa procura de resposta a um problema de reflexão do Homem sobre si mesmo: a consequentialidade do comportamento humano. Assim, quando falamos de responsabilidade enquanto conceito, falamos de um dos pilares do que representa um diálogo ininterrupto entre a Filosofia e as Ciências Humanas, paradigmaticamente, o Direito Civil e o Direito Penal.

A atribuição de responsabilidade retrospectiva, relativa à imputação de acções, é plena de sentido em ambos os ordenamentos normativos, ainda que os fins dessa atribuição representem o silêncio – ou, se quisermos, a autonomia – desses dois ramos do Direito.

A questão que aqui se coloca prende-se com o repto ínsito às modernas tendências do pensamento jurídico a propósito do âmbito de eficácia da justiça restaurativa. Por sobre tudo, pretende-se descortinar se esta forma de justiça aumenta ou diminui as margens de responsabilidade juridicamente aceitáveis em uma sociedade livre de mulheres e de homens ou, diferentemente, se efectivamente contribui para a união dos vértices no patamar da atribuição de responsabilidade.

2 RESPONSABILIDADE E LIBERDADE

Só se pode falar de responsabilidade quando exista um espaço para diferentes possibilidades de actuação (PICHT, 1996, p. 318 e s., p. 323). E esse “espaço” tem os seus alicerces na

liberdade refractada em futuro². Importa, por isso, adensar, em primeiro lugar, o conceito de liberdade.

A liberdade é um conceito que se apresenta com diversas vertentes, em consonância com o contexto em que o conceito é utilizado. Desde logo, pode falar-se em liberdade individual, mas também em liberdade plural, como seja, a liberdade política, a liberdade nacional, a liberdade colectiva (WILDFEUER, 2006, p. 358 e s.) ou ainda a liberdade civil ou social³.

Aqui interessa-nos particularmente a liberdade enquanto pressuposto de eticidade, responsabilidade e, mesmo, imputação⁴. Por outras palavras, interessa-nos, fundamentalmente, o contexto da liberdade individual.

Em termos estritamente formais, podemos distinguir dois aspectos do conceito de liberdade. Por um lado, a liberdade negativa, ou seja, a independência ou ausência de limitações ou imposições (ou a “liberdade de ...”) e, por outro lado, a liberdade positiva, que se concretiza na faculdade de – com a vontade e com a actuação – ter um comportamento e de decidir os meios e os objectivos desse mesmo comportamento (ou a “liberdade para ...”) (WILDFEUER, 2006, p. 359; PICHT, 1996, p. 323). Deve notar-se, todavia, que a liberdade negativa representa a possibilidade da liberdade, mas não constitui a realidade da liberdade. Com efeito, eu posso ser livre de pressões ou limitações para escrever um artigo, mas tal não implica que o venha a fazer⁵.

Estes dois aspectos relevam para efeito da distinção entre a liberdade “poder-querer” (*libertas volendi*), mais concretamente, a liberdade interna, e a liberdade “poder-agir” (*libertas agendi*) ou liberdade externa (WILDFEUER, 2006, p. 359). É esta última que materializa as alterações do “real-verdadeiro”⁶. Contudo, é aquela primeira que deve ter-se em atenção no patamar do livre arbítrio.

² Dado que o futuro é o campo da possibilidade.

³ Essencial sobre, como o próprio afirma, “a natureza e os limites do poder que poder ser legitimamente exercido pela sociedade sobre o indivíduo” (liberdade civil ou social), o ensaio de Mill (2010, p. 29).

⁴ Como pergunta Pauen (2008, p. 9 e s.) “como se pode querer punir uma pessoa pela violação de uma norma sem que ela nisso tenha tido culpa e como se pode querer atribuir culpa num comportamento ilegal, quando a execução do mesmo não foi livre e não poderia ter sido de outra forma?”.

⁵ Ainda que o actual debate sobre a liberdade tenha vindo a ser pautado pelas novas descobertas das neurociências, que são por vezes interpretadas no sentido de as mesmas poderem constituir refutação inequívoca da própria liberdade. Interpretação que não sufragamos. Veja-se ainda Pauen (2008, p. 10 e s.).

⁶ Sobre as noções de “real-verdadeiro” e “real-construído” veja-se Costa (1992, p. 317, e p. 620).

2.1 O Pressuposto do Livre Arbítrio

Através das considerações precedentes podemos compreender que a liberdade representa não apenas um princípio, mas também um conceito polissemântico.

Se, no Direito Penal, a ideia de liberdade se prende, fundamentalmente, com a noção de responsabilidade, no Direito Civil, a liberdade afirma-se em nome próprio em princípios como a liberdade contratual⁷ ou a liberdade patrimonial⁸, antes de se refractar em responsabilidade civil.

Ainda antes de adensarmos considerações sobre a responsabilidade propriamente dita, é curial aprofundar a vertente do conceito de liberdade que representa a base para qualquer noção de responsabilidade.

Referimo-nos, bom é de ver, à liberdade “poder-querer” ou *libertas volendi*.

No âmbito da liberdade interna, também pode distinguir-se entre liberdade negativa e liberdade positiva. A liberdade interna negativa significará, então, ausência de impedimentos fisiológicos e psíquicos na formação da vontade. Se se quiser, uma liberdade psico-fisiológica. A liberdade interna positiva – ou livre arbítrio, no pleno sentido da expressão (*liberum arbitrium*) representa a existência de todos os factores psíquicos e físicos que permitam a formação da vontade (WILDFEUER, 2006, p. 359)⁹.

É precisamente esta forma de liberdade que representa o pressuposto de uma actuação consequencial¹⁰. Por outras palavras, é o livre arbítrio que nos permite ver se, na situação concreta, o agente podia e devia ter actuado de modo diferente. Em suma, é o livre arbítrio que nos possibilita a aferição da culpa¹¹, ou seja, de que a conduta do agente é merecedora da reprovação ou censura do direito.

⁷ Expressamente consagrada no art. 405º do Código Civil português.

⁸ Que materializam formas de manifestação da necessidade de liberdade no direito civil, como sublinha Lampe (2008, p. 16 e s., p. 25).

⁹ A liberdade interna negativa tem sido particularmente contestada pelos deterministas, tanto de um ponto da liberdade psicológica (exemplarmente, John Stuart Mill), como do ponto de vista da liberdade fisiológica, sendo defendido, neste último caso, que todos os comportamentos (corporais) são determinados por processos físicos ou biológicos. Esta última corrente tem ganho particular atenção e importância hodiernamente face aos já mencionados progressos das neurociências.

¹⁰ Em uma formulação de Hume (2013, p. 103) “por liberdade, portanto, podemos apenas significar *um poder de agir ou não agir, segundo as determinações da vontade*.”

¹¹ Sobre a questão – que não aprofundaremos – do conteúdo material da culpa jurídico-penal, veja-se Dias (2007, p. 514 e s.). De qualquer modo, não podemos deixar de acompanhar Costa (1992, p. 248), quando assinala a impressividade da expressão de Karl Engisch da culpa como “uso defeituoso que o homem faz da sua liberdade.”

2.2 A Questão da Inimputabilidade

A responsabilidade civil é uma fonte de obrigações¹². Em termos muito sucintos, a “responsabilidade civil consiste, pois, numa *obrigação de indemnizar*” (JORGE, 1999, p. 44). Sendo fonte de obrigações é, também, uma forma de responsabilização por um determinado comportamento. Ou seja, o agente tem de ter tido alternativa, tem de ter actuado em liberdade. Para garantir esta liberdade de actuação, o Direito Civil estabelece um limite à responsabilidade, concretizado no pressuposto de imputabilidade do art. 488º do Código Civil. Como refere Varela (2000, p. 563), “diz-se *imputável* a pessoa com capacidade natural para *prever* os efeitos e *medir o valor* dos actos que pratica e para se *determinar* de harmonia com o juízo que faça deles. Exige-se, assim, para que haja imputabilidade, a posse de certo *discernimento* (capacidade intelectual e emocional) e de certa *liberdade de determinação* (capacidade volitiva)”. Referimo-nos, na expressão da lei, à capacidade de entender ou de querer, havendo pessoas – menores de sete anos e interditos por anomalia psíquica – em relação às quais a lei civil presume a falta desta capacidade¹³. Trata-se, afinal, da determinação do universo abstracto de agentes que podem ser objecto de um juízo genérico de censura¹⁴.

Também no âmbito da responsabilidade penal podemos encontrar o mesmo limite à responsabilidade. Com efeito, estabelece o art. 19º do Código Penal que “os menores de 16 anos são inimputáveis”¹⁵, acrescentando-se ainda, no art. 20º, n.º 1 do mesmo Código, que é “inimputável quem, por força de uma anomalia psíquica, for incapaz, no momento da prática do facto, de avaliar a ilicitude deste ou de se determinar de acordo com essa avaliação.”¹⁶.

Se quisermos, este limite de responsabilidade é o reflexo da inimputabilidade como negação do livre arbítrio ou, em outra formulação, a inimputabilidade é o fundamento da impossibilidade de afirmação de culpa¹⁷.

¹² Ou seja, é fonte de um *vínculo jurídico por virtude do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação*, nos termos da noção de obrigação constante do art. 397º do Código Civil.

¹³ Dispõe o art. 488º [do Código Civil português] que “1 – Não responde pelas consequências do facto danoso quem, no momento em que o facto ocorreu, estava, por qualquer causa, incapacitado de entender ou querer, salvo se o agente se colocou culposamente nesse estado, sendo este transitório. 2 – Presume-se falta de imputabilidade nos menores de sete anos e nos interditos por anomalia psíquica.”

¹⁴ Capacidade essa que não deve ser confundida com os “estados de espírito” do agente, ou, em uma formulação juscriminal, o elemento subjectivo do tipo. A este propósito, Kenny (1978, p. 46 e s.).

¹⁵ Um limite de idade consideravelmente superior àquele do Direito Civil.

¹⁶ Sobre a inimputabilidade por anomalia psíquica no direito penal, fundamental a obra de Antunes (2002, *maxime*, p. 49 e s.).

¹⁷ Cfr., no mesmo sentido, Dias (2002, p. 560 e s. e p. 594 e s.).

2.3 O Conceito de Responsabilidade

O conceito de responsabilidade significa uma obrigação de responder pelas acções próprias¹⁸. Como refere Jorge (1999, p. 34),

O termo *responsabilidade* corresponde à ideia geral de *responder* ou *prestar contas* pelos próprios actos, a qual, por sua vez, pode assumir duas tonalidades distintas: a susceptibilidade de imputar, dum ponto de vista ético *lato sensu*, determinado acto e seus efeitos ao agente, e a possibilidade de fazer sujeitar alguém ou alguma coisa às consequências de certo comportamento.

Apesar de ser uma ideia que desde cedo ocupou o pensamento humano, o vocábulo “responsabilidade”, não obstante ter existência conhecida desde o século XV, apenas vem a surgir como categoria ética no século XIX (VINEY, 1990, p. 275 e s.; GODINHO, 2007, p. 15 e s.), entrando, conseqüentemente, na narrativa normativa ainda nesse mesmo século.

Enquanto categoria jurídica, tem a vocação de agrupar vários tipos de obrigações de responder por um facto, por um comportamento ou por uma situação perante a justiça e de assumir as respectivas consequências (VINEY, 1990, p. 278)¹⁹.

Podemos identificar dois sistemas principais de responsabilidade, designadamente o sistema monista, em que existe um princípio geral de responsabilidade, e o sistema pluralista, no qual existem casos especiais de responsabilidade.

O sistema monista é predominante nos ordenamentos jurídicos continentais no âmbito da responsabilidade civil, ou seja, a enunciação, no Código Civil, de um princípio de responsabilidade de vocação geral (VINEY, 1990, p. 280). Entre nós pode-se ler no art. 483º, n.º 1, do Código Civil, o princípio geral atinente à responsabilidade por factos ilícitos: “aquele que, com dolo ou mera culpa, violar ilicitamente o direito de outrem ou qualquer disposição legal destinada a proteger interesses alheios fica obrigado a indemnizar o lesado pelos danos resultantes da violação.”.

¹⁸ Veja-se aqui também, Godinho (2007, p. 15) e ainda Werner (2006, p. 541 e s.).

¹⁹ Sublinha-se aqui também a origem do conceito: responsabilidade evoca resposta e responder postula uma chamada a fazê-lo. Daí também a expressão de “chamar à responsabilidade”. Mas, atente-se, a responsabilidade não é a resposta à liberdade; é antes uma sua consequência. Daí que a expansão das possibilidades de actuação do Homem se tenha manifestado em um alargamento do conceito de responsabilidade (Cfr. GODINHO, 2007, p. 20).

Diferentemente, o sistema pluralista afirma-se plenamente no contexto da responsabilidade penal, de que é apanágio o princípio *nullum crimen nulla poena sine lege*²⁰: a definição estrita em lei de cada infracção na sua realidade concreta, aqui se procurando garantir a liberdade dos cidadãos. Trata-se do princípio da legalidade estrita que, como sublinha Costa (2012, p. 219), significa que “não é possível ser definido um comportamento penalmente relevante se esse comportamento não estiver definido previamente em uma lei certa e precisa.”.

Independentemente da vigência simultânea de dois sistemas de responsabilidade, o seu núcleo agregador permanece inalterado: responder pelos próprios actos. Assim, podemos afirmar que os três elementos constitutivos da responsabilidade são a liberdade, a vontade e a actuação do Homem (GODINHO, 2007, p. 20)²¹.

3 RESPONSABILIDADE NO ORDENAMENTO JURÍDICO

A ideia de responsabilidade releva tanto no direito, como na moral. Com efeito,

quer o direito, quer a moral incluem regras que regem o comportamento de indivíduos em situações constantemente repetidas no decurso da vida, mais do que em actividades ou ocasiões especiais, e, embora ambos possam incluir muito do que é específico em relação às necessidades reais ou imaginadas de uma sociedade concreta, um e outra fazem exigências que devem evidentemente ser satisfeitas por qualquer grupo de seres humanos que pretenda conseguir viver em comum (HART, 2001, p. 187)²².

Todavia, a atribuição de responsabilidade retrospectiva – ou seja, responsabiliza-se pelo que ocorreu no passado, sendo que esse passado é o futuro da liberdade – é tarefa fundamental do Direito. Já referimos *supra* que a responsabilidade postula liberdade refractada em futuro. Ora, em termos de responsabilidade, o Direito trabalha com a categoria de temporalidade, a partir de uma atribuição causal de responsabilidade.

²⁰ Proposição jurídica cunhada por Feuerbach no início do séc. XIX, como concretização do repto iluminista lançado por Beccaria (1998, capítulo IV, p. 68 e s.) e ainda Von Feuerbach (1801, p. 20).

²¹ Como salienta Varela (2000, p. 527), apenas relativamente a factos voluntários “têm cabimento a ideia de *ilicitude*, o requisito da *culpa* e a *obrigação de reparar o dano* nos termos em que a lei a impõe”.

²² Para uma distinção sumária entre direito e moral, conferir Hart, 2001, p. 188 e s., e ainda Machado (1995, p. 59 e s.). Como salienta este último autor, *op. cit.*, p. 61 “na racionalidade jurídica tem um lugar decisivo a noção de tutela dos interesses, de resolução dos conflitos de interesses e de interesses juridicamente tutelados. De modo que apenas será juridicamente relevante aquela conduta que afecte os interesses (ou bens) juridicamente tutelados, os lese ou ponha em perigo. Para que seja juridicamente censurável deve afectar um dos interesses tutelados e afectá-lo numa medida socialmente relevante”. Ainda sobre a imposição normativa da moral e sua legitimidade, a partir do referente da moralidade sexual e seguindo a ideia nuclear de John Stuart Mill, veja-se Hart (1963, p. 4 e s.).

3.1 A Atribuição Causal de Responsabilidade

A atribuição causal de responsabilidade faz relevar a precedência temporal da causa. Quer isto significar que a causa tem de acontecer antes do facto que determina o efeito. A circunstância de a noção de causa se ter mantido até a actualidade²³ apenas põe em evidência o primado do nexa causal como elemento da responsabilidade e da estreita conexão entre as duas noções²⁴.

A atribuição causal de responsabilidade no ordenamento jurídico é conformada por dois elementos: o princípio da retribuição e um interesse cognitivo específico no qual assenta um juízo normativo de atribuição de responsabilidade. Olhemos para cada um destes elementos mais de perto.

O princípio da retribuição significa, em termos sucintos, “porta-te bem e serás recompensado, porta-te mal e serás castigado”²⁵. Ou seja, unindo o significado deste elemento com o nódulo que o agrega, a ideia de causa no Direito assenta na afirmação de que alguém causou um mal pelo qual terá de ser punido ou terá de pagar (responder) (HART; HONORÉ, 1985, p. 66).

Por outro lado, o segundo elemento, relativo ao interesse cognitivo específico prende-se, sobretudo, com a especial distinção entre o princípio da causalidade no âmbito das leis naturais e o princípio jurídico da causalidade. Na verdade, enquanto que no Direito o efeito é a sanção, no universo natural o efeito é a consequência da causa. Procuremos explicitar um pouco mais esta ideia.

No universo das leis naturais, se eu deixo cair um copo de vidro no chão, o efeito será o copo partir-se. Mas a ideia de causa aqui se relaciona, em relação de insindicável necessidade, com muitos outros fenómenos, desde logo, por exemplo, a lei da gravidade. Ou seja, a explicação naturalística do facto “copo partido”, para ser exacta do ponto de vista da teoria da ciência, teria de ter em consideração todos os factores necessários das leis da natureza.

Diferentemente, no direito, ainda que a verificação da causalidade se tenha de basear em leis naturais das ciências empíricas – como é evidente, não pode ignorar ou alterar a lei

²³ Sobre as origens da hodierna noção de causalidade na filosofia da antiga Grécia, cfr. Kelsen (2001, p. 301 e s.).

²⁴ Assim também Hart; Honoré (1985, p. 62 e s., *maxime*, p. 65).

²⁵ Na sintética formulação de Kelsen (2000, p. 33): “Gut für Gut, Übel für Übel”. Ainda que este princípio não deva ser visto como resposta à questão sobre a justiça do Direito.

da gravidade –, interessa-se apenas por modificações da realidade em um determinado momento que se relacionem com condutas juridicamente relevantes (KINDHÄUSER, 2008, p. 481 e s.; KINDHÄUSER, 2010, p. 11 e s.). Aproximando-nos um pouco mais desta ideia, a causalidade jurídica rege-se pelo objecto próprio da norma de conduta²⁶. Dito de outra forma: as noções de causa e de efeito no ordenamento jurídico obedecem ao paradigma normativo exemplar: “quem cometer uma infracção, será sancionado.”. Portanto, a causa será a comissão da infracção e o efeito será a sanção.

Retornemos ao exemplo do copo partido, a fim de esclarecer graficamente as nossas considerações. No âmbito das leis da natureza, se um copo de vidro cair mais de dois metros e embater numa superfície dura (*proposição A*), o copo parte-se (*proposição B*). Ou seja, segundo as leis naturais, se ocorrer A, acontecerá B. No ordenamento jurídico, vamos supor que existe uma norma segundo a qual “quem partir um copo (*proposição C*), será punido com pena de admoestação (*proposição D*)”. Aqui não podemos afirmar que se ocorrer C, acontecerá D. Pertencendo o ordenamento jurídico ao mundo do dever-ser, o mais que poderemos aqui é dizer que se ocorrer C deverá ocorrer D (Cfr. KELSEN, 1956, p. 3 e s.). A ligação dos elementos “causa e efeito” no direito rege-se assim pelo interesse cognitivo específico de uma conduta normativamente relevante como “causa”.

3.2 O Juízo Normativo (Imputação)

A causalidade no ordenamento jurídico assenta, como já referimos, em um juízo normativo de atribuição de responsabilidade. Isto significa que quando se faz alguém responder em termos jurídicos, tal implica que existiu uma apreciação ou valoração sobre a actuação do agente no sentido de esta actuação ter desencadeado um resultado normativamente indesejado (Cfr. GODINHO, 2007, p. 25). Por outras palavras, o Direito delimita previamente os resultados que quer evitar, *rectius*, aqueles resultados que dão origem a uma responsabilização. Como põe em evidência Costa (2012, p. 222) “[...] a imputação objectiva do facto ao agente corresponde à necessidade profunda de podermos, isto é, de se poder, dentro da contextualidade objectiva que a ordem jurídica representa, com segurança, afirmar que o agente deu ‘causa’ ao resultado proibido.”.

²⁶ Procuremos ilustrar a partir do crime de homicídio, com recurso a uma formulação de Klug (1981, p. 131): “para o juízo penal de uma determinada conduta *C* da pessoa *P* é de fundamental importância saber se entre *C* e o resultado penalmente relevante *R* existe uma relação causal. Se a conduta *C* consistir no disparo de uma pistola por *P* e o resultado for a morte da pessoa *M*, torna-se assim de importância decisiva para a resposta à pergunta sobre se *P*, através da sua conduta *C* – designadamente o disparo da pistola – se tornou punível, saber se entre *C* e *R* – ou seja, a morte de *M* – existe uma relação causal.”.

Repristinando considerações previamente tecidas, e face ao exposto, quer isto dizer que se torna claro que a ciência jurídica não pretende oferecer uma explicação causal dos fenómenos infracção e sanção. Nas palavras de Kelsen (1956, p. 7) “nos preceitos jurídicos em que dita ciência descreve estes fenómenos não se aplica o princípio da causalidade, mas antes um princípio que [...] se pode denominar princípio da imputação.”.

Na verdade, o Direito não pretende explicar a fenomenologia natural que deu origem a um determinado efeito. Se assim fosse, ou seja, se a prescrição da norma pretendesse impedir e proibir (a causa) e não sancionar o agente por um resultado em concreto – o que seria, de certo modo, a aplicação naturalística e linear do princípio da causalidade – seria, então, idêntico, à luz de uma norma de proibição, o facto de o resultado se ter verificado ou não. Mas não é esse o inteligir jurídico: a responsabilidade postula, justamente, a existência de um resultado desvalioso para o ordenamento normativo.

Em síntese, em termos jurídicos não se questiona pela causa, antes se pergunta pelo responsável. O “castigo” é, assim, uma consequência que se imputa a uma “causa”, “causa” essa corporizada pela conduta humana.

3.3 O Facto Jurídico (Acção)

A responsabilização do agente tem origem em um juízo que é feito sobre um determinado objecto valorativo, *in casu*, um facto jurídico. Este facto jurídico é corporizado por uma acção, também ela compreendida em sentido jurídico²⁷.

Podemos definir a acção em sentido jurídico como “responsável e significativa conformação da realidade com resultados (no sentido mais amplo) domináveis pela vontade (e por isso imputáveis ao agente).” (KAUFMANN, 1996, p. 25 e s. e p. 65). Esta definição refere-se a um conceito lato de acção, em que se incluem a acção *stricto sensu* e a omissão. Também é possível encontrarmos o conceito análogo de “facto voluntário” (COSTA, J., 2011, p. 558). Através desta definição se pretende, fundamentalmente, excluir do conceito de acção os factos naturais (causas de força maior e casos fortuitos) que não são passíveis de ser controlados pela vontade humana.

²⁷ Caso contrário, também se poderia considerar como acção a alteração da realidade constituída pela rega automática: quando os aspersores ligam, “regam”, ou executam a acção de regar (sentido de actividade). É uma acção que não postula, em relação de necessidade, uma conduta humana. Naturalmente que “acção” em sentido linguístico tem um sentido muito mais lato do que o conceito jurídico de acção.

Assim, este facto jurídico consiste “num *acto*, numa *acção*, ou seja, num *facto positivo* [...], que importa a *violação* de um *dever geral de abstenção*, do *dever de não ingerência* na esfera de acção do titular do direito absoluto. Mas pode traduzir-se também num *facto negativo*, numa *abstenção* ou numa *omissão* [...]” (VARELA, 2000, p. 527 e s.).

Assim, as acções ou factos jurídicos são a pedra angular para a construção de um processo normativo de atribuição de responsabilidade ao agente. Através da institucionalização do Direito, as normas e princípios estabelecidos de forma abstracta “filtram” as diferentes acções de forma retrospectiva com vista a determinarem a resposta que deve ser exigida ao agente.

3.4 O Resultado (Dano)

O resultado pode ser entendido como a consequência da conduta indesejada pela norma, *i. e.*, um resultado normativamente relevante.

Para que possamos saber qual é esta consequência, torna-se necessário saber o sentido da indesejabilidade, por outras palavras, postula-se aqui uma interpretação da norma: temos de saber perguntar este sentido, por forma a podermos contextualizar o resultado e consequentemente, aferir do desvalor da conduta que pretende ser evitada pela norma.

Dito de outro modo, o texto normativo tem de ser interpretado mesmo antes da valoração da consequência que se apresenta como resultado. Pois que, só assumirá relevância aquela “causa” cuja consequência se saiba ser indesejada. O resultado se autonomiza valorativamente para o Direito e, por se ter verificado a consequência é que o Direito “persegue” a “causa”, ou melhor, a conduta que lhe deu origem, com vista a responsabilizar o seu autor (KELSEN, 1956, p. 5 e s.).

Este percurso permite-nos compreender, assim, que o direito estabelece esquemas de imputação normativamente regulados que direccionam os resultados das acções. Existe um processo – determinado pela causalidade normativamente compreendida – de correspondência entre conduta, resultado e responsabilidade, ou seja, consoante o resultado da conduta do agente seja um dano ou uma violação de dever, a imputação da acção para efeitos de atribuição de responsabilidade é efectuada através de determinados padrões previamente estabelecidos, com a inerente diferenciação do tipo de responsabilidade. O que, por seu turno, não implica que da mesma actuação não possam derivar dois tipos de responsabilidade. Socorrendo-nos de um exemplo, se um agente provocar um dano – e,

para o presente efeito, o dano poderá ser corporal ou material – estaremos em face de uma actuação (conduta) passível de desencadear dois processos de atribuição de responsabilidade distintos entre si. Por um lado, poderá dar início a um processo de atribuição de responsabilidade em sede de direito civil – responsabilidade civil extracontratual – e, por outro lado, poderá, igualmente, originar um processo de atribuição de responsabilidade criminal (pela prática de um ilícito-típico) (Cfr. GODINHO, 2007, p. 27).

4 FIM E FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

4.1 Fim da Responsabilidade Civil

A responsabilidade civil “[...] ocorre quando uma pessoa deve reparar um dano sofrido por outra.” (COSTA, J., 2011, p. 517 e s.)²⁸.

O dano, esse conceito nuclear para a conformação da responsabilidade civil, é uma realidade empiricamente observável proveniente de uma alteração de um determinado estado de coisas. Contudo, apenas o dano em sentido jurídico pode ser considerado para efeitos de responsabilidade, de outro modo, para que efectivamente surja uma obrigação de indemnizar. O dano em sentido jurídico comporta dois elementos distintos na sua estrutura, designadamente um elemento material ou substancial, consistente no facto físico ou natural e que integra o núcleo interior do dano, e um elemento formal, proveniente da norma jurídica²⁹. Sinteticamente, podemos definir o dano, na perspectiva da responsabilidade civil, como “toda a ofensa de bens ou interesses alheios protegidos pela ordem jurídica.” (COSTA, J., 2011, p. 591) – sendo que depois o dano pode ser ordenado por tipos, desde logo, os danos patrimoniais e os danos não patrimoniais.

Ora, apesar da aparente simplicidade de definição do conceito de responsabilidade civil – ou mesmo aquela do conceito de dano –, a problemática do fim (ou função) deste tipo de responsabilidade é herdeira de uma longa discussão doutrinária que parece não pretender terminar de forma inequívoca.

Não obstante, existe uma posição que se afirma como maioritária na doutrina portuguesa e da qual partilhamos: a responsabilidade tem um fim de reparação (COSTA, J., 2011, p.

²⁸ No mesmo sentido esclarecem Mazeaud; Mazeaud; Chabas (1998, p. 365) que “[...] une personne est responsable civilement quand elle est tenue de réparer un dommage subi par autrui.”

²⁹ Sobre estes elementos na conformação do conceito de dano, cfr De Cupis (1946, p. 5 e s.).

521 e 532)³⁰ (função indemnizatória – aliás, etimologicamente, a palavra indemnizar significa ressarcir alguém das suas perdas) e, por esse motivo, será equivalente à obrigação de indemnizar³¹.

4.2 Fundamento da Responsabilidade Civil

Umbilicalmente ligada ao problema do fim da responsabilidade civil, a questão sobre o seu fundamento também não é pacífica.

Como refere Rangel (2004, p. 9 e s.) “configurando-se a responsabilidade civil numa obrigação de indemnizar, ela só existe quando uma pessoa é obrigada a reparar um dano sofrido por outra, ou seja, o seu escopo visa, essencialmente, a reparação de danos.”.

Na sequência do seu fim, pergunta-se, então, qual deverá ser o fundamento que lhe é assacado?

Alguns autores entendem que é o facto ilícito gerador de responsabilidade civil que fundamenta a obrigação de indemnizar (JORGE, 1999, p. 42 e s.). Todavia, temos algumas reservas em acompanhar esta posição. Desde logo, pois, se assim fosse, não faria sentido surpreendermos, no Código Civil, casos de responsabilidade por facto lícito³².

Poderia ainda pensar-se que o fundamento da responsabilidade civil seria a culpa. Uma vez mais, tal ideia se revela incompatível com o Código Civil, na justa medida em que ali se encontra consagrada em lei uma modalidade de responsabilidade civil consistente na responsabilidade pelo risco³³, a qual não depende da culpa do agente. Ou seja, em casos excepcionais, é possível afastar a culpa do agente no âmbito da responsabilidade civil.

Como é bom de ver, não faz qualquer sentido inferir um fundamento da responsabilidade civil por cada manifestação concreta que essa responsabilidade possa revestir, tanto por facto ilícito, como por facto lícito, como ainda pelo risco³⁴. Estar-se-ia, sem resto, a

³⁰ Ainda que se possa ver aflorado, num ou noutro ponto, uma função acessória de repressão e prevenção, em particular, no caso da responsabilidade civil por actos ilícitos.

³¹ Posição, note-se, que defendemos já no nosso *A responsabilidade solidária* (2007, p. 42).

³² Além do exemplo usado no ponto c) *infra*, veja-se ainda o caso das servidões legais, em que a lei entende que pela constituição de uma servidão legal de passagem é devido o pagamento de uma indemnização pelos prejuízos sofridos. Cfr. arts. 1554º; 1559º, 1561º e 1563º do Código Civil.

³³ A responsabilidade pelo risco ou responsabilidade objectiva é uma forma excepcional de responsabilidade, derivada de uma ideia de justiça distributiva (*ubi commoda ibi incomoda*). Cfr. Lima; Varela (1987, p. 505).

³⁴ Como, aliás, a responsabilidade contratual. Com efeito, a responsabilidade civil abrange não apenas a responsabilidade extracontratual, como também a responsabilidade contratual, pela violação de um contrato. Ambas determinam a obrigação de indemnizar. Assim também Telles (1997, p. 218) e Varela (2000, p. 519 e s.).

implodir qualquer possibilidade de coesão dogmática do instituto da responsabilidade civil.

O que nos leva, tendo em conta as considerações acima expostas, a elevar o dano à categoria de fundamento da responsabilidade civil, na medida em que consubstancia o único pressuposto do qual a responsabilidade civil não pode abdicar, sob pena de deixar de ser responsabilidade civil e passar a revestir uma outra natureza ou forma³⁵. Afirmamos o dano como fundamento na convicção de que, aliado ao fim reparador da responsabilidade civil, o dano constitui o marco que distingue a responsabilidade civil de outras formas de responsabilidade (GODINHO, 2007, p. 45).

E fazemo-lo acompanhados de proeminentes vozes. Como sublinha Costa (2000, p. 590) “apenas em função do dano o instituto [da responsabilidade civil] realiza a sua finalidade essencialmente reparadora ou reintegrativa. Mesmo quando lhe caiba algum papel repressivo e preventivo, sempre se encontra submetido, como regra, aos limites da eliminação do dano.”.

4.3 Reflexos Legislativos

A obrigação de indemnizar tem várias fontes, que contribuem para a reafirmação do dano como fundamento da responsabilidade civil, que sumariamente ilustraremos.

Desde logo, no âmbito da responsabilidade contratual, em que o não cumprimento definitivo (art. 798º do CC), ou mesmo a mora (art. 804º, n.º 1, do CC) representam manifestações de factos voluntários que causam um dano que cumpre indemnizar.

Mas, como referimos anteriormente, apanágio do afastamento de outros fundamentos da responsabilidade civil são os casos da responsabilidade pelo risco e da responsabilidade por factos lícitos.

Com efeito, nos termos dos artigos 499º e seguintes do Código Civil, o agente responde, independentemente de culpa, pelos danos causados (arts. 500º, n.º 1 ou 502º). Trata-se de situações em que existe uma actividade perigosa – ainda que permitida – pela qual o agente terá de responder no caso de essa mesma actividade causar danos. Nestes casos,

³⁵ De que é apanágio a corrente anglo-saxónica da indemnização como pena privada, que prescindiu do dano como pressuposto da responsabilidade civil, referida por Costa (2000, p. 532, [nota 3]). Mas, neste caso, julgamos que é possível diferenciar esta ideia de penas privadas daquela de responsabilidade civil, não devendo o fundamento desta ser afastado por da concedência de possibilidade – entre nós, mais teórica – daquela.

o dever de indemnizar é resultado de uma conduta perigosa do responsável (assim também COSTA, 2000, p. 613), não dependendo este dever da culpa do agente.

Existem ainda, no contexto da responsabilidade civil, comportamentos lícitos danosos. Iremos mencionar apenas um exemplo particularmente impressionante, designadamente o caso do estado de necessidade. Nos termos do art. 339º, n.º 1, do Código Civil, “é lícita a acção daquele que destruir ou danificar coisa alheia com o fim de remover o perigo actual de um dano manifestamente superior, quer do agente, quer de terceiro.”. Não obstante a licitude deste comportamento, estabelece o n.º 2 do mesmo artigo que “o autor da destruição ou do dano é, todavia, obrigado a indemnizar o lesado pelo prejuízo sofrido.”. Podemos aqui constatar que a obrigação de indemnizar pode nascer independentemente da existência de um facto ilícito.

Ora, tendo como horizonte a finalidade reparadora e o dano como fundamento da responsabilidade civil, importa agora compreender estes dois elementos no âmbito da responsabilidade penal, de modo a percorrermos o caminho que permitirá ensaiar uma resposta à questão nuclear aqui colocada.

*Já vejo que o Senhor sabe o que quer.
As consequências são da sua conta e não da minha,
desde o momento em que o Senhor toma a si a responsabilidade.*
Thomas Mann, *A Montanha Mágica* (Capítulo VI)

5 FIM E FUNDAMENTO DA RESPONSABILIDADE PENAL

5.1 Fim da Responsabilidade Penal

A questão do fim do Direito Penal prende-se, por sobremaneira, com o problema do sistema de controlo social ou ordenação social³⁶, isto é, que determinadas regras devem ser respeitadas (neste contexto, veja-se HASSEMER, 1990, p. 316 e s.).

Como é bom de ver, este controlo ou ordenação social não assenta nem depende, exclusivamente, do Direito Penal. Ilustrativo a este propósito é, justamente, o princípio da *ultima ratio* (Cfr. COSTA, 2012, p. 69 e p. 183). Com efeito, o Direito Penal só é chamado a intervir quando a vivência comunitária foi de tal modo afectada que este controlo se justifica através de meios repressivos que representam uma maior ingerência

³⁶ Sobre a inserção do Direito Penal no sistema estadual de controlo social, cfr. Rössner (2001, p. 977 e s., em especial, p. 982 e s.).

na esfera individual, com vista à protecção das “condições indispensáveis da vida comunitária” (DIAS, 2007, p. 16), de outro modo, dos bens fundantes de tal vivência (bens jurídico-penais)³⁷. Nesta medida, o Direito Penal é uma “forma de tratamento social dos conflitos de desvio [da norma]”³⁸, *in casu*, dos conflitos mais graves³⁹. O que nos remete, sem resto, para a ideia de conflito social. Na verdade, o direito – neste sistema de ordenação social – apenas é chamado a intervir quando se verifique um conflito de interesses e seja necessário resolver esse mesmo conflito⁴⁰. No patamar do princípio da unidade da ordem jurídica⁴¹, pede-se, então, ao Direito Penal que resolva os conflitos mais graves. E consideram-se mais graves aqueles conflitos que opõem o agente e os valores essenciais para uma determinada comunidade historicamente situada.

Esta, de algum modo, a união dos vértices conflito social, ordenação social e Direito Penal.

Todavia, aproximamo-nos, neste percurso, antes da ideia de função social do Direito Penal⁴². E se a mesma é axial na compreensão do seu fim, não se confunde com este.

A relevância da ligação entre o fim do Direito Penal e a sua função social relaciona-se com o horizonte compreensivo em que a questão do fim se move: para que é que o Direito Penal resolve os conflitos sociais mais graves?

Efectivamente, procurando responder à pergunta formulada, podemos identificar o fim último do Direito Penal, como também do Direito em geral, com a realização de Justiça. Mas esta ideia de realização de Justiça não deriva linearmente como objectivo atenta a função social que podemos fazer corresponder ao Direito Penal. Na verdade, a “razão de ser [daquela] advém-lhe do importantíssimo factor – ganhando na normatividade penal um relevo extraordinário – que a paz jurídica faz desencadear na específica finalidade prosseguida pelo Direito Penal.” (COSTA, 2012, p. 11).

³⁷ Como afirma Dias (2007, p. 13-14), enquanto parte integrante do Direito Público, pode claramente identificar-se no Direito Penal “a função estadual de preservação das condições essenciais da existência comunitária e o poder estadual de, em nome daquela preservação, infligir pesadas consequências para a liberdade e o património.” Cfr. também Costa (2012, p. 28).

³⁸ Formulação com vertente sociológica de Hassemer (1990, p. 318). Como acentua Costa (2012, p. 27), o crime “corporiza simultaneamente uma ideia de desvio e de constante a um padrão axiologicamente fundado”.

³⁹ A que corresponderão, assim, os mais incisivos meios de reacção.

⁴⁰ Como refere Schumann (2013, p. 37 e s., p. 53), “[...] a tarefa do direito é a de resolver conflitos de interesses, reconhecer os conflitos, dirigir normas de comportamento à sociedade para evitar conflitos e prever reacções para o caso da falha do recurso”.

⁴¹ No sentido em que se pede a outras áreas normativas que também resolvam conflitos. Ainda sobre o princípio da unidade da ordem jurídica, veja-se Engisch (1987, p. 13 e s.); Correia (2000, p. 6 e s.); Dias (2007, p. 387 e s.).

⁴² A propósito da função social do Direito, incontornável a obra de Thomas Hobbes, *Leviatão*, *maxime*, o seu capítulo XXI.

Assim, a paz jurídica revela-se como o fim do Direito Penal, na medida em que esta é a finalidade que se harmoniza com a sua função social, por um lado, e, por outro, com a sua função específica enquanto ordem normativa autónoma.

Daí que se deva defender, sem reбуços, que “o direito penal visa, é e constrói-se como uma ordem, um ordenamento de paz” COSTA, 2012, p. 12). A função de protecção de bens jurídicos⁴³ ínsita ao Direito Penal é, neste sentido, instrumental ao seu fim, ou seja, garantir a paz jurídica.

5.2 Fundamento da Responsabilidade Penal

Quando nos perguntamos pelo fundamento da responsabilidade penal não estamos, em relação de sinonímia, a perguntar pelo fundamento do direito penal⁴⁴. Aquela primeira questão – diversamente desta – relaciona-se, intimamente, com a finalidade da punição.

Com efeito, fazendo caminho paralelo àquele que fizemos para a responsabilidade civil, encaramos aqui a responsabilidade penal como sujeição à aplicação de uma pena.

Neste sentido, assume particular importância a questão dos fins das penas. Sendo esta uma *magna quaestio* do direito penal, seria indubitalmente tarefa malograda aquela de procurar sumarizar, nesta sede, todos os argumentos aduzidos a propósito das doutrinas retribucionistas e daquelas que procuram privilegiar a prevenção⁴⁵. Importa, todavia, salientar que a doutrina que se perfila determina a compreensão que se venha a fazer do princípio da culpa. Por outras palavras, as doutrinas retribucionistas olham a culpa como fundamento e medida da pena e as doutrinas preventivas encaram-na como pressuposto e limite da pena.

Parte significativa da doutrina portuguesa segue uma posição preventiva⁴⁶. Todavia, acompanhando Costa (2000, p. 373), “pensamos, fundadamente, que a pena tem um sentido e uma finalidade ético-jurídicos essencialmente retributivos.” (ver também COSTA, 2005a, p. 205 e s.). Ora, o fundamento da sujeição a uma pena é a culpa. Na verdade, não podemos retirar às finalidades da pena a culpa, na medida em que essa remoção

⁴³ Como salienta Costa (2012, p. 14), esta função primacial agrega ainda as vertentes da garantia, da segurança e da coesão.

⁴⁴ Seguindo de perto a posição de Costa, o “fundamento do direito penal encontra-se na primeira relação comunicacional de raiz onto-antropológica, na relação de cuidado de perigo.” (2012, p. 10).

⁴⁵ A este propósito, incontornável o estudo de Santos (1937-1938, p. 21 e s.). Cfr. ainda Godinho, 2007, p. 59 e s.).

⁴⁶ Que nesta matéria tem como paradigma Dias (Cfr. DIAS, 2007, p. 47 e p. 78 e s.).

significaria o mesmo que retirar à responsabilidade o seu étimo fundante, ou seja, a censura eticamente contextualizada do comportamento do agente (ver GODINHO, 2007, p. 67 e s.). Pois que é inegável termos de reconhecer que o Direito Penal é um Direito eticamente fundado, cuja raiz se encontra plantada na reprovação de um determinado comportamento tido pelo agente. A responsabilidade penal é, deste jeito, uma responsabilidade materialmente subjectiva, não integrando, como acontece no direito civil, a figura da responsabilidade objectiva. O que contribui para a afirmação de que a “retribuição é a expressão mais lídima das ideias fortes e estruturadas de *responsabilidade e igualdade*” (COSTA, 2005a, p. 209 e, de forma mais desenvolvida, p. 226 e s.).

5.3 Reflexos Normativos

O que se acaba de afirmar tem reflexos, tanto na Lei Fundamental, como, também, no Código Penal.

Os traços mais impressionantes iremos encontrá-los na Constituição da República Portuguesa. Desde logo, o art. 1.º da Lei Fundamental, onde se faz basear a República na dignidade da pessoa humana. Com efeito, a dignidade da pessoa humana é “igualmente fundamento e limite ao Estado democrático configurado pela Constituição.” (CANOTILHO; MOREIRA, 2007, p. 198). Ora, integrando-se o direito a ser punido segundo a culpa no princípio da dignidade humana, o princípio da culpa apresenta-se como “*prius* perante o poder punitivo do Estado moderno.” (COSTA, 2000, p. 384).

Outro traço forte do que vimos afirmando, a propósito da importância do princípio da culpa, relaciona-se com a ideia estruturante de intrínseca subjectividade da responsabilidade penal plasmada no n.º 3 do art. 30º da Lei Fundamental⁴⁷.

Mas estas ideias fortes e agregadoras de responsabilidade e igualdade enquanto expressão de um princípio retributivo baseado na culpa surgem ainda no art. 71º do Código Penal, no patamar da determinação da medida da pena.

É certo que a doutrina maioritária tende a interpretar, a partir do art. 40º, em especial o seu n.º 1, do Código Penal, a consagração das finalidades preventivas da pena. Mas essa interpretação não resulta, em relação de inegável sindicabilidade, do teor literal da norma.

⁴⁷ O princípio da pessoalidade da responsabilidade criminal. Aliás, em jeito de nota, refira-se que toda a problemática em torno da responsabilidade das pessoas colectivas se centrou na incapacidade de culpa das citadas pessoas.

6 A JUSTIÇA RESTAURATIVA

6.1 Finalidade

Uma primeira aproximação à ideia de justiça restaurativa remete-nos para um objectivo de transformar a forma como as sociedades contemporâneas encaram e respondem ao crime, substituindo os actuais sistemas de justiça punitiva e controlo com a justiça reparadora de base comunitária e controlo social moralizante⁴⁸. Ainda que o conceito de justiça restaurativa possa ter diferentes concepções⁴⁹, a concepção que tem ganhado prevalência, especialmente entre nós, é a concepção reparadora de justiça restaurativa⁵⁰. Não obstante, esta concepção não invalida a essencialidade de valores ou princípios como a reciprocidade, ou a proporcionalidade, em que esta ideia de justiça também assenta.

Em uma descrição sucinta, pode dizer-se que a justiça restaurativa apresenta três elementos fundamentais: (i) o elemento social; (ii) o elemento participativo, e (iii) o elemento reparador.

O primeiro elemento relaciona-se com a percepção do crime como um distúrbio das relações humanas, de um certo modo de ser comunitário. Por seu turno, o segundo elemento liga-se à ideia da consideração da vítima como parte do processo e da efectivação da integração do agressor no processo de reconciliação. Finalmente, o terceiro elemento compreende tanto a reparação do conflito, através do envolvimento efectivo da vítima e do agressor, como a reparação do dano causado pelo conflito, através de uma actuação positiva de “fazer as pazes”, em vez de infligir o mal da punição ao agressor (PELIKAN, 2005, p. 15-16).

Com efeito, a propósito deste último elemento, no “paradigma restaurativo, critica-se na pena o facto de ela ser um mal, alegando-se que a reacção ao mal do crime com o mal da pena não servirá para mais do que para perpetuar o mal. [...] A única forma razoável de reagir ao *mal* do crime é *eliminá-lo* através da *reparação dos danos* que esse crime causou”⁵¹. Por outras palavras, procura-se, na justiça restaurativa, defender a concepção

⁴⁸ Assim, Johnstone; Van Ness (2007, p. 5). Sobre as origens criminológicas e político-criminais do paradigma retributivo, entre nós, Santos (2012, folhas. 37 e s.).

⁴⁹ Que poderíamos classificar como a concepção conciliadora, a concepção reparadora e a concepção transformadora.

⁵⁰ Exemplificativamente, Santos (2007, p. 459 e s.).

⁵¹ Pelo que a reparação surgiria como uma forma de “eliminação do mal e ripristinação do bem”. (Cfr. SANTOS, 2007, p. 463).

da mediação – enquanto concretização do paradigma de justiça restaurativa – como um bem que se contraporá ao “mal”⁵² da pena.

A mediação, como forma de diversão⁵³, apresenta três principais finalidades político-criminais, designadamente, a reparação de danos à vítima, a restauração da ordem pública e da paz social e, ainda, a ressocialização do agente da infracção (veja-se SILVA, 2005, p. 95-97).

Em linhas gerais e no que tange à primeira finalidade, é fulcral salientar que a reparação não se limita à questão indemnizatória, tratando-se, antes, de uma compensação da vítima, através de uma solução individualizada. Por outro lado, a mediação penal deve cingir-se a crimes em que a perturbação da ordem pública seja limitada, não ultrapassando em larga medida o interesse mediato da vítima, procurando-se a obtenção de paz privada entre o agressor e a vítima. Ainda de notar que, no que diz respeito à ressocialização do agente da infracção e tendo em conta o universo de crimes que se considera serem passíveis de poder ser sujeitos a mediação⁵⁴, se pretende evitar o estigma social de um processo penal que possa rotular o agressor como delinquente, fazendo-o, por outro lado, confrontar as consequências do seu comportamento, permitindo-lhe o arrependimento e a recuperação da sua dignidade, ao assumir a sua responsabilidade (SILVA, 2005, p. 98-99).

6.2 A Ideia de Reparação

6.2.1 No Direito Civil

Como referimos a propósito do fim da responsabilidade civil, a ideia de reparação assume significado nuclear, na justa medida em que constitui o desiderato da atribuição de responsabilidade no direito civil. Se quisermos, no direito civil tem-se acentuado a afirmação de um “paradigma vitimológico”: queremos com isto dizer que a própria evolução da

⁵² Como salienta Costa (2005b, p. 69 e s., p. 78) “a pena não pode deixar de ser vista como um mal, não obstante os fins que se podem prosseguir com a inflicção desse mal poderem ser sustentados e legitimados através das mais nobres e sólidas razões.”. Todavia, como nota o mesmo autor, não se trata, aqui, de qualquer potenciação do mal. Do que se trata, antes, é de – apesar da definição de Grotius – perceber a pena criminal através da densidade ético-social que a mesma carrega, desde logo, por via da sua limitação pelo princípio da legalidade. Cfr. Costa (2005a, p. 217 e s.)

⁵³ Na acepção de Costa (1985), p. 91 e s., p. 93), para quem a diversão “tem de ser entendida como a tentativa de solução do conflito jurídico-penal fora do processo normal da justiça penal: isto é, de um modo desviado, divertido, face àquele procedimento”.

⁵⁴ Entre nós, veja-se o disposto no artigo 2º da Lei n.º 21/2007, de 12 de junho.

responsabilidade civil se tem encaminhado no sentido da acentuação crescente de figuras destinadas à garantia da reparação, de que são apanágio não só a própria responsabilidade pelo risco e a responsabilidade por acto lícito, como as figuras de reparação colectiva (seguros).

A complexidade de tendência progressiva da própria actividade humana levou a que fossem equacionados os tradicionais esquemas de responsabilidade civil subjectiva, colocando, antes, o acento tónico na questão da reparação adequada dos danos causados. Paradigmático deste fenómeno são os acidentes de viação ou mesmo os acidentes de trabalho (veja também COSTA, J., 2011, p. 527 e s.).

Nesta sequência, logo se vê reflectida a importância da ideia de reparação no Direito Civil no patamar da responsabilidade: constitui, afinal, o seu fim (veja item 4.1).

6.2.2 No Direito Penal

Reconhecendo-se a existência de uma relação entre as figuras da justiça restaurativa e da reparação – desde logo, no contexto da reparação como possível objecto do resultado pretendido, ou seja, a concertação entre vítima e agressor ou agente –, a questão da reparação como sanção autónoma no Direito Penal é, contudo, um problema diverso daquele que nos ocupa aqui⁵⁵. Razão pela qual não nos iremos pronunciar, neste âmbito, sobre essa questão.

A nossa questão aqui é outra, designadamente a reparação no contexto das finalidades da punição. Na verdade, longe vão os tempos em que se preconizava a teoria da compensação (do ofendido) como fim do direito penal, situando-se em relação de proximidade interna com o fim do Direito Civil.

Como já fizemos alusão, actualmente a ideia de reparação no contexto do Direito Penal situa-se antes, e fundamentalmente, na discussão a propósito dos interesses da vítima (COSTA, I., 2011, p. 501; ANDRADE, 1980, *maxime*, p. 343 e s.).

É, se quisermos, o paradigma vitimológico que vem a acentuar um retorno à ideia de reparação, já não no patamar do fim das penas, mas da “vítima no universo penal” (DIAS,

⁵⁵ Separando também as duas questões, veja-se Costa, I. (2011, p. 495 e s., p. 496 e s.).

1993, p. 75). Por outras palavras, procura-se – em termos de orientação político-criminal – reparar o dano que o crime gerou na esfera jurídica da vítima⁵⁶.

Todavia, assistem finalidades distintas a dois processos também distintos: se, por um lado, a justiça penal formal visa defender aos bens essenciais de uma comunidade, por outro lado, a justiça restaurativa procura assegurar a existência de uma reparação dos concretos danos sofridos pela vítima, a quem a justiça penal formal pede muito e oferece pouco (SANTOS, 2007, p. 468).

Com efeito, o actual sistema formal de justiça penal traduz um ideal que se baseia “num homem absolutamente livre, como tal responsável, para quem a punição (retribuição), se não é um direito como queria Hegel, é pelo menos a finalidade última de qualquer comunidade, como clara e simbolicamente ensinava Kant.” (COSTA, 1985, p. 99). Ou seja, a justiça penal formal não valoriza a vítima no contexto da sua específica finalidade, sendo aquela apenas considerada reflexamente sob o horizonte da paz jurídica conseguida pela superação do conflito.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pensamos que assiste razão a Santos (2007, p. 470) quanto afirma que “num só crime, enquanto acontecimento histórico uno, *podem* conviver dois conflitos.”. Ora, ainda que as modelações geométricas da realidade de uma comunidade pequem sempre por imprecisas, na medida em que o universo de excepções e desvios a uma tentativa de regra não permite alcançar a exactidão dos números, a verdade é que podemos, nesta procura de “arrumação”, identificar um conflito colectivo, do agente com os valores fundamentais para uma comunidade e, por outro lado, um conflito individual, entre o agente e a vítima⁵⁷.

Aqui procura-se conceber uma ideia de reparação mais próxima daquela preconizada por Roxin. Como afirma este Autor,

a reparação já não é, segundo a concepção aqui defendida, uma questão puramente civil, mas antes carrega significado substancial para a proiecção das finalidades da

⁵⁶ Como salienta Santos (2006, p. 85 e p. 87): “verdadeira pedra de toque da justiça restaurativa é, assim, a defesa dos interesses da vítima e o ressarcimento, na medida do possível, dos danos por ela sofridos.”. Cfr. ainda Costa, I., (2011, p. 503).

⁵⁷ Contudo, como bem acentua Santos (2007, p. 470 e s.), as tendências de expansão da justiça penal para soluções de consenso (e reparação) e da justiça restaurativa para ideias de coerção impliquem, por decorrência lógica, um desvirtuamento da ideal convivência destas duas formas de justiça.

punição. Com efeito, ela obriga o agente a confrontar-se com as consequências do seu facto e a conhecer os interesses legítimos da vítima. Ela pode – por vezes, mais do que a pena – ser vivida por ele como necessária e justa, conseqüentemente promovendo um reconhecimento das normas. Finalmente, a reparação pode levar a uma conciliação entre o agente e a vítima e, assim, facilitar substancialmente uma reintegração do agente. Para além disso, a reparação serve fortemente a prevenção de integração⁵⁸, na medida em que dá um contributo significativo para o restabelecimento da paz jurídica. Pois, apenas quando o dano se encontra reparado é que a vítima e a colectividade – muitas vezes até independentemente de uma punição – consideram o distúrbio social originado pelo facto como ultrapassado (ROXIN, 1997, p. 68-69).

As vantagens de compreender a reparação em sentido próximo daquele de Roxin são manifestas, na medida em que permitem fazer relevar o contributo da justiça restaurativa para o restabelecimento da paz jurídica, enquanto fim do próprio Direito Penal. Todavia, e face à concepção defendida quanto ao fundamento da responsabilidade penal, apenas restritivamente se poderá partilhar o mesmo diapasão no que tange à prevenção de integração e ao significado da reparação para as finalidades da punição. Não obstante, a conjugação da identificação possível de dois conflitos em um acontecimento uno permite fazer confluir, em termos distributivos, as finalidades respectivas a cada um dos conflitos, sem incorrer em contradições axiológicas ou imprecisões ideológicas entre o paradigma vitimológico e o princípio da culpa, *maxime*, a retribuição⁵⁹.

Toda a responsabilidade se projecta a partir do referente da liberdade, e responsabilizar uma pessoa é, inextricavelmente, fazê-la responder pelas consequências do seu exercício de liberdade, ou a partir da perspectiva da “vítima” – ou lesado –, ou a partir da perspectiva comunitária, de que são reflexo, respectivamente, a responsabilidade civil e a responsabilidade penal.

Podemos, com este pano de fundo, considerar que a justiça restaurativa faz, assim, uma ponte de encontro entre duas formas de responsabilidade, na medida em que, radicando no pressuposto da liberdade, permite fazer cumprir o fim da justiça penal⁶⁰ – superar o conflito com vista à obtenção de paz jurídica – conciliando-o com o fim da responsabilidade civil de reparação de danos à vítima (lesado).

⁵⁸ Ou prevenção geral positiva. Como refere Rodrigues (1995, p. 321) neste contexto, “o que se pretende é assegurar o restabelecimento e a manutenção da paz jurídica perturbada pelo cometimento do crime através do fortalecimento da consciência jurídica no respeito pelos comandos jurídico-criminais.”

⁵⁹ Apesar de, como nota Costa (1985, p. 124 e s.), o princípio da culpa trazer dificuldades à aplicação da mediação, existem outras finalidades a ser tidas em consideração, ainda que “imbricadas” à retribuição.

⁶⁰ Havendo, como sublinha Santos (2012, p. 709), necessidade de convivência da justiça restaurativa e da justiça penal, justamente, por via das específicas finalidades desta última. Por outras palavras, as duas formas de justiça não se anulam, nem se substituem, devendo, outrossim, conviver em relação de “complementaridade” enquanto modos de reacção ao crime.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. **A vítima e o problema criminal**. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1980.

ANTUNES, Maria João. **Medida de segurança de internamento e facto de inimputável em razão de anomalia psíquica**. Coimbra: Coimbra Ed., 2002.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de José de Faria Costa. Lisboa: Gulbenkian, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**. v. 1. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CORREIA, Eduardo. **Direito criminal**. v. II. Coimbra: Almedina, 2000 (Reimp.).

COSTA, Inês Almeida. Poderá a “reparação penal” ter lugar como autónoma reacção criminal? In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, Coimbra Ed., ano 21, n.4, out.-dez. 2011.

COSTA, José Francisco de Faria. Diversão (desjudiciarização) e mediação: que rumos? In: **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, Ed. Universidade de Coimbra, v. 61, 1985.

COSTA, José Francisco de Faria. **Noções fundamentais de direito penal: fragmenta iuris poenalis**. 3. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

COSTA, José Francisco de Faria. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2000 (Reimp.).

COSTA, José Francisco de Faria. Uma ponte entre o direito penal e a filosofia penal: lugar de encontro sobre o sentido da pena. In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005a.

COSTA, José Francisco de Faria. Um olhar doloroso sobre o Direito Penal (ou o encontro inescapável do *homo dolens*, enquanto corpo-próprio, com o direito penal). In: **Linhas de direito penal e de filosofia: alguns cruzamentos reflexivos**. Coimbra: Coimbra Ed., 2005b.

COSTA, Mário Júlio de Almeida. **Direito das obrigações**. 12. ed., Coimbra: Almedina, 2011a. (Reimp.)

DE CUPIS, Adriano. **Il danno**. Milano: Giuffrè, 1946.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Direito penal português**: as consequências jurídicas do crime. Lisboa: Notícias, 1993.

ENGISCH, Karl. **Die einheit der rechtsordnung**. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 1987 (Reimp. 1935).

GODINHO, Inês Fernandes. **A responsabilidade solidária das pessoas colectivas em direito penal económico**. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

HART, Herbert L. A. **Law, liberty, and morality**. Stanford: Stanford University Press, 1963.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Tradução de A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

HART, Herbert L. A.; HONORÉ, Tony. **Causation in the law**. 2. ed. Oxford: Clarendon Press, 1985.

HASSEMER, Winfried. **Einführung in die grundlagen des strafrechts**. 2. ed. Munique: Beck, 1990.

HUME, David. **Investigação sobre o entendimento humano**. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 2013.

JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W. The meaning of restorative justice. In: JOHNSTONE, Gerry; VAN NESS, Daniel W (Ed.). **Handbook of restorative justice**. Devon: Willan, 2007.

JORGE, Fernando Pessoa. **Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil**. Coimbra: Almedina, 1999.

KAUFMANN, Arthur. Die ontologische struktur der handlung. In: **Schuld und strafe:** studien zur strafrechtsdogmatik. Köln: Carl Heymanns, 1996.

KELSEN, Hans. Causalidad e imputación. In: **Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político.** Salamanca: Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, 1956.

KELSEN, Hans. **O que é a justiça?** Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

KELSEN, Hans. **Was ist gerechtigkeit?** Stuttgart: Reclam, 2000.

KENNY, Anthony. **Freewill and responsibility.** London: Routledge, 1978.

KINDHÄUSER, Urs. Risikoerhöhung und risikoverringering. In: **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft,** n.º 120, 2008.

KINDHÄUSER, Urs. Aumento do risco e diminuição do risco. Tradução de Inês Fernandes Godinho e revista por José de Faria Costa. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal,** Coimbra, Coimbra Ed., ano 20, n. 1, jan.-mar. 2010.

KLUG, Ulrich. Zur logischen analyse der kausalitätsformel im strafrecht. In: **Skeptische rechtsphilosophie und humanes strafrecht.** Berlin: Springer, 1981.

LAMPE, Ernst-Joachim . Teil II: juristische beiträge. In: LAMPE, Ernst-Joachim et al. **Willenfreiheit und rechtliche ordnung.** Frankfurt: Suhrkamp, 2008.

LIMA, Fernando Andrade Pires de; VARELA, João de Matos Antunes. **Código civil anotado.** v. I. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1987.

MACHADO, J. Baptista. **Introdução ao direito e ao discurso legitimador.** Coimbra: Almedina, 1995. (8.^a reimp.)

MAZEAUD, Henri et Jean; MAZEAUD, Léon ; CHABAS, François. **Leçons de droit civil:** obligations: théorie générale. v. 1. t. 2. 9. ed. Paris: Montchrestien, 1998.

MILL, John Stuart. **Sobre a liberdade.** Tradução de Pedro Madeira. Lisboa: Edições 70, 2010 (Coleção *Livros que Mudaram o Mundo*).

PAUEN, Michael. Teil I: philosophische und psychologische Beiträge. In: LAMPE, Ernst-Joachim et al. **Willensfreiheit und rechtliche ordnung**. Frankfurt: Suhrkamp, 2008.

PELIKAN, Christa. General principles of restorative justice. In: **A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Almedina, 2005.

PICHT, Georg. Der begriff der verantwortung. In: **Wahrheit, vernunft, verantwortung**: philosophischestudien. Stuttgart: Klett-Cotta, 1996.

RANGEL, Rui. **A reparação judicial dos danos na responsabilidade civil**: um olhar sobre a jurisprudência. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2004.

RODRIGUES, Anabela Miranda. **A determinação da medida da pena privativa de liberdade**. Coimbra: Coimbra Ed., 1995.

RÖSSNER, Dieter. Die besonderen aufgaben des strafrechts im system rechtsstaatlicher verhaltenskontrolle. In: SCHÜNEMANN, Bernd et al (Ed.). **Festschrift für Claus Roxin zum 70**. Geburtstag, Berlin: Walter de Gruyter, 2001.

ROXIN, Claus. **Strafrecht**: allgemeiner teil. v. 1. 3. ed. Munique: Beck, 1997.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. A justiça restaurativa: um modelo de reacção ao crime diferente da justiça penal: por quê, para quê e como? Tese (Doutoramento em Direito, na especialidade em Ciências Jurídico-Criminais)–Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. A mediação penal, a justiça restaurativa e o sistema criminal: algumas reflexões suscitadas pelo anteprojecto que introduz a mediação penal "de adultos" em Portugal. In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 16, n. 1, jan.-mar. 2006.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Um crime, dois conflitos (e a questão, revisitada, do "roubo do conflito" pelo Estado). In: **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, v. 17, n. 3, p. 459-474, jul.-set. 2007.

SANTOS, José Beleza dos. Fins das penas. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, Coimbra, Ed. Universidade de Coimbra, v. XIV, p. 21-75, 1937-1938.

SCHUMANN, Kay. A reflexão Binding/Hoche: simultaneamente uma breve reflexão sobre a protecção da vida em direito penal. In: COSTA, José de Faria; KINDHÄUSER, Urs (Coord.). **O sentido e o conteúdo do bem jurídico vida humana**. Coimbra: Coimbra Ed., 2013.

SILVA, Germano Marques da. A mediação penal: em busca de um novo paradigma? In: **A introdução da mediação vítima-agressor no ordenamento jurídico português**. Coimbra: Almedina, 2005.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Direito das obrigações**. 7. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

VARELA, João de Matos Antunes. **Das obrigações em geral**. v. I. 10. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

VINEY, Geneviève. La responsabilité. **Archives de philosophie du droit**. v. 35. Paris: Sirey, 1990.

VON FEUERBACH, Anselm. Lehrbuch des gemeinen. In: Deutschland Geltenden Peinlichen Rechts. Giessen: Heyer, 1801. Disponível em: <www.deutschestextarchiv.de/book/view/feuerbach_recht_1801>. Acesso em: 21 nov. 2017.

WERNER, Micha H. Verantwortung. In: DÜWELL, Marcus; HÜBENTHAL, Christoph; WERNER, Micha H. (Hrg.). **Handbuch ethik**. 2. ed. Stuttgart: Metzler, 2006.

WILDFEUER, Armin. Freihei. In: DÜWELL, Marcus; HÜBENTHAL, Christoph; WERNER, Micha H. (Hrg.). **Handbuch ethik**. 2. ed. Stuttgart: Metzler, 2006.

Submissão em: 30 nov. 2017
Pareceres favoráveis em: 27 jan. 2018.

Functional Democracy in Resilient States: the risk of enclosed governments

Democracia Funcional em Estados Resilientes: o risco dos governos fechados

LUCIANA CRISTINA DE SOUZA¹

Abstract: This article debates on the resilient state aiming develop a concept of *functional democracy* what is political regimes structured to allow the people deliberation. For us the functional democracy coordinate government means for open and enforce citizens' participation. Whether the state write in its Constitution that a democratic regime is available and functioning, this political and legal promise must be effective in routine life, or democracy will be just a positivist declaration without any real consequences in fundamental rights protection. In front of this problem of democratic effectiveness, we defend the continuous analysis of government instruments functionality considering the resources and legislation needed to improve the Constitution commitment. This result can be reached by: a) the inclusion of citizens in the decision-making process; b) optimizing public accountability means.

Keywords: Constitution; Functional democracy; Plural citizenship; Recognition; Resilient State

Resumo: Este artigo discute sobre o estado resiliente visando desenvolver um conceito de democracia funcional, que é um regime político estruturado para permitir a deliberação do povo. Para nós, a democracia funcional coordena o governo visando a abrir e reforçar a participação dos cidadãos. Se o Estado escreve em sua Constituição que um regime democrático está disponível e funcionando, essa promessa política e legal deve ser efetiva na vida cotidiana, ou a democracia será apenas uma declaração positivista sem quaisquer conseqüências reais quanto à proteção dos direitos fundamentais. Diante desse problema de eficácia democrática, defendemos a análise contínua da funcionalidade dos instrumentos governamentais considerando os recursos e a

¹ Doctorate Degree in Law at Catholic University of Minas Gerais (2012); Master Degree in Sociology at Federal University of Minas Gerais (2005); Professor at the Master Program of Milton Campos Law School, Nova Lima (Minas Gerais); Professor at University of Minas Gerais State; Researcher of National Council of Research (CNPq); and Associated to the International Sociological Association (ISA); Lawyer.

legislação necessários para melhorar o compromisso da Constituição. Este resultado pode ser alcançado ao se: a) incluir os cidadãos no processo de tomada de decisão; b) otimizar os meios de responsabilização pública.

Palavras-chave: Cidadania plural; Constituição; Democracia funcional; Estado Resiliente; Reconhecimento

1 INTRODUCTION

Historically, democracy is explained as right to vote, participation in political decisions, “people government”, and other means already debated by jurists, political scientists, party representations, civil society. But what we understand now is democracy as qualified inclusion of citizens in decision-making. Considering this perspective, a democratic regime only is effective when assure to individuals and social groups the right to be an active subject. For nowadays, ancient Greek democracy and the liberal concept are both inconceivable because they deny empowerment, recognition, equity and voice for all social segments.

Democracy must be resilient, inclusive and plural, also provided of government instruments needed to its practical exercise in routine life. Nonetheless, there is not the model that we find in Brazil now. The reason is the lack of integration between state and citizens during amendments and legislation proposed in the last years. These rules do not respect civil society demands and the government has been “deaf” before public manifestations of discontent. In this scenario, we enquire if Brazilian state can be more dialectic in its relations with citizens embracing their contribution, what means, being more resilient in its way to conduct democracy.

The state resilience level interferer in citizenship because enclosed governments jeopardize democracy quality due to its authoritarian practices. Without peoples’ external control about state decisions, we face political measures and legislative production completely disconnected from reality, which provoke waste of public purse in inefficient policies and power imbalance in decision-making process account of market lobby over political agenda. Considering the resources available and the amount of legislation needed to

improve the Constitution commitment with fundamental rights we can say enclosed governments concentrate economic and legal power, which can be wrongly used against population and in benefit only of financiers of election campaigns.

This is not a democratic regime. In addition, it puts state legitimacy away. A classical concept of democracy look to citizens' participation only as vote right and put in Parliament the responsibility about policies decision-making, considering that the Executive Branch and the Judiciary Power must be attached to legislation willingness. After de huge critic movement in 20th Century, we can affirm that this perspective became in a new model of democracy – that is still problematic – in which state power cannot be used without the people embrace it or concentrating decisions in Legislative Power. That concept was developed during bureaucratic state reform occurred in Brazil at 1990-decade, which resulted in new parameters of governance, what means multiple levels of institutional arrangements to function democracy instruments.

Therefore, nowadays democratic practices included qualified government tools for political participation with the intention of open opportunities to citizens in public deliberation and, thus, guarantee effective functionality to democracy. As we will explain in next topics, to be functional democracy needs: qualified governance structure; recognition of the relevance of citizens contribution to decision-making; protection against inequality and exclusion social process; more concerns about people than about bureaucracy technics. Considering those issues, the Democratic Rule of Law State must represent a genuine political space for all civil society segments to really respect the Constitution enacted in 1988 and called "Citizen Charter".

2 CONCEPT OF FUNCTIONAL DEMOCRACY

According Gargarella; Pádua and Guedes, Liberal Constitutions represented an authority system with power concentration in conservative groups' hands. For example, they establish in their texts *religious tolerance*, but without create state instruments to assure neutrality (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016, p. 34). This is a case of democracy non-functionality. Formal rules declare a right that is not really protect in social relationships because there are many private interests in a non-plural Constitution interpretation. The 1917 Mexican Constitution was the first time in history when democracy functionality became a genuine concern in Law and politics debate. It brought fundamental social rights and incorporate workers as actors in political and economic decision-making along with state organisms that decided on labor, for example (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016, p. 35).

In Latin America, particularly, Gargarella, Pádua and Guedes alerts dictatorial regimes jeopardize democracy because they denied fundamental rights of individuals, thus constitutional institutions must be rebuilt after this negative period (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016, p. 36). In this scenario government had to apply human rights international guidance on internal decisions and reform its bureaucratic structure to create and improve new democracy paradigm (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016, p. 36-37). In Brazil, this reform of state instruments had great relevance after 1988 Republican Constitution, mainly during 1990 decade due to the *Master Plan for the Reform of the State Apparatus* (PEREIRA, 2006). This political reform reshaped the structure of the Brazilian state in order to make it more efficient and to bring it closer to the citizens.

According to Leonardo Valles Bento, governance capacity has taken on a broader meaning than governability, but included “cooperation among social actors” as an essential requirement (BENTO, 2003, p. 88). Because this empowerment of citizens, two modalities of accountability are developed: horizontal, institutional levels inside the government; vertical, external modes of control mainly organized by civil society (BENTO, 2003, p. 103). Such structure modifications promoted by this Reform intended reorganize public policies and citizens’ deliberation together state by this way avoiding to convert active participation in a mere *subscription contract* between political government branches and people.

It is important highlight that the development of governance concept must produce substantial changes in the “machine room” of the Republican Constitution considering current requirements of democracy (GARGARELLA; PÁDUA; GUEDES, 2016, p. 38-39). Debate on rights is less than worry about the need of restructure power organization. For example, nowadays the policies adopted by federal government has reduced many of social achievements and fundamental rights, which causes a collapse democratic governance. Labor reform, taxes distribution and pensions are nuclear topics for citizens, but none of them has been deliberate in an appropriate and inclusive form with political non-governmental actors. These obstacles to effective citizenship occur due to centralization of political power what damage democratization process and governance (BENTO, 2003, p. 115; 119).

This situation shows the level of disrespect that government, today, offers to citizens as political subjects and reveals a huge internal problem in human rights recognition by Brazilian rules. Unfortunately, it is a common positioning in Latin American governments, which have authoritarian tradition in relation with citizens treatment (ARMIJO, 2015, p. 120).

Because of this, and in order to achieve the improvement of democratic quality some actions must be done by the state, how we will explain in the next topic.

3 CITIZENSHIP AND STATE COMMITMENT WITH INCLUSION

First of all, it is crucial the inclusion of citizens in the decision-making process considering the particular characteristics of Southas lack of people empowerment and colonial heritage (SANTOS; MENESES, 2009, p. 12; LOSEKANN; BALLESTRIN, 2013, p. 184; 193; 196). In such context, human rights are the utmost protection instrument to powerless people and because of this the legal order must guarantee inside the state the fundamental prerogatives of human being (ARMIJO, 2015, p. 133). The uniqueness of cultural scenario in Latin America prevent us to use European concepts to citizenship, democracy, governance, etc. without their regional redimensioning since this continent has traditional relevant social groups which law must include (LOSEKANN; BALLESTRIN, 2013, p. 202).

Once we observe the Social Index System (SIS) from Brazilian Institute of Geography and Statistic (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE) the data are a clear sign of exclusion problems. For example, the last cense realized in 2015 shows that young ranging 15 to 29 years old is a powerless social category since about 40% work and do not study anymore. Approximately 20% are unemployed and out of school too. These numberstotalize almost 60% of exclusion and they brought to evidence the serious and fragile situation of Brazilian youth. The statistic presents also the number of young people that must to work to get resources to study. Only 25% can dedicate full time to study, although many of them are still teenagers (Table 3.7).

More drastically, 94% of urban residences can use government services of water supply by against just 34,5% in countryside (Tabela 7.4). Considering digital access (DA – personal computer and quality of internet service at home), what is crucial today, the SIS research found a complex result: about 45% of urban residences have DA against 10% in countryside; and while about 56% of white people have DA, only 37% of browns and blacks (Table 7.14). The National Household Sampling Survey of 2015 (IBGE) collect data on *Mobile cellular telephone for personal use in Brazil* revealed that the cost of digital equipment and service for mobile phones stimulate the use of this tool of digital communication in place of computer in less powerful social strata as *favelas*. In addition, it is common in the favelas that a resident signs an internet service provider with the right to *wi-fi* and share it with other residents' access and financial cost of this (MEIRELLES; ATHAYDE, 2014).

Such problem of exclusion can be solved by policies aiming empower minority groups. Also by the enforcement of political instruments of accountability and public deliberation. One example is affirmative action as we see occurring in educational area. Nonetheless, even in this government service – creating general guidelines or acting itself as state branch – the quality of democracy and citizenship depends on economic or social inclusion of powerless people. The Institute of Applied Economic Research (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada - IPEA) demonstrate, unfortunately, that in last decade the number of universities involved with affirmative actions decayed expressively (LIMA; CURADO, 2017, p. 46).

Considering the exclusion scenario it is pivotal optimize public accountability means once we know in Latin America information access is a huge challenge to democracy (ARMIJO, 2015, p. 127) and without it citizens' proactiveness will be reduced even more. One can affirm Brazilian sub-citizenship is not only an abstract concept formulated by the sociologist and researcher Jessé Souza (2003), but rather a finding of facts that could be ascertained and analyzed by the students involved in the study. Indigenous communities, elderly people, poorer populations, people with low educational levels and other social segments are hampered by a public management model whose communication channels virtualize the bureaucracy without effectively committing themselves to the care and interactivity between public agencies and citizens in the processes decision-making.

The lack of coordination of efforts between Public Power and Civil Society results in the inadequacy of public policies and in the reinforcement of this sub-citizenship system, since an integrated action among the plurality of subjects that make up this relationship is not established. In order to correct this problem, one believe that it is necessary to combat and mitigate the negative impact of distortions between distinct levels of (sub) citizens in accessing the existing participatory instruments. This structural inequality compromises the quality of democracy and citizenship in Brazil, as can be observed by consulting the data and information of the Atlas of Social Vulnerability organized by IPEA.

From the notion of state resilience (SOUZA, 2014, p. 197-198), one defend that interactive channels are essential requirements for public management in the context of the Brazilian Democratic State, according to the Federal Constitution of 1988. Although direct participation is not always viable in because of the significant increase in population over the last century. Conventional party political representation is insufficient to legitimize public decision-making since his election is conditioned to the support of private sectors and this conditions the political agent, in a certain way, to the interests of the more specific

social segment that supported it, being able to leave minority groups, for example, without adequate representation.

For this reason, the inclusion of citizens in public management is a valid instrument for expanding popular participation that goes beyond the limits of the legislative path. Considering the importance of instituting a genuinely democratic process in public decision-making processes, a national project of governance and citizen inclusion is essential, whose instruments of democratization of public management available and the level of adequacy in the bureaucratic mode of organization aim to facilitate popular participation.

Cláudio Pereira de Souza Neto explains that social injustice reduced citizens' rights in all kind of fundamental rights even people liberties, due to the high level of disrespect to popular sovereignty (SOUZA NETO, 2006, p. 60-61). Considering that, one defend material equality as an essential requirement to democracy quality and freedom exercise in political contexts which Constitution has a commitment with deliberative empowerment of the people (SOUZA NETO, 2006, p. 62). Whether some social segments cannot deliberate on account of the impossibility to participate in public forums – work schedule, incomplete level of learning, low information access, etc. – we do not nominate this political process as inclusive democracy.

According Arend Lijphart, democracy quality still depends on liberties, social rights and minorities' inclusion. Thus, women representation is also a requirement and the access to political resources are very relevant too (LIJPHART, p. 317-319). Another issue is the proximity level among representatives and voters because a large distance in their communication results in non-effective policies to routine life and low control of corruption by citizens due to difficult to get appropriate information about political actions (LIJPHART, p. 323-324).

4 FUNCTIONAL DEMOCRACY IN RESILIENT STATES: GOVERNANCE ISSUE

Once we admit democracy is an open political process in which government must include citizens into dialogue and decision-making, we also recognize state resilience. Other deliberative instruments are available to popular sovereignty practice aiming develop solutions to daily social and economic problems with civil society interaction. Wilhelm Hofmeister (2007, p. 13) analyze that today are a weakening of political parties but not of democracy once other organisms and associations from civil society. Parties still are crucial to politics but their democratic sustainability are directly connected to electoral

basis participation in decision-making during the parliamentary mandate (HOFMEISTER, 2007, p. 16-17).

The vote have no more relevance than other different moments in political dialogue between state and citizens because it express a representation objective that must be accomplish in the next years or election become a mere power transfer and not a really people empowerment. Here we remind Souza Neto explanation about deliberative democracy applied to accountability. Political representatives are not rigidly bound to voters will in all specific issues because they have to evaluate policies and budget, however they must justify the reasons why the decision was made against their citizens (SOUZA NETO, 2006, p. 89).

Considering that, functional democracy is a political regime in which representatives and government branches treat voters as citizens all the time and not only in the elections. Leonardo Secchi (2009) observe governance model of state management it is relational with citizens, thus, we concluded that election is one of multiple spheres of public deliberation. Therefore, functional democracy in resilient states is a result of collaborative political systems in which government and social actors join efforts aiming develop accountability instruments and take decisions for collective life (SECCHI, 2009, p. 358).

Governance means pluralism, according to Secchi. In this analysis, it is resilience too, since there is not effective democracy in authoritarian states with enclosed governments. The accountability demands responsibility in this relational state model, recognition of other actors, respect to fundamental rights and liberties. After such observations, we must add some democratic requirements to usual list applied in political field. We need free elections, access to suitable information, pluralism, public contempt, citizens' inclusion, reliable parties (DAHL, 2001, p. 49-50). But now, it is unthinkable a democratic state without continuous and open accountability process, in the midst of which individuals and social organisms have active position and enough resources to control government branches and deliberate on policies. It is an advance of democracy: personal liberties, vote, social rights, participation, inclusion, deliberation, and empowerment.

Nonetheless, there is a significant distance between the new democratic approach and the government bureaucracy, which citizens must to use in routine life. The great challenge for the current moment is how to adapt official structure and remodel it into resilient state. Many social segments are rule out and misrepresented in Brazilian parliament. One observe the composition of the Brazilian National Congress, whose profile is represented mostly by men, whites, in the 50's, with higher education, entrepreneurs and owners of

more than R\$ 1 million. We can conclude that the social demands for economic, cultural and political inclusion from other civil society groups are not in the interest of this group of political leaders who, in theory, represent the people in the state decision-making processes.

Inclusion, in this context, is a target hard to reach. The lobby of economic segments control state volition and public administration in several occasions, thus the functionality of Brazilian democracy is complex and submitted to private interests, what grievously impair its quality. However, without inclusion there is no democracy. And according to Robert Dahl, whether government declares an adult responsible by the law and capable civil and politically, this same government cannot block people to act as agents in decision-making (DAHL, 2001, p. 91). This means that all adults declared capable by state legal rules are recognized and legitimate actors in democracy practice. None political system founded on this assumption can excluded people from active citizenship.

Therefore, it is fundamental convert the idea of *guarded people* to *active people* (DAHL, 2001, p. 92). In this same direction, Friedrich Müller criticizes an *iconic* conception of citizens, reducing their relevance to democracy effectiveness. In this perspective, when the government denies “active rights” to any part of the population, it is to construct a fictional notion of “people” through normative language merely to maintain democratic ideology, without, however, having concrete effects with social reality (MÜLLER, 2009, 59). Thus, one can reach citizen empowerment whether democracy is functional and capable to ensure effective human rights; a social policy committed to compensate for inequalities; legal resistance of the people to the rule of law (MÜLLER, 2009, p. 101).

Only if this conditions are respected the genuine concept of governance will be implanted in Brazilian public management relation with citizens. State political protagonism, now, divide space with new actors without loss its crucial importance as political organization (SECCHI, 2009, p. 360). This situation demands the rescaling of state structure and legal order for the purpose of include the rich contribution of the plural cognitive frames that exists in society. How we say at the beginning, the *Master Plan for the Reform of the State Apparatus* formulated in 1990-decade reorganize public management but only in a bureaucratic manner.

Mario Procopiuck studies on governance expound the innovation of citizens’ participation in policies decision-making after the *Master Plan*, because management reform restructure bureaucracy while active democracy remodel governance. The state institutional arrangements became worrier with governance than in the last decades and public management, from this moment; begin to be compromised with *good practices*

(PROCOPIUCK, 2013, p. 97). Considering state resilience and the need of functional democracy, include citizens in decision-making is central issue in government actions nowadays once the governance arrangements are multilevel and depends on many different actors contribution (PROCOPIUCK, 2013, p. 186).

Faced with these challenges one can say now democracy has formal and informal institutions which feed government with information from reality. These institutions work in bureaucratic way, but also in non-governmental sphere, what results in a critic of state mode of communication with citizens because the *Master Plan* was written technically but not considering enough social context and the population priority demands. Thus, we can affirm that: “one have the need of structure governance arrangements intended to enhance efforts aiming to solve collective problems” (PROCOPIUCK, 2013, p. 187 – free translation). Whether state is not resilient, citizens cannot contribute and there is no governance.

5 CONCLUSION

Considering functional democracy in Brazil, one need to establish indexes to be observed and monitored by civil society and state to guarantee quality to deliberative process. The integration of those two actors are crucial to develop a Democratic Rule of Law because nowadays political issues are also social demands defended by people who are engaged with recognition rights. The passive citizen, guarded by state, was substitute by active citizens who require more public space for their contribution to decision-making. This new kind of governance imposes to management bureaucracy its restructuration with the intention of include all segments in deliberative sphere as voters and as proactive subjects too.

Before this scenario, Parliament role must be redefined or the distance among representatives and citizens will increase even more, what jeopardize democracy functionality. The democratic indexes, as IPEA Atlas, exists to promote continuous monitoring of state actions and deliberative openness. And this information is pivotal to jurists, politicians, community leaderships and entrepreneurs. Without that cannot occur a democracy of quality, as Dahl explains. People need to get access to economic, cultural, political, legal and other kind of information to feed decisions in public forums, suits, public policies, etc. The lack of it could favor corruption and private domination inside state branches.

Therefore, it is the state resilience the necessary restructuration to Brazilian government aiming remodel bureaucracy and the power relations between state and people, avoiding any type of authoritarianism. That is our conclusion because we consider there is no genuine democracy that could appropriate function in political systems deprived of some fundamental parameters such as inclusion, active citizenship, accountability and multiple level governance. This is the target Brazil must reach to be a genuine democratic country.

REFERENCES

ARMIJO, Gilbert. La tutela de los derechos humanos por la jurisdicción constitucional, ¿mito o realidad?. In: **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, v. 10, n. 2, p. 113-136, 2015.

BENTO, Leonardo Valles. **Governança e governabilidade na reforma do estado: entre eficiência e democratização**. Barueri, SP: Manole, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

DAHL, Robert. **Sobre a democracia**. Tradução de Beatriz Sidou. Brasília: Ed. UnB, 2001.

GARGARELLA, Roberto; PÁDUA, Thiago Santos Aguiar de; GUEDES, Jefferson Carús. Constitucionalismo latino-americano: direitos sociais e a “sala de máquinas” da Constituição. In: **Universitas JUS**, Brasília-DF, Ed. Uniceub, v. 27, n. 2, p. 33-41, 2016.

HOFMEISTER, Wilhelm. Problemas da democracia partidária: América Latina à luz das experiências internacionais. In: **Cadernos Adenauer**, Rio de Janeiro, Ed. Fundação Konrad Adenauer, v. VIII, n. 3, p. 9-31, nov. 2007 (Partidos políticos: quatro continentes).

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE. Sistema de Indicadores Sociais. Proteção Social, 2015. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/protecao-social/9221-sintese-de-indicadores-sociais.html?&t=resultados>>. Acesso em: 31 out. 2017.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE.
Administração pública e participação político-social. Pesquisas de Informações Básicas Municipais, 2015. Disponível em: <<https://www.ibge.gov.br/estatisticas-novoportal/sociais/administracao-publica-e-participacao-politica.html>>. Acesso em: 31 out. 2017.

LIJPHART, Arend. **Modelos de democracia**. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

LIMA, Raphael Camargo; CURADO, Maurício Pinheiro Fleury. **O futuro do estado no Brasil e seus impactos na sociedade**: questões para o desenvolvimento até 2035. Rio de Janeiro: IPEA, 2017.

LOSEKANN, Cristiana; BALLESTRIN, Luciana Maria de Aragão. A abertura do conceito de sociedade civil: desencaixes, diálogos e contribuições teóricas a partir do Sul Global. In: **Colombia Internacional**, Bogotá (Colômbia), Ed. Universidad de Los Andes, n.78, p. 181-210, maio a agosto de 2013.

MEIRELLES, Renato; ATHAYDE, Celso. **Um país chamado favela**: a maior pesquisa já feita sobre a favela brasileira. São Paulo: Gente, 2014.

MÜLLER, Friderich. **Quem é o povo?** a questão fundamental da democracia. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser; SPINK, Peter (Org.). **Reforma do estado e administração pública gerencial**. 7. ed. São Paulo: Ed. FGV, 2006.

PROCOPIUCK, Mario. **Políticas públicas e fundamentos da administração pública**. São Paulo: Atlas, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa; MENESES, Maria Paula (Org.). **Epistemologias do sul**. Coimbra: Almedina, 2009.

SECCHI, Leonardo. Modelos organizacionais e reformas da administração pública. In: **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 43, n. 2, p. 347-69, mar./abr. 2009.

SOUZA, Jessé José Freire de. **A construção social da subcidadania**: para uma sociologia política da modernidade periférica. Belo Horizonte: Ed. UFMG, 2003.

SOUZA, Luciana Cristina de. The principle of resilience in sociology of law: how citizenship became a new boundary for state power. In: **Sociology of law**: on the move, congress. Canoas (RS): Ed. UNILASALLE, 2015.

SOUZA, Luciana Cristina de. Aplicação do princípio da resiliência às relações entre estado, sociedade e direito. In: ASENSI, Felipe Dutra; PAULA, Daniel Giotti de (Org.). **Tratado de direito constitucional**. v. 1. Rio de Janeiro: Campus Jurídico, 2014. Cap. 2.5, p. 197-209.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Teoria constitucional e democracia deliberativa**: um estudo sobre o papel do direito na garantia das condições para a cooperação na deliberação democrática. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

Submissão em: 3 nov. 2017

Pareceres favoráveis em: fevereiro 2018.

Vigilancia Electrónica vs Intimidad de las Personas: “El Guardián”, el Nuevo Sistema de Vigilancia e Interceptación de Telecomunicaciones en Uruguay

PABLO SCHIAVI¹

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Master en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo (UM). Profesor de Información Pública y Protección de Datos Personales; Profesor del Taller Teórico-Práctico sobre Protección de Datos Personales en Salud “E Salud”; y del Taller Teórico-Práctico sobre Protección de Datos Personales tributarios y bancarios en el Máster de Derecho Administrativo Económico (MDAE) de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Profesor de “Datos Personales” en el Máster en Dirección de Empresas de Salud (MDES) en la Escuela de Negocios de la Universidad de Montevideo (IEEM). Profesor de Derecho de la Información y de Investigación y Documentación en la Facultad de Comunicación de la Universidad de Montevideo. Profesor Asistente de “Procedimientos y Recursos Administrativos” en el Máster de Derecho Administrativo Económico (MDAE) en la Universidad de Montevideo. Profesor en Derecho Público III en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Ex Secretario de Redacción de “La Justicia Uruguaya”, Revista Jurídica. Diplomado en Desarrollo y Financiamiento de Infraestructuras por la Universidad Politécnica de Madrid. Certificado en Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo por el Isede y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”. Diplomado Internacional en Dirección y Gestión de Cooperativas de Ahorro y Crédito por el Instituto de Desarrollo Cooperativo (I.D.C.) y la Confederación Alemana de Cooperativas (D.G.R.V.). Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro Titular de la Asociación Derecho Público del Mercosur. Coordinador de Estudios de Derecho Administrativo de la Editorial La Ley Uruguay - Thomson Reuters. Coordinador Nacional por Uruguay de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP). Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos (RIBP). Asesor Director en la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP), Presidencia de la República, Uruguay. Ex-Asesor del Auditor Interno de la Nación (2006-2010), Auditoría Interna de la Nación (A.I.N). Ex-Asesor en la Contaduría General de la Nación (CGN) y en la Auditoría Interna de la Nación (AIN) en el Ministerio de Economía y Finanzas, Uruguay. Asesor del Contador General de la Nación (2010- al día de hoy), Contaduría General de la Nación (C.G.N.) del Ministerio de Economía y Finanzas de la República Oriental del Uruguay. Consultor y Asesor Corporativo Data Privacy. Autor de libros y artículos sobre temas de su especialidad.

I INTRODUCCIÓN

A los efectos de precisar el alcance del presente trabajo, vamos a detenernos en primer lugar en la descripción de “**El Guardián**”, con especial detenimiento en los procedimientos administrativos y judiciales seguidos para acceder a la información relativa al mismo (SCHIAVI, 2015, p. 589 y siguientes; SCHIAVI, 2014, p. 399 y siguientes).

Acto seguido nos enfocaremos en la implementación actual de “**El Guardián**” junto al nuevo “**Sistema Automatizado de Interceptaciones Legales (SAIL)**”.

Debemos destacar que el **Sistema Automatizado de Interceptaciones Legales (SAIL)**, es independiente del sistema de colección de datos (**El Guardián**), en tanto se trata de un instrumento informático que permite procesar digitalmente el diligenciamiento de las interceptaciones dispuestas por los magistrados².

De acuerdo a informaciones difundidas en medios de prensa, el Ministerio del Interior y las empresas de telecomunicaciones comenzaron a realizar las primeras pruebas de funcionamiento de “**El Guardián**”, el moderno equipo de espionaje que permitirá intervenir llamadas telefónicas y mails a través de la última tecnología. El sistema permite seguir en forma simultánea el tráfico de 800 celulares y 200 teléfonos fijos, y puede monitorear correos electrónicos y redes sociales (PEREYRA, 2014).

“*La operación de compra debe mantenerse en secreto*”, sostuvo la resolución presidencial que habilitó la adquisición por parte del Ministerio del Interior de compleja

² Disponible en: <<http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/79446/1/el-guardian.pdf>>. Acceso en: 9 mayo 2016.

tecnología que dotará a las autoridades de una capacidad inexistente hasta el momento para sistematizar y analizar, al amparo de órdenes judiciales, la información surgida de la vigilancia de llamadas telefónicas, correos electrónicos, redes sociales y blogs (GOBIERNO, 2013).

Mientras en el mundo a la luz del caso Snowden (el ex agente que reveló espionaje ilegal del gobierno de los Estados Unidos) se debate la capacidad de los gobiernos para vigilar a sus ciudadanos en internet, el equipo comprado en Brasil y denominado *El Guardián WEB*, permite que al mismo tiempo 30 personas accedan a la vigilancia en tiempo real del tráfico que generan hasta 800 celulares y 200 teléfonos fijos. También habilita a crear cuentas espejo de hasta 100 suscripciones de e-mails y el monitoreo de hasta tres redes sociales (GOBIERNO, 2013).

Esto es, todas nuestras formas actuales de comunicación (telefonía fija; telefonía celular; correos electrónicos –cuentas espejo–; redes sociales, entre otras) podrán ser monitoreadas y eventualmente interceptadas –sin nuestro consentimiento ni conocimiento– siempre que medie orden judicial y se cumplan determinadas formalidades que abordaremos en el presente trabajo.

II LÍMITES AL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA RESPECTO DE “EL GUARDIÁN”

Con fecha 9 de marzo de 2015 se promovió una acción de acceso a la información pública contra el Ministerio del Interior sobre el nuevo sistema de vigilancia e interceptación de telecomunicaciones “El Guardián”, para saber la utilización del nuevo sistema y el conocimiento de las garantías que se prevén a efectos de resguardar el derecho a la privacidad de todas las personas.

En cuanto al procedimiento administrativo especial, simplemente destacar que, en vía administrativa, no se obtuvo respuesta por parte del Ministerio del Interior, por lo que se configuró el silencio positivo dispuesto en el art. 18° de la ley 18.381, razón por la cual se interpuso la acción de acceso a la información pública.

Notificada la demanda y realizada la audiencia, el Ministerio del Interior contestó acerca de los presupuestos del accionamiento de la ley 18.381 y que en el caso no se dan porque hizo referencia al art. 12°, en tanto, *“la información solicitada está calificada como secreta y en el caso concreto como reservada”*. Así lo entendió por el art. 33 del TOCAF y el Tribunal de Cuentas cuando aprobó sin observaciones el procedimiento de

compra. En su defensa el Ministerio citó doctrina acerca del derecho a la seguridad y el art. 7° de la Constitución, así como la ley 18.494 del año 2009 sobre la búsqueda de mejores tecnologías para el “*control y prevención de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo*” y el art. 5° que transcribió. Citó el decreto 452/2009 acerca de las políticas de seguridad. Entendió que no se configuró el silencio positivo, dado que ante la solicitud de la actora ante el Ministerio el decreto 500/91 exige conferir vista. Se confirió la vista, la que no fue evacuada por la actora.

De acuerdo a los antecedentes aportados al Poder Judicial, surge que el Ministerio del Interior ha probado de acuerdo a la contestación de la demanda y la documentación que aportó consistente en la compra directa por excepción N° 15/2013 amparada en el literal c del art. 33 numeral 8 del decreto 150/012 (TOCAF) que se vincula al art. 482 de la ley 15.903 en el literal H, así como en las resoluciones adoptadas por el Tribunal de Cuentas de 26/6/2013 que la operación de la compra directa por excepción N° 15/2013 para el suministro de una solución GUARDIAN WEB para la interceptación de comunicaciones para la Secretaría de Estado en el resultando 1° “*que la compra se ampara en el literal C del art. 33 numeral 8 del TOCAF, circunstancias que exigen que la operación deba mantenerse en secreto*”. El Tribunal aprobó el gasto sin observaciones.

A los efectos prácticos es dable destacar que en el caso a estudio existieron pronunciamientos del Poder Judicial de Primera y de Segunda instancia, en la acción de acceso a la información pública interpuesta contra el Ministerio del Interior.

En Primera Instancia, por Sentencia del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de 1° Turno de 13 de marzo de 2015, se encuentra entonces que

la información solicitada por la accionante, se encuentra comprendida en los arts. 8°, 9°, 10° de la ley 18.381. El “silencio positivo” no autoriza sin más al juez a disponer que se informe según lo pedido y la resolución administrativa denegatoria expresa que recayó más tarde, expresa que la información... es confidencial, por lo que de acuerdo al art. 10° de la ley 18.381 se justifica la decisión denegatoria... (TAC 1er. Turno). En este tipo de acciones debe de analizarse la licitud del pedido.

En Segunda Instancia, por Sentencia del TAC 5° Turno de 21 de abril de 2015, se esgrime que

parece obvio que el secreto de la operación de adquisición del sistema operativo “guardián”, avalado por el Tribunal de Cuentas, radica no solamente en la compra en sí misma (que, incidentalmente, no fue oculta) sino que también alcanza a las

características técnicas del producto adquirido, por simples razones de seguridad y protección de los derechos de todos los habitantes que se busca tutelar mediante la prevención y represión de ilícitos, a través del empleo de instrumentos como el adquirido.

El Tribunal es conteste en señalar que

se trata de un instrumento para el combate del delito y la difusión pública de sus fortalezas y debilidades podría frustrar el empleo en esa tarea, dejándola librada a la actividad de “hackers” y/o personas que ilegítimamente pretendan obstaculizar o impedir investigaciones o represiones sometidas a control jurisdiccional, como bien expuso la parte demandada, con apoyo en normativa legal y administrativa específica (Decreto del PE 452/2009, resolución adjunta a la contestación de 30/7/2012 en asunto 7988/2012).

A juicio del Tribunal, la sentencia apelada no vulnera el derecho al acceso a la información que postula la parte actora y por ello correctamente desestimó la demanda, lo cual determina la confirmatoria por la Sala.

Vale señalar que, si bien en sede de transparencia, el acceso a la información debe ser la regla y la denegatoria y/o negativa deben ser la excepción, también es cierto que existen límites legales al acceso a la información pública, como en el caso a estudio, y que su aplicación excepcional y/o restrictiva forman parte de la implementación misma de la Ley N° 18.381 de 17 de octubre de 2008, con lo cual compartimos los argumentos vertidos por el Poder Judicial, en cuanto a que la difusión pública de las fortalezas y de las debilidades del sistema de colección de datos (“El Guardián”) podría frustrar los objetivos perseguidos con su utilización.

Sin perjuicio de lo cual, cuando analizaremos el “*Protocolo de Actuación para interceptaciones legales de comunicaciones*” vamos a sostener que es información pública el Reporte de las solicitudes de interceptación legal de comunicaciones ingresadas al SAIL, y las aprobaciones y rechazo por cada Juez Penal, así como los tipos y cantidades de medidas dispuestas, discriminadas por operadora telefónica, disociadas de cualquier dato personal –por ejemplo número telefónico fijo o celular, cuentas de correo–.

III VIGILANCIA ELECTRÓNICA: CONCEPTO Y ALCANCES

Un concepto de primordial importancia para definir en este trabajo es el de vigilancia electrónica. ¿Qué entendemos por vigilancia electrónica? ¿Cuáles son sus alcances y sus límites?

El Sr. Fiscal de Corte, Dr. Jorge Díaz ha sostenido que la vigilancia electrónica atañe a la intimidad de las personas y no puede utilizarse en cualquier delito. Debe ser absolutamente

necesaria la técnica y se debe probar que no puede accederse a la información por otra vía. Además, debe haber una proporcionalidad entre la vulneración de la intimidad y el bien jurídico que se quiere tutelar o el daño que la organización puede causarle a la sociedad (TERRA, 2013).

En cuanto al alcance del concepto de vigilancia electrónica, es dable destacar que tiene un doble objeto, en cuanto a que no solamente se refiere a la interceptación propiamente dicha de la comunicación en sí misma; sino alcanza también a las hipótesis en las cuales pueda requerirse información de los abonados de determinada operadora de telefonía, sin llegar a la interceptación.

De ahí que es muy importante el rol que van a jugar las operadoras de telefonía en lo que refiere a la vigilancia electrónica.

Raúl Echeberría, experto en temas de gobernanza en la web y CEO del Registro de Direcciones de Internet para América Latina y el Caribe (Lacnic), dijo a El País que el gobierno debe ser “transparente”. Sostuvo:

Así como se informa sobre la compra de 25 patrulleros, me parece que los ciudadanos también deben saber cuáles pueden ser los recortes a sus derechos. Hay necesidades que obligan a que existan este tipo de herramientas y que de ellas dispongan las agencias policiales. Así como hace años se ponía un gancho en un cable para intervenir un teléfono, hoy se utilizan otras herramientas. Estas cosas son necesarias pero lo importante es que los ciudadanos sepan que se hacen y que, además, se desarrollen bajo el debido proceso (TERRA, 2013).

Estimó que en los tiempos que corren los gobiernos tienen una gran responsabilidad a la hora de ganarse la confianza de los ciudadanos. Sostuvo:

La transparencia es un factor muy importante. Me parece bien que se compre esta tecnología pero hay que capacitar a jueces y policías para que no haya excesos. Existe el riesgo de que las autorizaciones legales sean muy amplias. Los jueces deben conocer el potencial de estas herramientas (TERRA, 2013).

Echeberría dijo que no alcanza con decir que se debe investigar a un sospechoso en Internet porque eso es un “vale todo” y puede implicar a terceros. “Deben fijarse los límites”, afirmó. También consideró importante que quien opere la herramienta no caiga en la tentación de hacer “minería de datos” y buscar relaciones para “ver qué sale”. “La lógica debe ser buscar algo concreto y no ver qué aparece en un enorme volumen de datos”, opinó (TERRA, 2013).

Es importante hacer referencia en lo que refiere a la implementación actual de “**El Guardián**” a la opinión del Sr. Fiscal de Corte, Dr. Jorge Díaz en cuanto sostiene que

los operadores judiciales deben tener claro los resguardos y alcances del sistema porque son ellos, fiscales y jueces, quienes solicitan y libran las órdenes de interceptación respectivamente. Seguramente habrá una etapa de mucho intercambio previa a la puesta en marcha del sistema. Cuando era juez yo sabía perfectamente cómo funcionaba el sistema de escuchas. Me preocupaba por saber exactamente cómo se captaba, se almacenaba y qué registros quedaban, más allá del diálogo institucional. Sobre este nuevo sistema habrá que ver qué controles y garantías se disponen. El Ministerio del Interior deberá darle al Poder Judicial garantías suficientes. Dicho de otro modo, nadie va a disponer intervenciones si no hay garantías.

A su vez es claro como señala Jorge Díaz (TERRA, 2013) que *“una intervención que carece de orden judicial es ilegal, su resultado es nulo para cualquier investigación y quien la realiza comete un delito”*.

Lo cual resulta lógico si partimos de la existencia de un secreto de las comunicaciones, de rango constitucional.

Agrega Díaz que

la información obtenida a partir de escuchas o interceptaciones de correos electrónicos se archiva hasta que el implicado cumple la condena y luego se destruye. A ella solo tienen acceso los operadores judiciales de la causa y la defensa de los involucrados. Más allá de que las órdenes judiciales para habilitar estos procedimientos pueden haber aumentado, deben cumplirse una serie de condiciones para que un juez habilite la medida (TERRA, 2013).

IV PROCEDIMIENTO DE LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN E INTERCEPTACIONES LEGALES

En la actualidad y previo funcionamiento del “**Sistema Automatizado de Interceptaciones Legales (SAIL)**”, la orden judicial de interceptación se libra en el marco de lo establecido por el artículo 5 de la ley n° 18.494 referido a las vigilancias electrónicas, que establece que *“en la investigación de cualquier delito se podrán utilizar todos los medios tecnológicos disponibles a fin de facilitar su esclarecimiento”*, así como las normas aplicables de la Convención de Palermo contra la delincuencia organizada transnacional (ONU, 15 de noviembre de 2000).

El funcionamiento de “El Guardián” aportará transparencia a las escuchas telefónicas y la interceptación de correo electrónico. *“No hay posibilidad de que alguien invente*

cualquier situación, es el juez con su firma electrónica el que autoriza. Además, todo lo que actúa El Guardián es auditable” (YA FUNCIONA, 2016).

Con el nuevo sistema y la nueva normativa, la operadora tiene hasta el mediodía del día siguiente a la solicitud para concretar la conexión y empezar a entregar la información. Ocurre que el sistema antes de El Guardián era manual y diversificado entre 22 dependencias que podían solicitar la interceptación. Dichas unidades, según informó Interior, tenían distintos niveles de respaldo en su actividad, lo que dificultaba su posterior revisión. En cuanto a alcance, el sistema permitirá interceptar el tráfico de 800 celulares simultáneamente y 200 teléfonos fijos, además de monitorear redes sociales y cientos de correos electrónicos³.

Asimismo se crea la Unidad de Apoyo Tecnológico (UNATEC) en el Ministerio del Interior, dependiente de la Dirección de la Policía Nacional, cuya misión es implementar las soluciones tecnológicas que venimos analizando.

La Tramitación de los requerimientos de información e interceptaciones legales está regulada en el Memorando de Entendimiento entre el Ministerio del Interior, la Fiscalía General de la Nación y la Suprema Corte de Justicia denominado “*Protocolo de Actuación para interceptaciones legales de comunicaciones*”⁴.

De acuerdo al numeral Quinto del Protocolo, planteada una investigación criminal en la cual la autoridad policial estime indispensable la ejecución de vigilancias electrónicas, comunicará tal extremo al Juez Penal competente en los términos de la Ley 18.315 (Ley de Procedimiento Policial).

Se hace referencia al carácter indispensable de la necesidad de la ejecución de vigilancias electrónicas, esto es, deben ser excepcionales debiendo demostrarse que no se podría acceder a la información por otra vía.

El numeral Sexto del Protocolo dispone que la autoridad administrativa del Ministerio del Interior procederá a completar un formulario digital mediante el SAIL, solicitando el procedimiento y detallando las medidas necesarias o información a requerir a las operadoras de telecomunicaciones correspondientes.

³ TV Monte Carlo. Telenoche. Disponible en: <<http://telenocheonline.com/como-funciona-el-guardian/>>.

⁴ Disponible en: <<http://www.fiscalia.gub.uy/innovaportal/file/79446/1/el-guardian.pdf>>. Acceso en: 13 marzo 2016.

⁵ Fuente “El Espectador”.

En este punto se plantea el doble objeto de la vigilancia electrónica al cual hemos hecho referencia en tanto no sólo alcanza a las interceptaciones sino también al requerimiento de información a operadoras telefónicas.

Por su parte el numeral Séptimo señala que una vez completada dicha solicitud por la autoridad policial, el SAIL lo remitirá automáticamente al titular de la Fiscalía Penal competente quien evaluará el requerimiento policial.

En caso que el Ministerio Público comparta lo sugerido, así lo requerirá en dictamen fundado, el que remitirá a través del SAIL para resolución final del Juez Penal competente. De no compartir la iniciativa policial, por dictamen fundado el Ministerio Público también lo pondrá a consideración del juez penal.

De este numeral surge que siempre el Juez Penal competente tendrá conocimiento de la solicitud de vigilancia electrónica de la autoridad policial, tanto cuando medie un dictamen favorable del Ministerio Público como también en caso contrario.

En ambos casos el Ministerio Público deberá fundamentar su posición.

El numeral Octavo apunta que cuando el Juez Penal reciba el requerimiento del Ministerio Público a través del sistema SAIL, en caso de compartir la medida, por resolución fundada así lo dispondrá procediendo a la firma digital del formulario y su remisión a la operadora de telecomunicaciones a través del mismo sistema SAIL. En caso de negar la medida, mediante resolución fundada el Juez Penal devolverá la solicitud a la autoridad policial actuante por la misma vía.

El numeral Noveno es claro al señalar que Juez Penal podrá monitorear el estado de ejecución de la medida por parte de la operadora de telecomunicaciones, esto es, el sistema “El Guardián” es perfectamente auditable a diferencia de lo que ocurría hasta el momento en lo relativo a escuchas telefónicas.

El Numeral Décimo Primero establece que en forma trimestral, desde la UNATEC se remitirá un reporte a la Suprema Corte de Justicia sobre las interceptaciones legales gestionadas en el SAIL, con el formato que oportunamente se acordará entre las partes.

En este reporte se detallarán cuantitativamente las solicitudes de interceptación legal de comunicaciones ingresadas al SAIL, y las aprobaciones y rechazo por cada Juez Penal, así como los tipos y cantidades de medidas dispuestas, discriminadas por operadora telefónica.

Éste último detalle no es menor, ya que entendemos que en este caso sí estamos ante información pública, la opinión pública debe conocer, en el marco de la transparencia de los procedimientos de este tipo, el número de las solicitudes de interceptación legal de comunicaciones ingresadas al SAIL, y las aprobaciones y rechazo por cada Juez Penal, así como los tipos y cantidades de medidas dispuestas –siempre que se trate de información estadística e informativa sin ningún tipo de referencias personales–; esto es, disociadas de cualquier dato personal –por ejemplo número telefónico fijo o celular, cuentas de correo–.

Por último es fundamental destacar el papel que jugarán las operadoras telefónicas, destinatarias de las solicitudes de interceptación o información de sus propios abonados, razón por la cual, se deberán actualizar los contratos de servicios telefónicos de telefónicas públicas y privadas, incluyendo cláusulas que prevean la posibilidad de brindar información privada de sus abonados al amparo de estos procedimientos.

V REFLEXIONES PRELIMINARES

Las nuevas tecnologías y avances en las comunicaciones permiten acceder al Estado a informaciones y comunicaciones de personas impensadas hasta hace muy poco tiempo.

De ahí que debemos ser muy estrictos y cuidadosos en su aplicación, debiendo salvaguardar ante todo la intimidad de las personas.

Esto es, si bien no podemos prescindir de las nuevas tecnologías y de sus impactos en investigaciones judiciales, tampoco podemos permitir que no se respeten las garantías y los derechos de aquellas personas que sean investigadas.

Están en juego derechos constitucionales como el secreto de las telecomunicaciones y los derechos a la intimidad y privacidad, razón por la cual es primordial el rol que deberá jugar el Poder Judicial a los efectos de salvaguardar los derechos de los ciudadanos que serán objeto del sistema, en un escenario de permanente conflicto de derechos fundamentales potenciado por las nuevas tecnologías.

En estos casos, claro está, no se requiere el consentimiento del titular para proceder a la interceptación de sus llamadas, siempre que medie orden expresa y conocimiento del Poder Judicial, consentimiento que es un elemento esencial en sede de protección de datos personales, uno de los pilares fundamentales para que un tercero manipule datos personales o acceda a ellos.

Todas nuestras formas actuales de comunicación (“telefonía fija; telefonía celular; correos electrónicos –cuentas espejo–; redes sociales, entre otras”) podrán ser monitoreadas y eventualmente interceptadas sin nuestro consentimiento siempre que media orden judicial y se cumplan determinadas formalidades.

Estamos ante una nueva realidad que demuestra que las concepciones de privacidad e intimidad de las personas como se entendieron tradicionalmente no existen más, siendo necesario dar una nueva dimensión y alcance a tales conceptos, teniendo presente que a través de este sistema de interceptación de llamadas, y más allá de que se haga en forma legítima, se podrá acceder a todo tipo de comunicación privada entre personas cualquiera sea el soporte utilizado.

Finalmente entendemos que en esta sociedad hiperconectada e hiperinformada al amparo de las nuevas tecnologías, el Poder Judicial no puede prescindir de esta moderna herramienta en pos del esclarecimiento de delitos, siempre tratando de respetar ante todo derechos fundamentales de los ciudadanos; teniendo presente que *“una intervención que carece de orden judicial es ilegal, su resultado es nulo para cualquier investigación y quien la realiza comete un delito.”* (TERRA, 2013).

REFERENCIAS

DELPIAZZO, Carlos E. A la búsqueda del equilibrio entre privacidad y acceso. En: DELPIAZZO, Carlos (Coordinador). **Protección de datos personales y acceso a la información pública**. Montevideo: Instituto de Derecho Informático, Facultad de Derecho de la Universidad de la República, F.C.U./AGESIC, 2009).

DELPIAZZO, Carlos E. **Dignidad humana y derecho**. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2001.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública hábeas data, leyes n° 18.331, de 11 de agosto de 2008 y n° 18.381, de 17 de octubre de 2008**. 2° edición actualizada y ampliada. Montevideo: A.M.F., 2012.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. El derecho al honor también existe. En: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. **Estudios sobre derechos humanos**. Montevideo: Universidad Católica del Uruguay/Ingranusi, 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Límites al acceso a la información pública. En: **Revista La Ley Uruguay**, Montevideo, año V, n° 1, 2012.

GOBIERNO compró “El Guardián” para espiar llamadas y correos. El País, Montevideo, 26 de julio de 2013. Disponible en: <<http://www.elpais.com.uy/informacion/gobierno-compro-guardian-espiar-llamadas-correos.html>>. Acceso en: 27 mayo 2016.

PEREYRA, Leonardo. El guardián espiará desde enero mails y celulares. El Observador, Montevideo, 12 octubre 2014. Disponible en: <<http://www.elobservador.com.uy/el-guardian-espiara-enero-mails-y-celulares-n289757>>. Acceso en: 17 mayo 2016.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Fiscalía General de la Nación. Disponible en: <<http://www.fiscalia.gub.uy/>>.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Ley 18.315. Policía. Ley de Procedimiento Policial. Promulgación: 5-7-2007. Publicación: 22-7-2008. Registro Nacional de Leyes y Decretos, Tomo 1, Semestre 2, año 2008, página 18.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Ministerio del Interior. Disponible en: <<http://www.minterior.gub.uy/>>.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Poder Judicial. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/>>.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Poder Judicial. Totalidad de escuchas telefónicas en reciente caso de lavado de activos fueron autorizadas por los magistrados actuantes. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/144-noticias-institucionales/1591-totalidad-de-escuchas-telefonicas-en-reciente-caso-de-lavado-de-activos-fueron-autorizadas-por-los-magistrados-actuantes.html>>. Acceso en: 21 enero 2016.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Unidad de Acceso a la Información Pública. Disponible en: <<http://www.informacionpublica.gub.uy/>>.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales. Disponible en: <<http://www.informacionpublica.gub.uy/>>.

RISSO FERRAND, Martín. Algunas reflexiones sobre los derechos al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la libertad de prensa; En: **Anuario de derecho constitucional latinoamericano**. Montevideo, 2002.

SCHIAVI, Pablo. El acceso a la información pública en el Uruguay. En: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Director); GUARIGLIA, Carlos (Subdirector); SCHIAVI, Pablo (Coordinador); BERCHESI, Bruno (Coordinador); GUARIGLIA, Germán (Coordinador). **Estudios de Derecho Administrativo**, n° 3, Buenos Aires, La Ley Uruguay, p. 393 y siguientes, 2011.

SCHIAVI, Pablo. **El control del acceso a la información pública y de la protección de datos personales en el Uruguay**. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2012.

SCHIAVI, Pablo. Límites al acceso a la información pública en la minería de gran porte. En: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Director); SCHIAVI, Pablo (Coordinador). **Estudios de Derecho Administrativo 2014**, n° 9, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 381 y siguientes, 2014a.

SCHIAVI, Pablo. Procedimiento administrativo especial: ruta de acceso a la información pública. En: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Director); SCHIAVI, Pablo (Coordinador). **Estudios de Derecho Administrativo 2014**, n° 10, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 399 y siguientes, 2014b.

SCHIAVI, Pablo. Reflexiones a cinco años de la ley de acceso a la información pública en el Uruguay. En: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Director); SCHIAVI, Pablo (Coordinador). **Estudios de Derecho Administrativo 2014**, n° 9, Montevideo, La Ley Uruguay, p. 181 y siguientes, 2014c.

SCHIAVI, Pablo. Régimen jurídico de la acción de acceso a la información pública en el Uruguay. En: DURÁN MARTÍNEZ, Augusto (Director); SCHIAVI, Pablo (Coordinador). **Estudios de Derecho Administrativo 2015**, n° 12; Montevideo, La Ley Uruguay, p. 589 y siguientes, 2015.

SCHIAVI, Pablo (Coordinador). **Estudios de información pública y datos personales**: recopilación de trabajos de investigación de los cursos de postgrado 2012-2013. Tomo I. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2014d.

SCHIAVI, Pablo (Coordinador). **Estudios de información pública y datos**

personales: recopilación de trabajos de investigación de los cursos de postgrado 2012-2013. Tomo I. Segunda edición. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2016a.

SCHIAVI, Pablo (Coordinador). **Estudios de información pública y datos**

personales: recopilación de trabajos de investigación de los cursos de postgrado 2014-2015. Tomo II. Montevideo: Universidad de Montevideo, Facultad de Derecho, 2016b.

TERRA, Gonzalo. El Guardián: fiscalía pide garantías de uso correcto. El País, Montevideo, 28 de julio de 2013. Disponible en: <<http://www.elpais.com.uy/informacion/guardian-fiscalia-pide-garantias-correcto.html>>. Acceso en: 27 mayo 2016.

VÁZQUEZ PEDROUZO, Cristina. El régimen jurídico del acceso a la información pública y la protección de datos personales. En: **Revista de Derecho y Tribunales**, n° 15, Montevideo, A.M.F., 2011).

YA FUNCIONA El Guardián, el sistema de vigilancia telefónica y de email. Subrayado. Montevideo, 3 mayo 2016. Disponible en: <<http://www.subrayado.com.uy/Site/noticia/55750/ya-funciona-el-guardian-el-sistema-de-vigilancia-telefonica-y-de-email>>. Acceso en: 19 mayo 2016.

ANEXOS

MEMORANDO DE ENTENDIMIENTO ENTRE EL MINISTERIO DEL INTERIOR, LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN Y LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA

PROTOCOLO DE ACTUACIÓN PARA INTERCEPTACIONES LEGALES DE COMUNICACIONES

En Montevideo, el día 1º de diciembre de dos mil quince, POR UNA PARTE: El Ministerio del Interior, representado en este acto por el Lic. Jorge Vázquez, en su calidad de Ministro del Interior, con domicilio en Mercedes nro. 933, POR OTRA PARTE : El Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación, Director del Servicio Descentralizado de la Fiscalía de la Nación, representado en este acto por el Dr. Jorge Díaz, con domicilio en

Paysandú nro. 1266 y POR OTRA PARTE: La Suprema Corte de Justicia representada en este acto por el Dr. Jorge Chediak, en su calidad de Presidente de la Suprema Corte de Justicia, con domicilio en Pasaje de los Derechos Humanos nro. 1310, han acordado suscribir el presente Memorándum de Entendimiento contenido en los siguientes puntos:

VISTOS: I. Que la Suprema Corte de Justicia y el Ministerio del Interior, a través del Anexo 3 del Convenio Marco de fecha 11 de mayo del presente año, convinieron en promover según sus competencias y recursos, el diseño y la elaboración en forma conjunta de un Protocolo de Actuación que define y regula las acciones y responsabilidades de las partes para poder llevar adelante la implementación de un sistema de interceptación legal de comunicaciones.

II. Que el Ministerio del Interior ha adquirido un sistema de colección de datos con el fin de asegurar un adecuado tratamiento de la información aportada por las empresas operadoras de telecomunicaciones habilitadas, cuando en el marco de una investigación dispuesta por los titulares de los juzgados penales de país sea necesario emplear la herramienta de la interceptación legal de comunicaciones o se requiera información sobre sus abonados.

III. Que el Ministerio del Interior ha encomendado el desarrollo de un instrumento informático que permita procesar digitalmente el diligenciamiento, llamado Sistema Automatizado de Interceptaciones Legales (SAIL), independiente del sistema de colección de datos (El Guardián), dando intervención exclusivamente a aquellas personas que necesariamente tengan incidencia en la gestión.

IV. Que a nivel interinstitucional se vienen realizando coordinaciones con el Fiscalía General de la Nación a los efectos de materializar la implementación del mencionado sistema de interceptación legal de comunicaciones.

CONSIDERANDO:

I. Que resulta necesario establecer un Memorando de Entendimiento donde se determine claramente el proceso de tramitación de los requerimientos de información e interceptación legal de comunicaciones.

II. Que con el fin de dotar de transparencia al procedimiento se estima necesario desarrollar un mecanismo que permita verificar el flujo de solicitudes, las decisiones de los Magistrados con competencia en materia Penal y la respuesta obtenida de las empresas operadoras de telecomunicaciones.

III. Que con el fin de administrar el flujo de los procedimientos, la asignación de roles y la gestión de usuarios habilitados, a nivel del Ministerio del Interior se ha creado la Unidad de Apoyo Tecnológico (UNATEC), dependencia de la Dirección de la Policía Nacional, cuya misión es implementar las soluciones tecnológicas ya mencionadas.

ACUERDAN:

I. Introducción

Primero: En el marco del presente Memorando todas las partes se comprometen a garantizar la mayor reserva de las actuaciones tendientes a la instrumentación del sistema informático de interceptación legal de comunicaciones.

Segundo: El Poder Judicial y Fiscalía General de la Nación tendrá acceso únicamente al software de Sistema Administrativo de Interceptaciones Legales (SAIL) , el cual dará soporte administrativo al flujo de solicitudes de interceptación, decisiones de los Magistrados Penales de todo el país y respuestas de las operadoras de telecomunicaciones.

Tercero: Cada parte se compromete a generar controles internos en el uso del SAIL, de acuerdo a las reglamentaciones que oportunamente se dictarán.

Cuarto: A su vez, el Poder Judicial y el Ministerio Público auditarán la correspondencia entre las medidas de interceptación legal dispuestas por los Magistrados Penales y las cumplidas por parte de las operadoras de telecomunicaciones.

II TRAMITACIÓN DE LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN E INTERCEPTACIONES LEGALES

Quinto: Planteada una investigación criminal en la cual la autoridad policial estime indispensable la ejecución de vigilancias electrónicas, comunicará tal extremo al Juez Penal competente en los términos de la Ley 18.315.

Sexto: La autoridad administrativa del Ministerio del Interior procederá a completar un formulario digital mediante el SAIL, solicitando el procedimiento y detallando las medidas necesarias o información a requerir a las operadoras de telecomunicaciones correspondientes.

Séptimo: Una vez completada dicha solicitud por la autoridad policial, el SAIL lo remitirá automáticamente al titular de la Fiscalía Penal competente quien evaluará el requerimiento

policial. En caso que el Ministerio Público comparta lo sugerido, así lo requerirá en dictamen fundado, el que remitirá a través del SAIL para resolución final del Juez Penal competente.

De no compartir la iniciativa policial, por dictamen fundado el Ministerio Público también lo pondrá a consideración del juez penal.

Octavo: Cuando el Juez Penal reciba el requerimiento del Ministerio Público a través del sistema SAIL, en caso de compartir la medida, por resolución fundada así lo dispondrá procediendo a la firma digital del formulario y su remisión a la operadora de telecomunicaciones a través del mismo sistema SAIL. En caso de negar la medida, mediante resolución fundada el Juez Penal devolverá la solicitud a la autoridad policial actuante por la misma vía.

Noveno: A través del Sistema SAIL el Juez Penal podrá monitorear el estado de ejecución de la medida por parte de la operadora de telecomunicaciones.

III PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN DEL SAIL

Décimo: Los detalles de tramitación quedarán depositados en la base de datos del SAIL, registrándose la actividad de todos aquellos que intervengan en el procedimiento.

Décimo primero: Trimestralmente desde la UNATEC se remitirá un reporte a la Suprema Corte de Justicia sobre las interceptaciones legales gestionadas en el SAIL, con el formato que oportunamente se acordará entre las partes. En este reporte se detallarán cuantitativamente las solicitudes de interceptación legal de comunicaciones ingresadas al SAIL, y las aprobaciones y rechazo por cada Juez Penal, así como los tipos y cantidades de medidas dispuestas, discriminadas por operadora telefónica. Oportunamente la Suprema Corte de Justicia designará la autoridad que recibirá estos reportes trimestrales.

Décimo segundo: El Ministerio del Interior instrumentará un Convenio entre dicha Cartera, el Poder Judicial, Fiscalía General de la Nación y las Operadoras de Telecomunicaciones, en el que estas últimas asuman la obligación de proporcionar a la Suprema Corte de Justicia la información detallada de las medidas de interceptación efectivizadas, discriminada por cada Magistrado, así como los tipos y medidas dispuestas en los términos que se acordarán.

Una vez firmado dicho documento, el Poder Judicial reglamentará el mecanismo por el cual solicitará a las operadoras de telecomunicaciones el detalle de las medidas de

interceptación efectivizadas, de acuerdo a la normativa vigente; y en caso de constatar inconsistencias actuará en consecuencia.

En prueba de conformidad, se firman tres (3) ejemplares del mismo tenor, en la ciudad de Montevideo, el día primero de diciembre de 2015--.

Dr. Jorge Chediak.- Presidente de la Suprema Corte de Justicia
Dr. Jorge Díaz.- Fiscal de Corte y Procurador General de la Nación
Lic. Jorge Vázquez.- Subsecretario del Interior

PROCEDIMIENTO DE LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN E INTERCEPTACIONES LEGALES⁵



DESCRIPCIÓN DEL CASO DE SOLICITUD DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA DE LA COMPRA DE “EL GUARDIÁN”
(SCHIAVI, 2015, p. 589 y siguientes; SCHIAVI, 2014b, P. 399 y siguientes)

Sujeto activo	Tania Da Rosa Pérez
Sujeto Pasivo	Ministerio del Interior (MI)
Sitio Web	www.minterior.gub.uy
Descripción clara de la información requerida	Nuevo sistema de vigilancia e interceptación de llamadas El Guardián
Transparencia Activa	Al día de la solicitud no figuraba lo solicitado en la Web del MI
Transparencia Pasiva	Corresponde presentar solicitud de acceso a la información pública
Procedimiento Administrativo Especial	Ante el Ministerio del Interior
Competencia para decidir	Ministerio del Interior
Plazo para decidir	20 días hábiles (más prórroga en caso de proceder)
Acto administrativo del sujeto obligado	La información solicitada está calificada como secreta y en el caso concreto como reservada. Así lo entendió por el art. 33 del TOCAF y el Tribunal de Cuentas cuando aprobó sin observaciones el procedimiento de compra. Citó doctrina acerca del derecho a la seguridad y el art. 7º de la Constitución, así como la ley 18.494 del año 2009 sobre la búsqueda de mejores tecnologías para el “control y prevención de lavado de activos y de financiamiento del terrorismo” y el art. 5º que transcribió. Citó el decreto 452/2009 acerca de las políticas de seguridad
Acción de acceso a la información pública	Justicia competente
Procedimiento de primera instancia /Sentencia: Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo	Se encuentra entonces que la información solicitada por la accionante, se encuentra comprendida en los arts. 8º, 9º, 10º de la ley 18.381. El “silencio positivo” no autoriza sin más al juez a disponer que se informe según lo pedido.
Procedimiento de segunda instancia/Sentencia: Tribunal de Apelaciones en lo Civil	Parece obvio que el secreto de la operación de adquisición del sistema operativo “guardián”, avalado por el Tribunal de Cuentas, radica no solamente en la compra en sí misma (que, incidentalmente, no fue oculta) sino que también alcanza a las características técnicas del producto adquirido, por simples razones de seguridad y protección de los derechos de todos los habitantes que se busca tutelar mediante la prevención y represión de ilícitos, a través del empleo de instrumentos como el adquirido. Confirmase la sentencia apelada, sin especial condena en costas ni costos de la alzada.

Submissão em: jan. 2017

Pareceres favoráveis em: 9 ago. 2017 e 28 dez. 2017.

Precedentes e Jurisprudência: uma interpretação à luz do Código de Processo Civil de 2015

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES¹

LUIZ CARLOS SOUZA VASCONCELOS²

Resumo: Este artigo tem como objetivo realizar uma abordagem teórica sobre alguns pontos acerca da interpretação jurídica, demonstrando a importância e o pensamento de alguns autores sobre o tema, o que é uma preocupação metodológica essencial nos dias atuais. O Direito trabalha com textos e estes necessitam ter uma interpretação adequada. O sistema de precedentes trata-se de uma dinâmica que busca possibilitar a estabilidade das decisões dos Tribunais, sem importar se esta assertiva se restringe a interpretar a lei, além de ser importante para outorgar segurança à sociedade, quanto à maneira de se comportar diante do que é decidido. A uniformização da interpretação não pode mais ser considerada instrumento de controle da legalidade, devendo ser recepcionada como forma de unicidade do Direito. Cabe às Cortes dar uniformidade à sua jurisprudência, de forma a deixá-la estável, íntegra e coerente. Do ponto de vista da pesquisa implementada, os principais instrumentos utilizados foram os dados bibliográficos (doutrina) pertinente ao assunto.

Palavras-chave: Precedentes – Jurisprudência – interpretação jurídica

Abstract: This article aims to make a theoretical approach on some points about Legal Interpretation, demonstrating the importance and the thought of some authors on the subject, which is an essential methodological concern in the present day. The law works with texts and this need to have an adequate interpretation. The system of precedents is a dynamic that seeks to enable the stability of court decisions, regardless of whether this assertion is restricted to interpreting the law, as well as being important to provide security to society, as to how to behave in front of what is decided. The uniformity of interpretation can no longer be considered an instrument of control of legality,

¹ Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito (Especialização/Mestrado/Doutorado) da UFBA. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia.

² Mestre em Direito Público Processual (UFBA). Doutorando em Direito Público (UFBA). Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Santa Cruz. Especialista em Direito Processual Civil e Direito Civil pela Universidade Estácio de Sá (RJ). Professor Universitário. Membro da Academia de Letras Jurídicas do Sul da Bahia. Diretor da Justiça Federal de Itabuna-BA.

and should be accepted as a form of uniqueness of law. It is up to the Cortes to give uniformity to its jurisprudence, in order to make it stable, complete and coherent. From the point of view of the research implemented, the main instruments used were the bibliographic data (doctrine) pertinent to the subject.

Keywords: Precedents - Jurisprudence - legal interpretation

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por finalidade analisar a interpretação jurídica na ótica de diversos autores e sua relação com o sistema de precedentes, mostrando os pontos mais relevantes do tema, os quais trouxeram fortes contribuições para a sistematização em torno das teorias interpretativas em ascendente discussão.

O tema é relevante, sem dúvidas, na construção da teoria do Direito aplicada à contemporaneidade.

Iniciar-se-á este trabalho com uma breve diferença entre texto e norma, passando-se para a importância hermenêutica, procurando estabelecer uma distinção entre esta e a interpretação.

É sabido que toda norma jurídica é alvo de ser interpretada, quer seja o ato normativo escrito (seu foco mais abrangente), quer seja a decisão formada em juízo, também o Direito relativo aos costumes ou a um Tratado de ordem internacional. Isso é necessário para se aclarar o verdadeiro sentido e alcance do texto normativo.

A interpretação tem a responsabilidade de criar a norma e a seu respectivo evoluir. Todo ato legal pode ser interpretado e a hermenêutica processual tem, nesse ínterim, importância maior ao próprio processo legislativo, haja vista que será através da interpretação legal que levará ao encadeamento da aplicação e inserção dentro de um contexto de fato específico, sendo ideal a toda uma realidade e os valores daí consequentes.

As normas representam o significado tirado de uma ou mais disposições legais ou de atos normativos, de conformidade com o trabalho do intérprete na ocasião da aplicação. Por isso, a norma se traduz no resultado desse exercício interpretativo.

Cabe ao juiz ou Tribunal a incumbência de interpretar a norma jurídica para decidir um caso concreto e, a partir daí, extrair o precedente que vai gerir os casos análogos posteriores.

Um dos avanços do Código de Processo Civil de 2015 (Lei 13.105, de 16-3-2015) vem a ser o encadeamento dogmático de um sistema de precedentes obrigatórios. A igualdade, a coesão, a segurança jurídica e a previsibilidade dos decisórios jurisdicionais revelam as principais motivações para a implementação desse sistema. Isso se configura na tradição jurídica do *civil law*, a exemplo do ordenamento brasileiro, em que há a preponderância das leis, sendo fontes primárias do Direito. Também existe campo para os precedentes judiciais.

Tratar-se-á da dinâmica do precedente, demonstrando as diferenças entre precedente, jurisprudência, súmulas e decisões judiciais, com apresentação das técnicas de distinção e superação.

A ideia não é abordar todos os assuntos que o tema comportaria. O título já justifica que se pretende, em linhas gerais, focar o assunto, no que se lhe apresentar mais relevante.

2 DIFERENÇA ENTRE TEXTO E NORMA NA APLICABILIDADE DO DIREITO

Começa-se o presente estudo abordando a clássica distinção entre texto e norma, muito bem descrita por Ávila (2009). Isso porque, ao longo do texto, ver-se-á que interpretar é compreender o significado da norma jurídica vertida em um texto. Daí que definir um e outro se tornam relevantes à sistematização das ideias aqui apresentadas.

Afirma Ávila (2009, p. 22) que “texto e norma são coisas distintas”. Texto é o dispositivo legal, o escrito, a proposição, ao passo que “norma é o sentido construído a partir da interpretação sistemática de textos normativos.” (ÁVILA, 2009, p. 30). Nessa óptica, há texto (dispositivo) sem norma e norma sem texto. Não há correspondência biunívoca entre texto e norma. Pode-se ter norma sem texto, como se dá com o princípio da segurança jurídica; texto sem norma, como o preâmbulo da Constituição Federal que invoca a proteção de Deus, duas normas derivadas de um único texto e dois textos para uma norma. Em suma, não há relação biunívoca entre texto e norma, o que atesta a necessidade de se entender claramente a sua distinção.

Eros Grau (2009, p. 84-89), ao distinguir norma de texto, conclui que a ação de interpretar é um processo intelectual, por meio do qual, originando-se de fórmulas linguísticas

encontradas nos atos normativos (disposições, textos, prescrições), chega-se à determinação de seu teor normativo. A norma é feita pelo intérprete, a partir dos enunciados, desvencilhando-se de seu invólucro (o texto), produzindo-se, assim, a regra normativa.

Müller (2000, p. 53-54) informa a diferença entre norma e texto, afirmando que ambos não são sinônimos, como quer acreditar a teoria conservadora. Texto, no seu entender, é apenas a ponta do *iceberg*, diferente de norma que é todo o volume oculto que dá base àquele texto. Encontrar esse volume e suas várias maneiras possíveis de interpretação é o trabalho do intérprete, que alcançará no texto a forma que limita as possibilidades de realização material do arcabouço constitucional.

A propósito, Müller (2009, p. 305.) esclarece que a teoria estruturante do Direito trata de uma nova concepção da Teoria do Direito, resultando um conceito pós-positivista da norma jurídica, sendo que esta não se acha já acabada nos textos legais, uma vez que nestes se encontram os enunciados normativos. A norma só será editada em cada caso concreto, através de uma decisão judicial.

Define-se que

A norma jurídica é o resultado da atividade de construção de sentidos por parte do operador do direito. Os signos colocados no texto, nos enunciados, servem de base para que o intérprete construa significações, para que ele molde a norma a ser aplicada. Os textos, de uma forma geral, não revelam sentidos prontos e acabados. Os textos são suportes para a construção de sentidos. Não é diferente com os textos jurídicos, também chamados de direito positivo, textos positivados, enunciados prescritivos etc. (VILLAS-BOAS, 2011, p. 389).

“Texto, assim, é o enunciado linguístico, o comando normativo dotado de signos.” (VIANNA, 2010, p. 119), o qual produzirá efeitos se e quando ocorrer a hipótese de fato prevista no texto. Ocorrida esta, deverá surgir a norma jurídica que terá incidência na situação fática relacionada. O texto seria, nesse contexto, a norma jurídica geral e abstrata. A norma jurídica, em sentido estrito, seria aquela individual e concreta, que conforma o fato verificado.

Como se sabe, o Direito não existe por si só. Ele subsiste na sociedade. A sua causa se encontra nas relações vitais, nos acontecimentos mais consideráveis para a vida em sociedade. Esta é fonte que cria e local onde o Direito age, seu foco de afluência. O Direito visa a regulamentar as relações intersubjetivas, dando-lhes segurança, estabilidade e previsibilidade.

Ao existir em função da sociedade, o Direito reflete os fatos sociais, que representam, segundo Durkheim (2006, p. 33), “maneiras de agir, de pensar e de sentir exteriores ao indivíduo e dotadas de um poder coercivo em virtude do qual se lhe impõem.”. O Direito, como meio de ajuste social, não pode se conduzir alheio a esses fatos. As normas jurídicas devem se encontrar em conformidade com as manifestações do povo.

A conduta humana no meio social é o objeto das normas jurídicas. As normas regulamentam as relações na sociedade. Os comportamentos intersubjetivos são uma constante preocupação da linguagem normativa, em seus diferentes compartimentos. As relações sociais trabalham de forma dinâmica provocando uma semiose constantemente. Os intérpretes das normas verificam se as condutas sociais coincidem com as referências inseridas nas proposições chamadas antecedentes das normas jurídicas. Quando a subsunção acontece, fala-se que ocorreu a incidência da norma.

Segundo o entendimento de Carvalho (2000, p. 8),

A norma jurídica é a significação que obtemos a partir da leitura dos textos de direito positivo. Trata-se de algo que se produz em nossa mente, como resultado da percepção do mundo exterior, captado pelos sentidos. [...] A norma jurídica é exatamente o juízo (ou pensamento) que a leitura do texto provoca em nosso espírito. Basta isso para nos advertir que um único texto pode originar significações diferentes, consoante as diversas noções que o sujeito cognoscente tenha dos termos empregados pelo legislador.

Em uma determinada ordem jurídica, a linguagem que informa a respeito do que se está falando é a do fato jurídico, sendo tal linguagem com aptidão para instituir os fatos sociais em jurídicos.

Bobbio (2008, p.74), assim se manifesta:

Quando dizemos que uma norma jurídica é uma proposição, queremos dizer que é um conjunto de palavras que têm um significado. [...] a mesma proposição normativa pode ser formulada com enunciados diversos. O que interessa ao jurista, quando interpreta uma lei, é o seu significado. Como uma proposição em geral pode ter um significado, mas ser falsa, também uma proposição normativa pode ter um significado e ser – não digamos falsa – mas, [...], inválida ou injusta. Também para as proposições normativas, o critério de significância pelo qual se distinguem as proposições propriamente ditas de um conjunto de palavras sem significados se diferencia do critério de verdade ou validade, pelo qual se distinguem proposições verdadeiras e válidas de proposições falsas ou inválidas.

Essa distinção é importante para a interpretação jurídica visto que esta, de modo singelo, nada mais é do que uma compreensão do significado dos textos, que na sua corporificação

transforma-se em norma jurídica. Ou seja, o intérprete alcança o sentido do texto transformando-o em norma na sua atividade compreensiva de identificação do significado de algo.

Assim, dada à amplitude dos fatos postos à frente do exegeta, a interpretação geralmente é feita de modo a selecionar todos os fatos que dizem respeito à norma que será analisada. O intérprete não trabalha com fatos brutos, mas construídos. E a sua construção está pautada em determinados parâmetros.

Importante aqui a distinção de Habermas (1994, p. 117) entre fatos e objetos da experiência: “Os fatos seriam os enunciados linguísticos sobre as coisas e os acontecimentos, sobre as pessoas e suas manifestações. Os objetos da experiência são aquilo acerca do que fazemos afirmações, aquilo sobre que emitimos enunciados.”.

A construção “desses segmentos linguísticos com sentido completo pressupõe um processo seletivo, com a eleição dos traços julgados mais relevantes para a identificação do objeto da experiência, refletindo não o real, mas um ponto de vista sobre o real, como salienta Samira Shalub (CHALHUB, Samira. *Funções da linguagem*. São Paulo: Ática. 1991).” (CARVALHO, 2004, p. 92).

A importância dos fatos para a interpretação foi muito bem sentida por Pontes de Miranda (1954, p. 20) ao afirmar que o suporte factual que está no mundo “[...] não entra [...], todo ele. [...] despe-se de aparências, de circunstâncias, de que o direito abstraiu; e outras vezes se veste de aparências, de formalismo, ficando estranhas a ele, para poder entrar no mundo jurídico.”. No presente ponto, arremata Arthur Kaufmann (*apud* ÁVILA, 2009, p. 99): “não se interpreta a norma e depois o fato, mas o fato de acordo com a norma e a norma de acordo com o fato, simultaneamente.”.

Não há uma interpretação dos textos com posterior interpretação dos fatos, numa operação equivocada de subsunção. No presente ponto, a observação de Grau (2009, p. 10) é meritória:

O intérprete discerne o sentido do texto a partir e em virtude de um determinado caso dado; a interpretação do direito consiste em concretar a lei em cada caso, isto é, na sua aplicação [Gadamer]. Assim, existe uma equação entre interpretação e aplicação: não estamos, aqui, diante de dois momentos distintos, porém frente a uma só operação [Marí]. Interpretação e aplicação consubstanciam um processo unitário [Gadamer], superpondo-se.

Mas não fica apenas aqui a interpretação, numa mera compreensão dos textos e dos fatos. Vai além, pois, partindo-se dessa correlação, constrói normas que devem ser ponderadas para a solução de casos concretos e se finda com uma determinada solução presente geralmente numa decisão judicial, que dita o direito. Daí se afirmar, em suma, que Direito não é problema apenas de interpretação, mas de qualificação, de relevância e de prova. No entanto, na esteira deste trabalho, ater-se-á apenas ao problema da interpretação.

Diante do apresentado, pode-se afirmar que a interpretação do Direito tem caráter constitutivo e não meramente declaratório. É dizer, a interpretação não pode ser considerada como uma mera descrição do significado de um texto mesclado com um fato, mas uma construção, ainda que atrelada a uma moldura previamente fixada pelo Direito, até porque todo texto possui traços de significado mínimos incorporados ao uso da linguagem, de modo que não se pode deles afastar-se completamente. Logo, o intérprete está sempre reconstruindo sentidos, consistindo nesse reconstruir o sentido de interpretação.

Nesse ponto, a posição interpretativa de Kelsen (2009, p. 396) assume coró quando afirma inexistir uma única resposta correta, uma vez que a atuação do intérprete se dá sempre diante de um plexo de opções, de modo que a escolhida seja a mais suportada pelo direito ou a mais adequada, no dizer igual de Larenz (2005).

Por isso se afirma que interpretar é escolher um entre várias interpretações possíveis, podendo a interpretação eleita nem sempre ser a mais correta, na visão de quem a analisa, até porque a ideia abstrata do justo não comporta uma única solução.

A solução dada pelo direito é sempre dinâmica, até porque o direito, na visão de Grau (2009, p. 59), “é um organismo vivo, peculiar, porém, porque não envelhece, nem permanece jovem, pois é contemporâneo à realidade. O direito é um dinamismo.”

E aqui a peculiaridade da interpretação, pois sempre se adapta à realidade e aos seus conflitos, corroborando a tese acima de que não existe a única solução plausível, mas uma mais consentânea com a realidade dos fatos e das normas, aliada a uma conjuntura de fatores que interferem na interpretação e na construção do Direito.

Por fim,

Dessa distinção entre texto e norma sobressai a figura do intérprete, a quem cumpre fazer a ponte entre esses dois elos. O papel do intérprete é de suma importância, porquanto poderá formular a norma segundo a carga de conhecimento, de cultura, de

vivência e, até mesmo, da ideologia que professe. Não se está dizendo, com isso, que tenha absoluta liberdade para declarar a norma, a ponto de poder até mesmo negá-la, mas que, com base nas limitações do próprio texto e do sistema, poderá realizar, em cada texto em forma de crisálida, a metamorfose da norma, tal qual a da borboleta (GEBRAN NETO, 2002, p. 67).

Tal atividade é por demais relevante no Direito, porque as palavras não são geralmente evidentes, unívocas, mas, na sua maioria, plurissignificativas, de modo que requerem sempre uma interpretação, não apenas pela sua ambivalência, mas porque são construídas e reconstruídas no emaranhado dos fatos que o direito visa a ordenar, de modo a existir uma relação constitutiva de sentidos à medida em que se interpreta os fatos.

3 A SISTEMATIZAÇÃO DA INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

A hermenêutica jurídica é uma disciplina de real importância e interessa àqueles que se proponham a entrar no mundo do Direito, uma vez que a aplicação das normas jurídicas não prescinde da interpretação.

A palavra hermenêutica provém do grego, *Hermeneúein*, e significa revelar, traduzir, compreender e interpretar, e deriva de *Hermes*, deus da mitologia grega, filho de Zeus e de Maia, considerado o intérprete da vontade divina, o qual tinha a incumbência de levar as mensagens dos deuses aos homens, esclarecendo-as, fazendo o papel de intérprete. Habitando a terra, era um deus próximo à humanidade, o melhor amigo dos homens (NADER, 2011, p. 252)

Trata-se da ciência que estabelece as regras e os métodos que servirão de uso na interpretação da norma, objetivando-lhe determinar o sentido real esperado pelo ordenamento jurídico em que se encontra incluída tal norma jurídica.

“A Hermenêutica Jurídica tem por objeto” o exame das normas prescritivas (regras e princípios) do Direito, estabelecendo seu “sentido e alcance do Direito.” (MAXIMILIANO, 1991, p. 1).

A hermenêutica é o caminho, o elo que traz coesão e que faculta o processo de comunicação entre a lei e o intérprete.

Nas palavras de Bastos [2002, p. 33-34, *passim*], a hermenêutica se trata de conjunto de regras sobre regras jurídicas, de seu alcance, sua validade, investigando sua origem e seu desenvolvimento, etc., preordenando-se a uma atividade ulterior de aplicação, existindo autonomamente do uso que depois se vai fazer deles. Conclui afirmando que a hermenêutica é a responsável pelo fornecimento de subsídios e de regras utilizados na atividade interpretativa (CHAMONE, 2006).

A definição de hermenêutica foi assim delineada:

A hermenêutica tem por objeto investigar e coordenar por modo sistemático os princípios científicos e leis decorrentes, que disciplinam a apuração do conteúdo, do sentido e dos fins das normas jurídicas e a restauração do conceito orgânico do direito, para efeito de sua aplicação e interpretação; por meio de regras e processos especiais procura realizar, praticamente, estes princípios e estas leis científicas; a aplicação das normas jurídicas consiste na técnica de adaptação dos preceitos nelas contidos assim interpretados, às situações de fato que se lhes subordinam (RÁO, 1952, p. 542).

No mundo jurídico, hermenêutica e interpretação são exemplos de entrelaçamento entre aplicações e princípios. Enquanto que a hermenêutica tem base teórica e constitui princípios, mecanismos, preceitos, informação geral, a interpretação é prática, aplicando tais orientações. Não são semelhantes tais conceitos, apesar de muito frequentemente haver o uso indiscriminado de ambos. A interpretação utiliza-se dos ensinamentos da hermenêutica. A hermenêutica tem como foco o estudo e a sistematização de critérios aplicáveis na interpretação das regras legais.

Afirma-se, metaforicamente, que interpretação e hermenêutica reproduzem as duas faces de uma mesma moeda, pois embora distintos os conceitos, acham-se interligadas.

Gadamer retoma a ideia circular de Heidegger do processo de entendimento em geral, para narrar o modelo de que a Hermenêutica Jurídica se socorre no que tange à interpretação e aplicação de textos normativos vinculadores, o denominado círculo hermenêutico:

Quem quiser compreender um texto, realiza sempre um projetar. Tão logo apareça um primeiro sentido no texto, o intérprete prelineia um sentido do todo. Naturalmente que o sentido somente se manifesta porque quem lê o texto lê a partir de determinadas expectativas e na perspectiva de um sentido determinado. A compreensão do que está posto no texto consiste precisamente na elaboração desse projeto prévio, que, obviamente, tem que ir sendo constantemente revisado com base no que se dá conforme se avança na penetração do sentido (GADAMER, 2007, p. 356).

Assim, os estudos da hermenêutica levam a compreender a diferença entre norma e texto, sendo aquela resultante da interpretação deste, bem como permite diferenciar interpretação de aplicação. Quanto à diferença entre os primeiros, passou-se de uma concepção objetivista, que encarava a norma como alguma coisa extraída do texto, em seu estado pronto e acabado, para uma concepção subjetivista, em que é imprescindível o papel do intérprete na feitura da norma jurídica, que não é tirada simplesmente, mas moldada pelo sujeito.

Mesmo que o texto não apresente dúvidas de qualquer espécie, é necessária a atividade interpretativa por outras razões. Ao intérprete cabe ser a ponte entre o que está para ser interpretado (aquilo que é objeto da interpretação) e os destinatários da referida interpretação.

Mas, o que significa interpretar algo?

Interpretar é a ação de esclarecer o sentido de alguma coisa. É tornar claro o significado de uma enunciação verbal, de um gesto ou postura. Busca-se o sentido real das coisas e, para tanto, o sujeito se esmera em diversos recursos, observa os elementos, recorre aos conhecimentos da lógica, da área psicológica e de definições técnicas, com o objetivo de revelar a mensagem.

O intérprete decodifica, percorrendo contrariamente à via seguida pelo codificador. Trata-se a interpretação de um ato de inteligência, conhecimento da realidade e sensibilidade.

No entendimento de Nader, para a formação do intérprete são exigíveis algumas qualidades como conhecimento técnico, probidade, serenidade, equilíbrio e diligência. O autor continua explicando. Em suas palavras,

Além dessas qualidades, o intérprete deve possuir curiosidade científica, interesse sempre renovado em conhecer os problemas jurídicos e os fenômenos sociais. Precisa estar em permanente vigília, atento à evolução do Direito e dos fatos sociais. Deve ser um pesquisador, pois ninguém conhece o suficiente, em termos de ciência. Não se deve prender definitivamente a velhas concepções. O intérprete necessita de um espírito sempre aberto, preparado para ceder diante de novas evidências. O conhecimento do Direito é essencial, bem como o da organização social, com seus problemas e características (NADER, 2011, p. 262).

O labor hermenêutico deve se encontrar o mínimo possível sujeito à ideia ou ao capricho pessoal daquele que interpreta, fixando nos métodos e em julgamentos objetivos o mecanismo de superação dessas mudanças individuais do intérprete.

Por outro lado, o processo de feitura das normas resulta na interferência criadora, valendo-se de princípios gerais ou de fatos retirados da realidade para complementar e desenvolver dados normativos primários, visando a obter uma norma decisória do caso concreto.

Diz-se que

É imprescindível que se reconheça a existência de limites para a atividade interpretativa, e eles são fundamentalmente dois: a) a realidade fática, porque não há como modificá-la,

devendo o intérprete reconhecer essa limitação como forma de fazer uma interpretação possível e adequada; b) o princípio da legalidade, impondo o respeito ao próprio texto constitucional e estabelecendo segurança aos cidadãos (GEBRAN NETO, 2002, p. 71).

O intérprete, ao declarar o sentido dos textos da área jurídica, não se torna mero repetidor da inicial vontade do legislador, pois a dinâmica da vida, e do Direito em particular, desafia a necessidade de se ajustar as velhas concepções aos tempos modernos.

Não é demais falar que o Direito é comunicação na sociedade, obra do homem, que procura manifestar ideias em palavras, visando a tornarem-se significativas, sujeitando-se a diversas compreensões e sentidos.

Nesse sentido, se enuncia que “[...] todo objeto hermenêutico é uma mensagem promanada de um emissor para um conjunto de receptores ou destinatários.” (SOARES, 2015, p. 33).

Importante ponto a assinalar é se existe um método interpretativo de modo a guiar o jurista a agir com segurança toda vez que se põe frente a uma situação que demande habilidades interpretativas. De outro modo, como a norma é destinada a todos, por seu cunho de generalidade, lógico reconhecer que todos precisam necessariamente interpretá-las.

Uma das finalidades consiste também em evitar o decisionismo, muito claro no AgReg em ERESP n.º 279.889-AL, quando o Relator, Min. Humberto Gomes de Barros, pronuncia:

Não me importa o que pensam os doutrinadores. Enquanto for Ministro do Superior Tribunal de Justiça, assumo a autoridade da minha jurisdição. O pensamento daqueles que não são Ministros deste Tribunal importa como orientação. A eles, porém, não me submeto. Interessa conhecer a doutrina de Barbosa Moreira ou Athos Carneiro. Decido, porém, conforme minha consciência. Precisamos estabelecer nossa autonomia intelectual, para que este Tribunal seja respeitado. É preciso consolidar o entendimento de que os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Humberto Gomes de Barros decidem assim, porque pensam assim. E o STJ decide assim, porque a maioria de seus integrantes pensa como esses Ministros. Esse é o pensamento do Superior Tribunal de Justiça, e a doutrina que se amolde a ele. É fundamental expressarmos o que somos. Ninguém nos dá lições. Não somos aprendizes de ninguém. Quando viemos para este Tribunal, corajosamente assumimos a declaração de que temos notável saber jurídico – uma imposição da Constituição Federal. Pode não ser verdade. Em relação a mim, certamente, não é, mas, para efeitos constitucionais, minha investidura obriga-me a pensar que assim seja.

O exegeta, em sua atividade, pode chegar a três caminhos diferentes (quanto ao resultado), depois da interpretação das expressões jurídicas. São elas: a) Interpretação Declarativa,

em que as palavras são dosadas com adaptação aos sentidos que a lei deseja imprimir. As palavras dizem, com exatidão, o espírito da lei; b) Interpretação Restritiva, quando o legislador não andou bem ao formular o ato normativo, falando mais do que queria dizer, devendo o intérprete eliminar a amplitude dos vocábulos; e c) Interpretação Extensiva, em que o legislador se utilizou com erro dos termos, dizendo menos do que desejava declarar, permitindo ao intérprete alargar o foco de incidência normativa, com referência aos seus termos.

Continuando, *quanto à fonte*, a interpretação do Direito pode se dá de três formas: autêntica, doutrinária e judicial.

A interpretação autêntica, costumada a ser chamada também de legislativa, é a oriunda do próprio poder com competência para a produção do ato interpretado, ou seja, emanando-se do Executivo, por Decreto ou Medida Provisória, essa interpretação será a que for feita por um novo Decreto ou Medida Provisória, dando esclarecimentos sobre o teor do ato editado anteriormente.

Se o ato objeto da interpretação foi uma lei, caberá à casa legislativa a explicação. Procedendo-se dessa maneira, há a retroatividade ao começo de vigência do conteúdo interpretado. Caso tenham ocorrido modificações no texto anterior, estas não poderão ser empregadas de forma retroativa, com exceção de situações já estipuladas em nosso ordenamento. Sobre isso, já se posicionou o Pleno do Supremo Tribunal Federal, conforme Acórdão publicado na Revista Trimestral de Jurisprudência, v. 145, Brasília, DF, v. 145, p. 463, ago. 1993:

É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. As leis interpretativas – desde que reconhecida a sua existência em nosso sistema de direito positivo – não traduzem usurpação das atribuições institucionais do judiciário e, em consequência, não ofendem o postulado fundamental da divisão funcional do poder. Mesmo as leis interpretativas, expõem-se ao exame e à interpretação dos juízes e tribunais. Não se revelam, assim, espécies normativas imunes ao controle jurisdicional.

A interpretação doutrinária é aquela encontrada em obras científicas, em tratados qualificados, em pareceres de juristas e em livros de mestres do Direito.

Hans Kelsen (*Reine rechtslehre*. Auflage. Leipzig um Wien, 1934, p. 94, *apud* Bonavides (1993, p. 367) ensina que

Caso se compreenda por “interpretação” a averiguação do sentido da norma aplicável, o produto dessa atividade não pode ser outro senão a identificação do quadro que a norma, objeto da interpretação, representa, e com isso o reconhecimento de várias possibilidades contidas no interior desse quadro. A interpretação de uma lei não deve conduzir, de necessidade, a uma só decisão certa, mas possivelmente a várias. E todas, desde que se possam aferir pela norma a interpretar, são de igual valia, posto que apenas uma, no ato da decisão judicial, venha a positivar-se.

A interpretação judicial, também chamada jurisprudencial, é aquela feita pelos Juízes ou Tribunais. O Juiz declara o sentido e o limite contidos na norma, dando aos textos sob exame interpretação atualizada, proibindo-lhe mudar o critério do legislador pelo seu individual. Nesse ponto, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, do Superior Tribunal de Justiça, assim diz em julgamento: “Se o juiz não pode tomar liberdades inadmissíveis com a lei, julgando *contra legem*, pode e deve, por outro lado, optar pela interpretação que mais atenda às aspirações da Justiça e do bem comum.” (**Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, Ed. Superior Tribunal de Justiça, ano 26, n. 235, jul.-set.- 2014).

O trabalho exegético deve considerar todo o acervo normativo que diz respeito a um assunto. Considera-se anticientífico o procedimento feito pelo intérprete, ausente a visão do conjunto de lei e de outros dispositivos legais referentes à matéria, ao interpretar artigos de forma isolada, correndo o risco de auferir resultados não verdadeiros.

Na hermenêutica moderna, o elemento teleológico exerce um papel de grande importância. Sabe-se que tudo o que o ser humano faz é em função de um objetivo a ser atingido. O texto legal é criação humana e está nela contida uma ideia de fim a ser buscado. Esse elemento investiga os fins que a lei busca alcançar. Os interesses da sociedade a proteger, dar inspiração na elaboração dos textos legislativos.

Nesse sentido, corrobora Nader (2011, p. 280):

A ideia do fim não é imutável. O fim não é aquele pensado pelo legislador, é o fim que está implícito na mensagem da lei. Como esta deve acompanhar as necessidades sociais, cumpre ao intérprete revelar os novos fins que a lei tem por missão garantir. Esta evolução de finalidade não significa ação discricionária do intérprete. Este, no afã de compatibilizar o texto com as exigências atuais, apenas atualiza o que está implícito nos princípios legais. O intérprete não age *contra legem*, nem subjetivamente. De um lado tem as coordenadas da lei e, de outro, o novo quadro social e o seu trabalho se desenvolve no sentido de harmonizar os velhos princípios aos novos fatos.

No ato de interpretar, procura-se tornar vivos os fins que ocasionaram a edição da lei, revelando a *mens legis*.

Com o desenvolvimento da teoria da interpretação, demonstrou-se o papel do intérprete, o qual deve valorar e decidir, escolhendo entre uma das respostas interpretativas possíveis.

A norma não vem antes da interpretação, mas decorre desta, sendo edificada a começar dos elementos contidos no texto da lei e de toda a ordem jurídica.

Têm as Supremas Cortes (Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça) o poder de dar sentido ao direito, desvendando a interpretação certa do texto da lei, sendo que as suas decisões devem ser legitimadas por fundamentos racionais aceitáveis por toda a comunidade jurídica e pela sociedade. Nesse sentido, o direito passa a ser interpretação e exercício argumentativo.

No momento em que as decisões dessas Cortes informam o sentido ao Direito, otimizando-se a sua estabilidade e previsibilidade, tutelam-se a igualdade e a segurança jurídica, elaborando, assim, o precedente judicial, com a outorga de unidade ao ordenamento jurídico.

4 PRECEDENTE E JURISPRUDÊNCIA: DELIMITAÇÃO CONCEITUAL, DISTINÇÕES, *RATIO DECIDENDI* E TÉCNICAS DE REVISÃO

É certo que os sistemas do *commom law* e *civil law* nasceram em meio a situações políticas e culturais diferenciadas, ocasionando o surgimento de tradições jurídicas distintas, caracterizadas por elementos específicos de cada um.

A tradição jurídica do *civil law*, com forte influência da Revolução Francesa, descaracterizou-se com a evolução da sociedade. O magistrado, baseado na corrente positivista, antes vetado de interpretar a legislação, foi aos poucos trazendo para si essa função interpretativa, principalmente com as novas definições de Direito e da jurisdição, fundamentado pelas ideias do neoconstitucionalismo.

Com o neoconstitucionalismo e a atividade do Juiz por meio de efetivação das regras abertas, originou-se um modelo de Magistrado mais atento com o controle da constitucionalidade das leis no caso concreto e com a concretização dos direitos fundamentais. O princípio da legalidade, antes com fundamentação apenas formal, passa a ter uma configuração material, com aderência ao conteúdo da legislação. A lei deve ser aplicada em conformidade com os direitos fundamentais. Essa função exercitada pelo Juiz muito se confunde com o modelo do julgador da tradição do *common law*, a exemplo do Direito estadunidense e inglês.

Necessário entender que a segurança jurídica, muito forte no *civil law* por conta da estrita aplicabilidade da lei, não tem como se afastar do sistema de precedentes, sendo que casos iguais devem ser julgados do mesmo modo, dando racionalidade ao Direito. Esse sistema não é restrito ao desenvolvimento do Direito do *common law*. O poder dos precedentes obrigatórios é importante para manter coesão ao sistema jurídico, a isonomia, a estabilidade, a previsibilidade e a efetividade das decisões das Cortes Supremas.

O precedente obrigatório dar orientação aos jurisdicionados, informando-lhes como devem se conduzir, além de lhes dar a previsibilidade sobre as decisões judiciais, enaltecendo o princípio da segurança jurídica e a igualdade perante a lei.

A jurisdição, antes com a sua característica declaratória da vontade da lei, destina-se agora a levar o julgador a conformar todo o ordenamento jurídico aos direitos previstos na Constituição, fazendo valer a sua força normativa. Acrescenta-se que o Magistrado não pode agir como um simples servo do Poder Legislativo. Sua função judicial vai muito além, devendo adaptar as regras e os princípios às realidades sociais, com uma interpretação condizente com um modelo de efetivação concreta dos direitos.

Marinoni (2016, p. 60), nesse mesmo sentido acentua:

A dificuldade em ver o papel do juiz sob o constitucionalismo impede que se perceba que a tarefa do juiz do *civil law*, na atualidade, está muito próxima da exercida pelo juiz do *common law*. Ora, é exatamente a cegueira para a aproximação das jurisdições destes sistemas que não permite enxergar a relevância de um sistema de precedentes no *civil law*.

O que pode variar entre os dois sistemas é a importância que se confere à legislação codificada e a atividade que o Magistrado leva em conta ao interpretá-la. O Juiz tem a incumbência de preservar a coerência do Direito e de manter o respeito e a credibilidade do Judiciário perante a sociedade. Ele não soluciona o caso para si, mas para o cidadão, que ali aporta sua demanda. O julgamento do Juiz de piso deve respeitar a autoridade das decisões judiciais das cortes de vértice.

O Juiz brasileiro, de Primeira Instância, ao resolver os casos concretos, tem o poder de vetar a lei que está em desconformidade com a Constituição, na sua função de controle da constitucionalidade das leis. A última e definitiva palavra está reservada para o Supremo Tribunal Federal, guardião do texto constitucional. Isso o diferencia de muitos países da Europa Continental, em que tal atribuição não é conferida ao Juiz ordinário.

Interessante registrar que o Novo Código de Processo Civil Brasileiro (CPC), instituído pela Lei 13.105, de 2015, traz a tônica de respeitabilidade aos precedentes e uniformização de sua jurisprudência, de forma a racionalizar o sistema judicial, a partir da leitura e interpretação dos artigos 926 e 927 do CPC.

O CPC/2015 titubeia na utilização corrente de termos como “precedente”, “jurisprudência” e “súmula”, de forma atécnica e inadequada, por vezes. Há uma diferenciação entre essas expressões.

Inicia-se por definir o que seja um precedente. Trata-se de uma decisão judicial, prolatada em um processo prévio, que servirá como alicerce para formação de outro pronunciamento jurisdicional, que vem a ser posteriormente proferido. A decisão anterior que serviu de base é considerada um precedente.

Justifica-se também que uma decisão pronunciada por um Tribunal, nem sempre se considera um precedente. A resposta estatal deve transcender o caso particular, devendo gerar efeitos normativos para frente em casos análogos. Deve proporcionar um conteúdo com a característica de universalização e de dizer uma regra jurídica.

Assim se define:

Os precedentes [...] não se confundem também com as decisões judiciais. Isso porque as decisões judiciais, mesmo que exaradas pelos tribunais superiores ou Cortes Supremas, poderão não constituir precedentes. Neste sentido, duas razões podem ser indicadas para que nem toda decisão judicial seja um precedente: a) não será precedente a decisão que aplicar lei não-objeto de controvérsia, ou seja, a decisão que apenas refletir a interpretação dada a uma norma legal vinculativa pela própria força da lei não gera um precedente, pois a regra legal é uma razão determinativa, e não depende da força do precedente para ser vinculativa; b) a decisão pode citar uma decisão anterior, sem fazer qualquer especificação nova ao caso e, portanto, a vinculação decorre do precedente anterior, do caso-precedente, e não da decisão presente no caso-atual [...] Assim como, não será precedente, a decisão que apenas se limitar a indicar a subsunção de fatos ao texto legal, sem apresentar conteúdo interpretativo relevante para o caso-atual e para os casos-futuros (ZANETI JÚNIOR, 2015, p. 328-329).

O precedente constitui a decisão primeira que formaliza a tese/fundamentação jurídica, delineando-a de forma definitiva, tornando-a clara. Os precedentes devem ser considerados fonte primária do direito, com caráter vinculativo.

A forma de decisão a partir de precedentes, utilizando-os como fundamentos argumentativos, constitui alicerce das tradições jurídicas anglo-saxônicas, com adesão ao

sistema do *common law*. No caso brasileiro, tem-se um sistema híbrido, com a feitura de decisões judiciais baseadas em precedentes, com adaptação ao ordenamento previsto no *civil law*. O Brasil é historicamente arraigado ao sistema jurídico romano-germânico, com feição de *civil law*.

O ordenamento jurídico brasileiro tem conhecimento de duas formas de precedentes (vinculantes e não vinculantes, estes últimos também conhecidos como persuasivos). Os primeiros se prestam a garantir que casos similares tenham julgamentos iguais, com eficácia vinculativa, dando vazão aos princípios da igualdade e da segurança jurídica, como antes falado.

Ressalta-se o aspecto caracterizador do precedente, de roupagem grandemente coercitiva, extraindo-se daí o *stare decisis*, dando a conotação de que a decisão antecedente cria o Direito, impondo aos Juízes a obrigação de se conduzir, nos casos posteriores, observando os julgamentos já prolatados em situações pretéritas parecidas.

Sendo precedente persuasivo, nenhum juiz tem a obrigação de segui-lo, não tendo eficácia vinculante. Se o utiliza como precedente é porque se convenceu de que está correto para o caso sob análise. Quanto mais elevado, em hierarquia, o órgão prolator da decisão, maior poder persuasivo terá.

Para compreender melhor o sistema de precedentes, necessário estabelecer uma diferenciação entre estes e a jurisprudência, aqui exemplificando o artigo 926 do CPC, que dispõe: “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.”.

Conceitua-se jurisprudência como várias decisões judiciais, prolatadas pelos Tribunais, sobre um determinado tipo de questão, no mesmo sentido. Ela é constituída por precedentes vinculantes e de persuasão, que são empregados como fundamentação jurídica em outros feitos, e também formada de simples decisões reiteradas.

O precedente é objetivo, pois se reporta a uma decisão que vai servir de suporte para decisão de outras ações. A jurisprudência, no entanto, tem um caráter abstrato, não estando configurada de modo objetivo em julgamento algum, pois extraída da interpretação e aplicação pelo Tribunal de uma similar matéria jurídica, de forma majoritária em relação ao seu entendimento.

Nesse sentido, constata-se uma diferença quantitativa importante entre os dois institutos. O precedente é uma decisão judicial, que foi prolatada em um caso, servindo de diretriz para casos análogos futuros. A jurisprudência, de outro modo, é uma gama reiterada de decisões judiciais, com um entendimento linear e constante sobre determinado tipo de matéria, dando azo a demonstrar o pensamento do Tribunal sobre a interpretação da norma jurídica.

A jurisprudência dos Tribunais necessita ter os seguintes caracteres, na forma do art. 926 do CPC: estabilidade, integridade e coerência.

Com o requisito da estabilidade, visa-se a impedir que os Tribunais decidam de qualquer jeito, abandonando ou alterando sem qualquer fundamentação plausível suas decisões anteriores e consolidadas sobre determinada matéria, sob pena de ferir os princípios da segurança jurídica e da isonomia. O Tribunal deve respeitar a sua jurisprudência, os seus precedentes. Isso não quer dizer que essa jurisprudência não possa ser alterada. Caso não se ajuste mais à realidade social e com a exigência de uma fundamentação adequada, pode ocorrer a sua modificação, na forma do art. 927, § 4.º, do CPC.

O pressuposto da integridade diz respeito à historicidade das decisões prolatadas pelo Tribunal referente à mesma questão jurídica, considerando-se todas as razões não acolhidas e aceitas na interpretação e aplicação dos julgados que envolvem a mesma matéria.

A coerência se relaciona com o tratamento isonômico que é exigido na resolução de casos análogos, de forma a impedir os Tribunais de decidirem de forma contraditória às decisões que antecederam, com exceção das técnicas de distinção ou superação dos precedentes, dispostas no art. 489, § 1.º, VI, do CPC. Há uma obrigação de respeito aos próprios precedentes.

A jurisprudência predominante pode ser transformada em um enunciado de súmula, tradicionalmente chamada de súmulas, que é o resultado de um precedente que se constituiu em uma jurisprudência majoritária, ou seja, é uma síntese da jurisprudência que predomina no Tribunal. Adquire o nome de súmulas por advir de um órgão fracionário de determinada Corte. O Tribunal, ao verificar já ter constituído um entendimento majoritário, firme e constante acerca de certa matéria jurídica, formaliza essa construção mediante um verbete de súmula (art. 926, § 1.º, CPC), materializando objetivamente a jurisprudência dominante naquele sentido.

Não se permite informar apenas o enunciado da súmula, mas de igual modo as decisões judiciais oriundas dos processos em que tal assunto foi discutido e decidido (referência

aos precedentes anteriores), possibilitando o conhecimento das circunstâncias que conduziram à construção daquele verbete e as razões jurídicas que alicerçaram tal entendimento. Esse requisito está disposto no art. 926, § 2.º, do CPC, que diz: “Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação”.

Somente dessa forma haverá a possibilidade de se demonstrar o alcance certo da norma jurídica que se pretendeu arrematar no enunciado sumular.

Cumprir registrar que os Regimentos Internos dos Tribunais devem prever um procedimento para construção de súmulas, bem como a sua alteração e eventual cancelamento, com a previsão de realização de audiências públicas e intervenção do *amicus curiae*, de forma que haja o contraditório substancial a respeito da rediscussão da regra jurídica firmada, nos termos do art. 927, § 2.º, do CPC.

Sem o desejo de aprofundar sobre o assunto, forçoso determinar a diferença entre súmula vinculante e demais enunciados de súmulas das Cortes.

A súmula vinculante está prevista no art. 103-A, da Constituição Federal, dando legitimidade ao Supremo Tribunal Federal, de ofício ou a requerimento, para aprovar súmulas que terão efeito vinculante aos órgãos do Poder Judiciário e à administração pública direta e indireta, nos âmbitos federal, estadual, municipal e distrital, de forma que esses entes judiciários e administrativos não podem decidir em desconformidade com as referidas súmulas. São, pois, de aplicação obrigatória, não podendo deixar de aplicá-las e decidir de forma desigual.

Tais súmulas vinculantes devem preencher alguns requisitos dispostos na Constituição (art. 103-A, § 1.º), tais como: controvérsia atual entre os órgãos entre si, grave insegurança jurídica e de importante multiplicidade de processos que envolvem a mesma questão de Direito.

Os enunciados de súmula, chamados persuasivos, não possuem eficácia vinculante, sendo simplesmente argumentativos, permitindo aos juízes decidirem legitimamente de modo diferente, desde que o faça de forma fundamentada, justificando o não emprego do enunciado sumular.

Quando um precedente é reiteradamente utilizado, transforma-se em jurisprudência, que se predominante na Corte, pode resultar na emissão de um enunciado de súmula.

Outrossim, o Juiz, ao solucionar uma causa, dá azo a duas normas jurídicas, uma de amplitude geral e outra de forma individual.

Afirma-se norma geral porque o princípio jurídico que se extrai de um caso específico pode ser utilizado em outras circunstâncias concretas semelhantes àquele anteriormente formado.

A norma geral, assentada pela jurisprudência, denomina-se de *ratio decidendi* (também chamada de *holding* no direito estadunidense), que se encontra fincada na motivação da decisão. Representa as razões jurídicas e substanciais que dão base à decisão (fundamentos determinantes), devendo ter a sua interpretação e compreensão no exame do caso concreto.

Necessário registrar que o precedente judicial é formado por duas partes: as circunstâncias fáticas que nutrem a controvérsia e a tese ou razão jurídica (denominada de *ratio decidendi*) figurada na fundamentação da decisão.

Tucci (2004, p. 175), sobre a *ratio decidendi*, afirma:

[...] constitui a essência da tese jurídica suficiente para decidir o caso concreto [...]. É essa regra de direito (e, jamais de fato) que vincula os julgamentos futuros *inter alia*. [...] Cumpre esclarecer que a *ratio decidendi* não é pontuada ou individuada pelo órgão julgador que profere a decisão. Cabe aos juízes, em momento posterior, ao examinarem-na como precedente, extrair a “norma legal” (abstraindo-a do caso) que poderá ou não incidir na situação concreta. [...] A submissão ao precedente, comumente referida pela expressão *stare decisis*, indica o dever jurídico de conformar-se às *rationes* dos precedentes [...].

Nesse mesmo diapasão, assume a *ratio decidendi* a feição de uma escolha hermenêutica, com diretriz universal, repercutindo-se sobre todos os casos posteriores, aos quais são pertinentes, disciplinando-os.

O que dá eficácia vinculante a um precedente são os fundamentos determinantes (tradicionalmente chamados de *ratio decidendi*) do decisório judicial colegiado, que tenham tido guarida ao menos pela maioria que integra a turma julgadora e que tenham passado pelo crivo do contraditório prévio e substancial.

Os fundamentos não determinantes da decisão, ou melhor, prescindíveis para o deslinde do conflito e que também contribuem para o resultado revelado na parte dispositiva, são chamados de *obiter dictum* ou *dictum*, não possuindo efeito vinculante. O *obiter dictum*,

apesar de não servir como precedente vinculante em caso similar, não é desprezível, podendo orientar um futuro julgamento da Corte, como argumento persuasivo. Trata-se de uma simples opinião ou juízo acessório, dita de passagem no texto.

Por outro lado, a norma individual se encontra presente na parte dispositiva do decisório e rege apenas aquele caso concreto apreciado pelo Juiz, onde este vai dispor se julga procedente ou improcedente o pedido formulado. Caracteriza-se também pelo fato de ficar protegida pela coisa julgada material.

Cumprе ressaltar o seguinte pensamento:

A percepção de que o magistrado, ao apreciar uma demanda, (re) constrói duas normas jurídicas é fundamental para que se possa entender, em primeiro lugar, a diferença entre o efeito vinculante do precedente – na verdade, da *ratio decidendi* contida num precedente –, [...], e o efeito vinculante da coisa julgada *erga omnes*, presente em determinadas situações [...].

[...], é imprescindível perceber que a fundamentação da decisão judicial dá ensejo a dois discursos: o primeiro, para a solução de um determinado caso concreto, direcionado aos sujeitos da relação jurídica discutida; o outro, de ordem institucional, dirigido à sociedade, necessariamente com eficácia *erga omnes*, para apresentar um modelo de solução para outros casos semelhantes àquele (MITIDIERO, 2012, p. 61-69, *passim*).

A norma geral assentada pelo precedente constitui um efeito secundário do decisório, com efeito *erga omnes*, não dependente de manifestação jurisdicional nesse sentido.

Considerando que o Código de Processo Civil/2015 adotou a teoria dos precedentes obrigatórios, de igual modo recepcionou as técnicas de sua revisão, compondo o que se chama de dinâmica do precedente, preconizada no instituto da distinção (termo inglês: *distinguishing* ou *distinguish*) e da superação (locução inglesa: *overruling*).

Todo ordenamento baseado em precedentes necessita, para um regular funcionamento, estar atento para a constante mudança do pensamento jurídico, de forma que se preveja a existência de distinções e superações.

Diz *distinguishing* na situação analisada em que há distinção entre o caso concreto atual e o caso paradigma, não coincidindo os fatos essenciais discutidos e os que foram utilizados para dar sustentação à *ratio decidendi* ou tese jurídica revelada no precedente.

Cabe ao Juiz, em sua análise, uma interpretação de forma restrita, por se convencer que as especificidades do caso concreto vetam o emprego da regra jurídica exposta no

precedente, podendo julgar o caso de forma livre, sem eficácia vinculativa. Incide aí o que se chama de *restrictive distinguishing*. O Magistrado, estendendo à hipótese sob exame igual solução jurídica dos casos anteriores, por achar aplicável, recai naquilo comumente chamado de *ampliative distinguishing*.

Claro que é necessário, em qualquer situação, o julgador expor os motivos pelos quais decidiu, com uma correta interpretação da lei conformando-a ao texto constitucional e a verificação das hipóteses fáticas.

Didier Júnior, Braga e Oliveira (2015, p. 491) explicam:

Sendo assim, pode-se utilizar o termo “*distinguish*” em duas acepções: i) para designar o método de comparação entre o caso concreto e o paradigma (*distinguish*-método) – como previsto no art. 489, § 1.º, V, e 927, § 1.º, CPC; ii) e para designar o resultado desse confronto, nos casos em que se conclui haver entre eles alguma diferença (*distinguish*-resultado), a chamada “distinção”, na forma em que consagrada no art. 489, § 1.º, VI, e 927, § 1.º, CPC.

Estando o caso *sub judice* a revelar alguma particularidade que o separa do paradigma, ainda assim se pode aplicar aquela *ratio decidendi*, pois não se exige identidade absoluta entre as circunstâncias fáticas, trazendo para o Juiz o trabalho de uma séria argumentação para comprovar tal hipótese.

O labor da técnica distintiva recai ao se aplicar qualquer precedente, sem exceção. O direito à distinção é decorrente do princípio da igualdade.

As técnicas de superação são duas, a saber: o *overruling* e o *overriding*. Acontece o primeiro quando se revela uma superação total do precedente, com a revogação do anterior, exigindo-se um poder maior de argumentação, com motivos até então não enfrentados. Pode ser de forma expressa, quando a Corte impõe expressamente uma nova orientação, revogando a anterior. Também de maneira tácita ou implícita, atribuindo uma orientação que contradiz com a anterior, conquanto não a afirme de forma expressa.

O ordenamento jurídico brasileiro não recepcionou a forma tácita, uma vez exigir motivação adequada e particular para a superação de um entendimento jurisprudencial, com base nos princípios da segurança jurídica, da igualdade e da proteção da confiança depositada no precedente (art. 927, § 4.º, CPC).

No *overriding* ocorre somente uma parcial superação do precedente, quando o Tribunal restringe o campo de sua incidência, por conta de outra regra ou princípio.

Enfim, essas duas técnicas são úteis para não se deixar petrificar o direito, descongestionando o sistema, mantendo-o atualizado, de forma a atender às mutações sociais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Tendo em vista o quanto acima exposto, ficou claro que a tarefa interpretativa envolve inegavelmente a atividade intelectual do intérprete, de modo que não pode haver a subsunção automática ou a correlação lógica entre fatos e norma, como se a aplicação normativa fosse tarefa simplista e de fácil resolução.

Viu-se também que todo sistema normativo abarca sentidos, porém o significado não importa num dado prévio, mas o respectivo resultado auferido do trabalho interpretativo. O intérprete extrai esses significados por meio de uma conduta compreensiva, aberta aos valores insertos na sociedade.

Não existem categorias lógicas, conceitos, fórmulas ou regras claras de aplicação da norma, de modo a afastar a atividade inventiva do intérprete, mas, por outro, reforça-se que há limites à interpretação, a fim de se evitar o decisionismo judicial ou a pura invenção, desapegada do sentido das normas.

Ficou demonstrado o quanto o tema da interpretação possui espaço para debate, além de ser bem recorrente na produção de normas jurídicas e no tema de precedentes, de modo que não se pode fazer a menor ideia do Direito sem perpassar pela sua produção, e esta última fortemente reside na forma de interpretação.

No sistema brasileiro, é função primordial do Poder Judiciário dar uma interpretação à Constituição, uniformizando a sua aplicação em todo o país, especialmente por meio das Cortes Supremas.

Não se justifica mais haver confusão entre texto e norma, de forma que impõe a necessidade de uma teoria interpretativa que possibilite estancar o campo de discricionariedade à disposição do intérprete.

O modelo de precedentes obrigatórios, a partir do Código de Processo Civil/2015, é imprescindível para corrigir as disfunções políticas (na seara do controle da constitucionalidade das leis e dos atos públicos) e também para garantir o papel dos princípios jurídicos, enquadrados como espécie normativa, dentro de uma concepção de um Estado democrático de direito constitucional.

Foi visto que a racionalidade do sistema é o motivo principal para uma teoria dos precedentes, devendo as Cortes Supremas (STF e STJ) assumirem a sua função de Tribunais de interpretação, dando sentido ao Direito Constitucional e Direito federal infraconstitucional, respectivamente, com a uniformização da jurisprudência, tutelando-se a isonomia e a segurança jurídica.

O Poder Judiciário brasileiro tem demonstrado uma preocupação pela resolução mais célere e eficaz das demandas levadas a ele e a utilização de precedentes possibilita um desenvolvimento mais otimizado, oferecendo um tratamento isonômico para as partes processuais em situações semelhantes, no que tange aos fatos principais.

Os Juízes e Tribunais emplacam uma salutar missão de auxiliar o Estado nesse procedimento especial e maduro de interpretação das leis e da resolução das matérias de Direito que aportam as instâncias judiciárias.

Assim, as decisões que conferem sentido e desenvolvimento ao direito interessam a toda a sociedade e não apenas às partes envolvidas no litígio.

REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto Bergmann. **Teoria dos princípios**: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. 3. ed. rev. e ampl. São Paulo: Celso Bastos, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Teoria da norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti. 4. ed. rev. São Paulo: Edipro, 2008.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental em Embargos de Divergência no Recurso Especial (AgReg em EREsp) n.º 279.889-AL 2001/0154059-3. Ministro Humberto Gomes de Barros. Julgado em 27-8-2003. Publicação no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Diário do Judiciário, Brasília, DF, 28 out. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Revista do Superior Tribunal de Justiça**, Brasília, DF, Ed. Superior Tribunal de Justiça, ano 26, n. 235, jul.-set.- 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Revista Trimestral de Jurisprudência**, v. 145, Brasília, DF, ago. 1993.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Curso de direito tributário**. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

CARVALHO, Paulo de Barros. **Fundamentos jurídicos da incidência**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CHAMONE, Marcelo Azevedo. Estudos sobre interpretação constitucional. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1.198, 12 out. 2006. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/9032/estudos-sobre-interpretacao-constitucional>>. Acesso em: 22 dez. 2016.

DIDIER JÚNIOR, Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória**. v. 2. 10. ed. Salvador: JusPodivm, 2015.

DURKHEIM, Émile. **As regras do método sociológico**. Tradução de Pietro Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2006. Título original: *Règles de la méthode sociologique*.

GADAMER, Hans-Georg. **Verdade e método I: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica**. Tradução de Flávio Paulo Meurer. 8. ed. Petrópolis: Vozes / Bragança Paulista: Ed. Universitária São Francisco, 2007.

GEBRAN NETO, João Pedro. **A aplicação imediata dos direitos e garantias individuais: a busca de uma exegese emancipatória**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GRAU, Eros. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa**: complementos y estudios previos. Madrid: Catedra, 1994.

KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Tradução de João Baptista Machado. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Tradução de José Lamego. 4. ed. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2005.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Precedentes obrigatórios**. 5. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1991.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. v. I. Rio de Janeiro: Borsoi, 1954.

MITIDIERO, Daniel. Fundamentação e precedente: dois discursos a partir da decisão judicial. In: **Revista de Processo**, São Paulo, Ed. RT, n. 206, p. 61-69, 2012.

MÜLLER, Friedrich. **Métodos de trabalho do direito constitucional**. Tradução de Peter Naumann. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

MÜLLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução de Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. 33. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

RÁO, Vicente. **O direito e a vida dos direitos**. v. 2. São Paulo: Max Limonad, 1952.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e interpretação jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

TUCCI, José Rogério Cruz e. **Precedente judicial como fonte do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

VIANNA, José Ricardo Alvarez. Considerações iniciais sobre semiótica jurídica. In: **Revista CEJ**, Brasília, Ano XIV, n. 51, p. 115-124, out./dez. 2010

VILLAS-BOAS, Marcos de Aguiar. A interpretação, a aplicação e a argumentação jurídica. In: **Revista de Metodologia da Pesquisa em Direito**, Salvador, Ed. UFBA, v. 2, out.-nov.dez. 2011.

ZANETI JÚNIOR, Hermes. **O valor vinculante dos precedentes**. Salvador: JusPodivm, 2015.

Submissão em: 21 jan. 2018
Pareceres favoráveis em: abril 2018.

La Segmentación del Mercado de Trabajo en Colombia Y España

The Labour Market Segmentation in Colombia and Spain

YANIZA GIRALDO RESTREPO¹

ADRIANA MARÍA BUITRAGO ESCOBAR²

J. EDUARDO LÓPEZ AHUMADA³

Resumen: El objetivo de este artículo es revisar las teorías de la segmentación del mercado trabajo, en el que se plantea la existencia de un mercado carente de homogeneidad, lo que deriva en la vulneración de derechos a los trabajadores, según el segmento del mercado de trabajo en donde se localicen. Esta diferenciación ocasiona dificultades a los trabajadores para acceder a un empleo estable y con posibilidades de ser promocionados. Situación que afecta las condiciones de trabajo en términos de igualdad y dignidad en la totalidad de los mercados de trabajo del mundo, haciendo énfasis en el mercado de trabajo de Colombia y España.

Palabras-clave: Segmentación, calidad, empleo, flexibilidad, igualdad.

Abstract: The aim of this article is to review the theories of the segmentation of the labor market, in which the existence of a market without homogeneity arises, which results in the violation of rights to workers, according to the labor market segment in where they are located. This differentiation causes difficulties to some workers to access a stable and with possibilities of being promoted. Situation affecting working conditions in terms of equality and dignity in all of the world labor markets, with emphasis on the labor market of Colombia and Spain.

Keywords: Segmentation, quality, employment, flexibility, equality.

¹ Doctora en Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid.

² Doctora en Derecho de la Universidad Alcalá. Facultad de Derecho Universidad Santiago de Cali-Colombia.

³ Doctorado en Derecho en 2003 [Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá (Sobresaliente cum laude por unanimidad. Premio Extraordinario de Doctorado de la Universidad de Alcalá)]. Licenciado en Derecho en 1997 (Facultad de Derecho. Universidad de Alcalá). Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Alcalá - España.

1 INTRODUCCIÓN

La transformación de las diferentes economías mundiales ha cambiado la actividad económica, los estados aplican cada vez más políticas de privatización, flexibilización, tercerización, deslocalización, el aumento de los contratos temporales, donde el abuso de estas figuras de contratación conlleva en muchos casos al desempleo. Así, el derecho al trabajo puede considerarse ampliamente vulnerado frente al fenómeno de la segmentación del mercado laboral, situación en auge tanto en Colombia como en España, así como en la mayor parte de los países latinoamericanos, dado que la mencionada segmentación afecta las condiciones de calidad en el empleo. La intermediación laboral como escenario principal de la segmentación del mercado trabajo cuenta con una reglamentación jurídica en ambos países. Sin embargo, es incumplida por las empresas que sólo buscan adaptarse a las necesidades y demandas económicas, en aras de la reducción de costos. Ahora bien, esto precisa de la intervención de los estados porque al afectarse las condiciones laborales de las personas, menoscaba su forma de vida tanto personales como familiares, siendo necesario la búsqueda de las garantías dignas del empleo en igualdad de condiciones.

2 CONCEPTO DE MERCADO DE TRABAJO

Para que sea posible comprender las dificultades planteadas a cerca de la Segmentación del mercado laboral, es indispensable partir del concepto de mercado de trabajo, y al respecto, puede decirse que el concepto del mercado de trabajo se encuentra inmerso entre diversas disciplinas, tales como: la economía, la sociología y evidentemente la ciencia jurídica. No obstante, ese mismo concepto envuelve otros, como mano de obra, fuerza de trabajo, capital humano, entre muchos otros, que pueden resultar ser sinónimos, y/o similares, que desde la economía encuentran elementos diferenciadores, pero entre todos esos

elementos intrínsecos del concepto, sólo existe uno que regula la movilidad y el precio de la fuerza de trabajo y es el mercado. Aludir al mercado implica tener en cuenta diversas clasificaciones, mercado perfecto e imperfecto, mercado interno y externo, mercado único y segmentado (PRIETO RODRIGUEZ, 1989, p. 90).

Se habla de mercado perfecto e imperfecto para señalar la existencia de una correlación entre movilidad de la fuerza de trabajo, demanda y oferta, salario, precios de la mano de obra, todos ellos en perfecta armonía y con un equilibrio ideal. Ahora bien, las teorías que explican el mercado de trabajo, pueden clasificarse de manera general, en tres a saber; la teoría del mercantilismo reformado, el multiregulacionismo de la actividad laboral productiva, y la teoría de la movilización. En la primera de ellas, se mantiene la existencia del mercado de trabajo como única forma de regulación de la actividad laboral productiva, pero con una concesión importante: la existencia de diversas formas de mercado laboral. En la segunda de ellas, la teoría del multiregulacionismo de la actividad laboral productiva, se indica que es una forma de regular la actividad económica de la capacidad de trabajo. Y en la tercera, teoría de la movilización, no habría mercado de trabajo, sólo existirían procesos de movilización de la capacidad de trabajo y ninguno de ellos sería estrictamente mercantil (PRIETO RODRIGUEZ, 1989, p. 178).

El funcionamiento del mercado laboral se explica desde la segmentación en donde hay un mercado de trabajo que no es homogéneo y dividido en segmentos diferenciados y relacionados entre sí. De manera que la segmentación resulta del proceso social de la empresa la cual define los diferentes puestos de trabajo, que se hace extensible a las relaciones sociales de producción, y centra su atención en la demanda del mercado de trabajo. El mercado de trabajo estará relacionado con la segmentación, dependiendo de las condiciones laborales de los trabajadores y su forma de contratación (LÓPEZ ROLDÁN, 1996, p. 43). En la segmentación del mercado laboral se encuentran unos segmentos o situaciones de empleo que estructuran el mercado laboral definido por la división del empleo asalariado, dividiéndose en dos segmentos: primario y secundario. Estos estarán relacionados con los empresarios, los trabajadores y el Estado. Los segmentos del empleo se darán en función de la estabilidad laboral, la formación del empleado y el salario, la capacidad de la empresa, su proyección internacional, y la representación laboral. La relación de las anteriores dimensiones determinara los segmentos del trabajo superiores o dependientes.

El segmento primario estará vinculado con los puestos de trabajo centrales para la empresa, los empleados que tienen estabilidad, donde la capacidad de negociación de los empleados

les va permitir buscar mejores condiciones laborales, y promoción en el empleo. El segmento secundario, los empleados no tienen estabilidad laboral, son contratados a través de terceras empresas que se encargan de la gestión y pago al trabajador, con sueldos bajos, y además que tienen poca formación académica, siendo ubicados en pequeñas empresas donde no tienen capacidad de negociación; en este segmento sería posible incluir los empleos informales que no tienen ninguna de las condiciones laborales del empleo estable. Dentro del segmento primario dependiente es posible encontrar empleos que requieren menor cualificación, donde están operarios con funciones definidas y repetitivas, aunque mantienen buenas condiciones laborales a causa de la negociación (LÓPEZ ROLDÁN, 1996, p. 44).

Daw y Hardie establecen que el mercado de trabajo primario son un conjunto de puestos que ofrecen los salarios por encima de la media, beneficios, y el máximo de empleos en condiciones de estabilidad laboral. El mercado de trabajo secundario se compone de los que trabajan en puestos de trabajo sin ninguna de las características anteriores. Por otro lado, se ha defendido la existencia de un mercado de trabajo intermedio, el cual se basa en trabajos denominados “mediocres” que combinan algunas características del mercado primario y secundario (DAW; HARDIE, 2012, p. 1.181-1.182).

3 CONCEPTO DE SEGMENTACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO

El concepto de segmentación del mercado de trabajo, surge del intento de encontrar una explicación más realista al funcionamiento del mercado de trabajo. Se empezó a analizar desde la escuela institucionalista, el mercado de trabajo y sus características, encontrándose que el elemento fundamental del mercado de trabajo era la falta de uniformidad. Por tanto, se concluyó que el mercado laboral se encontraba segmentado y que cada uno de esos segmentos era diferente al otro, para lo cual, propusieron una primera teoría Dual del Mercado de Trabajo, la cual sería posteriormente ampliada. Dicha teoría dividía el mercado laboral en dos segmentos: el primario y el secundario, ubicando en el primario aquellos “buenos” empleos, que contaban con buenos salario, condiciones de estabilidad y posibilidades de avanzar, mientras en el secundario se ubicaban aquellos empleos que no ofrecían buenas condiciones salariales, contaban con inestabilidad en el trabajo y sin posibilidades ascender en el mismo (FERNÁNDEZ-HUERGA, 2010, p. 116 y ss).

La segmentación del mercado de trabajo se define entonces, como un fenómeno que tiende a ir aumentando debido a las condiciones en la vida del siglo XXI, condiciones tales como, el creciente aumento de la tecnología, de las especializaciones, necesidades, capacidades, cualidades y otros factores han obligado a que el mercado laboral se segmente

para su debido funcionamiento. Conforme a lo anterior, la segmentación consiste en el nacimiento de grupos homogéneos, lo que indica que dentro de cada grupo hay características similares, y de este tipo de grupos cada vez van apareciendo más, de hecho, existen grupos uniformes de donde se extraen otros grupos, de ahí su fenómeno creciente.

El funcionamiento del mercado laboral se explica desde la segmentación en donde hay un mercado de trabajo que no es homogéneo y dividido en segmentos diferenciados y relacionados entre sí. De manera que la segmentación resulta del proceso social de la empresa la cual define los diferentes puestos de trabajo, siendo extensible a las relaciones sociales de producción y centrando su atención en la demanda del mercado de trabajo. El mercado de trabajo estará relacionado con la segmentación, dependiendo de las condiciones laborales de los trabajadores y su forma de contratación (LÓPEZ ROLDÁN, 1996, p. 43). En la segmentación del mercado laboral se encuentran unos segmentos o situaciones de empleo que estructuran el mercado laboral definido por la división del empleo asalariado, dividiéndose en dos segmentos: primario y secundario. Estos estarán relacionados con los empresarios, los trabajadores y el Estado. Los segmentos del empleo se darán en función de la estabilidad laboral, la formación del empleado y el salario, la capacidad de la empresa, su proyección internacional, y la representación laboral. La relación de las anteriores dimensiones determinará los segmentos del trabajo superiores o dependientes.

El segmento primario estará vinculado con los puestos de trabajo centrales para la empresa, los empleados que tienen estabilidad, donde la capacidad de negociación de los empleados les va a permitir buscar mejores condiciones laborales, y promoción en el empleo. En el segmento secundario, los empleados no tienen estabilidad laboral, son contratados a través de terceras empresas que se encargan de la gestión y pago al trabajador, con sueldos bajos, y además que tienen poca formación académica, siendo ubicados en pequeñas empresas donde no tienen capacidad de negociación; en este segmento sería posible incluir los empleos informales que no tienen ninguna de las condiciones laborales del empleo estable. Dentro del segmento primario dependiente es posible encontrar empleos que requieren menor cualificación, donde están operarios con funciones definidas y repetitivas, aunque mantienen buenas condiciones laborales a causa de la negociación (LÓPEZ ROLDÁN, 1996, p. 44).

4 TEORÍAS DE LA SEGMENTACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO

El mercado de trabajo se ha estudiado partiendo de los enfoques neoclásicos, entre los cuales se pueden distinguir el enfoque prekeynesiano del mercado laboral, que cataloga

el pleno empleo como un estado normal de la economía y el de la nueva teoría clásica del mercado, donde establece que el desconocimiento de la situación del mercado de trabajo puede dar lugar a cambios y desestabilización en el mercado. En este modelo se tienen en cuenta las variables de igualdad entre oferta y demanda de trabajo; el desempleo no debe ser algo involuntario dentro de una economía. Esta teoría destaca el pleno empleo, pero en óptimas condiciones laborales y remuneraciones de acuerdo con el empleo. El salario real lo que busca es el equilibrio del mercado de trabajo y el pleno empleo. Entonces, la política económica lo que busca es mejorar el mercado de trabajo eliminando aspectos que puedan deteriorar los mecanismos empleados para garantizar salarios reales como son: subsidios de desempleo, impuesto a la mano de obra.

El modelo neoclásico del mercado laboral ha estado sujeto a dos críticas, la del tipo keynesiano que cuestiona los fundamentos del modelo clásico prekeynesiano, del carácter voluntario del desempleo, en otro sentido, la posibilidad del equilibrio en el mercado de trabajo con salarios reales como mecanismo de estabilización de ese mercado de trabajo a corto plazo. La segunda crítica tiene en cuenta la importancia del análisis empírico de las predicciones del modelo neoclásico en la relación negativa entre salarios reales y empleo en la fase económica. Así pues, los salarios reales aumentan cuando hay aumento de empleo y producción económica, y contrario a esto cuando hay una desaceleración de la economía bajan los salarios, disminuye la producción y la calidad en el mercado de trabajo. De manera que en situaciones de desempleo se encuentra una variación en la calidad del mercado laboral porque se encuentran los trabajadores ocupados y los trabajadores desempleados, donde estos últimos aceptarían un empleo que ellos consideren normal (SOLIMANO, 1988, p. 160-164). En la teoría keynesiana el empleo en su totalidad depende de la demanda en el mercado y el desempleo será el resultado de una demanda en ese mercado, por tanto, cuando hay empleo las personas consumen más pues sus ingresos aumentan.

No obstante, con el paso de los años se produjo una inflación de precios y la teoría keynesiana tuvo una crisis, pues ya los Estados no podían intervenir a través de inyección de capital para la disminución de las desigualdades sociales, sino que se dio una apertura a los principios de la denominada libertad económica, en donde la autonomía e independencia del mercado, era lo que debía predominar. Así, como causa del neoliberalismo en todo el mundo, a finales de los setenta hasta principios del siglo XXI, se han generado varias crisis económicas y laborales, lo que han dado paso a transformaciones laborales que han formado nuevas políticas económicas y mercados competitivos, con base en la liberalización de la economía.

Según Taubman y Wachter (1986), la economía neoclásica, reconocía que dentro del mercado laboral se podría estar sufriendo una segmentación debido a factores geográficos, biológicos y hasta por la intervención de instituciones que imposibilitan el buen funcionamiento competitivo del mercado.

Para los neoliberales la intervención del Estado que no busque mantener los mercados para que sean competitivos no debe permitirse porque va en contra de la libertad de las personas (CASTELLANI, 2002, p. 87). Estos cambios han generado una crisis en los sistemas productivos sumados a la privatización de las empresas de servicios públicos y con ello la destrucción de puestos de trabajo, conduciendo al desempleo, la informalidad e inestabilidad en el empleo. Así que en la aplicación de este modelo el trabajo se ha segmentado más dando lugar al aumento de la informalidad y la reducción en los empleos de calidad. El debilitamiento de las instituciones históricamente vinculadas al empleo como el salario mínimo, seguridad social, negociación colectiva, ayudas al desempleado, promociones de empleo, se han visto afectadas por las políticas neoliberales, generando desempleo y precariedad laboral, conduciendo a políticas de flexibilidad que discriminan a las personas, pues no todas pueden competir en las mismas condiciones, y con esto la posibilidad de construir una carrera profesional por la inestabilidad (MOURATIAN, 2013, p. 14).

Dentro del tema de la teoría de la segmentación del mercado laboral, Fernández-Huerta (2010) señala que esta engloba un conjunto de enfoques en cuanto a los orígenes y su contenido, ya que dicha teoría comenzó a surgir a finales de los años sesenta por el gran descontento hacia la aplicación neoclásica del mercado del trabajo. Ya que según varias teorías y enfoques, como por ejemplo la economía ortodoxa, explicaban la segmentación como la persistencia de la pobreza, el desempleo y la desigualdad salarial. A mediados de los ochenta, nacieron algunas propuestas sobre la segmentación, impulsado por la proliferación de trabajos más empíricos, ya que se buscaban métodos investigativos para determinar y estudiar la posible fragmentación del mercado del trabajo, avanzando así en los análisis sobre las imperfecciones en los mercados de trabajo.

En el análisis de la segmentación del mercado de trabajo hay un elemento importante y es la calidad del empleo, en donde dependiendo de las condiciones y preferencias otorgadas a los trabajadores, asimismo, será la producción que estos tengan. A pesar de que no se puede decir que exista un concepto teórico específico distintos estudios se refieren a la calidad del empleo como un punto central. Por eso, al estudiar la teoría de mercados segmentados se observa que hay unas divisiones y dependiendo de estos será su estudio (REICH; GORDON; EDWARDS, 1973, p. 359).

La segmentación del mercado hace referencia directamente a un fallo en el mercado laboral, que se determina por la calidad del empleo. La teoría de los mercados segmentados plantea que los mercados de trabajo pueden tener una división entre los de alta calidad y los de mala calidad, que dependerán según sean las condiciones académicas de las personas. Entonces, el segmento del mercado se divide en primario (Moderno) y secundario (Tradicional) los cuales se caracterizan por diferencias significativas en las condiciones de contratación, remuneración, cualificación profesional, educación e incluso en algunos casos, respecto de prestaciones de seguridad social. Aquellos trabajadores que están dentro y fuera del mercado de trabajo (DOERINGER; PIORE 1971, p. XI-XII). En donde los del trabajo primario serán los profesionales y directivos, y los secundarios aquellos empleos rutinarios con baja remuneración e inestables, los de segmentación por raza, género, educación.

Así, la calidad en el trabajo no cuenta con teorías específicas que lo fundamenten, algunos organismos internacionales como la Organización Internacional del Trabajo y algunos autores latinoamericanos, han intentado aproximaciones empíricas para tratar de hacer mediciones primarias del fenómeno como tal y observar así algunas características que podrían ser determinantes en su definición. Tal es el caso de los trabajos de Farné⁴ y Carrasco para Colombia, y Rodgers y Reinecke, entre otros, para Latinoamérica. En consecuencia, para explicar la segmentación del mercado de trabajo, se hace necesario señalar la existencia de diversas teorías que han abordado el tema, siendo las principales la teoría de mercados segmentados y las aproximaciones empíricas al fenómeno de la calidad del empleo.

En los denominados buenos empleos del sector primario existen buenas condiciones laborales que permiten al empleado tener ascensos, bonificaciones, y mejorar dentro de su trabajo, todo esto relacionado con el desarrollo de la empresa a nivel tecnológico (URIBE; ORTIZ; GARCÍA, 2007, p. 191). En los mercados de trabajo secundarios no hay estabilidad laboral, los empleos no son bien remunerados y las posibilidades de ascenso de un empleado son pocas. No hay el suficiente empleo de tecnología por lo cual los empleados están a merced de los directivos, quienes deciden la organización y diferentes prácticas dentro de la empresa. Se dice que en este segmento el mercado laboral es neoclásico con lo cual los el sueldo de los empleados es variable. De tal forma unas de las características de la segmentación laboral están relacionadas con la estructura industrial y tecnológica de los estados (PEDRAZA AVELLA, 2011, p. 104).

⁴ Véase con carácter general FARNÉ (2003); CARRASCO (2002); RODGERS; REINECKE (1998).

En el sector primario a mayores sueldos hay más presión para que las empresas sean productivas y puedan asumir la carga prestacional. Al emplear la tecnología se requiere una mayor inversión económica para asumir los costes de la misma, así como también incide en la cualificación de los empleados quienes requieren tener mayor cualificación para el manejo de la tecnología. Con lo cual, mejoran las condiciones de los empleados no solo laborales sino académicas, incentivando a los trabajadores en la producción (URIBE; ORTIZ; GARCÍA, 2007, p. 192). Otras investigaciones han mostrado que es importante tener en cuenta para la calidad del empleo la autonomía del empleado, la complejidad y las oportunidades de ascenso. Como también, que se brinde la posibilidad que haya movilidad en el empleo, es decir, la opción de cambio de un empleo secundario a uno principal, durante el curso de la vida (HUDSON, 2007, p. 288-289).

Es importante referir que con el pasar de los años se han producido cambios notables en cuanto a las estructuras organizativas y en la gestión de las empresas como también en las diferentes relaciones laborales, existen otras circunstancias que sitúan a las empresas con diferencias en lo atinente a las posiciones de mercado, esto es debido a la creación o exteriorización o subcontratación de actividades productivas, lo que hace es que se creen relaciones de jerarquías que se dan debido a relaciones de poder, posiciones de dominio, o en su caso dependencia de unas sobre las otras, esto en primer lugar ya que son una consecuencia para las relaciones laborales, como también en la acción colectiva de los trabajadores.

En el sector secundario los bajos salarios, la ausencia de tecnología de punta, la baja cualificación de los empleados desestimula la producción, a menor producción menos capital para invertir en el desarrollo de la empresa. Con lo cual, la empresa tendrá menos acceso al crédito, generando un estancamiento laboral y empresarial. La teoría de Doeringer y Piore (1971, p. 101-132), establece que en la segmentación del mercado de trabajo son importantes los aspectos socio-psicológicos, que van a incidir en las costumbres laborales, explicándose desde las institucionales, los individuos, el género, la etnia.

Por su parte, las aproximaciones empíricas al fenómeno de la calidad del empleo, señalan que el principal indicador de calidad en términos de empleo, es la remuneración, aunque también se señala que deben incluirse como factores determinantes de la calidad en el empleo múltiples dimensiones relacionadas con el bienestar, además de los beneficios salariales, como lo son la seguridad social, la seguridad en el empleo, el número de horas trabajadas a la semana, la estabilidad laboral, la asociación sindical, entre otras. Para alcanzar este objetivo, Farné calculó un índice de calidad del empleo (ice) para Colombia,

utilizando la metodología de Rodgers y Reinecke (1998 p. 181-209) para los casos chileno y brasileño, plantea que a la hora de medir la calidad del empleo el indicador más común es la remuneración (FARNÉ, 2003, p. 17).

La segmentación laboral se da cuando existen preferencias entre los diferentes sectores del mercado laboral, generando con esto desigualdad y vulneración del derecho a un trabajo decente, toda vez que este es la base para tener una vida digna. En el momento que las personas no tengan la posibilidad de trabajar con los derechos básicos mínimos que le corresponden, en condiciones de trabajo seguras, estamos frente a una violación a un derecho humano. Las características de la segmentación son: la calidad del empleo varía de acuerdo con el segmento laboral al que se pertenezca; existen barreras en la movilidad de un segmento a otro, y se otorgan preferencias y calidad del empleo en función del segmento laboral al que se pertenezca; se presentan fenómenos de discriminación en el mercado de trabajo por condición de raza, género (PEDRAZA AVELLA, 2011, p. 101-122). En consecuencia, la segmentación se relaciona directamente con la calidad del empleo, aunque en la práctica se concentren fundamentalmente en la remuneración laboral (POSSO, 2010, p. 198).

En la versión neoclásica de la teoría del capital humano, se analiza los mercados de trabajo como mercados comunes en donde existe flexibilidad en los precios y hay movilidad entre los empleos, sin ningún tipo de restricción a la hora de su escogencia, como tampoco sin diferencia de ingresos al mismo tipo de trabajo. A diferencia de la teoría de los empleos segmentados en donde se dice que hay una dualidad porque el mercado laboral tiene varios segmentos donde no hay movilidad plena y existe diferencia productiva, en la cual hay un sector en donde se forman mercados internos, se restringe la oferta laboral, y los salarios que se ofrecen son más altos. Frente a esto, se encuentra el sector informal en donde las condiciones salariales varían, hay más competencia, los salarios fluctúan dependiendo el mercado, se requieren menos trabajadores y hay un sector importante de capital humano poco calificado (URIBE; ORTIZ; GARCÍA, 2007, p. 189).

En los mercados de trabajo primarios el empleo es bien remunerado, tiene buenas condiciones laborales, es estable, hay uso de nuevas tecnologías, la gestión es eficiente, y tienen una función cíclica porque en los periodos de auge económico hay empleo, mientras que en los periodos de crisis es menor. En el sector secundario, como el empleo no es estable es rotativo, con bajos salarios, hay más competencia para conseguir un trabajo, se tiene baja cualificación, no existen los sindicatos y los empleadores abusan de esta situación para establecer reglas del empleo que no se ajustan con las obligaciones impuestas a

nivel laboral. Por ejemplo, en la época de crisis económica aumenta el empleo pero bajan los sueldos promedio, debido precisamente a que las personas se ajustan a las condiciones laborales por necesidad (URIBE; ORTIZ; GARCÍA, 2007, p. 191). Esta teoría plantea que los mercados de trabajo pueden tener una división entre los de alta calidad y los de mala calidad, que dependerán según sean las condiciones académicas de las personas.

Dentro de ese dualismo del mercado, surgió después otro concepto denominado mercado de trabajo interno, que hace relación a una estructura administrativa como por ejemplo una empresa industrial la cual establece los reglamentos de trabajo, funciones, precios, y asignación de funciones, que se rige por normas administrativas a diferencia del mercado de trabajo externo, donde el número de empleos, sueldos, precios y asignación estará determinada por las variables económicas. A partir de este análisis, se dice que el mercado de trabajo primario tiene un mercado interno, mientras que el mercado secundario, con la ausencia de mercados internos o la existencia de mercados internos no desarrollados. Con lo cual se explica que haya poca movilidad entre estos dos segmentos debido precisamente a la estabilidad laboral, y condiciones requeridas para trabajar en un segmento primario, que no permiten que el segmento secundario pueda acceder al mismo (FERNÁNDEZ-HUERGA, 2010, p. 122).

Por otro lado, se ha propuesto un mercado de trabajo intermedio, es decir, que consiste en medios que tienen características del sector primario y del secundario. La teoría de la segmentación del mercado laboral establece que los salarios deficientes agrupan empleos con malas condiciones de trabajo y trabajos varios, con escasos requisitos para acceder al mismo, y por supuesto, con escasas condiciones favorables en su desempeño. Estudios han comprobado que los trabajadores vinculados al sector primario serán remunerados con mayores salarios cuando se encuentran frente a un empleo riesgoso, mientras que los trabajadores del sector secundario no se les tiene en cuenta esta situación, y realizarán cualquier tipo de trabajo sin ninguna ventaja económica sobre el riesgo. En este sentido, se explicó la relación que existe con la teoría del mercado segmentado en empresas que cuentan con un sindicato fuerte, pues estos pueden conseguir mejores condiciones salariales y beneficios para los empleados, respecto de aquellas empresas donde no cuentan o tienen un sindicato débil. Por otro lado, no es el mismo ingreso de las personas que se encuentran trabajando en las grandes capitales, que las de las pequeñas ciudades o pueblos quienes gozan de menos beneficios.

Es posible encontrar una semejanza entre el sector primario y secundario respecto a las compensaciones de los empleados, pero no con el secundario, pues este se encuentra con

desventajas significativas que abocan al empleado a la desigualdad y exclusión. El problema que trae estas preferencias de trabajo de manera individual es que esas compensaciones generan desigualdades dentro de los sectores de trabajo, promoviendo con esto una segregación laboral. Esto se observa en la mayor empleabilidad que tienen las personas con mejor nivel educativo y las condiciones de trabajo dado que pueden acceder a los mejores empleos por su situación no solo social sino también de competencias pues están mejor preparados para los retos del mercado. Estas denominadas preferencias de trabajo y los efectos que tienen pueden ocultar la consecuencia de ello y es la desigualdad en el mercado laboral. En el campo práctico esto se observa en los diferentes tipos de contratos que existen en donde las preferencias y garantías se obtendrán en los trabajos más estables o con un tipo de contratación indefinida. Daw y Hardie (2012) estiman que la desigualdad en el mercado laboral se debe a tres aspectos de compensación en el trabajo: los diferenciales de compensación, la segmentación del mercado laboral, y la psicología social de trabajo. En primer lugar, se argumenta que las preferencias y los resultados son una de las características del empleo de materia interactiva para el bienestar, y que a causa de esas compensaciones salariales al empleado a nivel individual, hace que este produzca más, y se sienta conforme en su lugar de trabajo; algo que se encuentra en los empleos del sector primario. Segundo, dada la diferenciación y discriminación en el mercado laboral, no se puede asumir un mercado laboral eficaz en la situación de un trabajador que no goza de buenas condiciones laborales. Por el contrario, se ha estimado que la desigualdad en el trabajo genera menos productividad y desarrollo del empleado, y por tanto, es necesario pensar compensaciones laborales individuales para mejorar la productividad laboral. En tercer lugar, es necesario un buen clima laboral en donde haya satisfacción laboral, mejora de las condiciones en el segmento secundario para mejorar la productividad en el trabajo (DAW; HARDIE, 2012).

Córdoba Currea (2012, p. 5) establece que la causa de la segmentación del mercado de trabajo, visto desde un enfoque Ortodoxo en cuanto el nacimiento de la segmentación y el mantenimiento del mismo, se debe a las diferencias del capital humano que existe entre los trabajadores; estos factores pueden estar basados en la experiencia laboral, habilidades, e inteligencia entre otras.

En este sentido Fernández López (2012, p. 72-81) explica que la justificación para el surgimiento de la segmentación se vinculaba con la búsqueda de justificar la rigidez de los salarios y el mantenimiento del desempleo, y en ese contexto surgieron numerosas teorías como las de búsqueda de empleo, de los salarios de eficacia entre otras; esta última teoría fue la más utilizada para justificar la segmentación del mercado laboral.

Para Córdoba Currea (2012, p. 23-25), los grandes cambios en la economía mundial y los grandes avances en temas tecnológicos, han producido cambios en el sector laboral como ejemplo de esto, se evidencia que las actividades de la producción que no implican interacción entre las personas han aumentado, como también, la demanda de trabajadores multitarea (*multitask*), las restricciones a la migración legal de trabajadores. En respuesta de estos grandes cambios en el mercado laboral, los estudios ya no se basan en una aplicación más ortodoxa, sino que se busca un estudio donde predomina un pensamiento no tan homogéneo y de la realización de estudios por segmentos, ya que no existen asimetrías entre el mercado laboral, por lo que cada segmento varía según el país y la época, la coexistencia de mercados de trabajo diferentes para hombres y mujeres; si se trata de migrantes y no migrantes; blancos y afro-descendientes; trabajadores sindicalizados y no sindicalizados; trabajadores urbanos y rurales; trabajadores en el sector formal e informal entre otros. Tales segmentos o fragmentos del sector laboral van surgiendo a medida que avanza la economía global.

En la segmentación del mercado de trabajo existen tres grandes segmentos laborales estos son; los Trabajadores primarios independientes, que se componen en gran medida por profesionales o en su caso por técnicos, que están caracterizados de cierto modo por tener un estatus más elevado, una estabilidad ocupacional. También nos encontramos con los trabajadores primarios dependientes, está caracterizado por tener una relativamente elevada seguridad en su empleo, también los identifican por beneficiarse de las actividades realizadas por los sindicatos y también de la regulación laboral legalizada, estos cuentan con la llamada autonomía en el trabajo limitada, también es limitada la formación que estos reciben en sus empresas, la cual es muy distintos a los primeros. Los trabajadores de tipo secundario, se nota que existe una desigualdad elevada de acuerdo a lo estudiado por este autor, ya que estos trabajadores tienen unas condiciones de empleo malas, existe una rotación más elevada, ganan salarios muy inferiores, están bajo una disciplina laboral más dura, entre otras características (DE ALÓS-MONER VILA, 2008, p. 121-127).

A los trabajadores primarios independientes y los primarios dependientes se les conocen como trabajadores centrales, mientras que a los trabajadores secundarios se les llama periféricos. Debido a estas grandes diferencias entre trabajadores, podemos deducir que el mercado de trabajo se encuentra dualizado, o como bien lo llama el autor *insiders y outsiders*, donde los *outsiders* consideran los mercados de trabajo como descontextualizados, debido a los costes de rotación. Mientras que los *Insiders* son los que más se benefician es decir los que poseen un contrato fijo, los que se encuentran en mejores condiciones laborales, los que tienen un mayor grado de protección legal y colectiva,

y además se benefician de las luchas que emprende los sindicatos y que de cierta manera esto produce que los que se encuentran en el extremo del outsiders se vean menos favorecidos.

Ahora bien, según la concepción estructuralista de la segmentación laboral que habla algo muy relacionado a lo expuesto por Moner, coexisten empleos buenos y empleos malos; donde según Uribe, los “empleos buenos” están dentro del sector primario, que se ofrecen los empleos buenos, este sector es eficiente y utiliza mercados laborales internos para asignar el trabajo. Los “empleos malos” se encuentran en el sector secundario y es donde se tienen más trabajadores que perciben bajos ingresos, y no se cuenta con la eficiencia y con mercados laborales internos (URIBE; ORTIZ; GARCÍA, 2007, p. 191).

En los buenos empleos se percibe una estabilidad y seguridad laboral, hay elevados y crecientes salarios, existen oportunidades de mejorar dentro de la ocupación y se cuenta con la implementación y manejo de tecnologías avanzadas; tal mercado puede ser denominado como empleos formales, mientras que en el sector secundario se encuentran casi siempre los empleos informales. Se habla de segmentación del mercado de trabajo, partiendo de una concepción dual, señalando que se distinguen dos segmentos laborales: “primario” y “secundario”. El mercado primario caracterizado por contener buenas condiciones de trabajo, tales como: altos salarios, estabilidad y seguridad del empleo, equidad y procesos internos relacionados con reglas de administración de recurso humano y posibilidades de ascenso. Por su parte, el mercado secundario está conformado por trabajos que son evidentemente menos atractivos que los del mercado primario, ya que tienden a incluir empleos de bajos salarios, pobres condiciones de trabajo, considerable inestabilidad, disciplina estricta y a menudo arbitraria, y poca oportunidad de ascenso (PEDRAZA AVELLA, 2011, p. 103-104).

Así, se torna indispensable que la segmentación del mercado de trabajo, cumpla con las siguientes condiciones esenciales:

- la calidad del empleo varía de acuerdo con el segmento laboral al que se pertenezca, siendo mayor en el segmento primario que en el secundario;
- existen barreras a la movilidad del segmento secundario al primario, adicionales a las de capital humano;
- las características de capital humano influyen de manera diferente en la calidad del empleo, según el segmento laboral al que se pertenezca;
- la segmentación laboral influye en los fenómenos de discriminación en el mercado de trabajo.

Diversos teóricos plantean que los mercados de trabajo deben darse a conocer a partir de un análisis interdisciplinar, el cual incluya diferentes clases, étnicas, estatus sociales, esferas públicas como también las esferas privadas, entre otras trayendo como consecuencia que la relación entre la oferta y la demanda sean entendidas como relaciones sociales de empleo. Dentro de la sociedad, especialmente la moderna, la interdisciplinariedad debe ser vista como algo fundamental en el análisis de cualquier tema, debido a que la integración de diferentes enfoque sociales, económicos, políticos, legales hacen que las dificultades que se afronta socialmente sean resultas de manera más fácil y adecuada; y más aún cuando se está frente a temas tendientes a relaciones de trabajo. Como señala Moner, la segmentación de los mercados de trabajo es el resultado de la influencia de una pluralidad de condiciones y estrategias (DE ALÓS-MONER VILA, 2008, p. 129). Existen estrategias que tienden a aligerar la empresa, que constituyen un eje central en cuanto a la recuperación del control del proceso de trabajo esto se le denomina estrategias empresariales de externalización, este autor nos plantea con respecto que la estrategia empresariales de externalización contribuyen a la segmentación de los mercados de trabajo en cuanto:

los procesos de externalización de actividades contribuyen a la segmentación de los mercados de trabajo, en primer término, al reducir las plantillas de las empresas, dando paso a la formación de pequeñas unidades que pueden o no compartir un mismo espacio físico con otras. En segundo término, la externalización acentúa diferencias en condiciones de empleo, básicamente entre trabajadores de las empresas dominantes y los de las subcontratadas, siendo preciso distinguir en ello entre los múltiples niveles de subcontratación en cadena que puedan establecerse. En tercer término, se introducen diferencias entre trabajadores de una misma empresa o de varias que comparten tareas en un mismo centro de trabajo, como son las que pueden darse entre trabajadores con antigüedad y nuevos contratados, o bien entre trabajadores que compartiendo actividad laboral pertenecen jurídicamente a empresas distintas y se adscriben a convenios colectivos distintos.

Según lo expuesto con antelación, se puede ver como Infante y Vega-Centeno adoptaron en sus investigaciones un enfoque deductivo de la segmentación del campo laboral para analizar la calidad del empleo. Para ello dividieron las unidades de producción en tres grupos para mirar los tipos de segmentos según el grado de organización, la escala de actividad y el nivel de tecnología, y con ellos se analiza y se determina la calidad del empleo en cada segmento, con el fin de comparar los mercados laborales de los países desarrollados y los países en vía de desarrollo, es decir, utilizaron la interdisciplinariedad con el fin de obtener un resultado en la segmentación del mercado laboral conforme a la evolución que el trabajo ha tenido (INFANTE; VEGA-CENTENO, 2001, p. 186-188).

Conforme a todo lo planteado anteriormente, la segmentación constituye fenómeno creciente en el mercado de trabajo, el cual afecta la calidad de trabajo en algunas personas que se

encuentran dentro de determinado segmento. Los trabajadores pueden estar dentro de un segmento debido a las negociaciones que se realizan en el momento de transición de desempleo al empleo. El tema de la calidad de empleo, que está relacionada con la segmentación del mercado de trabajo es de interés general, por lo cual es necesario que se promuevan políticas de protección y mejora del nivel de calidad de estos, para que los trabajadores puedan gozar de sus derechos plenamente y no se vean perjudicados por un fenómeno que tiende a crecer.

Según los estudios, la segmentación del trabajo es más frecuente en economías subdesarrolladas en donde hay una discriminación por tipo racial, social, orientación sexual, y en economías donde existe un atraso tecnológico entre los diferentes sectores. Así, en los países desarrollados los trabajadores cuentan con tecnología de punta para realizar sus labores, haciendo que sean más competitivos y productivos, frente a los países en vía de desarrollo donde las personas cuentan solo con su capacidad y eficiencia laboral para desarrollar la actividad laboral. Es por eso que en los países subdesarrollados los incentivos laborales para mejorar la productividad se dan más en el sector primario, porque el secundario casi siempre es conformado por personas del sector informal o trabajadores independientes (URIBE; ORTIZ; GARCÍA, 2007, p. 190).

En los cambios laborales que se presentan en la sociedad hay varios retos de asumir, y uno de ellos es el de la flexiseguridad como uno de los fenómenos que más tienen interés en la actualidad en el ámbito de las relaciones laborales y que se ha originado en los países del norte de Europa. Es básicamente la difusión de la flexibilidad laboral, que viene con elementos de seguridad en el empleo, en particular con los mecanismos empleados para la protección frente al desempleo. Es importante el estudio de esta noción pues en la actualidad y debido a diferentes causas entre otras el fenómeno de la globalización, hay una segmentación del mercado de trabajo entre los trabajadores con empleos estables frente a los temporales. La flexiseguridad permite crear reformas en el campo jurídico-laboral aplicable a las empresas pero a su vez, garantizando seguridad a los trabajadores. Sin embargo, en la realidad los Estados han implementado políticas que flexibilizan la contratación y permiten el aumento de la contratación temporal y precaria. Por eso se ha optado por una flexibilización de la contratación para dinamizar el mercado de trabajo, pues una legislación rígida tiene un efecto contrario en la contratación, la cual sin duda presentación una segmentación del mercado de trabajo, pues se protege más al empleado con un contrato fijo que uno temporal.

La noción de flexiseguridad ha sido explicada como una estratégica integrada para potencializar la flexibilidad laboral pero al mismo tiempo, la seguridad en el mercado de

trabajo. Es decir, deben existir prestaciones de desempleo adecuadas que permitan a la persona mejorar facilidad de transición de un empleo a otro. Dentro de esto se incluye la posibilidad de capacitarse en el tiempo del desempleo y así, conseguir a futuro un trabajo de las mismas condiciones o mejor. Con lo cual, la búsqueda del empleo se ve como una posibilidad más que como un problema. Busca un equilibrio entre los derechos de los trabajadores y las obligaciones de las empresas, demandantes de empleo y la administración. Con esto se reduce la desigualdad entre los que tienen un empleo estable, los que están en la búsqueda del mismo, por medios de modalidades de flexibilidad y seguridad que generen empleo de calidad (GORELLI HERNÁNDEZ, 2012, p. 58-61). Este método pretende invertir en el empleado, y redundar en la calidad del empleo, porque al tener buenas prestaciones en el desempleo, las personas no se irán al sector informal para tener un ingreso. Con esto se busca otra alternativa a la rigidez del mercado en donde se protege el despido con indemnizaciones altas, se exige a las empresas el mantener los empleos, pero no se piensa en la creación de empleos de calidad, como tampoco la economía sumergida que esto propicia, generando la segmentación en el mercado de trabajo.

El objetivo pues es reducir los elementos que conducen a la segmentación en el mercado de trabajo, ya sea en la división entre sector primario, secundario, donde se encuentran contratos de trabajo a término indefinido, los contratos temporales y por obra. Dentro de estos grupos se encuentran los colectivos tales como: los discapacitados, mujeres, los desempleados de larga duración, personas jóvenes, las mayores que sufren a causa de la segmentación. Esto conlleva sin duda a la discriminación de estos colectivos lo cual les impide acceder a los empleos, en la selección, búsqueda de empleos, capacitación, formación que los conduce a la economía sumergida, vulnerando sin duda el derecho al trabajo en condiciones dignas. El trabajo formal no sólo es una fuente de ingresos sino que es un elemento importante en la sociedad para la movilidad social, para mejorar las condiciones de bienestar, estando a él asociado el ejercicio de unos derechos conexos. Estos provienen del salario indirecto que da lugar a la seguridad social, a la pensión, representación sindical, vacaciones, prestamos de viviendas, bonificaciones, servicios educativos entre otros. En este mismo sentido, hace que el trabajador pueda tener una identidad y pertenecer a un grupo colectivo tal como agremiación sindical. Así pues que el trabajo es un derecho que da lugar a otros derechos conexos, y que sin estos se estaría frente a una discriminación y vulneración a la dignidad humana (MOURATIAN, 2013, p. 12-13).

Así, en la flexiseguridad se desincentiva la contratación indefinida frente al incentivo de contratación temporal, y se piensa más bien en la situación del trabajador frente al despido.

Esta medida puede ser positiva siempre y cuando se cuente con prestaciones por desempleo, e incentivo de formación a las personas que se encuentran desempleadas, así como, facilitar de nuevo la empleabilidad para evitar que los desempleados recurran al empleo informal (GORELLI HERNÁNDEZ, 2012, p. 65-66 y 79). La dualidad en el mercado de trabajo es una consecuencia directa de la flexibilización del derecho del trabajo, de manera que la solución será rebajar los mínimos de la tutela del trabajo sino por el contrario, recuperar esos derechos de tutela para los trabajadores que están sometidos a relaciones de carácter atípico.

5 SEGMENTACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO EN COLOMBIA

Los cambios laborales que ha sufrido Colombia no se presentan aislados sino que responden a una política mundial causada por el neoliberalismo, donde se establecen prácticas políticas económicas que permiten la promoción del bienestar del ser humano a través del libre desarrollo de las capacidades y de las libertades empresariales del mismo, dentro del respeto por la propiedad privada y los mercados libres. Empezaron en los años noventa con la denominada apertura económica, en medio de una democracia y de forma paulatina. Estas medidas económicas presentan un modelo de libre mercado que obligan a tomar medidas que busquen la flexibilidad para responder a los cambios presentes en la economía y poder competir en igualdad dentro del mercado. Frente a esto aumenta la desprotección laboral que está ligada con el acceso a la salud, a la pensión, a la educación, generando con ello más pobreza, discriminación y afectación a la familia (FUENTES; LINK, 2014, p. 107-111). Esta situación hace que aumente la informalidad y con ello los problemas dentro de la economía a futuro, pues no tienen para asumir la protección social de las todas las personas, generando un desequilibrio en las finanzas de los Estados. Las investigaciones realizadas sobre el mercado de trabajo han tenido en cuenta el sector informal y el nivel de la tasa de desempleo estructural, destacándose que existe baja productividad laboral de la mano de obra poco calificada, teniendo en cuenta que el sector informal es predominante. La informalidad se debe a los altos costos para crear una empresa formal, porque existe una estructura tributaria que no representa incentivos, y demanda una contribución parafiscal muy alta.

Para desarrollar y mejorar el mercado de trabajo sería necesario eliminar los obstáculos en la creación de nuevas empresas y con ello podría reducirse la informalidad. Existe un sector muy grande de subempleo y aunque estos pueden tener mayores ingresos salariales por hora que los empleados en una empresa, no tienen los beneficios de salud, pensión y ahorro programado. El mercado de trabajo está marcado por la inestabilidad, los empleos son esporádicos, y la oferta laboral es escasa. Debido a los flujos de trabajadores y

desempleados, existe un aumento en la tasa de desempleo, en donde no se tiene movilidad interna de la mano de obra (ARANGO; HAMANN, 2012, p. XXIII y XXIV).

La intermediación laboral tiene una reglamentación jurídica, pero en la práctica ni se cumple debido precisamente al aumento de modalidades de contratación que hacen que un trabajador no tenga la estabilidad ni goce de los mismos derechos laborales. A través de un análisis desde la teoría de los mercados segmentados Keynesiana, se cuestiona los fundamentos del modelo clásico del carácter voluntario del desempleo, en otro sentido, la posibilidad del equilibrio en el mercado de trabajo con salarios reales como mecanismo de estabilización de ese mercado a corto plazo (DOERINGER; PIORE, 1971). Es sabido que en las condiciones actuales de las economías el desempleo no se debe al trabajador y a su baja producción, sino a la fluctuación del mercado. Es necesario disminuir las violaciones a los derechos laborales de los trabajadores, en tanto que todas las personas en su empleo deben ser tratadas de manera justa y gozar de los mismos beneficios laborales, de acuerdo con el cargo que desempeñan, pues la igualdad es una condición necesaria para que haya justicia (BOBBIO, 1993, p. 47).

En Colombia se ha evidenciado que la pobreza no parece ser característica de un sector particular porque puede aparecer tanto en el sector clásico como moderno. Pues hay empleos precarios que se ubican en el sector primario dado el tipo de contratación: temporal, tiempo parcial, subcontratación, y por el contrario hay empleos en el sector informal que tienen altos ingresos económicos (URIBE; ORTIZ; GARCÍA, 2007, p. 195). Se ha venido presentando segmentación en el mercado de trabajo de manera permanente, y posiblemente la baja calidad en el empleo como factor preponderante de las ocupaciones en general, es un referente cotidiano que incluso podría tornarse irrelevante respecto de la inserción laboral, como quiera que el sector del mercado de trabajo mayoritariamente ocupado es el secundario, más específicamente el del trabajo informal. Por tanto, los colombianos en general sacrifican la calidad del empleo por la posibilidad de emplearse, aunque ello implique condiciones de inestabilidad, ausencia de remuneraciones acordes con su cualificación profesional, e incluso condiciones de vida insatisfactorias.

Para Carrasco (2002, p. 14), la calidad del empleo se estudia desde una visión institucional, en donde se tiene en cuenta qué es un empleo de calidad, se compara los empleos para definir si son de calidad tomando como referencia los factores determinantes que establece el ordenamiento jurídico colombiano. Por lo tanto, para su conceptualización, es necesario analizar los principios y derechos incluidos en la Constitución Política de 1991, en armonía con los principios rectores del trabajo y los instrumentos internacionales ratificados por

Colombia, específicamente como estado miembro de la Organización Internacional del Trabajo, OIT.

Por su parte Farné (2003, p. 107), utilizó cuatro variables para calcular el índice de calidad en el empleo, a saber: el ingreso laboral mensual, la modalidad de contratación, la afiliación a la seguridad social y el horario de trabajo. Asimismo, calculó el índice para los asalariados y los trabajadores independientes. Estas variables sirven para determinar la calidad en el empleo y si se cumplen por lo menos los requisitos de afiliación a la seguridad social, contrato de trabajo, y que ganen más de tres salarios mínimos, se puede hablar de un empleo de calidad aceptable para aquellos sectores que no se encuentran dentro del primer nivel. La denominación de mercado segmentado se ha utilizado indiscriminadamente como sinónimo de división del mercado laboral. Sin embargo, en Colombia se han evidenciado diferencias salariales entre los sectores industriales, el oficio de acuerdo donde sea desempeñado, sectores urbanos y rurales y, por supuesto entre los sectores formal e informal. Dentro de esta última división existen diversos trabajos que relacionan la segmentación laboral a partir de la informalidad y las diferencias en el nivel educativo (POSSO, 2010, p. 220-221).

Así las cosas, se observa segmentación entre el sector moderno y tradicional, y a su vez el carácter residual del sector tradicional. En estos habrá una diferencia salarial importante, encontrando que en el sector tradicional acuden aquellas personas que subsisten en la economía informal, donde existe poca productividad, bajos ingresos, porque el sector moderno no alcanza absorber el excedente de la oferta laboral. El mercado de trabajo se analizó en un estudio realizado en Bogotá, donde se concluye que el rendimiento en el mercado de trabajo está directamente relacionado con el nivel educativo, aunque no se puede decir lo mismo para la educación superior. Es decir, que la educación constituye un factor determinante de la calidad en el empleo. De modo que cuanto mayor es el nivel de educación se puede decir que más formal y estable es la relación salarial, no obstante, se debe tener en cuenta las condiciones laborales del país y la precariedad (URIBE; ORTIZ; GARCÍA, 2007, p. 194).

Por otra parte, se observa un cambio del segmento primario al secundario de manera voluntaria, el paso se da en un empleado de una empresa particular a uno independiente, no profesional o técnico. La razón de esto es porque las personas han permanecido largos periodos desempleados, con mayor número de años en los del sector secundario que los del primario. De tal manera que el segmento secundario se toma como una opción en los extensos periodos de desempleo. Así las cosas, en el sector secundario las mujeres

tienen menos ingresos y la calidad en el empleo es menor frente a los hombres, a diferencia del sector primario donde las mujeres tienen condiciones más favorables que los hombres. Esto va directamente relacionado con la formación académica que hace posible la ocupación de empleos bien remunerados y que requieren unas habilidades particulares, donde no se hace la distinción por género sino por requisitos para acceder al empleo. Así, la segmentación laboral incide en la discriminación laboral por cuestiones de género, entonces, esto influye en la exclusión social, porque la estructura del mercado irá determinada no sólo por la productividad sino también por los factores institucionales (PEDRAZA AVELLA, 2011, p. 116-119).

Se puede hablar de segmentación del mercado laboral colombiano, desde diversas perspectivas, tales como la concerniente al ingreso en la medida que los mecanismos de determinación del ingreso se modifiquen entre segmentos, en especial cuando de la educación se trata. Y se señala entonces una relación directamente proporcional, que da cuenta que a mayor nivel educativo, mayor será el ingreso laboral de los colombianos. Por lo anterior, la calidad en el empleo como principal factor de la segmentación del mercado laboral, tiene una estrecha relación con la educación universitaria, aunada a otros elementos como el tamaño de la empresa donde se presten los servicios y la localización geográfica de la misma (POSSO, 2010, p. 207).

Si la educación fuera impartida en igualdad de condiciones para todos, y con las mismas características de calidad, podría hablarse libremente de igualdad de condiciones en el acceso al empleo. No obstante, al no ser la educación un servicio realmente público y prioritario para las políticas gubernamentales, las oportunidades de acceso al mismo son cada vez más restringidas (URIBE; ORTIZ; GARCÍA, 2007, p. 220).

Ante el aumento de la informalidad en el empleo colombiano, no permite que los trabajadores puedan contar con los derechos de protección social, lo cual conlleva a la precariedad de los empleos urbanos. Da acceso a la protección social (contra el despido arbitrario, contra accidentes, en caso de desempleo y de maternidad; reafirma el derecho a un sueldo mínimo, al descanso semanal, a vacaciones, etc.) y atribuye al trabajo y a los ingresos un carácter de regularidad y estabilidad.

6 SEGMENTACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO EN ESPAÑA

Como ya se ha mencionado, la segmentación del mercado de trabajo implica un proceso de división de la población activa de un país en grupos uniformes de trabajadores más o menos numerosos. Se trata, pues, de grupos o segmentos de la población activa que

tienen características, necesidades e intereses comunes desde el punto de vista de la protección laboral y social. Sin lugar a dudas, esta división de la población activa supone que el propio mercado se divide de acuerdo a dichas características o variables laborales, influyendo en la propia dinámica de la oferta y de la demanda.

El mercado de trabajo se adapta, como cualquier otro mercado, a las ventajas y contrapartidas cuyo objeto suponga un menor coste. Sin embargo, desde el punto de vista laboral, la cuestión necesita la intervención pública, ya que los servicios que se prestan corresponden al trabajo de las personas y dicho trabajo afecta a las condiciones de vida personales y familiares. Sin duda, es necesario velar por condiciones dignas de empleo y promoción en el trabajo, buscando el mayor efecto posible de justicia social. Una segmentación acusada e injustificada ocasiona importantes problemas, especialmente la imposibilidad de los trabajadores de poder acceder a un empleo estable y promocionar adecuadamente en el trabajo. No debemos olvidar que se trata de principios básicos del sistema español de relaciones laborales (artículo 35 de la Constitución Española y artículos 4.2.b y 15 del Estatuto de los Trabajadores).

En el caso de España tenemos dos segmentos o grupos homogéneos de trabajadores, cuyos estatutos jurídicos son diametralmente diferentes. Nos estamos refiriendo a los trabajadores indefinidos o estables y a los trabajadores temporales. Ambos colectivos tienen, como veremos, una distinta protección jurídica y sus intereses son contrapuestos, siendo evidentemente el modelo de trabajo estable el prototipo de empleo deseado por el conjunto de los trabajadores. De este modo, podríamos hablar del colectivo de *insiders*, que tienen el mayor grado de protección jurídico-laboral y de Seguridad Social, y los trabajadores *outsiders* que prestan sus servicios condicionados por las fluctuaciones de mercado, la estacionalidad de la actividad laboral y la rotación de la actividad productiva. Sin duda, la segmentación del mercado de trabajo responde a diversas variables, siendo el tipo de trabajo el factor esencial. Existen otros condicionantes como las variables geográficas, demográficas o socioeconómicas, a las cuales iremos haciendo mención a lo largo del presente estudio.

Ciertamente, estas circunstancias se proyectan inevitablemente en las condiciones de trabajo y ocupación. El análisis desde el punto de vista de la segmentación laboral nos es de utilidad a los efectos de analizar los rasgos básicos y generales que caracterizan al mercado de trabajo de un país. Existen, pues, dos tipos de empleo, uno estable y protegido y otro empleo temporal y atípico que muestra un mayor grado de precariedad laboral. Cada uno de estos trabajos tiene un destinatario concreto y una finalidad final que es el

ahorro de costes empresariales por emplear a trabajadores coyunturales y menos valorados. Esta segmentación hace que exista un mercado de trabajo secundario, respecto a su valor, no tanto por su dimensión o por el colectivo que representa. Este mercado se caracteriza por la mayor desigualdad, vulnerabilidad y por la presencia de un acusado grado de rotación laboral. En síntesis, un mercado de trabajo que no ofrece a los trabajadores una posibilidad de desarrollo profesional ante falta de estabilidad en el empleo.

La existencia de una acusada división entre los colectivos de trabajadores estables y temporales ha justificado que tradicionalmente las reformas laborales han ido orientadas a estimular la contratación indefinida. Se trata de un fenómeno recurrente, cuyos resultados nunca han sido los esperados y el problema sigue ciertamente presente. Se intenta dar solución a un problema estructural y de gran calado social, ya que la gravedad de la situación es evidente. La tasa de temporalidad española es alarmante, puesto que triplica la existente en el conjunto de la Unión Europea. Concretamente, la tasa de temporalidad española en 2015 fue del 24,2%, mientras que en la media de la Unión Europea fue del 14,1%. Este dato se visualiza sin duda cuando se comprueba del 25 % de los trabajadores temporales europeos presta sus servicios en España.

Este panorama es preocupante ya que en torno a un tercio de los contratos celebrados en España son carácter indefinido, siendo pues en la práctica una excepción frente a la contratación temporal. Ello contrasta ciertamente con la propia definición del artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, que opta decididamente por la contratación indefinida como modelo típico de empleo, frente a la temporalidad, que se circunscribe a situaciones atípicas y extraordinarias basadas en causa legal que habilite este tipo de contratación laboral. En la legislación laboral española existe un evidente desfase entre la previsión normativa y la práctica. La aplicación de los contratos temporales desvirtúa la propia formulación legal, siendo ello en muchas ocasiones debido a prácticas consolidadas de fraude laboral. Se trata de una situación establecida en nuestro país y que se ha venido a perpetuar desde el año 1984, momento en el que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico el contrato temporal de fomento del empleo.

Los datos anteriormente apuntados tienen que ser interpretados en función del contexto económico y social que ha vivido España en los últimos años. Sin duda, una circunstancia a tener en cuenta es la crisis económica, que comenzó en 2008 y cuyos efectos aún se vislumbran en la situación económica y social. La crisis ha tenido como consecuencia un aumento dramático de la tasa de desempleo, que ha llegado al 25,7% de la población activa en 2013 (20,4% en 2015). Ello ha afectado igualmente al propio mercado de trabajo

y ha venido a agravar aún más el proceso de dualización. De este modo, ha crecido la desigualdad en el mercado de trabajo, aumentando la cuota de trabajo temporal. Ciertamente, al aumentar la oferta de trabajo disponible se produce un incremento correlativo de la temporalidad en el empleo.

Debemos plantearnos hasta qué punto la temporalidad en España se debe a las características de los trabajadores o, si por el contrario, es una variable derivada de la segmentación del mercado laboral y, especialmente, de la estructura productiva del país. La temporalidad se concentra en determinados sectores de actividad, como son la construcción, la agricultura y los servicios. Ello se explica por la naturaleza de los servicios prestados en dichos ámbitos, en el que está ciertamente presente el uso del contrato de obra o servicio y del contrato eventual por circunstancias de la producción. Especialmente el contrato de obra o servicio determinado y, concretamente, su interpretación jurisprudencial flexible, ha permitido un recurso intenso de dicha figura contractual, permitiendo amplios espacios para el fraude laboral. Estas prácticas fraudulentas son especialmente problemáticas y rechazables, ya que el recurso injustificado a dichos contratos puede en muchos casos dar lugar a situaciones que se perpetúan en el tiempo. Una relación laboral con un contrato de duración determinada injustificado, o incluso sin contrato, ocasiona situaciones de temporalidad y desprotección inasumibles.

Otro dato que nos permite visualizar el problema de la segmentación laboral es propio modelo de empresa española, que se asienta en pequeñas y medianas empresas, generalmente con menos de veinte trabajadores. Estamos, pues, ante uno de los hándicaps de la economía española, ya que el modelo de pequeña y mediana empresa de nuestro país comprende el 99,88% del tejido empresarial. Ciertamente, a medida que el tamaño de la empresa aumenta el recurso a la contratación temporal es menor. Es en estas organizaciones empresariales de mayor dimensión donde realmente se aprecia el trabajo estable como un factor de competitividad y de calidad de los servicios recibidos por los trabajadores, así como un elemento enriquecedor del proyecto empresarial debido a la fidelización de los trabajadores con el proyecto empresarial. El acceso al empleo se produce frecuentemente mediante la contratación temporal, que sin duda se presenta como una práctica empresarial habitual. Entorno a la mitad de los trabajadores temporales tienen una antigüedad en la empresa superior a un año, lo que permite detectar un claro indicio de uso abusivo de la figura contractual.

Asimismo, existe una importante brecha regional, donde la segmentación es más acusada. Estamos, pues, ante un factor que explica el fenómeno de la segmentación laboral debido

a la propia división territorial del modelo de actividad productiva (DOERINGER; PIORE, 1971, p. 51). Existen, pues, regiones que tiene un mercado laboral mucho más dualizado, que dificulta aún más el acceso al empleo estable a los colectivos más vulnerables y desfavorecidos del mercado de trabajo. Es en estos ámbitos donde las situaciones de desigualdad en el acceso al trabajo y en el empleo son mayores.

Así pues, podemos distinguir regiones españolas donde la estabilidad laboral es mayor, debido esencialmente al grado de desarrollo de la zona y a la existencia de un tejido industrial consolidado. Ello se produce esencialmente en áreas geográficas como Cataluña, Madrid, País Vasco o Valencia, donde la temporalidad está en torno al 13%, frente a otras regiones que tienen un menor índice de industrialización y la presencia de actividades estacionales es mayor. Ello sucede en regiones como Andalucía, Canarias, Extremadura, Murcia, etc. En este sentido, la perspectiva regional debería cuidarse, teniendo en cuenta que las competencias de empleo están transferidas a las Comunidades Autónomas. Se debería, pues, aprovechar este modelo para adoptar medidas específicas desde el punto de vista territorial, que coordinado con la política nacional, permitiera reducir la dualización del mercado laboral por Comunidades Autónomas.

La segmentación es un problema evidente de la propia economía española. Ello supone desaprovechar el capital humano e impide la consolidación de los proyectos empresariales de largo recorrido y de gran entidad. Sin duda, se trata de un problema que afecta directamente a la competitividad y a la productividad de la economía de un país. En este sentido, una de las recomendaciones de la Unión Europea para mejorar la competitividad de Europa y, concretamente de España, es reducir la brecha existente entre la contratación indefinida y la temporal. En este sentido, se demanda la adopción de medidas concretas. Esto no es sólo un medio para luchar contra la competitividad, sino que es un fin esencial de un Estado social y democrático de Derecho (artículo 1 Constitución Española). Dicho mandato obliga a los poderes públicos a luchar contra la precariedad y a buscar una situación de justicia e igualdad en el mercado de trabajo. Por ello, como se verá posteriormente este ha sido uno de los puntos clave de las últimas reformas laborales, en especial de la reforma laboral de 2012.

La reforma laboral de 2012 no afectó a las reglas esenciales del sistema de contratación laboral previstas en los artículos 15.1 y 49.1.c del Estatuto de los Trabajadores. Precisamente, dicha opción suponía no abordar el problema de la segmentación del mercado de trabajo y destacaba la ausencia de fórmulas que supusieran medidas de equilibrio entre trabajadores temporales e indefinidos. Es más, al contrario, se contemplaron medidas

de flexibilidad contractual que incluso afectan a la regla esencial de preferencia por la contratación indefinida. La principal medida ha sido el contrato de apoyo a los emprendedores, que tiene una conexión directa con las clásicas propuestas de flexibilización de la contratación indefinida, al ejemplo del contrato laboral único, ya que se contempla por ley una fase de prueba de un año que permite la resolución sin causa del contrato de trabajo.

Este nuevo contrato se sitúa a medio camino entre un nuevo supuesto de contrato de fomento de la contratación indefinida y la introducción indirectamente de la clásica propuesta empresarial de un contrato indefinido y a tiempo completo pero no fijo, como medida flexibilizadora de la contratación laboral. Ello no altera la división entre trabajadores indefinidos y temporales, con un tratamiento desigual en sus condiciones de trabajo, lo que sin duda afecta al principio internacional de igualdad. Este mismo argumento plantearía incluso desde la perspectiva de nuestro ordenamiento interno el vicio de inconstitucionalidad (artículo 14 Constitución Española). Ciertamente, se trataría de trabajadores estables pero no fijos, que tendrían un tratamiento diverso al de los trabajadores indefinidos ordinarios.

La duda central gravita sobre el derecho a la igualdad y no discriminación entre trabajadores estables, y ello aunque formalmente se trata de un contrato acuñado como indefinido. Asimismo, tampoco podemos olvidar su posible colisión con el derecho constitucional al trabajo (artículo 35.1 Constitución Española). Según el Tribunal Constitucional el derecho al trabajo no se limita a la libertad de trabajar, sino que también abarca el derecho a un puesto de trabajo, así como a la continuidad o estabilidad en el empleo. Esto conlleva la imposibilidad de poder ser despedido sin justa causa y esta protección se configura constitucionalmente a juicio del Tribunal Constitucional como un aspecto esencial del derecho al trabajo (artículo 35 CE) (STC 22/1981 de 2 de julio (RTC 1981, 22). STC 6/1984, de 24 de enero de 1984 (RTC 1984, 6). STC 20/1994 de 27 enero (RTC 1994, 20). STC 192/2003 de 27 octubre (RTC 2003, 192)]

El contrato se intenta justificar desde la óptica de la flexiseguridad y viene a reconfigurar la contratación indefinida, al permitir flexibilidad de extinción al inicio de la relación y la adquisición de plenos derechos laborales una vez superado el polémico período de prueba de un año. El problema es el equilibrio justo y necesario entre disposición flexible del trabajo y la seguridad en el empleo con un gran ámbito de incertidumbre en su devenir, que no se delimita de forma objetiva. Es decir durante el primer año de prueba la relación no deja de tener una duración determinada, permitiéndose la extinción sin causa y sin

costes indemnizatorios. De este modo, estamos en presencia de un contrato de baja protección al comienzo de la relación laboral, que únicamente alcanza la protección suficiente y plena cuando se consolida la relación laboral por la superación del período de prueba (ESCUADERO RODRÍGUEZ; LUCAS DURÁN, 2012, p. 32).

Por otro lado, los costes de extinción de los contratos temporales siguen siendo más bajos que los costes de los contratos indefinidos, a pesar de la reducción de las indemnizaciones. En efecto, las iniciativas de atemperar la temporalidad en la reforma no han impedido que el coste del contrato temporal siga siendo mucho más bajo y pese a todo se extiende la precariedad laboral a las relaciones de trabajo estables (GORELLI HERNÁNDEZ, 2012, p. 393; FERNÁNDEZ LÓPEZ, 2012, p. 208). En este sentido, la OIT en sus estudios apuesta por equilibrar y equiparar los costes extintivos existentes entre la contratación temporal y estable, medida que permitiría reducir la segmentación del mercado laboral. El contrato de apoyo a los emprendedores se configura como un contrato que no crea condiciones de fijeza, ya que permite la extinción sin causa, impidiendo el control de la extinción (BRAVO-FERRER, 2009, p. 111) salvo el límite jurídico de los despidos discriminatorios.

En contraposición a esta opción legislativa, la OIT ha defendido que debe primarse el objetivo de la equiparación de la protección del trabajo indefinido y temporal. Ello es un medio para estimular condiciones de seguridad laboral, siendo básica la protección social asegurando la exigencia jurídica del despido justificado. La necesidad de protección frente al despido injustificado exigida por la OIT (Convenio OIT núm. 157 sobre la terminación de la relación de trabajo ratificado por España) no impide las extinciones contractuales ligadas a las necesidades de la empresa. No obstante, evita la proyección del despido libre, sin causa e injusto. Y es un aspecto esencial inherente al propio derecho al trabajo (art. 35.1 Constitución Española), que tiene igualmente su reflejo en el ámbito europeo en el art. 30 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Por tanto, el objetivo tuitivo no es otro que evitar la configuración material de un despido libre *ad nutum*, que introduzca grandes dosis de precariedad y abusos en las relaciones laborales. Se impide, pues, limitar el reemplazo de trabajadores a través de esta modalidad contractual, sin que se pueda conectar contrato de apoyo a emprendedores con extinciones irregulares, incluida la figura del despido (CRUZ VILLALÓN, 2012, p. 34; GOERLICH PESET, 2012, p. 24).

El problema del contrato indefinido de apoyo a los emprendedores se centra en la determinación legal de un largo período de prueba de un año. Esto plantea dudas sobre la

proporcionalidad del tiempo de prueba previsto. Desde el punto de vista internacional, la conversión del contrato de apoyo a emprendedores como un contrato de duración determinada durante el primer año prueba plantea los mismos problemas que la garantía de certidumbre en la extinción de las relaciones laborales temporales. El instrumento de referencia es el Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166 sobre la terminación de la relación de trabajo. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU considera que la privación por ley de la protección del trabajador frente al despido improcedente sería una violación de los Estados del derecho internacional al trabajo. En el ámbito europeo, el art. 30 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea asegura la tutela respecto del despido injustificado, asegurando al trabajador medios de defensa.

La idoneidad de la regulación de la reforma laboral y su compatibilidad con el Convenio núm. 158 OIT reside en saber si su regulación cabe en el ámbito de exclusión del art. 2.2 Convenio 158. En este punto, debemos indicar que el Convenio prevé que los Estados pueden excluir algunas disposiciones del convenio a los trabajadores que efectúen un período de prueba, siempre que éste se encuentra previsto y sea razonable (art. 2.2). El Convenio 158 y la Recomendación 166 prevén el derecho a ser despido por una razón válida, asegurando una vía de defensa frente al despido injusto (arts. 7 y 8). Y es esencial la exigencia de causalidad cuando la relación termina por iniciativa del empleador, ya que “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” (arts. 3 y 4) [OIT, Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: Protección contra el despido injustificado. Informe III (Parte 4B)]. Ello impide la terminación unilateral de la relación sin causa, lo que asienta el principio esencial de justificación de la extinción de los contratos de trabajo indefinidos (art. 4).

Sin duda, otra de las medidas tradicionales de luchar contra la segmentación del mercado de trabajo es la limitación legal del encadenamiento de los contratos de trabajo temporales. Se trata de medidas orientadas a la transformación formal y automática de contratos temporales en indefinidos y, en definitiva, a la prevención de los efectos perniciosos de la contratación temporal en cadena o abusiva. La sucesión de los períodos de actividad laboral en virtud de contratos de duración determinada unida a sucesivas prórrogas permite finalmente en la práctica el acceso a un trabajo estable. Se trata de una práctica que permite a la empresa comprobar el adecuado desempeño laboral del trabajador. Es decir, estaríamos ante la tesis que considera al trabajo temporal como una fase de prueba

orientada al trabajo indefinido (LOH, 1994, p. 471)⁵. Precisamente, estas situaciones han intentado limitarse y objetivarse por las reformas laborales orientadas a la limitación del encadenamiento de contratos temporales.

La limitación a la contratación temporal se introdujo por la reforma de 2006 (R.D.-Ley 5/2006, de 9 de junio). La reforma de 2011 suspendió temporalmente la aplicación del art. 15.5 del ET. Se entendía que la situación de crisis económica permitía un alto grado de incumplimiento de la regla en la práctica. Conviene recordar en este punto que la razón de ser la suspensión era la imposibilidad de impedir que dichos límites legales fueran un obstáculo a la contratación laboral temporal. Es decir, según este planteamiento, el art. 15.5 ET en un contexto de crisis más que fomentar la contratación indefinida, suponía un impedimento a la creación de trabajo temporal y especialmente a la renovación de los contratos temporales. La reforma laboral de 2012 activó nuevamente la limitación de los contratos temporales desde el 1 de enero de 2013, lo cual ha permitido computar nuevamente los períodos de referencia y de empleo temporal a efectos de conversión de contratos temporales en fijos.

Con carácter general, adquirirán la condición de trabajadores fijos aquellos que hayan trabajado durante un plazo superior a veinticuatro meses en un período de treinta meses mediante dos o más contratos temporales —a excepción de los contratos formativos, relevo e interinidad—. Sí se excede ese límite el empresario tendrá que facilitar al trabajador en los diez días siguientes un documento justificativo de su nueva condición de fijo. En este punto la reforma se adapta a las directrices de la OIT relativa a la búsqueda de mecanismos que permitan la promoción de las relaciones laborales estables, máxime cuando se trata de situaciones en las que existe un elevado índice de fraude de ley.

Otro aspecto a destacar se refiere a la temporalidad ligada a los colectivos más vulnerables del mercado de trabajo. Se trata de grupos que se encuentran perjudicados en el acceso al empleo, en general, y al trabajo fijo en especial. Ello afecta esencialmente a los jóvenes, mujeres, trabajadores de edad avanzada y discapacitados. A continuación, vamos a centrar nuestro análisis en dos colectivos concretos, el empleo femenino y juvenil, especialmente afectados en el mercado de trabajo español.

Las mujeres tienen una mayor probabilidad de temporalidad debido al temor empresarial a las suspensiones de la relación laboral. Estas interrupciones de la vida laboral se deben generalmente a circunstancias de índole familiar, que supone desde la óptica empresarial

⁵ En este sentido véase también JOVANOVIC; NYARKO, 1996, p. 5.651.

un motivo de incertidumbre. Este factor perjudica al empleo femenino y ello a pesar de las importantes mejoras producidas en nuestro ordenamiento jurídico en relación a la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Ciertamente, la legislación laboral ha realizado un importante avance en este ámbito, introduciendo importantes mecanismos tendentes a evitar este prejuicio al empleo femenino, tanto desde el punto de vista laboral como de su protección social, y siempre intentando que dichas medidas correctoras no supongan un coste empresarial desincentivador.

Sin duda, el empleo juvenil ha sido el más afectado por la crisis económica, ya que los jóvenes menores de 25 años tienen una tasa de temporalidad de casi el 65,6%. En efecto, se trata de una situación sumamente preocupante para estos trabajadores, que se agrava aún más cuando no tienen formación. Estamos ante un problema que trasciende el ámbito estrictamente laboral y repercute directamente desde el punto de vista social. Esto explica que la edad de emancipación real de los jóvenes se retrase alarmantemente en España y cada vez sea más difícil poder formar una familia. Efectivamente, el trabajo estable es aquel que permite consolidar un proyecto de vida autónoma y suficiente, y asegura el desarrollo del modelo de familia, mejorando de este modo la tasa de natalidad.

La reforma laboral de 2012 ha realizado importantes cambios en relación a la contratación con fines formativos, configurando un nuevo contrato de aprendizaje de tres años y ampliando la edad de contratación máxima hasta los treinta años. Y, asimismo, se contemplan nuevas posibilidades de encadenamiento de este tipo de contratos, pudiéndose realizar actividades formativas en la misma o en diferentes empresas. El contrato para la formación y el aprendizaje se configura como instrumento que permite facilitar la formación y cualificación en alternancia. De igual modo, permite dar, en parte, una respuesta a los problemas del fracaso y abandono escolar de nuestro sistema de educación reglada y es un importante instrumento en clave de la Estrategia Europea de 2020 (LÓPEZ GANDÍA, 2012, p. 85; CALVO GALLEGO, 2012, p. 158).

Sin duda, la dimensión laboral del contrato prevalece desproporcionalmente sobre el propio tratamiento de la formación, que a pesar de los cambios normativos, se trata de una cuestión residual (CAMPS RUIZ, 2012, p. 74; SUÁREZ CORUJO, 2012, p. 81). Ciertamente, la configuración ambigua de estos aspectos permite, en definitiva, que este contrato se muestre como una vía adicional de temporalidad, impidiendo su aislamiento de la contratación temporal estructural y sin que su causalidad permita su correcta aplicación. El déficit del aspecto formativo del contrato se desmarca de las propias directrices y recomendaciones de la OIT respecto del desempleo juvenil, que tiene que

ser combatido con instrumentos adecuados que permitan la empleabilidad de los trabajadores jóvenes. El elemento formativo, como aspecto esencial, no se trata desde un punto de vista cualitativo en la regulación de esta modalidad contractual. Ciertamente, y dejando a un lado los aspectos estrictamente relacionados con los incentivos sociales del contrato, se echan en falta las recomendaciones de la OIT relativas al fortalecimiento del aspecto formativo como vía para conseguir adecuadas competencias laborales. Este aspecto se contempla en la Recomendación núm. 60 de la OIT de 1939, sobre el aprendizaje. Ello supone la necesidad de primar, por encima de todo, la formación en el trabajo como elemento característico del contrato.

Es preciso resaltar que la formación profesional se presenta como un elemento clave y diferenciador. La formación no es solamente un valor en sí mismo que permite el acceso al trabajo, sino que también se muestra como un factor esencial que asegura la estabilidad laboral y el vínculo en virtud de una relación laboral, evitando el tránsito acusado por una cadena incierta temporalidad. Los trabajadores con una mayor formación y con un nivel de estudios más elevado tienen más probabilidades de acceder a un trabajo indefinido. Existe, pues, una relación directa entre conocimientos aplicados al trabajo y promoción profesional (BECKER, 1962, p. 9; BLACK; LYNCH, 1996, p. 263).

La formación profesional es importante tanto para los trabajadores excluidos del mercado de trabajo, que pretendan acceder al mismo, así como para los trabajadores estables. La formación es igualmente necesaria para este colectivo, puesto que tienen que evitar la obsolescencia de los conocimientos adquiridos y el retorno involuntario al desempleo (CAPARRÓS RUIZ; NAVARRO GÓMEZ; RUEDA NARVÁEZ, 2004, p. 51). Los trabajadores que abandonan voluntariamente el trabajo tienen más probabilidades de acceso a un trabajo indefinido, lo que está ligado al perfil cualificado del trabajador. Se trata de un mecanismo de búsqueda de trabajo desde el empleo realizando una trayectoria ocupacional (BURDETT, 1978, p. 212; SICHERMAN, 1990, p. 163).

La estabilidad en el empleo no debe estar unida tanto a la modalidad contractual, sino al propio desempeño laboral del trabajador. Por ello, a mayor nivel de cualificación mayor será el grado de estabilidad, que solamente se podrá satisfacer en virtud de un contrato indefinido. Esto lo explica nítidamente la teoría del *job matching* (JOVANOVIC, 1979, p. 972), que indica que a mayor continuidad del trabajador en la empresa mayor es el compromiso con el proyecto empresarial. Existe, pues, una relación directa entre permanencia en la empresa y el propio mantenimiento de la relación laboral. En estos casos, el trabajador muestra evidentemente una falta de propensión a la pérdida involuntaria

del trabajo y a los cambios laborales se producirán evidentemente por factores externos. Generalmente, dichos condicionantes están relacionados con la mejora su situación laboral, siendo el cambio de trabajo una decisión voluntaria de promoción en su carrera profesional, que sin duda es un objetivo destinado a los trabajadores cualificados.

La situación requiere medidas estructurales que permitan un cambio de modelo. Sin duda, es preciso acometer reformas laborales orientadas a mejorar los índices de seguridad en el empleo y erradicar la precariedad laboral. Asimismo, no debemos olvidar el necesario recurso a las políticas activas de empleo y, muy especialmente, al fomento de la formación profesional, que es siempre la gran olvidada. Evidentemente, las políticas activas de empleo sobre el mercado de trabajo es un instrumento dinámico en el tiempo, que no podemos acotar a un cambio político o a una estrategia de gobierno. Al contrario, estas políticas son medios de gestión pública del problema y pueden ayudar decididamente a disminuir el recurso a la temporalidad. La temporalidad se explica en España debido a la estructura del mercado laboral y de su economía, pero también debido al perfil de los trabajadores, cuya formación es preciso mejorar. También se deben corregir las prácticas empresariales injustificadas y asentadas, que crean un contexto propenso a la temporalidad como medio de gestión de las plantillas de trabajadores. Ello explicaría, sin duda, como las continuas reformas laborales que han gravitado sobre la estabilidad en el empleo no han cambiado la cultura empresarial contraria al modelo de trabajo indefinido.

7 CONCLUSIONES

La segmentación del mercado de trabajo menoscaba los derechos de los trabajadores porque hace una distinción entre los que tienen buenos y malos empleos, otorgando a los primeros mayores ingresos, bonificaciones, ascensos, estabilidad y seguridad en el empleo; ocasionando con esto la exclusión social. Esta situación afecta al mercado de trabajo colombiano y español, por la necesidad de flexibilizar las condiciones laborales y hacer frente a un mercado globalizado. No obstante, los estados deben regular y controlar las prácticas de las empresas que abusan de este fenómeno, desconociendo el derecho fundamental al trabajo.

La calidad en el empleo colombiano está directamente relacionada con el nivel educativo que tengan los empleados, es decir, a mayor nivel académico mayores son los ingresos, las condiciones laborales y la posibilidad de ascenso. En sentido contrario los trabajadores tienen empleos temporales, con bajos salarios, sin posibilidad de mejorar sus condiciones laborales y de ascenso. En el mercado laboral colombiano los puestos de trabajo se combinan con características primarias y secundarias, con predominio del empleo informal.

Esto hace que la segmentación aumente la discriminación en el mercado de trabajo, afecta la calidad en el empleo porque varía según el segmento laboral al que se pertenezca.

Con carácter general, existe una acusada división entre los colectivos de trabajadores estables y temporales. Ello ha justificado que tradicionalmente las reformas laborales hayan ido orientadas a estimular la contratación indefinida. Se trata de un fenómeno recurrente, cuyos resultados nunca han sido los esperados y el problema sigue ciertamente presente. Se intenta dar solución a un problema estructural y de gran calado social, ya que la gravedad de la situación es evidente. Este panorama es preocupante ya que en torno a un tercio de los contratos celebrados en España son carácter indefinido, siendo pues en la práctica una excepción frente a la contratación temporal.

El mercado de trabajo español ha sufrido cambios que llevan a la flexibilidad de los empleos, ocasionando el aumento de la temporalidad, precariedad e inestabilidad, que se ve en el sector secundario, pues el primario goza de condiciones laborales favorables y estables. Con carácter general, existe una acusada división entre los colectivos de trabajadores estables y temporales. Ello ha justificado que tradicionalmente las reformas laborales hayan ido orientadas a estimular la contratación indefinida. Se trata de un fenómeno recurrente, cuyos resultados nunca han sido los esperados y el problema sigue ciertamente presente. Se intenta dar solución a un problema estructural y de gran calado social, ya que la gravedad de la situación es evidente. Este panorama es preocupante ya que en torno a un tercio de los contratos celebrados en España son carácter indefinido, siendo pues en la práctica una excepción frente a la contratación temporal. En España, existe un evidente desfase entre la previsión normativa y la práctica. La aplicación de los contratos temporales desvirtúa su propia formulación legal, siendo ello en muchas ocasiones debido a prácticas consolidadas de fraude laboral. Con todo, debemos cuestionarnos hasta qué punto la temporalidad en España se debe a las características de los trabajadores o, si por el contrario, es una variable derivada de la segmentación del mercado laboral y, especialmente, de la estructura productiva del país. Sin duda, el problema de la segmentación laboral reside ineludiblemente en el propio modelo de empresa española, que se asienta en pequeñas y medianas empresas.

La segmentación es un problema evidente de la propia economía española. Ello supone desaprovechar el capital humano e impide la consolidación de los proyectos empresariales de largo recorrido y de gran entidad. Sin duda, se trata de un problema que afecta directamente a la competitividad y a la productividad de la economía de un país. La situación requiere medidas estructurales que permitan un cambio de modelo. Es preciso

acometer reformas laborales orientadas a mejorar los índices de seguridad en el empleo y erradicar la precariedad laboral. Asimismo, no debemos olvidar el necesario recurso a las políticas activas de empleo y, muy especialmente, al fomento de la formación profesional, que es siempre la gran olvidada.

BIBLIOGRAFÍA

ARANGO, Luis E.; HAMANN, Franz. **El mercado de trabajo en Colombia: hechos, tendencias e instituciones**. Bogotá: Ed. Banco de la República, 2012.

BECKER, Gary S. Investment in human capital: a theoretical analysis. En: **Journal of Political Economy**, Chicago, Ed. University of Chicago, v. 70, n. 5, part 2, p. 9-49, October 1962.

BLACK, Sandra; LYNCH, Lisa M. Human capital investment and productivity. En: **American Economic Review**, Pittsburgh (PA), Ed. American Economic Association, v. 86, n. 2, p. 263-267, 1996.

BOBBIO, Norberto. **Igualdad y libertad**. Barcelona: Paidós / I.C.E de la Universidad Autónoma de Barcelona, 1993.

BRAVO-FERRER, Miguel Rodríguez-Piñero y. Sobre el contrato de trabajo 'único'. En: **Relaciones Laborales: Revista Crítica de Teoría y Práctica**, Ed. Universitat de Barcelona, n. 10, 2009.

BURDETT, Kenneth. A theory of employee job search and quit rates. En: **American Economic Review**, Pittsburgh (PA), Ed. American Economic Association, v. 68, n. 1, 1978.

CALVO GALLEGO, Francisco Javier. Modalidades contractuales, dualidad en el mercado y reformas laborales en el bienio 2010 a 2012 (II): la Ley 3/2012. En: **Documentación Laboral**, Madrid, Ed. Cinca, n. 95-96, p. 127-165.

CAMPS RUIZ, Luis Miguel. Contratación, formación y empleo en el RDL 3/2012. En: BLASCO PELLICER, Ángel et al. (Org.). **La reforma laboral en el Real Decreto-Ley 3/2012**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012. p. 62-98.

CAPARRÓS RUIZ, Antonio; NAVARRO GÓMEZ, María Lucía; RUEDA NARVÁEZ, Mario F. Efectos de la temporalidad sobre la formación recibida durante el empleo. En: **Cuadernos de Economía**, Madrid, Ed. Universidad Autónoma de Madrid; Universidad de Barcelona, v. 27, n. 74, p. 2-52, abril-junio 2004.

CARRASCO, Emilio A. La calidad del empleo en el marco de la Constitución colombiana. En: **Cuadernos de Trabajo**, Bogotá, Ed. Universidad Extremada de Colombia, n. 3, p. 27-41, noviembre, 2002.

CASTELLANI, Ana Gabriela. **Implementación del modelo neoliberal y restricciones al desarrollo en Argentina**. Buenos Aires: Clacso, 2002.

CÓRDOBA CURREA, Claudia Carolina. La segmentación del mercado laboral urbano en Colombia: un análisis a partir del enfoque de la calidad de los trabajos. Disponible en: <https://Colaboracion.Dnp.Gov.Co/Cdt/Estudios%20economicos/2014sep11%20segmentacion_Calidad.Pdf>. Visitado el: 2-10-2016.

CRUZ VILLALÓN, Jesús. Hacia una nueva concepción de la legislación laboral. En: **Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Sevilla (España), Ed. Consejería de Trabajo, Junta de Andalucía, n. 115, p. 13-54, 2012.

DAW, Jonathan; HARDIE, Jessica Halliday. Compensating differentials, labor market segmentation, and wage inequality. En: **Social Science Research**, Ed. Elsevier, v. 41, n. 5, p. 1.179-1.197, 2012.

DE ALÓS-MONER VILA, Ramón. Segmentación de los mercados de trabajo y relaciones laborales: el sindicalismo ante la acción colectiva. En: **Cuadernos de Relaciones Laborales**, Barcelona, Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, p.123-148, 2008.

DOERINGER, Peter B.; PIORE, Michael J. **Internal labor markets and manpower analysis**. Lexington, Mass (United Kingdom): D.C. Heath, 1971.

ESCUADERO RODRÍGUEZ, Ricardo; LUCAS DURÁN, Manuel Jesús. El nuevo contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores: régimen sustantivo, incentivos fiscales y bonificaciones en las cuotas de Seguridad Social. En: **Actum Social**, Madrid, Ed. Francis Lefebvre, n. 61, p. 28-38, 2012.

FARNÉ, Stefano. **Estudios sobre la calidad del empleo en Colombia**. Lima (Perú): OIT, 2003.

FERNÁNDEZ-HUERGA, Eduardo. La teoría de la segmentación del mercado de trabajo: enfoques, situación actual y perspectivas a futuro. En: **Investigación Económica**, México (DC), Ed. Facultad de Economía da Universidad Nacional Autónoma de México, v. 69, n. 273, p. 115-150, julio-septiembre 2010.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda. La reforma del régimen del despido por la vía de la reducción de sus costes. En: **Revista de Derecho Social**, Albacete (España), Ed. Bomarzo, n. 57, p. 199-208, 2012.

FUENTES, Luis; LINK, Felipe. Competitividad, mercados de trabajo y estructura socioterritorial en Bogotá, Lima, Santiago. En: *Revista de Geografía Norte Grande*, Santiago (Chile), Ed. Instituto de Geografía, Pontificia Universidad Católica de Chile, n. 59, dic. 2014. Disponible en: <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34022014000300007>. Visitado el: 3-10-2016.

GOERLICH PESET, José María. El Real Decreto-Ley 3/2012: una aproximación general. En: BLASCO PELLICER, Ángel et al. (Org.). **La reforma laboral en el RD 3/2012**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2012, p. 19-38.

GORELLI HERNÁNDEZ, Juan. La reforma laboral de 2012 y su impacto en los despidos individuales y otras formas de extinción del contrato de trabajo. En: **Temas Laborales, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social**, Sevilla (España), Ed. Consejería de Trabajo, Junta de Andalucía, n. 115, p. 275-314, 2012.

HUDSON, Kenneth. The new labor market segmentation: labor market dualism in the new economy. En: **Social Science Research**, Alabama (USA), Ed. University of South Alabama, v. 36, n. 1, p. 286-312, 2007.

INFANTE, Ricardo; VEGA-CENTENO, Máximo. La calidad del empleo: lecciones y tareas. En: **Economía: Revista del Departamento de Economía Pontificia Universidad Católica del Perú**, Lima, Universidad Católica del Perú, volumen XXIV, n. 48, p. 179-236, diciembre 2001.

JOVANOVIC, Boyan. Job matching and the theory of turnover. En: **Journal of Political Economy**, Chicago, Ed. University of Chicago Press, v. 87, n. 5, Parte 1, p. 972-990, 1979.

JOVANOVIC, Boyan; NYARKO, Yaw. Stepping stone mobility. En: **National Bureau of Economic Research**, Cambridge, Mass., p. 289-325, July 1996. (NBER Working Paper Series, 5.651).

LOH, Eng Seng. Employment probation as a sorting mechanism. En: **Industrial and Labor Relations Review**, New York, Ed. New York State School of Industrial and Labor Relations, v. 47, n. 3, p. 471-486, february, 1994.

LÓPEZ GANDÍA, Juan. Los contratos formativos y a tiempo parcial tras la reforma laboral de 2012. En: **Revista de Derecho Social**, Albacete (España), Ed. Bomarzo, n. 57, p. 85-98, 2012.

LÓPEZ, Pedro; MIGUELEZ, Faustino; LOPE, Andreu. La segmentación laboral: hacia una tipología del ámbito productivo. Barcelona, Ed. Universidad Autónoma de Barcelona, Departamento de Sociología, p. 45-77, 1998. Disponible en: <<http://Www.Raco.Cat/Index.Php/Papers/Article/Viewfile/25504/25338>>. Visitado el: 3-10-2106.

LÓPEZ ROLDÁN, Pedro. La construcción de una tipología de segmentación del mercado de trabajo. En: **Papers Revista de Sociologia**, Barcelona, Ed. Universitat Autònoma de Barcelona, v. 48, 1996.

MOURATIAN, Pedro. **Derecho al trabajo sin discriminación**: hacia el paradigma de la igualdad de oportunidades. Buenos Aires: Inadi, 2013.

OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones: Protección contra el despido injustificado. Informe III (Parte 4B)]. Conferencia Internacional del Trabajo, 82ª reunión, Ginebra, 1995, párrafo 52. Disponible en: <<http://www.ilo.org/ilolex/english>>. Visitado el: 3-10-2016.

PEDRAZA AVELLA, Aura Cecilia. Segmentación laboral en Colombia durante el período 2001-2006. En: **Revista Cife: Lecturas de Economía Social**, Bogotá, Ed. Universidad Santo Tomás, v. 18, n. 13, p. 101-123, 2011.

PÉREZ REY, Joaquín. El contrato de apoyo a los emprendedores: una nueva vuelta de tuerca a la precariedad como fórmula de fomento del empleo. En: **Revista de Derecho Social**, Albacete (España), Ed. Bomarzo, n. 57, p. 51-70, 2012.

POSSO, Christian Manuel, Calidad del empleo y segmentación laboral: un análisis para el mercado laboral colombiano 2001-2006. En: **Desarrollo y Sociedad**, Bogotá, Ed. Centro de Estudios Sobre Desarrollo Económico (CEDE) de la Universidad de los Andes, p. 191-234, primer semestre 2010.

PRIETO RODRIGUEZ, Carlos. ¿Mercado de trabajo? En: **REIS - Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, Madrid, Ed. Centro de Investigaciones Sociológicas, n. 47, p. 177-192, 1989.

REICH, Michael; GORDON, David M.; EDWARDS, Richard C. A theory of labor market segmentation. En: **American Economic Review**, Pittsburgh (PA), Ed. American Economic Association, v. 63, n. 2, 1973. (Papers and Proceedings of the Eighty-fifth Annual Meeting of the American Economic Association).

RODGERS, Gerry; REINECKE, Gerhard. La calidad del empleo: perspectivas y ejemplos de Chile y Brasil. En: **Reestructuración, integración y mercado laboral: crecimiento y calidad del empleo en economías abiertas**. Santiago, OIT, 1998. p. 181-209.

SICHERMAN, Nachum. Education and occupational mobility. En: **Economics of Education Review**, Amsterdam, North-Holland, Ed. Elsevier, v. 9, p. 163-179, 1990.

SOLIMANO, Andrés. Enfoques alternativos sobre el mercado de trabajo: una evolución teórica. En: **Revista de Análisis Económico**, Santiago (Chile), Ed. Facultad de Economía y Negocios, Universidad Alberto Hurtado, v. 3, n. 2, p. 159-186, noviembre, 1988.

SUÁREZ CORUJO, Borja. La (pen)última modificación del contrato para la formación y el aprendizaje. En: GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, Ignacio; MERCADER UGUINA, Jesús Rafael (Directores). **Reforma laboral: análisis práctico del RDL 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral**. Valladolid: Lex Nova, 2012. p. 77-94.

TAUBMAN, Paul; WACHTER, Michael L. Segmented labor markets. En:
ASHENFELTER, Orley; LAYARD, Richard (Ed.). **Handbook of labor economics**,
Amsterdam, North-Holland, Ed. Elsevier, v. 2, p. 1.183-1.217, 1986.

URIBE, Jose Ignacio; ORTIZ, Carlos Humberto; GARCÍA, Gustavo Adolfo. La
segmentación del mercado laboral colombiano en la década de los noventa. En:
Revista de Economía Institucional, Bogotá (Colombia), Ed. Universidad Extremado
de Colombia, v. 9, n. 16, p. 189-221, primer semestre 2007.

Submissão em: 6 mar. 2018
Pareceres favoráveis em: abril 2018.

ECOS ACADÊMICOS

Resenha Bibliográfica

Título: Stalking: atos persecutórios, obsessivos ou insidiosos

Autores: Mário Luiz Ramidoff e Cesare Triberti

EDUARDO DE OLIVEIRA LEITE¹

¹ Doutor em Direito Privado pela Faculdade de Direito da Universidade de Paris; Pós-Doutor em Direito de Família pelo Centre du Droit de la Famille, da Universidade de Lyon (França); Professor Titular nas Faculdades de Direito da UFPR e UEM; Professor Adjunto na Faculdade de Direito da UTP; Autor de diversas obras jurídicas, Parecerista e Advogado.

A literatura jurídica nacional ganhou recentemente mais uma obra doutrinária de grande importância e que merece dos estudiosos a devida análise e reflexão, de forma a minorar os efeitos desastrosos de um fenômeno que, embora antigo (sob a óptica de sua existência) revela-se novo do ponto de vista de sua regulamentação jurídica.

Trata-se do fenômeno *stalking* que, segundo definição de Mario Ramidoff e Cesare Triberti é “uma relação patológica na qual uma pessoa coloca em prática um comportamento persistente, não aprovado – e nem aprovável – pela vítima”. O agressor, também conhecido como *stalker*, constantemente se intromete na vida da vítima colocando-a em um estado de sujeição devido ao seu comportamento insistente, ameaçador e controlador, tornando a existência da vítima “insuportável, provocando um contínuo estado de medo (terror) que compromete seriamente o equilíbrio físico, psíquico (moral) e social, chegando em muitos casos ao limite extremo do assassinato.”

Embora o fenômeno seja comum, como bem apontado por Ramidoff e Triberti, ainda é necessário refletir sobre sua natureza e, principalmente sobre a natureza de quem o põe em prática. A proposta dos autores, porém, não se reduz a uma mera análise de cunho doutrinário, o que redundaria em reducionismo árido, mas vai muito além procurando obter informações que possam auxiliar os operadores do Direito a estabelecer, antes de tudo, “regras jurídicas que protejam ao máximo as vítimas potencialmente possíveis.”. Com efeito, como se acontece em matérias que ingressam na normativa jurídica, o fenômeno ainda gera perplexidade e, por vezes, dificuldade de aceitação no ambiente Judiciário. O mesmo aconteceu por ocasião da promulgação da Lei Maria da Penha e da Lei sobre Alienação Parental (para se citar as mais recentes). A perplexidade inicial, entretanto, vai cedendo espaço a mais ampla aceitação do mundo jurídico.

Por isso, todo o empenho dos autores em lançar luzes e esmiuçar os meandros perigosos de que se serve o *stalker* para atingir seus objetivos escusos, é merecedor de aplausos e deve ser apreciado com a devida seriedade e cautela que o assunto exige. O lançamento da obra, por Ramidoff e Triberti, por si só, já revela um ato de coragem se se considerar a incipiente literatura nacional (senão, inexistente) sobre o tema que, agora, começa a despertar a atenção dos estudiosos a respeito desta questão de alta indagação.

Prova do aqui afirmado ficou bem materializada no recurso metodológico utilizado pelos autores que, em vez de introduzirem o livro com explanação doutrinária – como é comum em obras jurídicas – optaram pela apresentação concreta de uma série de comportamentos ofensivos, obsessivos e persecutórios, no capítulo denominado “Crônica policial”. Com efeito, os exemplos trazidos à colação dão a exata dimensão do comportamento desviante do *stalker*.

A partir desta “abertura” impactante, os autores se debruçam na análise comportamental da conduta do *stalker*, apreciando com profundidade o fenômeno *stalking*, desde sua origem até o desenvolvimento atual dos estudos e pesquisas sobre a temática, com larga abordagem dos componentes constitutivos modais e as distinções do Intrusão Relacional Obsessiva (IRO) (capítulo 2) bem como as alterações psíquicas, o narcisismo e a psicopatia (capítulo 3) incomum em obras do gênero no Brasil. O recurso a elementos meta jurídicos facilita a abordagem do fenômeno em suas origens, revelando o perfil do *stalkere* a repercussão de sua ação no mundo jurídico.

Conforme já tivemos oportunidade de afirmar, a interdisciplinaridade deve sempre ser favorecida quando as questões geradas pela problemática humana não conseguem ser resolvidas no mero ambiente normativo exigindo o aporte de outros conhecimentos afins.

Nos três capítulos subsequentes, os autores enfrentam a abordagem, pouco conhecida, da influência da genética na conduta desviante do *stalker* (capítulo 4), do papel da vontade e da conseqüente capacidade de entender e de querer (imputabilidade penal), e os efeitos da mudança da vontade (capítulo 5), bem como a relação entre neurociência e *stalking* apreciando a relação entre estímulos externos e o cérebro (capítulo 6).

Assim, a título de exemplo, os autores comprovam a ausência de remorso como elemento caracterizador “do sujeito com transtornos de personalidade e, em particular, ele não consegue colocar-se no lugar das suas vítimas [...] necessitando sempre obter um forte controle físico e psíquico sobre suas vítimas” (p. 51), o que explica – mas não justifica – a maioria das atitudes persecutórias e obsessivas perpetradas pelo *stalker*.

De igual modo, no capítulo dedicado à genética, os autores reconhecem a importância de “analisar o patrimônio genético de um *stalker* para apurar se existem alterações em relação ao patrimônio de seus consanguíneos e se eventuais alterações seriam tais a ponto de incidir sobre o comportamento de uma pessoa ou de certo grupo.” (p. 77). Conforme é possível inferir, a pesquisa do fenômeno pode encontrar suas origens em outras searas alheias ao mero saber jurídico.

Já a questão da imputabilidade penal remete à crucial indagação da capacidade de entender e de querer do agente e sua repercussão na esfera penal. “Os transtornos da personalidade”, asseveram os autores, “apenas constituir-se-ão em causa idônea de exclusão ou diminuição da capacidade de entender e de querer do sujeito, desde que incidam concretamente, condicionando, assim, a conduta do agente.” (p. 93).

Já à neurociência é reconhecida sua fundamental importância enquanto ciência capaz de contribuir “não só para o estudo e pesquisa sobre os atos persecutórios ameaçadores e ou violentos (*stalking*), mas, fundamentalmente, para a melhor compreensão desse fenômeno que, certamente não interessa apenas ao âmbito técnico da dogmática jurídico-penal.” (p. 104).

Há uma nítida divisão da obra em duas grandes partes, uma primeira dedicada à consideração dos elementos metajurídicos (até o capítulo 6) ressaltados pelos autores, como índices provavelmente determinadores do *stalking* – e, por isso mesmo, merecedores de análise detalhada – para, num segundo momento (que corresponderia, em uma óptica especial, a uma segunda parte) avaliar os reflexos daqueles elementos no ambiente jurídico, propriamente dito.

O recurso metodológico empregado por Ramidoff e Tribertié, é inovador e inédito, na medida em que justapõe causa e efeito, em silogismo impecável, conduzindo o leitor paulatinamente se apropriar de todas as considerações que envolvem o complexo fenômeno, sem tropeçar nas armadilhas da pura erudição, garantindo a possibilidade de ingressar e entender a temática, com segurança, ampla argumentação e certeza de domínio do assunto.

Na segunda parte, isto é, a partir do capítulo 7, intitulado “bad girls”, os autores comprovam que o *stalking* não é apanágio masculino, como poder-se-ia imaginar em hipótese reducionista, mas que a presença feminina, entre as pessoas a quem se atribuem tais ofensas, é tão comum – ou tão manifestável – quanto à masculina. O exemplo, da Senhora de Rotterdam, que “realizou a proeza de efetuar 65.000 ligações telefônicas a um Senhor

de 60 anos [...], ou seja, a média de 178 ligações ao dia” (p. 128) dá bem a ideia do aqui afirmado.

O capítulo 8 é dedicado ao Direito Comparado, iniciando com a legislação específica sobre *stalking*, do Estado da Califórnia, em 1990, e a Lei italiana n.º 38, de 23 de abril de 2009, na qual o *stalking* “passou a ser expressamente proibido, punindo-se penalmente o agressor, conforme o que restou acrescido legalmente no Código Penal” (p. 146).

No capítulo 9, A Lei Maria da Penha (Lei n.º 11.340/2006) é examinada com merecida admiração sem perda do rigor científico, ressaltando sua importância no cenário nacional em comparação com a Lei italiana de 2009 (examinada igualmente no capítulo 10) na qual o *stalking* passou a ser penalmente punido. Segundo Ramidoff e Triberti, as duas legislações permitem não só comparação, mas também, “a verificação dos pontos de contato e de distanciamento entre os novos institutos jurídicos que se destinam à responsabilização penal dos atos persecutórios obsessivos ou insidiosos (*stalking*) e daqueles que se caracterizam como violência de gênero.” (p. 154). Da análise daquela legislação, é possível deduzir que, até à promulgação de texto legislativo explícito sobre a prática do *stalking*, a Lei Maria da Penha pode colmatar lacunas ainda sensíveis em decorrência de ausência legal ao enfrentamento do tormentoso problema.

À violência é reconhecida uma dimensão macro, tendente a responsabilizar o agressor tanto nos atos ofensivos à liberdade física (pessoal, individual) da vítima quanto à psíquica (moral) e social (afetiva, familiar, comunitária, laborativa, política, religiosa) (p. 170).

A reforma do Código Penal brasileiro, contemplada no Projeto de Lei do Senado de n.º 236/2012, é analisada no capítulo 11, concluindo os autores que o crime de *stalking* está previsto, especificamente, no art. 152, como perseguição obsessiva ou insidiosa. Tal hipótese é materializada no “ato de perseguir alguém, de forma reiterada ou continuada, ameaçando-lhe a integridade física ou psicológica, restringindo-lhe a capacidade de locomoção, ou de qualquer forma, invadindo ou perturbando sua esfera de liberdade ou privacidade.” (p. 198).

A descrição típica, como bem apontada pelos autores, “não se ateve apenas às graves ameaças e violências à vítima [...] mas, diversamente, ampliou a criminalização para toda e qualquer forma de perseguição obsessiva ou insidiosa que ameace, restrinja, invada ou perturbe a liberdade ou a privacidade da vítima.” (idem).

Finalmente, o capítulo 12 trata da Lei Antibullying (Lei n.º 13.185/2015) que estabeleceu não só o Programa de Intimidação Sistemática (*bullying*) como também concebeu normativamente o que dever ser entendido como *bullying* ou *cyberbullying*. As duas figuras “passam a ser normativamente identificadas e conceituadas como violências, vale dizer, como uma ‘forma de intimidação sistemática’ que certamente autorizará e justificará variegadas formas de intervenção estatal, inclusive as de cunho repressivo-punitivo.” (p. 205).

A obra que se tem a honra de resenhar chegou em momento particularmente oportuno considerando a onda crescente de violência que atinge, sem discriminação, toda a sociedade, em prova inquestionável que o direito à dignidade e à privacidade precisam ser preservados, a qualquer custo, sob risco de comprometimento total da condição humana. Que o alerta corajoso feito por Mário Ramidoff e Cesare Triberti sirva como premissa decisiva a ser considerada pelo mundo jurídico brasileiro que, em outras perspectivas jurídicas, tem dado provas de real compromisso com as expectativas maiores da sociedade brasileira.

Submissão em: 25 out. 2017
Pareceres favoráveis em: 21 jan. 2018.

Entre Economia e Direito: rigor e utilidade de um livro interdisciplinar

Between Economy and Law: rigor and usefulness of an interdisciplinary book

PAULO FERREIRA DA CUNHA¹

Resumo: Texto que serviu de base à Apresentação do livro de Glória Rebelo – *Trabalho, Emprego e Segurança Social. Transformações e Desafios*, Lisboa, Sílabo, 2017, no Auditório da Biblioteca Vítor de Sá, Universidade Lusófona de Lisboa, 8 de março de 2018.

Palavras-chave: Trabalho, Emprego, Segurança Social, Economia com Justiça Social

Abstract. Text that served as the basis for the presentation of the book of Glory REBELO - *Trabalho, Emprego e Segurança Social. Transformações e Desafios*, (Labor, Employment and Social Security. Transformations and Challenges), Lisbon, Sílabo, 2017, at the Auditorium of the Biblioteca Vítor de Sá, Lusófona University of Lisbon, March 8, 2018.

Keywords: Labor, Employment, Social Security, Economics with Social Justice

¹ Catedrático e Diretor do Instituto Jurídico Interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Bols. da Funadisp na Fadisp, FMU (*Laureate International Universities*), Comité *ad hoc* para a Corte Constitucional Internacional.

Sempre é para mim um mistério e um fascínio como um autor (um criador) de algum modo se propõe partilhar a sua arte (e o seu engenho e labor) com um dos seus primeiros leitores convidando-o para um prefácio, posfácio, ou apresentação pública, sendo assim esse leitor privilegiado com uma notável distinção. A grande dúvida, quando isso me acontece (e creio que com a idade tal vai ocorrendo cada vez mais: seria interessante indagar por quê), é a interrogação sobre o meu merecimento relativamente a essa enorme prova de confiança. Por que tal escolha? Sinto-me sempre indigno, e mais indigno ainda desta vez, dada a temática da obra e a alta qualidade técnica especializada da autora.

É certo que as questões que o livro aborda me interessam muito, e uma ou outra vez já escrevi sobre esse atualíssimo tema do *trabalho*, mais na vertente jurídica e política. Houve mesmo tempo em que não escrever sobre essa temática, calar-se sobre ela, seria certamente uma tibieza para um jurista que acredite na Justiça. E na Justiça social também.

Já do ponto de vista filosófico, sou dos que têm a propósito do trabalho uma razoável dose de *mixed feelings*: se, por um lado, creio que o trabalho enobrece, e é bom antídoto contra *vício, necessidade e tédio* (para usar a fórmula feliz de Voltaire, no final do *Cândido*), por outro lado preocupo-me com as notícias que parecem confirmar que os portugueses são dos que trabalham mais, mais horas. E nem por isso com excepcionais resultados: o que não surpreende, porque quantidade não é qualidade. Ou seja: não estaremos escravizados e alienados pelo e com o trabalho? Uns trabalham muito sem grandes resultados, produtivos e remuneratórios, e mesmo os poucos que conseguem algo destas duas metas alienam-se num desgaste sem fim, privando-os da própria vida. Falta de liderança, de boa gestão de recursos humanos, de equidade salarial e benefícios sociais, de proteção ao emprego, de uma grande rede de segurança social como protetores e incentivadores a um trabalho verdadeiramente gratificante.

Se por um lado vejo pessoas, pelo mundo, desocupadas e com vidas a muitos títulos truncadas e com menos sentido por falta de emprego, não podendo desenvolver suficientemente a sua personalidade (para recordar a Constituição alemã), por outro lado, vejo que (e nisto a introspeção poderá quiçá ajudar) trabalhei nos últimos dez, vinte anos muito, mas muito mais que no início da minha carreira, e vejo muitos mais à minha volta nessa situação: para muitos, não é só o vício do trabalho, é a obrigação de um multitrabalho, de um trabalho permanente, para manter o emprego e com o medo de que a segurança social claudique. A grande mudança existencial desde o tempo dos meus pais para o nosso é que o trabalho hoje é sem limite, e o emprego precaríssimo, saltitante quando o há, ao mesmo tempo que a segurança social vive na permanente ameaça mediática de bancarrota. Embora, em vários países se oiçam vozes sobre a cortina de fumo desse espectro de falência. Há narrativas completamente contraditórias (o Brasil é um dos países em que não parece ser possível um consenso sobre essas questões) sobre se a segurança social está ou não “quebrada”, e por aqui, por exemplo, sobre a situação da ADSE...² Mas há muito mais polémicas. A autora contribui muito para por pontos nos *ii* com dados concretos.

Talvez uma adivinhada comunhão de pensamento tenha sido, afinal, a razão da autora para me distinguir com este convite. E não se trata de simpatia de apresentação. Mesmo os seus autores recorrentes, que ela invoca com frequência (e eu muito menos) de algum modo nos aproximam: a verdade é que os aprecio, admiro muito – António Sérgio seria um, e, talvez mais recentemente sobretudo, Joseph Stiglitz. O primeiro, com grandes lições de civismo e democracia. O outro, de economia não desumana, não tecnocrática e fria, mas de inteligente igualdade social.

Deixa-me, porém, em apuros, porque não consigo polemizar com ela. E talvez tivesse mais interesse uma apresentação polémica. Embora o normal não seja assim, não é verdade? Há importantes diferenças, mas não são divergências. E o estilo é a própria pessoa, como dizia Bossuet.

A *forma mentis* da autora é muito mais prática, racional, e cientista (ou científica) se quisermos, que a minha. Mas é uma *forma mentis* essencial, urgente, importantíssima.

² Nota do Editor-Associado. ADSE é a sigla do Instituto de Proteção e Assistência na Doença, autarquia pública portuguesa correspondente, em vários pontos, ao Instituto Nacional do Serviço Social (INSS) brasileiro. Trata-se de um regime estatal que tem participação dos contribuintes (tal como o INSS) e tem vínculo com o Ministério da Saúde e Ministério das Finanças de Portugal. A ADSE cuida da prevenção à doença, cuida da saúde e faz reabilitação dos segurados que se acidentam.

Não se ganha a batalha de uma Economia e um Direito das coisas económicas com rosto humano sem o paciente labor argumentativo e racional com base em muita pesquisa, muita recolha de dados, além, evidentemente, de uma preocupação social.

Julgo que é muito importante que os espíritos diferentes não só se leiam e conversem, como se apreciem. Eu sou um leitor e citador muito assíduo dos trabalhos da Prof.^a Glória Rebelo.

O seu estilo é límpido, direto, e fundamentado com dados. Fico fascinado (e poder-se-á ver abundantemente neste livro) como a autora, em cada artigo (o livro é uma bem organizada coleção de artigos), vai direto ao tema que se propõe, artilhando a sua argumentação com tópicos em que, sem se perder, comenta, analisa, verifica, e frequentemente nos fornece dados esmagadores, que são verdades como punhos fundamentando a sua prosa elegante.

Outro aspeto importante da autora, e que para os não especialistas é uma delicadeza e uma bênção, é que tudo é apresentado, sem vulgarização, numa linguagem clara, compreensível, e também desprovida desse jargão intragável dos que pretendem ostentar erudição plastificada com neologismos, normalmente estrangeirados e nem sempre de bom gosto, além de muitas vezes concetualmente polissémicos, e, pior ainda, bastante frouxos.

São muitos os temas abordados pela autora. Uma apresentação não é um índice, e por isso mesmo nos limitaremos a alguns pontos fortes: trabalho e relações laborais, emprego, ética das organizações e responsabilidade social, sustentabilidade, empreendedorismo, crescimento, investimento, inovação, economia digital, coesão, globalização, boa governação (como gostei desta expressão!) e Justiça social, que nos parece ser a grande abóbada do edifício.

Um edifício que, como se vê, aborda os temas maiores de uma Economia e um Direito ligado à Economia (não simplesmente um Direito da Economia) que importa qualificar, porque não é a simples *Economics* nem a antiga Economia Política. Talvez se possa falar – não arriscando o termo, já muito glosado, de Economia da Felicidade, que até em Portugal tem cultores – em Economia Social (embora essa marca tenha dono), ou, talvez mais corretamente, em Economia *com* Justiça Social. Para retirar uma inspiração dos estudos *Law and Literature*: a última fase parece ser a do Direito *com* Literatura. É uma designação longa e algo barroca, mas está em aberto como designá-la, sabendo-se o que ela é. Já Pascal nos tranquilizava dizendo que o que importa é a coisa que queremos designar e que nos entendamos sobre ela, porque o “nome” é secundário. Aliás, nesta

área, quem não recorda aquele grande economista que definiu esta ciência como “aquilo que os economistas fazem”?

Economia com Justiça Social, pois. E todavia não se trata, de forma alguma, de votos piedosos, de críticas românticas. A Prof.^a Glória Rebelo é uma cientista, rigorosíssima, e dá mostras de um profissionalismo sem vacilação. Leva absolutamente a sério o que é escrever sobre estes temas momentosos, e escrever com nível universitário, o que implica uma exigência totalmente diferente da conversa de café e de muita análise hiperpolitizada e mediática.

O que não quer dizer que o seu trabalho seja assético ou inócuo, e não se comova com os escândalos do mundo. Ao cientismo feroz, sobranceiro e impiedoso, aos números frios, contrapõe uma leitura contextualizada e de rosto humano.

Franco (“Bifo”) Berardi, Professor da Academia de Belas Artes de Milão, é autor de uma perspetiva muito dura para com os contabilistas estritos, os que reduzem a vida alheia a números. Afirma ele: “Europe is fiercely a mathematical entity. Mathematics is ferocity inscribed in the living organismo of society, and this ferocious mathesmatization of the living body of society is preparing a violent and nurturing barbarism.”³.

E o autor vê nessa fria e beligerante matematização a culpa pelo crescendo do racismo, depressão, desespero e suicídio que assolariam o nosso continente.

A Prof.^a Glória Rebelo usa a matemática como instrumento de rigor, não como agressão nem de ilusão (porque também há “contabilidades criativas”). Nesse sentido, está a ajudar-nos a todos a que se comece a ir lançando pontes da ignorância geral em Economia e assuntos correlativos, desde logo os jurídico-económicos. Bertrand Russell, no seu excelente *In praise of Idleness* (que seria curioso comparar com o clássico *Direito à preguiça*, de Paul Lafargue), esboça a perspetiva de que há matérias, como a guerra e a finança, que são impermeáveis ao grande público, o que nos parece implicar que o que nos chega é já muito filtrado, tratado, interpretado, naturalmente *pro domo* do emissário, em muitos casos. Livros como este desvendam arcanos para um público que não precisa de ser especializado e, até por isso mesmo, são uma forma de exercício da cidadania, dando meios de compreender o mundo aos demais.

³ BERARDI, Franco. Economic dogmatism and poetical thought in the coming european insurrection. In: AMBROZIC, Mara; VETTESE, Angela. **Art as a thinking process**: visual forms of knowledge production. Veneza: IUAV / Sternberg Press, 1991. p. 55-56.

Fiquei com vontade de ler mais. Gostaria de fazer um desafio à autora: depois de lido e degustado este belíssimo livro, senti falta de um artigo de fundo, em que a autora ligasse, como fio de oiro, as diversas pérolas aqui agrupadas. Ou talvez já seja um novo livro, que nos poderia prometer. Em que, com base nos dados e nas conclusões pontuais que aqui nos fornece, pudesse-nos apontar ainda mais conclusões e mais caminhos. Uma espécie de teorização, a qual ganharia com o distanciamento temporal, em que tudo pode ser agora reponderado e integrado.

Num momento em que Portugal vive um tempo de Esperança, este livro não deixa de refletir também alguns momentos menos brilhantes da nossa História, já que começa com artigos que datam de 2012. Mas, é muito importante que se recorde, tão curta é a nossa memória coletiva. De qualquer forma, creio que, além da sua brilhante carreira académica, e até porque em sintonia com a vaga de fundo de superação da crise, não apenas a Universidade, mas o País e as suas políticas, muito terão ainda a ganhar com a justeza das análises e a generosidade humanista da Prof.^a Glória Rebelo. Gostaria muito que da teorização *in books* passasse também para a ação, porque obviamente, além da *Wissenschaft als Beruf*, nota-se também, em tela de fundo, mas sem que isso interfira no rigor e na isenção, a *Politik als Beruf* – para glosar Max Weber, como sabemos.

Nas primeiras páginas do seu “Menina e Moça”, ou “Saudades”, obra obrigatória nos meus remotos tempos de Liceu, mas provavelmente hoje olvidada, Bernardim Ribeiro dava aos apresentadores e prefaciadores o álbi perfeito para se calarem: “Ainda que, quem me manda a mim olhar por culpas nem desculpas, que o livro há de ser o que vai escrito nele!”.

E muito bem escrito, muito certo, e muito útil. Portanto, é já mais que tempo de dar a voz ao livro.

Submissão em: 11 mar. 2018
Pareceres favoráveis em: abril 2018.

N O R M A S T É C N I C A S
D E P U B L I C A Ç ã O

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO

1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.

2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para eltondx@hotmail.com, em formato Word.

3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados. Sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.

4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, quanto à versão impressa. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.

5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpis. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração sequencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.

6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre linhas de 1,5 linha.

6.1 Artigos deverão ter, no mínimo, dez páginas, incluindo referências. A Revista considera como ideal entre quinze a vinte páginas. Mas, analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

6.2 Entrevistas, Notas de Leitura e Resenhas devem ter entre cinco e dez páginas. Igualmente, a Revista analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:

7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;

7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre linhas simples;

7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente, o resumo em Português e Inglês.

7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do *abstract* e receber alinhamento justificado;

7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com espaço duplo de um para outro;

7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

7.11.1 Publicações Impressas

7.11.1.1 Livros

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

7.11.1.2 Artigos em publicações avulsas

XAVIER, Elton Dias . A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

7.11.1.3 Artigos em publicações periódicas

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, Ed. Santo Agostinho, v. 1. n. 1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: *In praise of theory*.

XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a ressignificação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, Ed. CFM, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

7.11.2 Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. Lua Nova, São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 nov. 2006.

7.11.3 Casos omissos nestas normas

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT referentes à publicação acadêmica.

7.12 As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o fim do texto;

8 A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.

