



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Volume 21 - Número 1

1º semestre - 2023



Poder Judiciário do
Estado do Rio de Janeiro



Escola da Magistratura do
Estado do Rio de Janeiro

ISSN 2238-7110

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível



Direito em Movimento, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1,
p. 1-200, 1º sem. 2023

A REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO é um periódico científico publicado pelo Departamento de Publicações e Pesquisas da EMERJ que visa construir uma relação do DIREITO com as demais CIÊNCIAS SOCIAIS, trazendo temas que aproximam o jurídico da história, da filosofia, da antropologia, da sociologia jurídica, dentre outras disciplinas, buscando demonstrar a necessária inter-relação que deve existir no plano de um DIREITO que objetiva a Justiça.

A REVISTA acompanha o cenário do Direito no Brasil e no mundo, a partir de uma interface com disciplinas afins, com o propósito de intensificar um novo paradigma: de que o Direito só cumprirá seu desiderato na medida em que seus aplicadores consigam multiplicar as lentes sob as quais o examinam.

Editora Chefe:

Dra. Cristina Tereza Gaulia

Equipe Administrativa - EMERJ:

Assessora Acadêmica de Publicações e Pesquisa: Ma. Ana Cristina
Willemann Flores

Execução Administrativa e Pesquisa: Yanka Albertin Sodre da Silva

Produção Gráfico-Editorial:

Diretor da Divisão de Design Gráfico: Ébano Machel do Rosário Assis

Projeto Gráfico - Capa: Jaqueline Diniz

Diagramação: Rafaelle Neves

Revisão Ortográfica: Ana Paula Maradei, Clara Bastos

Direito em Movimento. – v. 1, 2003. Rio de Janeiro : EMERJ, 2003.-

Semestral

ISSN 2179-8176 (versão impressa)

ISSN 2236-711X (versão em CD-ROM)

ISSN 2238-7110 (versão online)

1. Direito – Periódicos. I. RIO DE JANEIRO (Estado). Tribunal de Justiça. Escola da Magistratura.

CDD 340.05

CDU 34(05)



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro - PJRJ

Presidente

Desembargador Ricardo Rodrigues Cardozo

Corregedor-Geral da Justiça

Desembargador Marcus Henrique Pinto Basílio

1º Vice-Presidente

Desembargador Caetano Ernesto da Fonseca Costa

2ª Vice-Presidente

Desembargadora Suely Lopes Magalhães

3º Vice-Presidente

Desembargador José Carlos Maldonado de Carvalho



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro - EMERJ

Diretor-Geral

Desembargador Marco Aurélio Bezerra de Melo

Conselho Consultivo

Desembargador Claudio Luis Braga Dell'Orto
(Vice-Presidente)

Desembargador Claudio Brandão de Oliveira
Diretor Administrativo

Desembargadora Ana Maria Pereira de Oliveira

Desembargador Ricardo Couto de Castro

Desembargadora Jacqueline Lima Montenegro

Desembargadora Patrícia Ribeiro Serra Vieira

Desembargador Fernando Cerqueira Chagas

Desembargador Luiz Marcio Victor Alves Pereira

JDS Maria Aglaé Tedesco Vilaro

Juíza de Direito Adriana Ramos de Mello

EQUIPE EDITORIAL DA REVISTA DIREITO EM MOVIMENTO:

EDITORA CHEFE

Dra. Cristina Tereza Gaulia, Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, EMERJ, Brasil.

CONSELHO EDITORIAL

Ministro do Superior Tribunal de Justiça, Msc. Antonio Saldanha Palheiro, Brasília, Brasil.

Ministra do Superior Tribunal de Justiça, Dra. Maria Thereza Assis Moura, Universidade de São Paulo, USP, Brasil.

Dra. Alessandra Rapacci Mascarenhas Prado, Universidade Federal da Bahia, UFBA, Brasil.

Dra. Amélia Soares da Rocha, Universidade de Fortaleza, UNIFOR, Brasil.

Dr. André Gustavo Corrêa de Andrade, Universidade Estácio de Sá, UNESA, Brasil.

Dr. Carlos Aurélio Esplugues Mota, Universitat de València, Espanha.

Dr. Cléssio Moura de Souza, LL.M., University of the West of Scotland (UWS), Paisley, Escócia.

Dr. Diógenes Faria de Carvalho, Universidade Federal de Goiás, UFG, Brasil.

Dr. Edoardo Fittipaldi, Università degli Studi di Milano, Lombardia, Itália.

Dr. Eduardo Ribeiro Moreira, Universidade Federal do Rio de Janeiro, UFRJ, Brasil.

Dr. Erick Cavalcanti Linhares Lima, Universidade Estadual de Roraima, UERR, Brasil.

Dr. Francesco Bilancia, Università degli Studi G. D'Annunzio Chieti, Pescara, Itália.

Dra. Gizlene Neder, Universidade Federal Fluminense, UFF, Rio de Janeiro, Brasil.

Dr. Jefferson de Almeida Pinto, Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais, IFSEMG, Brasil.

Dr. José Carlos Kraemer Bortoloti, Faculdade Meridional, IMED, Rio Grande do Sul, Brasil.

Dr. Marcelo Buzaglo Dantas, Universidade do Vale do Itajaí, UNIVALI, Brasil.

Dr. Ney de Barros Bello Filho, Universidade Federal do Maranhão UFMA, Brasil.

Dr. Ricardo Borrmann, Universität Bremen, Alemanha.

PARECERISTAS QUE COLABORARAM NESTE VOLUME

Dr. Antonio Aurelio Abi Ramia Duarte, Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro – TJRJ, Brasil

Dr. Arnaldo Vieira Sousa, Centro Universitário Dom Bosco – UNDB, Maranhão, Brasil

Dr. Buenã Porto Salgado, Universidade Estadual do Tocantins, Brasil

Dr. Erick Cavalcanti Linhares Lima, Tribunal de Justiça de Roraima – TJRR, Brasil

Dr. Gil César Costa de Paula, Pontifícia Universidade Católica de Goiás - PUC-GO, Brasil

Dr. Héctor Luiz Martins Figueira, Universidade Veiga de Almeida – UVA, Rio de Janeiro, Brasil

Dr. Jefferson de Almeida Pinto, Instituto Federal do Sudeste de Minas Gerais, IFSEMG, Brasil.

Dr. Ricardo Borrmann, Universidade de Bremen, Alemanha

Dr. Ruan Didier Bruzaca Almeida Vilela, Universidade Federal do Maranhão – UFMA, Brasil

Dr. Valmir César Pozzetti, Universidade Federal do Amazonas – UFAM, Brasil

Dra. Marialice Antão de Oliveira Dias, Faculdade de Ciências Humanas Exatas e Letras de Rondônia – FARO, Brasil

DIREITO EM MOVIMENTO

Um outro Direito é possível

APRESENTAÇÃO	9
ARTIGOS	13
A LIBERDADE E A LEI NA CONSTITUIÇÃO DE SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE <i>Amaro Couto</i>	15
TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO LUSÓFONO: O PERCURSO DOS PAÍSES AFRICANOS DE LÍNGUA OFICIAL PORTUGUESA <i>Jonas Gentil</i>	26
O RECURSO DE AMPARO E O SEU LUGAR NO “DIREITO CONSTITUCIONAL LUSÓFONO” <i>Kafft Kosta</i>	56
DECISIÓN JUDICIAL Y TEORÍA ECONÓMICA ENTRE EL PENSAMIENTO LIBERTARIO Y EL IGUALITARISMO <i>Edgar Andrés Quiroga Natale</i> <i>Catherine Díaz Sanabria</i>	79
DESAFIOS ATUAIS NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL <i>Guilherme Peña de Moraes</i>	124
O (DES) RESPEITO AO DIREITO AO VOTO DOS PRESOS PROVISÓRIOS NAS ELEIÇÕES DE 2022 <i>Antonio Baptista Gonçalves</i>	134

ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO: EFETIVIDADE DO
DIREITO E (IN)SEGURANÇA

Marcelo Augusto Santana de Melo

Izaías Gomes Ferro Júnior 162

DEBATES SOBRE TERCEIRIZAÇÃO E PÓS-FORDISMO: O
CASO DA LEI Nº 11.442, DE 2007

Fabio de Medina da Silva Gomes

Wanise Cabral Silva 189

APRESENTAÇÃO

É com satisfação que apresentamos à comunidade jurídica e acadêmica mais um volume da Revista Direito em Movimento – Um outro Direito é possível –, resultado do trabalho de consolidação das novas políticas de interlocução da EMERJ – Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro – com acadêmicos estrangeiros, possibilitando, também no campo exógeno, o diálogo do direito brasileiro com o direito estrangeiro, bem como com outros saberes.

O periódico da EMERJ passa a trabalhar, portanto, com a ideia de interdisciplinariedade na internacionalização, temperando e movimentando a dogmática rígida do direito em direção a outras e diferentes possibilidades, visões e paradigmas, e fazendo com que conhecimentos diversos possam unir-se e interrelacionar-se para ampliar os horizontes do ainda hoje hermético conhecimento jurídico.

Esta edição da Revista Direito em Movimento é, ademais, a primeira que apresenta a classificação QUALIS B3 da CAPES.

Essa conquista é mais um signo do trabalho científico que a EMERJ vem fazendo no campo acadêmico, ao lado de um inovador laboratório de pesquisas, o Observatório Bryant Garth, integrado por nove núcleos que se dedicam a levantamentos empíricos e jurisprudenciais e que visam ao aperfeiçoamento profissional dos integrantes do Poder Judiciário e de outras profissões afins.

Estimulam-se, desse modo, a interlocução e o alargamento do conhecimento jurídico a partir da produção científica de núcleos, articulados em rede de cooperação, interna da própria instituição judiciária, e externa entre universidades, nacionais e estrangeiras, sempre buscando uma pluridisciplinariedade.

A classificação QUALIS B3, da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), simboliza, portanto, o valor das publicações científicas do periódico da EMERJ, possibilitando maior visibilidade e credibilidade.

A busca de aperfeiçoamento, de forma e conteúdo, vem sendo sistemática e continuamente o parâmetro norteador seguido pelo Conselho Editorial da *Direito em Movimento* desde o seu lançamento, mas principalmente a partir da obtenção do ISSN (International Standard Serial Number), no primeiro semestre de 2012, para as versões impressa, CD-ROM e on-line.

Sem deixar de lado seu foco original, de intensificar a cada edição a ampliação das lentes do direito para possibilitar o movimento dialógico dessa ciência com as demais ciências sociais e humanas, a revista apresenta, a partir desta edição, juristas de países africanos e sul-americanos, propondo a aproximação dos saberes jurídicos dentro de uma visão internacional.

As participações acadêmicas dos doutores, juristas e professores Amaro Couto, Jonas Gentil, Kafft Kosta, Edgar Natale e Catherine Sanabria são exemplos dessa interlocução ampliada, produto dos encontros da EMERJ com os PALOPs – Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa – e da extensão de parcerias entre a escola judiciária e a América Hispânica.

Sublinhamos a importância da aceitação da Revista *Direito em Movimento* pelos indexadores e bases de dados de periódicos, Google Acadêmico, Sumarios.org, RVBI, Latindex, Diadorim, Livre, Amelica, Miguilim, Road, LativRev e CAPES-Periódicos, o que significa um maior alcance acadêmico, possibilitando uma amplitude de referência dos artigos publicados, como fonte para pesquisas e trabalhos jurídico-científicos.

Não sem razão, publicamos neste, que é o primeiro volume de 2023, textos dos doutores Guilherme Peña de Moraes, Antonio Baptista Gonçalves, Marcelo Augusto Santana de Melo, Fabio de Medina da Silva Gomes e Wanise Cabral Silva, que contribuem com visões multidisciplinares e dialogam com o saber jurídico de modo a estimular a ampliação de fronteiras hermenêuticas.

Inovações estão sendo, outrossim, implementadas para o aperfeiçoamento do periódico, atualizando-se o sistema OJS, para, em breve, incluir também a experiência do leitor.

A coletânea que agora se torna pública é, portanto, resultado de um esforço coletivo, de autores e editores, que permite reflexão crítica a respeito de variados eixos temáticos, mas também com uma pauta focada nos direitos humanos, nas questões de gênero e nas discussões sobre os diversos racismos e discriminações.

Para responder ao desafio de pensar as relações do Direito com a Sociologia, a Filosofia, a História e ciências afins, e incluir a EMERJ numa pauta cada vez mais republicana, apresentamos à comunidade jurídica esta nova edição, sempre na procura de respostas sobre os paradoxos e as perplexidades do complexo mundo atual.

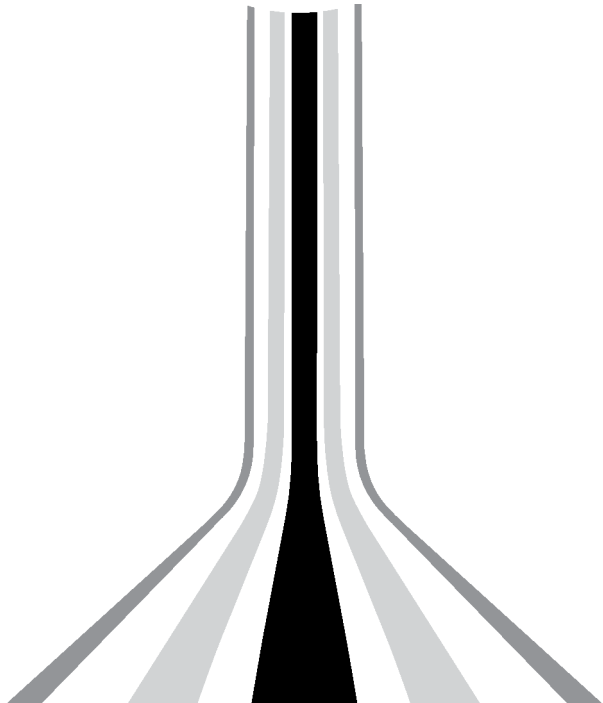
Parafraseando Mauro Cappelletti, primamos por um movimento constante, em ondas, que mesmo no aparente refluxo, avance sempre.

Dr.^a Cristina Gaulia

Editora-Chefe da Equipe Editorial da Revista Direito em Movimento



ARTIGOS



A LIBERDADE E A LEI NA CONSTITUIÇÃO DE SÃO TOMÉ E PRÍNCIPE

Amaro Couto

Professor de Direito Constitucional na Universidade Lusíada de S. Tomé e Príncipe.

Submissão em: 03/11/2022

Aprovado em: 17/04/2023 e 27/04/2023

RESUMO: País novo, independente há pouco mais de quatro décadas, dois aspetos são a considerar no percurso de São Tomé e Príncipe para a afirmação da liberdade: a instauração da autoridade e o estabelecimento da Constituição, ambos necessários para a imposição da lei e a regulamentação da liberdade. Faltou liberdade quando o país era colónia. Poder-se-ia pensar que com a descolonização se retomaria o curso que a natureza traçou para o percurso da liberdade. Apercebeu-se, contudo, de que o romantismo motivador das ações anticoloniais fundadas no sonho da liberdade não se enquadrava nas perspetivas de organização das sociedades humanas fundadas na hierarquização e atravessadas por uma clivagem separando a sociedade da autoridade e dando lugar à sobreposição da autoridade sobre a liberdade. Pelo encadeamento das relações entre a liberdade, a Constituição e a autoridade, a lógica requeria que fosse a Constituição a anteceder a autoridade, mas foi o inverso a acontecer, ficando definido pela autoridade o modelo constitucional instituído. Pela Constituição, a autoridade dotou-se da lei, instrumento fundamental para a regulação da liberdade. É da relação entre a liberdade e a lei de que se pretende dar conta neste artigo.

PALAVRAS-CHAVE: liberdade, lei, autoridade, Constituição.

SOMMAIRE: Un nouveau pays, indépendant depuis un peu plus de quatre décennies, deux aspects doivent être considérés dans le

parcours de Sao Tomé et Príncipe vers l'affirmation de la liberté: l'instauration de l'autorité et l'établissement de la Constitution. Les deux nécessaires pour l'imposition de la loi et de la réglementation de la liberté. La liberté était défaillante quand le pays était en état de colonie. On pourrait penser qu'avec la décolonisation serait repris le cours que la nature a tracé pour la liberté. On s'est rendu cependant compte que le romantisme qui motivait les actions anticoloniales fondées sur le rêve de liberté, ne s'inscrivait pas dans les perspectives d'organisation des sociétés humaines fondée sur la hiérarchie et traversé par un clivage séparant la société de l'autorité et donnant lieu à la superposition de l'autorité sur la liberté. Du fait de l'enchaînement des rapports entre liberté, Constitution et autorité, la logique voulait que la Constitution précède l'autorité, mais c'est l'inverse qui s'est produit, l'autorité définissant le modèle constitutionnel institué. Par la Constitution, l'autorité s'est dotée de la loi, instrument fondamental de régulation des libertés. C'est du rapport entre la liberté et la loi que cet article se propose d'aborder.

MOTS-CLÉS: liberté, droit, autorité, constitution

INTRODUÇÃO

É a menos de cinco décadas que a Constituição emergiu na realidade social e política de São Tomé e Príncipe. Foi um acontecimento que se seguiu ao fim da ditadura colonial ocorrido em 1975.

A Constituição é determinante para a organização e funcionamento do Estado, instituição investida de autoridade suprema no interior dos países com a soberania afirmada.

Proclamada a sua independência, São Tomé e Príncipe dotou-se também do Estado, sendo que assim se afiliou a ordem constitucional então consolidada a escala mundial. O estabelecimento do Estado operou-se sem na verdade se espelharem as justificações de tal escolha, o que deixa intacta a dúvida quanto a ter existido reflexão prévia à volta de um tal assunto ou se se terá apenas deixado levar pela força do mimetismo e agido por influência da sedução gerada pelo ambiente internacional prevalectente.

O arquipélago de São Tomé e Príncipe, situado sobre a linha do Equador, nas costas atlânticas do continente africano, foi num largo período da história colonial entreposto no quadro de comércios diversos que os colonialistas praticaram entre a África e o resto do mundo. Tratou-se de mais um aspeto demonstrativo da interpenetração objetiva dessas ilhas com as realidades do continente. Foi uma época de choques entre os colonialistas e os indígenas por onde a superioridade bélica daqueles acabou por estancar e desfazer o modelo africano de organização política, substituído a partir de então pela Administração Colonial, imposta nos territórios submetidos à colonização.

Com o fim da colonização, foi implantado o Estado nos territórios anteriormente colonizados.

Foi essa a via por que passou o processo de organização política em São Tomé Príncipe. O Estado surgiu como se da natureza tivesse emergido, não tendo os descolonizadores indagado sobre as condições para a sua existência.

Por uma Lei Fundamental, enquanto instrumento transitório até ao estabelecimento da primeira Constituição, aprovada no mesmo dia da descolonização, foram instituídos os órgãos do Estado e as normas para os seus funcionamentos e o funcionamento da Administração.

A passagem da Administração colonial para o Estado operou-se sem se indagar sobre a pertinência de tal escolha, sem se penetrar na averiguação da organização política existente no período anterior à colonização e sem se questionar sobre a necessidade de uma organização política objetivamente ajustada às características de São Tomé e Príncipe.

As consequências da opção manifestam-se em fatos, que se revelam inevitáveis, em forma de dependência pela via de assistência dos Estados mais antigos, assistência umas vezes veiculada mediante condicionalidades e outras vezes resultado de procuras deliberadas, inerentes à natureza da solução adotada.

É nesse contexto que, no presente trabalho, se aborda a problemática da interdependência entre a liberdade e a lei na Constituição de São Tomé e Príncipe.

II. A LIBERDADE E A LEI

A liberdade é uma condição natural, emergida diretamente da natureza e em concomitância com a natureza. É uma condição que molda o estatuto dos seres vivos, vegetais, animais e humanos que nascem livres e podendo-se pensar predestinados a uma existência isenta de constrangimentos que não sejam os decorrentes da própria natureza para a inerência das inter-relações entre os seres vivos. Já a lei é uma convenção consentida entre humanos para a defesa da ordem instalada e a perenidade da instituição na origem da ordem. Entre a lei e a liberdade, é esta que, na escala de valores, se revela superior, decorrendo das relações entre as duas a impossível subalternização da liberdade. Mas, atendendo às necessidades da ordem e a defendida supremacia da instituição que estabelece a ordem, impuseram-se limitações à liberdade, intervindo a lei para circunscrever limites à liberdade. Assim, a liberdade viu-se desviada do seu percurso natural para também se tornar convencional e mais facilmente se submeter às finalidades da lei.

Consequência da influência humana sobre a natureza, emergiram liberdades convencionadas, como a propriedade privada, e outras que dela decorrem, como o trabalho, o domicílio individual, a identidade pessoal, a família ou a intimidade pessoal, tendo-se ainda convencionado limites às liberdades de que o humano se vê naturalmente investido, como as liberdades de deslocação, de viver – que pode estar limitada pela pena de morte – e de integridade física, quando, em nome da investigação policial, a força pública pratica ações degradantes sobre a pessoa humana.

Os condicionalismos à liberdade recorrentes no período colonial prosseguiram em formas renovadas na independência no quadro da cultura constitucional.

Emergida para a gestão dos conflitos e das diferenças, a cultura constitucional é o resultado da evolução que se arrasta desde os primórdios de uma parte da humanidade e que acabou por se instalar predominantemente na compreensão geral e, sem admitir alternativas, fixou a ideia de ser ela a verdade, ou seja, a realidade incontornável destinada a acolher todos os humanos e a todos proporcionar uma existência agradável. Trata-se, na verdade, de uma evolução portadora de problemas vários, impondo às pessoas

uma vida em que a felicidade se torna mais quimera do que possível pela predominância de desigualdades, hierarquizações, competições, angústias, inseguranças ou frustrações.

Numa primeira fase, de 1975 a 1990, a estrutura do poder político se hierarquizou. Estabeleceu-se o partido único, ficando a vontade do partido a direcionar a ação do Estado¹, que por essa razão não conseguiu, nesse período, assumir o estatuto de supremo poder dentro da sociedade que a evolução das sociedades independentes lhe vai conferindo. À luz das disposições constitucionais, a liberdade era equacionada em função do necessário para a realização dos objetivos do Estado.

É o que ressaltava da Constituição de 1975² sem real alteração nas revisões constitucionais que se operaram em 1980 e 1982. O quadro constitucional de então superiorizou os objetivos do Estado sobre a liberdade. Essa hierarquização ficou fortemente revertida na Constituição de 1990 e na revisão constitucional de 2003, por onde se fixou a limitação à liberdade somente quando estivesse em causa o dever de fraternidade de umas pessoas em relação às outras³.

Nesse quadro, foi admitida a teoria da hierarquia das normas que se mantém uma constante desde a independência do país.

No período colonial, confundia-se a lei com a autoridade sem na realidade se distinguir as diferentes normas pelas quais a Administração Colonial exercia os seus poderes. Pela hierarquia das normas, impôs-se tal distinção, vindo a lei situar-se entre a Constituição e os tratados internacionais⁴. Acentuou-se a pulverização de ato legislativo. À lei, ato do Poder Legislativo, impondo-se a todos os indivíduos e instituições, vem se equiparar às normas gerais do Poder Executivo nacional, como os Decretos-leis e os Decretos, e, dos poderes regionais, os Decretos Regionais e os Decretos

1 N° 1 do artigo 3° da Lei Fundamental, de 12 de julho de 1975, confiou ao Bureau Político do movimento descolonizador (o Movimento de Libertação de S. Tomé e Príncipe – MLSTP) os poderes soberanos do Estado. O n° 1 do artigo 3° da primeira Constituição, aprovada em 5 de novembro de 1975, fez do MLSTP a força política dirigente da nação. O n° 1 do artigo 4° das revisões constitucionais de 1980 e de 1982 atribuíram ao MLSTP o estatuto de força política dirigente da sociedade e do Estado.

2 Artigo 14° da Constituição de 1975.

3 Pelos artigos 20° da Constituição de 1990 e 21° da revisão constitucional de 2003, os cidadãos não podem exercer os seus direitos com violação dos direitos dos outros cidadãos.

4 N° 1 do artigo 70° e n° 3 do artigo 13° da revisão constitucional de 2003.

Executivos Regionais, impondo-se pelas razões de diferenças de autoridades entre os órgãos, autores desses atos, a hierarquização formal entre eles.

Com a evolução do quadro constitucional, evoluiu o estatuto da propriedade privada, que, de tolerada, veio a ser garantida. Pois, tal como a liberdade em geral, a Constituição de 1975 subordinou a propriedade privada aos objetivos da política econômica do Estado, permitindo a coexistência desse tipo propriedade com a propriedade pública na condição de ela não contrariar os objetivos econômicos do Estado⁵. Essa situação foi revertida na Constituição de 1990 onde a todos é assegurado o direito à propriedade privada, sem qualquer condição⁶.

III. A LEI, INSTRUMENTO DA AUTORIDADE PARA REGULAR A LIBERDADE

A imposição da autoridade na sociedade dá lugar à existência da lei, instrumento de regulação da liberdade e que se justifica para a salvaguarda da própria liberdade, pois a Constituição determina áreas da liberdade que a autoridade deve respeitar. É, no entanto, na forma para a formação e o exercício da autoridade que o problema acaba por se elevar.

Estabelecido o Estado e o modelo para nele se projetarem os representantes dos eleitores, ficaram criadas as condições para a emergência da lei.

A lei começou por ser a tradução da vontade e da ordem do colonizador para depois, na independência, ser a representação da vontade coletiva. Mas, para ser o resultado da vontade coletiva, necessário seria que nela se aglutinassem as expectativas da coletividade humana aí assentada, o que não aconteceu, ficando a expressão da vontade coletiva reduzida ao que oferecia o ambiente internacional envolvente, ou seja, a vontade dos eleitores que no final se condensa numa consistência numérica ainda mais pequena, concretizada na realidade da maioria dos votantes.

Mais, a lei não emerge diretamente da vontade coletiva, ou seja, a lei não é elaborada imediatamente à formação dessa vontade. A lei é sim obra indireta da vontade coletiva realizada por aqueles chamados a representar

5 N° 4 do artigo 4°.

6 N° 1 do artigo 46° da Constituição de 1990 e n° 1 do artigo 47° da revisão constitucional de 2003.

a vontade coletiva. Encontramos aqui a projeção do regime representativo emergido da narrativa contratual de Rousseau.

É verdade que, pelo mecanismo da representação, se pretenda que os representantes exerçam munidos de mandatos atribuídos pelos seus eleitores. Aí também há problemas, na medida em que os conteúdos dos mandatos não são resultado direto da vontade dos eleitores. Originam dos programas e propostas dos candidatos à representação e traduzem-se nos programas e propostas dos que se incluem no círculo dos votos majoritariamente expressos.

É pela vontade dos representantes majoritariamente eleitos que a lei é elaborada. Porque a lei, reguladora da liberdade, não é elaborada diretamente pelos eleitores majoritários. Não há como evitar os riscos de manipulação se os representantes se puserem a privilegiar as suas próprias vontades e ideias em detrimento das vontades e ideias dos eleitores que os elegeram. É num tal ambiente que a lei estabelece os direitos e os deveres dos indivíduos tendo em vista a conservação da paz social que acaba por ser a que se circunscreve no modelo defendido pelos representantes.

A lei interage com a liberdade, ora limitando a manifestação da liberdade, ora assegurando a sua salvaguarda. A liberdade justifica a existência da lei, e a lei se destina a proteger a liberdade. Mas a confiança para a preparação e a aprovação da lei, expressão da vontade coletiva, é depositada nas pessoas dos representantes, o que pode condicionar a liberdade, sobretudo quando os representantes estimam prioritário defender objetivos que não sejam os da liberdade. Tal pode se ver facilitado pelas condições de funcionamento do Parlamento quando confinado no papel de aprovar a lei, o que aconteceu na fase de partido único em que não havia oposição, e o que acontece no multipartidarismo atual em que a maioria parlamentar se habituou a não acolher as opiniões da oposição, acabando por esterilizar o debate democrático que nele se realiza.

Da análise efetuada pelos representantes no quadro do caso pandémico do covid-19 resultou o confinamento geral e obrigatório para toda a população, tendo o Presidente da República decretado o estado de emergência nacional, depois de para tal autorizado por uma Resolução da Assembleia

Nacional como constitucionalmente estabelecido. Tal grau de restrição da liberdade só foi possível depois de instituído o estado de emergência, condição constitucional para a validade dessa medida. Contudo, a medida se concretizou sem a consulta popular prévia estando esse modelo de atuação privilegiado pelo constituinte que excluiu a participação ou a interferência popular no processo legislativo.

Entre a lei e a liberdade, interpõe-se um desequilíbrio em detrimento da liberdade. É o que transparece logo em certos aspetos do processo legislativo. Quando se verifica a unidade de objetivos entre os representantes, é sinal de impossibilidade de oposições entre eles, o que pode deixar a liberdade sem proteção no âmbito da preparação e da aprovação da lei, sobretudo se os representantes superiorizam outras finalidades que não sejam as da liberdade. Transpondo-se o processo legislativo, a aplicação da lei pode dar lugar a manifestações de liberdade pelos indivíduos que se podem pôr em violadores da lei. Nesse caso, a lei acaba por se sobrepor pela punição que ela própria já estabelece contra as demonstrações adversas às que nela se estabelecem.

Pela remissão constitucionalmente permissiva à Declaração Universal dos Direitos do Homem⁷, impõe-se na ordem jurídica interna que nas relações entre os indivíduos prevaleça o espírito de fraternidade, decorrendo daí a solidariedade e a necessária observância do respeito pelos direitos de todos de tal modo que na sociedade ninguém tenha por ofendido o seu próprio direito. Tal construção exige a instauração da ordem constitucional existente, assegurada pela autoridade da lei para impor e garantir que as interferências de uns na liberdade de outros sejam prevenidas e punidas no caso de acontecerem.

Na prática, revela-se realidade diversa, observando-se, por vezes, diminuída a autoridade da lei pela interposição que se verifica dos interesses nas relações entre os indivíduos, dando lugar a que cada um procure a satisfação para si próprio, mesmo que prejudicando os interesses dos outros, num jogo em que os fortes ganhando e os fracos perdendo, faz com que permaneçam e até se agravem os problemas da sociedade e consequente-

⁷ Artigos 13º das revisões constitucionais de 1980 e de 1982. Nº 2 do artigo 12º da Constituição de 1990 e da revisão constitucional de 2003

mente das pessoas. Tal realidade restringe consideravelmente a autoridade da lei e o espaço da liberdade. Mesmo que se envereda pela correção dos excessos, prevalecerá, por um tempo, as limitações que de fato essas relações impõem sobre a liberdade e a lei.

No modelo constitucionalizado de organização econômica e social, as dinâmicas da liberdade e da lei convergem num ponto consagrando a harmonia entre os dois para que prevaleça a boa organização e a disciplina dentro da sociedade.

É pela necessidade que se impõe a autoridade da lei e a restrição da liberdade. A medida da necessidade implica a determinação de circunstâncias em que a autoridade da lei pode se impor sobre a liberdade, o que deixa pouca margem ao livre-arbítrio do legislador no processo de elaboração da norma ou do intérprete na aplicação da norma. Pois, as restrições ou suspensões da liberdade vêm autorizadas na Constituição, mas esta precisa das condições para que sejam possíveis, possibilitando-as em situações de estados de sítio e de emergência e em outras circunstâncias. Por exemplo, a lei pode restringir: a livre escolha do trabalho a exercer-se se estiver em causa o interesse coletivo ou a capacidade do próprio interessado; os direitos dos estrangeiros e apátridas em matérias de direitos políticos, de exercício na função pública e outros direitos reservados a nacionais; a inviolabilidade do domicílio quando em presença de ordem da autoridade judicial competente; a liberdade de imprensa, de manifestar, de formar partidos políticos e de votar havendo a imposição legal para a restrição. Também a liberdade de associação vê-se condicionada pelas necessidades da independência nacional e pelas imposições estabelecidas na Constituição e na lei.

A medida da necessidade para a imposição da lei e a restrição da liberdade podem ainda resultar de concertações realizadas diretamente na sociedade envolvendo organizações políticas, sociais, econômicas, financeiras e religiosas com a participação dos poderes públicos. Quatro exercícios do tipo, designados *diálogos ou fóruns de concertação* são de se referir. O primeiro, ocorrido em finais de 1989, foi o único, graças ao contexto em que se realizou, cujos resultados foram recuperados pelos poderes do Estado e aplicados. Na altura, estava consensualizado no interior do partido único a

mudança da organização política da sociedade e do Estado, o que requeria a elaboração de uma nova Constituição. A concertação daquele ano viu-se com a autoridade de um constituinte originário para questionar o passado e conceber o novo. As reflexões lá produzidas confluíram para o fim do partido único e a instauração do multipartidarismo. Foi concebida uma nova organização do Estado mediante a abolição do estatuto da Assembleia Nacional como órgão supremo dentro do Estado e a implantação de relacionamentos horizontais entre os órgãos do Estado. Com fundamento nessas conclusões foi elaborada uma nova Constituição, a de 1990, fundamentalmente inspirada no que decorre da cultura constitucional ocidental, fazendo da Constituição norma superiora na ordem jurídica interna e reguladora das relações entre as normas do ordenamento jurídico nacional. Essa situação explica o insucesso dos outros três diálogos ou fóruns de concertação cujos resultados não puderam ser aplicados por colidirem com o estabelecido na Constituição.

O duplo degrau instituído para o estabelecimento da lei, ilustrado num primeiro momento pela determinação dos representantes mediante o voto dos eleitores e a seguir pela elaboração da lei assegurada no quadro de um processo conduzido pelos representantes, impossibilita que o povo e os eleitores exerçam de forma regular a ação direta na composição da lei, situação que, por sua vez, os impede de contribuir na apreciação dos níveis de salvaguarda a aplicar-se para restringir ou manter intacta a liberdade.

Pela cultura política expendida, veicula-se que a lei é portadora de soluções que satisfazem os interesses e as expectativas da coletividade. Esse objetivo mostra-se possível, havendo a integração dos interesses dos representantes nos interesses coletivos, mas difícil de se alcançar quando se instalam clivagens entre esses dois tipos de interesses. Nessa segunda hipótese, a lei pode não se mostrar ajustada aos equilíbrios requeridos para a satisfação dos interesses de todos.

A elaboração dos atos legislativos é função que a Constituição confere a instituições públicas cujos funcionamentos são assegurados pelos representantes. Só por si, esse modelo permite que, mesmo perante uma lei inadequada, haja dificuldade de a demover ou modificar se os representantes

tiverem por via dela a satisfação dos seus interesses. Uma situação em particular permite a ilustração dessa constatação.

Pelo regime do tipo parlamentar estabelecido, a estabilidade do Governo requer a existência de uma maioria parlamentar que o sustente. Nos últimos 30 anos, a contar de 1990, foram realizadas 8 eleições legislativas, das quais 3 resultaram em maiorias absolutas, assegurando a sustentabilidade do Governo nas relações com o Parlamento. Ora, os mandatos de 2 dessas maiorias absolutas foram interrompidos pela dissolução, produto consolidado no jogo das relações do Executivo com o Legislativo no parlamentarismo. O fator na origem dessas instabilidades está no escrutínio proporcional e no parlamentarismo normados, mas que os representantes teimam em conservar.

REFERÊNCIAS:

República Democrática de S. Tomé e Príncipe, Lei Fundamental de 12 de Julho de 1975, Coletânea de legislação da República Democrática de S. Tomé e Príncipe (1975 a 1989), I Volume (1975 a 1977), pp. 9 a 15.

República Democrática de S. Tomé e Príncipe, Constituição de 1975, aprovada em 5 de novembro de 1975, Coletânea de legislação da República Democrática de S. Tomé e Príncipe (1975 a 1989), I Volume (1975 a 1977), pp. 70 a 78.

República Democrática de S. Tomé e Príncipe, revisão constitucional de 1980, Coletânea de legislação da República Democrática de S. Tomé e Príncipe (1975 a 1989), III Volume (1980 a 1981), pp. 1100 a 1115.

República Democrática de S. Tomé e Príncipe, revisão constitucional de 1982, Coletânea de legislação da República Democrática de S. Tomé e Príncipe (1975 a 1989), IV Volume (1982 a 1984), pp. 1736 a 1752.

República Democrática de S. Tomé e Príncipe, Constituição de 1990, Constituição, Lei Eleitoral e Legislação complementar, M.A.I. / stape, edições 70, pp.13 a 40.

República Democrática de S. Tomé e Príncipe, revisão constitucional de 2003, Diário da República nº2, de 29 de janeiro de 2003, pp. 13 a 48.

TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO LUSÓFONO: O PERCURSO DOS PAÍSES AFRICANOS DE LÍNGUA OFICIAL PORTUGUESA

Jonas Gentil

Professor de Direito. Jurisconsulto. Investigador do CEDIS - NOVA School of Law.

Submissão: 30/01/2023

Aprovado em: 05/04/2023 e 06/04/2023

Dedicado à memória de AYRES MAJOR

RESUMO: O presente artigo tem por objetivo analisar e refletir sobre o percurso histórico do constitucionalismo lusófono numa perspectiva da trajetória dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa, isso tendo em conta a garantia dos Direitos Fundamentais consagrados nos respetivos ordenamentos jurídicos e a sua elevação a um patamar mais regional e internacional. Considerando a influência portuguesa, identificou-se a Constituição Portuguesa de 1976 como ponto de partida do processo político-constitucional destes cinco países. Debruçou-se ainda sobre o pendur socialista que vigorou na I República até a mudança de paradigma estabelecida na II República (Democrática). Nesta trajetória, abriu-se vista a análise de alguns tópicos de convergência e de divergência entre a realidade portuguesa e a dos Estados africanos. Noutra momento, teve-se em elevação o mecanismo de receção do Direito internacional adotado pelos PALOPs. Por fim, o acesso do indivíduo ao Sistema Africano de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos foi posto em evidência, particularizando a questão da salvaguarda e garantia dos Direitos Fundamentais estabelecidos tanto interna como internacionalmente.

PALAVRA CHAVE: PALOPs; TADHP; Direitos Humanos.

ABSTRACT: This article aims to analyse and reflect on the historical path of Portuguese-speaking constitutionalism from the perspective of the trajectory of African Portuguese-speaking Countries and taking into account the guarantee of Fundamental Rights enshrined in their respective legal systems and their elevation to a regional and international level. Considering the Portuguese influence, the 1976 Portuguese Constitution was identified as the starting point of the political-constitutional process of these five countries. It also focused on the socialist tendency that prevailed in the First Republic until the paradigm shift established in the Second (Democratic) Republic. In this trajectory, the analysis of some topics of convergence and divergence between the Portuguese reality and the African States was opened up. The same way, the mechanism for receiving international law adopted by the PALOPs was elevated. Finally, the individual's access to the African System for the Protection of Human and Peoples' Rights was highlighted, that is, taking into account the aspects inherent in safeguarding and guaranteeing the Fundamental Rights established both internally and internationally.

KEYWORD: PALOPs; TADHP; Human Rights.

INTRODUÇÃO

O presente artigo resulta da exposição proferida no *Seminário Internacional de Direito Constitucional Lusófono: Contexto Histórico e Desafios Atuais na Garantia de Direitos Fundamentais*, organizado pela Escola da Magistratura do Estado de Rio de Janeiro por ocasião do 34.º Aniversário da Constituição da República Federativa do Brasil, ocorrido entre os dias 5 e 7 de outubro, e tem por objetivo, neste caso particular, analisar e refletir sobre a “Trajetória Histórica do Constitucionalismo Lusófono: O percurso dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa”, isso tendo em conta a salvaguarda e garantia dos Direitos Fundamentais/Direitos Humanos consagrados nos respectivos ordenamentos jurídicos internos e externos. Nes-

se sentido, tomou-se em consideração a Constituição Portuguesa de 1976 como ponto de partida do processo político-constitucional dos Estados africanos de expressão portuguesa. Nesse encadeamento, deparou-se, numa perspectiva, uma influência de pendor socialista que viria a marcar a trajetória desses países durante a *primeira* República (1975-1990) e, noutra, o pendor democrático durante o período denominado *segunda* República (de 1990 em diante). No contexto dessa trajetória histórica dos PALOPs e a sua ligação intrínseca com Portugal, seguiu-se a análise de alguns tópicos de convergência e de divergência entre a realidade portuguesa e a dos Estados africanos. Noutro momento, teve-se em consideração o mecanismo de receção do Direito internacional adotado pelos PALOPs e, neste contexto, tecemos uma breve nota sobre a opção são-tomense de receção do Direito Internacional numa perspectiva de uma provável solução a ser adoptada aos PALOPs. Por fim, o acesso do indivíduo ao *Sistema Africano de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos* é posto em evidência. Assim, na solução acolhida pela Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, vislumbrou-se que o mecanismo previsto de *acesso do indivíduo* ao referido Tribunal não possibilita a realização incondicionada e plena desse direito fundamental, uma vez que, na Corte Africana, esse direito apenas poderá ser exercido se o Estado em causa tiver reconhecido a competência do Tribunal para apreciar querelas individuais – cláusula facultativa de jurisdição –, pois que dificulta o exercício desse direito, na medida em que, na prática, nenhum Estado violador teria interesse de reconhecer a competência do Tribunal nessas matérias.

1. TRAJETÓRIA HISTÓRICA DO CONSTITUCIONALISMO LUSÓFONO: O PERCURSO DOS PAÍSES AFRICANOS DE LÍNGUA OFICIAL PORTUGUESA

1.1. A Constituição Portuguesa de 1976 como a génese do processo político-constitucional

O modelo de Direito Constitucional Lusófono assenta-se, grosso modo, na existência de alguns pontos centrais do Constitucionalismo Português Democrático e Social nascido com a Constituição da República Por-

tuguesa (CRP) de 1976¹ e pode ser expresso em três pontos fundamentais: a) na aprovação do texto constitucional por um parlamento constituinte, em contexto pluripartidário e democrático, após um período constitucional revolucionário e provisório; b) na vigência contínua (e duradora) do texto constitucional por mais de 40 anos, o qual não tem assistido a rupturas ou a quaisquer quebras materiais na sua identidade – isso não obstante as múltiplas revisões operadas em Portugal, 1982, 1989, 1992, 1997, 2001, 2004 e 2005; e c) na consagração dos princípios constitucionais do Estado de Direito, Republicano, Unitário, Democrático e Social.

É com base na centralidade que o texto da CRP ocupa que se procederá abordar a questão do Direito Constitucional Lusófono e, para a nossa análise, os diversos Direitos Constitucionais dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa (PALOPs). Se considerarmos o Direito Português como a gênese desse processo, podemos dividir o constitucionalismo lusófono em três (3) vagas, sendo: i) o texto da Constituição brasileira a 1.º Vaga dos Direitos Constitucionais Lusófonos; ii) os textos das Constituições dos PALOPs a 2.ª Vaga (vaga luso-africana ou, dito de outro modo: *africa-lusofônica*)², ocupando, nesse percurso, iii) a Constituição de Timor-Leste a 3.º Vaga constitucional)³.

O reconhecimento dessas vagas é relevante para identificarmos a referida centralidade e aferir-se o tipo de influência, recebida ou rejeitada, em cada um dos “Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa”. Nesta análise, não podemos falar propriamente de vagas, mas essa centralidade e influência teve e poderá ter repercussões noutros textos constitucionais; referimo-nos ao caso exclusivo da Região Administrativa de Macau, tendo

1 O atual Direito CRP, aprovado em 2 de abril de 1976, e que entrou em vigor em 25 de abril de 1976. Essa lei constitucional superior surgiu como corolário da Revolução de 25 de abril de 1974, que pôs termo a um regime autoritário de direita, de inspiração nacionalista, corporativa e fascizante, designado como “Estado Novo”, fortemente influenciado pelo regime fascista italiano. Até que a CRP tivesse sido aprovada, nesse período intercalar de dois anos, para além do trabalho da Assembleia Constituinte, democraticamente eleita, viveu-se um regime constitucional provisório, marcado pela adoção de um conjunto de medidas urgentes, em função de três objetivos (a) descolonizar, (b) democratizar e (c) desenvolver o país.

2 Que é representada pelo nascimento das Constituições dos cinco Estados Africanos no período da II República, a qual surge com as transições para regimes constitucionais de Estado de Direito.

3 O reconhecimento de cada uma dessas três vagas é muito relevante não apenas para a comprovação daquela centralidade, como para se aferir o tipo de influência, recebida ou rejeitada, em cada um dos “Direitos Constitucionais de Língua Portuguesa”, na certeza de que o seu aparecimento se prolongou no tempo e ao sabor das vicissitudes histórico-políticas próprias dos Estados Lusófonos em geral e dos PALOPs em particular.

em conta o estatuto que ocupa na lusofonia, e à República da Guiné Equatorial⁴, sendo esse último Estado, desde 2014, admitido como membro da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (CPLP). Portanto, segundo os ilustres constitucionalistas lusófonos, os professores Jorge Bacelar Gouveia e Kafft Kosta, poderíamos estar aqui diante daquilo que se poderia chamar de “família constitucional lusófona”, isso, claro, desde que determinados princípios e direitos fundamentais estruturantes da ordem jurídica fossem garantidos; por essa razão, por exemplo, a abolição da pena de morte na Guiné Equatorial foi uma das exigências da comunidade lusófona para a sua integração na Comunidade.

1.2. Enquadramento político-constitucional dos PALOPs

Os Estados africanos de língua oficial portuguesa, a saber: Angola, Cabo Verde, Guiné-Bissau, Moçambique e São Tomé e Príncipe, com exceção da declaração unilateral da Guiné-Bissau em 24/9/1973, tornaram-se independentes em 1975 na sequência do processo de descolonização de Portugal, resultante da Revolução do 25 de abril de 1974, do fim do Estado Novo e do fim das guerras contra o domínio do império português⁵. Tudo isso, decorrente e em conformidade com a Resolução 1514 (XV) da ONU, de 14/12/1960, adotada pela Assembleia Geral – *Declaração sobre a concessão da independência aos Países e Povos coloniais* –, desencadeou o processo de descolonização dos PALOPs, que viria a ocorrer cronologicamente do seguinte modo: 1) Guiné-Bissau: 24 de setembro de 1973; 2) Moçambique: 25 de junho de 1975; 3) Cabo Verde: 5 de julho de 1975; 4) São Tomé e Príncipe: 12 de julho de 1975; e 5) Angola: 11 de novembro de 1975.

I. A República da Guiné-Bissau tem vivido, nos últimos anos, repetidos momentos de instabilidade e tensão política e social, motivados por alguns golpes de Estado. A evolução político-institucional da República Guineense tem a singularidade de ter antecipado o resultado da Revolução Portuguesa de 25 de abril de 1974, porquanto a sua independência chegou

4 A República da Guiné Equatorial foi admitida como membro de pleno direito da CPLP na X Conferência de Chefes de Estado e de Governo, realizada a 23 de julho de 2014, em Díli.

5 Tornando-se independentes e com um rumo próprio, cada um mergulhou nas órbitas de influência geopolítica de conveniência, tendo em conta as suas potencialidades económicas e estratégicas. Contudo a exclusão social, a pobreza, a fome e a violência marcam até hoje o panorama desses Estados.

a ser proclamada “unilateralmente” em 24 de setembro de 1973⁶, em Madina de Boé, sendo que o texto constitucional seria depois retomado com a concessão “formal”, em 1974, da independência do novo Estado independente. O atual texto Constitucional, alcançado depois de uma revisão profunda ocorrida entre 1991 e 1993, é o terceiro da história desse Estado, uma vez que, em 1980, na sequência do golpe de Estado e após um interregno revolucionário de 4 anos, elaborou-se uma nova Constituição em 1984 sem que a anterior Constituição de 1980 tivesse chegado a vigorar. A Constituição de 1993, apenas pontualmente revista em aspectos secundários em 1996, já contou com inúmeras tentativas de revisão geral, mas todas fracassaram por vários motivos. Por um lado, a inexistência de acordo parlamentar; por outro, a ausência de vontade do Presidente da República de promulgar o documento fundamental.

II. A República de Moçambique é um dos dois grandes Estados africanos lusofônicos. Esse país tem sido mencionado como um caso de êxito na efetivação de uma negociação internacional de paz. A sua independência foi alcançada em 25 de junho de 1975, data que marca a entrada em vigor da sua primeira Constituição e que vigoraria até 1990, apenas com alterações muito cirúrgicas. Em 1990, um segundo texto constitucional viria a ser aprovado, o qual sofreu algumas revisões constitucionais limitadas: i) em 1993, foram alterados os artigos atinentes aos partidos e ao regime de candidatura a Presidente da República, na sequência do Acordo Geral de Paz entre o Governo/Frelimo e a Renamo, que pôs fim à guerra civil, assinado aos 4 de outubro de 1992; ii) em 1996, foi reformulado o capítulo concernente ao poder local, na perspectiva de evitar dúvidas de constitucionalidade em relação à nova legislação autárquica entretanto produzida; iii) em 1998, foi alterada uma das competências do Conselho Constitucional, órgão judicial com funções de controle da constitucionalidade. Desde o início de 2005, coincidindo com a tomada de posse dos novos titulares dos órgãos eleitos – o Presidente da República e a Assembleia da República –, está em vigor em Moçambique o seu quarto texto constitucional, aprovado

⁶ Declaração unilateral por parte da GB, tendo sido mais tarde, em 1974, oficialmente reconhecido pelo Estado português.

pela Lei n.º 1/2018, de 12 de junho – Lei da Revisão Pontual da Constituição da República de Moçambique⁷ [que vem rever a Lei Constitucional de 2004, aprovada em 16 de Novembro de 2004, BR, I Série, n.º 51, de 22 de Dezembro de 2004], não apresentando, por isso, mudanças sensíveis em relação ao texto precedente, não sendo uma verdadeira e própria nova Constituição material, antes, uma mera revisão pontual da Constituição, *para ajustá-la ao processo de consolidação da reforma democrática do Estado, ao aprofundamento da democracia participativa e à garantia da paz, reiterando o respeito aos valores e princípios da soberania e da unicidade do Estado*⁸.

III. A República de Cabo Verde tem a originalidade de ter sido o Estado Africano lusófono que mais rapidamente transitaria para a democracia e é onde, no plano prático, mais se tem registado a alternância democrática, tendo os seus dois grandes partidos políticos (PAICV e MpD)⁹ formado maiorias parlamentares e governamentais. A primeira Constituição da República, de cunho provisório, seria aprovada em 1975 (Lei da Organização Política do Estado) e, em 1980, adotou-se um texto constitucional definitivo, numa inspiração do modelo soviético, que seria a Constituição de 5 de setembro de 1980. A atual Constituição cabo-verdiana, datada de 25 de setembro de 1992, apenas viria a ser aprovada depois de um período de abertura política, no qual a respetiva redação se realizou em clima de efetivo pluripartidarismo¹⁰, amplamente efetivada pela Lei Constitucional n.º 2/III/90, de 28 de setembro. Esse instrumento não se conserva na sua versão originária, pois já foi objeto de diversas alterações, as quais se destinaram, entre outros, a aperfeiçoar o parlamentarismo e a intervenção dos cidadãos

7 BR, I série, n.º 115, de 12 de junho de 2018.

8 Cf. Exposição de Motivos da Lei de Revisão Constitucional moçambicana de 2018.

9 Partido Africano da Independência de Cabo Verde (PAICV), 1981 e Movimento para a Democracia, 1990, respetivamente.

10 A 5 de julho de 1975, o PAIGC, partido binacional – Partido Africano para a Independência da Guiné e Cabo Verde, que já estava no poder na Guiné-Bissau, tomou conta do poder em Cabo Verde, passando ambos os países a viver sob o regime de partido único. Essa união foi mantida até ao golpe de Estado de 1980, em Bissau, que levou à cisão dos dois Estados, dando lugar a um novo partido, o PAICV, que passou a governar Cabo Verde a partir de 1981. No entanto, o regime continuou a ser de partido único. Em 1990, o Conselho Nacional do PAICV decidiu proceder à abertura política, permitindo que outros partidos concorressem às eleições. Assim, as eleições legislativas, as presidenciais e as autárquicas de 1991 foram vencidas de forma clara pelo único partido da oposição que cumpria as exigências legais para concorrer, o MpD. Ver PEREIRA, Ludemila Cardoso. *Cabo Verde: da Descolonização à Abertura Democrática*, Dissertação de Mestrado, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, 2013.

nos referendos e nas iniciativas legislativas populares, a melhorar o sistema de fiscalização judicial da constitucionalidade.

IV. De todos os PALOPs, a República de Angola foi o último a alcançar uma situação de paz, real desde 2002, quando da cessação das hostilidades existentes entre os dois movimentos anticolonialistas, a UNITA e o MPLA¹¹, na sequência da morte do líder Jonas Savimbi. Certo é que o atual sistema constitucional angolano foi edificado há mais de duas décadas, sobretudo a partir do cessar-fogo após a assinatura dos Acordos de Bicesse em maio de 1991, em que foi possível realizar as primeiras eleições gerais no país (presidenciais e legislativas). O advento desse período foi marcado pela aprovação de uma nova Lei Constitucional em 1992, precisamente destinada a acolher o novo regime democrático emergente, bem como pela elaboração de numerosas leis ordinárias, destinadas a garantir um ambiente de pluripartidarismo. Contudo esse clima político não vigoraria mais do que algumas semanas após a realização das eleições de setembro de 1992, pois que se reiniciaria a guerra civil, isso na estrita medida em que a UNITA nunca aceitou os resultados eleitorais. Finalmente, em fevereiro de 2010, e depois de várias vicissitudes, seria aprovada a Constituição de Angola, texto definitivo que veio substituir a Lei Constitucional de 1992.

V. A República Democrática de São Tomé e Príncipe, o mais pequeno dos PALOPs, tem atravessado sucessivos períodos de crise económica e social, tendo tais períodos provocado situações de alguma agitação política. A independência do Estado insular foi alcançada em 12 de julho de 1975. Porém o respetivo texto constitucional apenas entraria em vigor algum tempo depois. Tendo sido aprovado em 5 de novembro desse mesmo ano (na sua Assembleia Constituinte), o texto foi posteriormente objeto de pequenas e cirúrgicas revisões. A atual Constituição da República foi aprovada em 1990 e foi a única de todos os PALOP's que se sujeitou a um procedimento de referendo, convocando assim a população a opinar a propósito da mudança ao multipartidarismo (GENTIL, Jonas; CEITA, J. Jhúnior G., 2018, p. 11)¹². Depois de muitas propostas de alteração e de outras tantas dispu-

11 A União Nacional para a Independência Total de Angola (UNITA), fundada em 1966, e o Movimento Popular de Libertação de Angola (MPLA), fundado em 1961, respetivamente.

12 Em 22 de Agosto de 1990, ocorreu o referendo popular a favor da nova Constituição (II República – Lei Cons-

tas, o texto constitucional foi efetivamente objeto de uma revisão constitucional que culminou, em 2003, com a aprovação da Lei Constitucional n.º 1/2003, de 29 de janeiro (até agora a única feita, isso sem prejuízo de alguns considerarem tratar-se de uma “nova” Constituição), que teve no seu mérito a correção das soluções iniciais, melhorando o instrumento consideravelmente tal como sucedeu com as matérias inerentes à fiscalização da constitucionalidade e o regime de revisão constitucional. Pôs em evidência a questão da fiscalização da constitucionalidade, que, em 2017, atingiria o cume com a aprovação a Lei Orgânica [Funcionamento e do Processo] do Tribunal Constitucional¹³, autonomizando-o em relação ao Supremo Tribunal de Justiça, experiência essa vivida na sua grande maioria por todos os PALOPs¹⁴.

VI. A evolução político-constitucional dos PALOPs deve ser, tendo em conta a sua trajetória, enquadrada em dois períodos (ou tendências) bem definidos e distintos: uma 1.ª etapa constitucional chamada de *primeira* República Socialista (1975-1990) e uma 2.ª etapa constitucional denominada *segunda* República Democrática, que teve o seu marco referencial no início dos anos 1990 até a presente data.

1.3. A fase da I República – das independências à década de 1990

Um dos principais objetivos da III República Portuguesa (*alias dictus*, Democracia Portuguesa)¹⁵, que viu na Revolução de 25 de Abril de 1974 (“Revolução dos Cravos”) o seu vector estrutural, foi a descolonização dos

titucional n.º 7/90, publicado no DR n.º 13, de 20 de setembro de 1990), tendo sido ratificado por 81% dos votos (34.348 num total de 42.274, com taxa de participação de 80% dos eleitores inscritos). Ver GENTIL, Jonas; CEITA, J. Jhúnior G. *Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe e Legislação Fundamental*, IDiLP, 2018. 13 Lei n.º 19/2017, de 26/12, texto oficial publicado no DR n.º 191, de 26/12.

14 Com exceção da República da Guiné-Bissau (artigo 126.º da CRGB), todos os PALOPs autonomizaram o Tribunal Constitucional em relação ao Supremo Tribunal de Justiça.

15 O Estado Novo (regime político ditatorial, autoritário, autocrata e corporativista de Estado que vigorou em Portugal durante 41 anos ininterruptos, desde a aprovação da Constituição de 1933 até ao seu derrube pela Revolução de 25 de Abril de 1974), alguns historiadores consideram tratar-se de II República Portuguesa, por exemplo, a História de Portugal, de José Hermano Saraiva, e a obra homónima de Joaquim Veríssimo Serrão. A I República Portuguesa (referida como República Parlamentar) e cujo nome oficial era apenas República Portuguesa, foi o sistema político vigente em Portugal após a queda da Monarquia Portuguesa, entre a revolução republicana de 5/10/1910 e o golpe de 28/05/1926, que deu origem à Ditadura Militar, mais tarde Ditadura Nacional e, posteriormente, Estado Novo.

povos e territórios de África, permitindo aos Estados caminhar no sentido do reconhecimento à legítima independência e autonomia política.

Tratou-se de uma evolução político-constitucional que deve ser enquadrada em dois períodos (ou tendências) bem definidas e distintas: 1) uma primeira etapa constitucional chamada de I República Socialista (1975-1990); e 2) uma segunda etapa constitucional denominada II República Democrática (a partir de 1990).

A descolonização portuguesa, marcada pela luta de libertação nacional nos PALOPs, foi politicamente dominada pela emergência de formações partidárias e de ideologias marxistas, de direta inspiração soviética. A maioria dos movimentos de libertação nacional nas colónias portuguesas no continente africano (MPLA; MLSTP; FRELIMO, PAIGC) em particular foi doutrinariamente influenciada pelos ideais comunistas, tal como eles foram desenvolvidos na antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) (GOUVEIA, 2019, p. 339)¹⁶.

Podemos identificar nos sistemas constitucionais dos PALOPs traços ideológicos e políticos comuns, dentro desta fonte de inspiração: a) o sistema social: a prevalência dos direitos económicos e sociais em detrimento dos direitos e liberdades políticos e civis, num forte monismo ideológico e partidário; b) o sistema económico: a apropriação dos meios de produção, em que, com a coletivização da terra, esta passa a ser propriedade do Estado e, c) o sistema político: a concentração de poderes no órgão parlamentar de cúpula, com a omnipresença do partido único e a sua localização paralela em todas as estruturas do Estado.

Essa primeira fase na evolução político-constitucional dos PALOPs durou cerca de 15 anos, e foi marcante a cooperação com os países do bloco comunista, principalmente com a URSS, Cuba e a República Democrática Alemã. A vaga de textos constitucionais africanos de “inspiração soviética, com base na doutrina do marxismo-leninismo, não resistiria à queda dos regimes comunistas, um pouco por toda a parte, simbolizada e iniciada pelo derrube do Muro de Berlim, em 1989. Esse fenómeno político e social veio

¹⁶ Ver também, GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Sistemas Constitucionais Africanos de Língua Portuguesa: a caminho de um paradigma*, in THEMIS, Edição Especial, 2006, pp. 119-141.

a projetar-se nos PALOPs. Também se pode dizer que a avaliação das economias e das sociedades dos PALOPs revelava já um elevado desconforto com a aplicação do modelo soviético.

1.4. A fase da II República – da década de 1990 aos tempos atuais

A substituição dos antigos textos fundamentais (constitucionais) operou-se por via de transições constitucionais, que se traduziram na criação de novos textos, recorrendo-se aos procedimentos de revisão constitucional pré-estabelecidos. Essa passagem a novas ordens constitucionais aconteceu sempre de uma forma pacífica, sem revoluções ou ruturas significativas.

Na II República, os PALOPs se abrem ao multipartidarismo, havendo, com essa postura, uma mudança de paradigma, em que se elevam: 1) as fontes constitucionais; 2) os princípios fundamentais; 3) os direitos fundamentais; 4) a organização económica; 5) a organização política; e 6) a revisão constitucional. Pode-se afirmar que os textos constitucionais dos PALOPs extraídos desse paradigma refletem a influência da Constituição Portuguesa. Esse efeito é patente e extensível à determinadas instituições jurídico-constitucionais que foram adotadas; a assistência técnica de juristas portugueses na elaboração da redação do texto; a interligação e proximidade cultural de muitos dos juristas dos PALOPs e a própria matriz romano-germânica herdada e assimilada por esses atores ou operadores jurídicos nacionais¹⁷.

No que se refere às opções gerais de Direito Constitucional dos PALOPs, verifica-se a existência de uma grande harmonia em torno das linhas gerais ou princípios constitucionais portugueses: 1) ao princípio republicano, sendo a república a forma de governo instituída, em que a eleição do Chefe de Estado é feita de forma direta; 2) o princípio do Estado de Direito, em consonância com as suas exigências de certeza e segurança, de igualdade e de separação de poderes; 3) ao princípio democrático, caracterizado pela existência de eleições periódicas, nas quais

¹⁷ Esse acontecimento revela com alguma estranheza o que efetivamente aconteceu com a II República, na medida em que esses Estados romperam uma ligação de 500 anos de história com o vetor das independências, afastando-se do “Direito Português” em direção a um outro sistema: o de inspiração soviética.

os cidadãos são chamados a participar, num sufrágio universal, direto e secreto; 4) ao princípio do Estado unitário, na estrita medida em que os Estados são unitários, tendo, portanto, sido rejeitados os esquemas propostos de federalismo, embora atenuado por alternativas de regionalismo político-legislativo, ainda que de índole parcial¹⁸; 5) ao princípio social, no qual é reconhecida e permitida ao Estado uma intervenção na prestação de direitos económicos e sociais; 6) ao princípio internacional, no qual a soberania dos Estados não impede a sua integração em diversos organismos e organizações internacionais e ou regionais.

1.5. Tópicos de convergência e divergência com a Constituição Portuguesa

Os pontos de convergência são as características que podemos encontrar em cada um dos sistemas político-constitucionais dos PALOPs. Numa primeira abordagem, resultante do processo histórico-cultural tipicamente descolonizador, é possível identificar diversas *aproximações ao Constitucionalismo Português*. Nesses termos, as semelhanças que são detetáveis podem ser agrupadas em quatro planos: 1) *o procedimento constituinte; – aprovação dos textos constitucionais num contexto de um procedimento de tipo parlamentar, ocupando o órgão parlamentar um papel central*¹⁹; 2) *a hiper-rigidez do texto constitucional; – o processo de revisão/alteração dos textos constitucionais obedecem a regras próprias, que afastam o respetivo procedimento dos esquemas gerais de aprovação da legislação ordinária: (limites orgânicos, limites procedimentais, limites temporais, limites materiais, limites circunstanciais)*; 3) *a proteção dos di-*

18 Os textos constitucionais dos PALOPs partilham uma outra característica, igualmente presente na Constituição Portuguesa, que é a da unidade do poder do Estado, tendo-se rejeitado todas as formas de Estado composto, normalmente representado pelas experiências federais.

19 Em relação ao procedimento constituinte, em todos os PALOPs, verificou-se uma certa preponderância em aprovar os textos constitucionais no contexto de um procedimento de tipo parlamentar, ocupando o órgão parlamentar um papel central. Todavia, cada país depois adotou diversas soluções na consecução desse objetivo, uma vez que o procedimento constituinte variou entre um parlamento monopartidário, oriundo da primeira República, e um Parlamento pluripartidário, em contexto da segunda República, embora aquela opção tivesse sido claramente predominante. Daqui resulta que prevaleceu uma conceção democrático-parlamentar das novas Repúblicas instituídas numa importante lógica de valorização da instituição parlamentar. Todavia a aprovação dos textos constitucionais, na maioria desses Estados, se ficou a dever aos parlamentos monopartidários da I República totalitária, quase não tendo havido – com exceção de Cabo Verde, que, em 1992, aprovaria uma nova Constituição já em regime pluripartidário – textos constitucionais fruto de uma discussão pluripartidária nos novos parlamentos eleitos. Em muitos casos, as novas Constituições viriam depois a ser pontualmente revistas, para se adequarem aos processos de pacificação interna, em contextos multipartidários.

reitos fundamentais; – o catálogo dos DF revela uma generalizada aceitação de altos padrões de proteção desses direitos, mais ou menos generosos, da sua consagração. O sistema constitucional de direitos fundamentais caracteriza-se por se manifestar como um sistema aberto (e não fechado), uma vez que apela, entre outros, aos direitos fundamentais atípicos, à Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, e, em determinados casos, à Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981 (*v.g.*, nesse último caso, art. 43.º da CRM, de 2004, e o art. 26.º da CRA, de 2010). Não sendo este o palco para uma demonstração direito a direito, basta lembrar a facilidade com que os novos textos constitucionais estabeleceram a inequívoca abolição da pena de morte, bem como a sua forte aceitação social.

Numa segunda abordagem, os tópicos de divergência, temos a dizer que a comparação aqui realizada permite igualmente observar um cenário contrário, isto é, *a verificação de opções constitucionais que se distanciaram da Constituição Portuguesa de 1976*, cumprindo mencionar os seguintes temas: 1) *o controlo judicial da constitucionalidade dos atos do poder público*; 2) *a unidade do poder do Estado e a sua relação com as restantes estruturas*; e 3) *a “monarquização” da importância da figura do Chefe de Estado*.

Em conexão ao *controlo judicial da constitucionalidade*, que é peça central do princípio do Estado de Direito, verifica-se uma realidade formal e material bastante multiforme e que, no essencial, se afasta dos resultados do Constitucionalismo Português.

É manifesto que nenhum dos textos constitucionais em causa desconhece o fenómeno e estabelece, com maior ou menor minúcia, uma preocupação de fiscalização da constitucionalidade dos atos do poder em desconformidade com a Constituição, além das sanções aplicáveis em resultado desse ilícito constitucional. Só que não deixa de ser menos verdade que muitos dos resultados alcançados são escassos, sem esquecer a variedade das soluções constitucionais formais: *a) nem todos os Estados têm um Tribunal Constitucional autónomo, v.g., Guiné-Bissau, onde o Supremo Tribunal de Justiça faz as vestes, e outros atribuem uma nomenclatura diferente, mas que, na prática, se traduz na mesma realidade, v.g., Moçambique (Conselho Constitucional); b) nem todos os Estados instalaram oportunamente*

os Tribunais Constitucionais conforme previstos nos textos constitucionais, v.g., Angola (2008), Cabo Verde (2015), São Tomé e Príncipe (2017) e c) a prática da fiscalização da constitucionalidade é uma realidade mais marcante em Cabo Verde, uma vez que nos outros quatro países são pouco numerosas – além de substancialmente pouco densas – as decisões tomadas no contexto da fiscalização da constitucionalidade das leis.

Os PALOPs, tal como a República Portuguesa, acolheram “hereditariamente” a concepção republicana de poder político, com *a presença de um Chefe de Estado eleito e reelegível para um segundo mandato*. A prática, no entanto, tem se revelado pouco republicana, numa oposição evidente com a experiência portuguesa; isso sem contar com os períodos de perturbação interna que não propiciaram a renovação dos dirigentes políticos. De um modo geral, assinala-se o problema de a representação do Chefe de Estado, feita em nome da coletividade, ser muito diversa da representação tipicamente republicana, em que o Presidente da República, se bem que eleito, personifica um poder limitado e colaborante com outros poderes, para além de uma ideia ético-republicana baseada na temporariedade do exercício das funções públicas.

Não é isso o que se vai observando ou sentindo nas realidades constitucionais de alguns dos PALOPs: não só é vontade dos Chefes de Estado de se reelegerem indefinidamente, como é vontade dos povos de se lhes atribuir mais competências e mais protagonismo de intervenção política, pondo assim em causa aquela concepção republicana de poder. No fundo, o que está em causa é uma inadequação geral da concepção republicana europeia ao mundo africano, que encara o papel do Chefe – seja ele nacional, seja ele local – num sentido monárquico, de acordo com as suas regras de sucessão, num contexto cultural mais vasto e fora dos quadros da democracia representativa, ela também de cunho ocidental.

Numa visão puramente formal, é comum aceitar que todos os sistemas políticos africanos lusófonos têm na sua génese uma visão dinâmica dos órgãos do poder público, com a intervenção efetiva do Chefe de Estado, do Parlamento e do Executivo. Contudo, não obstante determinadas diferenças dos textos constitucionais, a evolução desses sistemas africanos tem

apontado em direções distintas, no caso, o sistema de governo semipresidencial projetado e concebido pelo texto constitucional português que foi exportado para os textos constitucionais dos PALOPs: a) numa direção parlamentar racionalizada, em Cabo Verde; b) numa direção presidencial, em Angola, Guiné-Bissau e Moçambique, sendo o Presidente da República o chefe efetivo do Governo, apesar de existir, embora com escassa autonomia política, a figura do Primeiro-Ministro; c) numa direção semipresidencial, São Tomé e Príncipe, onde, ironicamente, o Chefe de Estado “detém” competências executivas em matéria de defesa e de relações externas.

2. O MECANISMO DE RECEÇÃO DO DIREITO INTERNACIONAL NOS PALOPS

2.1. A consagração nas Constituições dos PALOPS

I. O artigo 13.º da *Constituição da República de Angola de 1992*, alterada pela Lei de Revisão Constitucional de 2010, promulgada pelo Presidente da República a 5 de fevereiro de 2010 e publicada na I Série do DR N.º 23, de 5 de fevereiro, estabelece que: «1. O direito internacional geral ou comum, recebido nos termos da presente Constituição, faz parte integrante da ordem jurídica angolana. 2. Os tratados e acordos internacionais regularmente aprovados ou ratificados vigoram na ordem jurídica angolana após a sua publicação oficial e entrada em vigor na ordem jurídica internacional e enquanto vincularem internacionalmente o Estado angolano».

II. O artigo 12.º da *Constituição da República de Cabo Verde de 1992*, alterada pelas Leis Constitucionais n.ºs 1/IV/95, de 13 de novembro; 1/V/99, de 23 de novembro e Lei Constitucional nº 1/VII/2010, de 3 de maio, essa última publicada na I Série, N.º 1/, do Boletim Oficial da República de Cabo Verde a 3 de maio de 2010, consagra que: 1. O direito internacional geral ou comum faz parte integrante da ordem jurídica cabo-verdiana. 2. Os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados ou ratificados, vigoram na ordem jurídica cabo-verdiana após a sua publicação oficial e entrada em vigor na ordem jurídica internacional e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Cabo Verde. 3. Os actos jurídicos emana-

dos dos órgãos competentes das organizações supranacionais de que Cabo Verde seja parte vigoram directamente na ordem jurídica interna, desde que tal esteja estabelecido nas respectivas convenções constitutivas. 4. As normas e os princípios do direito internacional geral ou comum e do direito internacional convencional validamente aprovados ou ratificados têm prevalência, após a sua entrada em vigor na ordem jurídica internacional e interna, sobre todos os actos legislativos e normativos internos de valor infraconstitucional».

III. A *Constituição guineense de 1984*, alterada pelas Leis Constitucionais n.ºs 1/91, 2/91, 1/93, 1/95 e 1/96, no seu artigo 29.º, dispõe que: «1. Os direitos fundamentais consagrados na Constituição não excluem quaisquer outros constantes das demais leis da República e das regras aplicáveis de direito internacional. 2. Os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem».

IV. O artigo 18.º da *Constituição da República de Moçambique de 1990*, alterado pela Lei n.ºs 11/92, de 8 de outubro; Lei n.º 12/92, de 9 de outubro; Lei n.º 9/96, de 22 de novembro; Lei n.º 9/98, de 14 de dezembro; Lei Constitucional de 2004 - BR, I série, n.º 51, de 22 de dezembro de 2004; Lei n.º 26/2007, de 16 de novembro e Lei n.º 1/2018, de 12 de junho - BR, I série, n.º 115, de 12 de Junho de 2018 estabelece que: «1. Os tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique. 2. As normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção»²⁰.

V. O artigo 13.º da *Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe de 1990*, alterada pela Lei Constitucional n.º 1/2003, de 29 de

20 Para uma discussão doutrinária sobre a posição adotada, ver MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco. *A problemática da posição hierárquica do Direito Internacional na ordem jurídica Moçambicana*, in *Julgar*, novembro de 2020 e BASTOS, Fernando Loureiro, *O Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004, 2007*. Disponível em: <https://silo.tips/download/o-direito-internacional-na-constituicao-mocambicana-de>. Acesso em: 13.12.2022.

janeiro, consagra que: «1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito são-tomense. 2. As normas constantes de convenções, tratados e acordos internacionais validamente aprovadas e ratificadas pelos respectivos órgãos competentes vigoram na ordem jurídica são-tomense após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado São-tomense. 3. As normas constantes de convenções, tratados e acordos internacionais validamente aprovadas e ratificadas pelos respectivos órgãos competentes têm prevalência, após sua entrada em vigor na ordem internacional e interna, sobre todos os actos legislativos e normativos internos de valor infraconstitucional».

2.2. A consagração são-tomense como uma provável “solução adaptada” ao Direito Internacional dos PALOPs

A Constituição são-tomense resultante da revisão de 2003, no seu artigo 13.º, define, grosso modo, previamente a relação entre o ordenamento jurídico são-tomense e o direito internacional, como é o caso da conexão entre o sistema jurídico nacional e a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1981 (CADHP)²¹. Na Carta Magna do Estado são-tomense, é patente a distinção, conforme acontece noutros ordenamentos jurídicos da mesma matriz, entre os diferentes regimes de receção do direito internacional.

A doutrina ensina-nos que a instituição das condições de receção do direito internacional a nível constitucional pode, na redação das Constituições da República, ser definida ou caracterizada em duas modalidades fundamentais, a saber, a *incorporação* e a *transformação*.

O *regime de incorporação*, que é, por maioria da razão, aquele que mais nos importa, é dominante nos países da Europa Continental que seguem a tradição do direito romano – que, por sua vez, definiu a ideologia das escolas dos Estados Lusófonos –, como é o caso de São Tomé e Príncipe, pelo facto destes partilharem em larga medida da mesma matriz romano-germânica por efeito da colonização portuguesa, nos quais os atos de direi-

²¹ A CADHP foi adotada pela 18ª Conferência dos Chefes de Estado e de Governo dos Estados africanos membros da OUA a 26 de junho de 1981, em Nairobi, no Quênia e ratificada pela RDSTP aos 23 de maio de 1986.

to internacional vigoram no ordenamento jurídico nacional na qualidade de atos de direito internacional. Nesses sistemas jurídicos, a recepção pode ser *automática*, por simples operação constitucional (legislador constitucional), ou *condicionada* à prévia adoção de atos derivados de direito interno (legislador ordinário). Por seu turno, os *regimes de transformação*, característicos dos sistemas *common law*, prescrevem que a vigência de qualquer ato de direito internacional se deva operar pela conversão em atos de direito interno, especialmente de cariz parlamentar.

A opção constitucional são-tomense pela distinção entre o regime das normas de direito internacional “geral e comum” e de “direito convencional” (n.º 1 e 2), adotado também por outros ordenamentos jurídicos lusófonos (e.g., Angola e Cabo Verde), não se traduz, numa perspectiva jurídico-internacional, isenta de suscitar problemas, na estrita medida em que nem sempre se afigura evidente se uma norma vigora enquanto costume de direito internacional ou apenas se releva pelo facto de constar em instrumento jurídico internacional a que o Estado se vinculou. Note-se que o crescente empenho de codificação internacional tem por base a “... prévia vigência consuetudinária das respetivas normas, o que não facilita uma solução unívoca para esta questão”. Nesse mesmo artigo da CRDSTP, no seu n.º 2, a esse obstáculo adita-se ainda a utilização de distintos conceitos referentes ao direito internacional convencional, que diferencia *convenções, tratados e acordos internacionais validamente aprovados e ratificados pelos respetivos órgãos competentes*, em termos que nem sempre têm reflexo noutras disposições da Constituição são-tomense ou mesmo de direito internacional.

De salientar que os *princípios de direito internacional geral ou comum* fazem, por essa via automática, parte integrante do direito interno são-tomense sem necessidade de qualquer ato que lhes reconheça expressamente caráter de fonte de direito. Essa *cláusula da recepção automática* dos princípios que postulam a comunidade internacional evidencia bem o grau de abertura do ordenamento jurídico são-tomense ao direito internacional (n.º 1); o mesmo princípio se pode observar no ordenamento jurídico cabo-verdiano (art. 13º) ou angolano (art. 12º). Por seu turno, a recepção do direito internacional de origem convencional fica *condicionada* à aprovação e ratificação

pelos respectivos órgãos competentes, vigorando na ordem jurídica são-tomense após a sua publicação oficial (n.º 2)²². Certamente, a vinculação interna não dispensa a prévia vigência internacional. O processo de vinculação interna, no caso, do Estado são-tomense, a tratados e convenções internacionais está previsto em diversos preceitos constitucionais. Assim, nos termos do artigo 97º, alínea j) da CRDSTP, é atribuída à Assembleia Nacional a competência para «[aprovar] os tratados que tenham por objecto matéria de lei prevista no Artigo 98º²³, os tratados que envolvam a participação de São Tomé e Príncipe em organizações internacionais, os tratados de amizades, de paz e de defesa e ainda quaisquer outros que o Governo entenda submeter-lhes»²⁴⁻²⁵.

Para além dessas normas de receção do direito internacional geral e convencional, a Constituição são-tomense adere e reconhece, de acordo com o artigo 12.º, a *Declaração Universal dos Direitos do Homem e os seus princípios e objetivos da União Africana e da Organização das Nações Unidas* como parâmetro de interpretação das normas de direitos e deveres fundamentais. Recebe, assim, igualmente, uma particular integração entre o ordenamento jurídico interno e o direito internacional no que se refere à proteção de direitos fundamentais/direitos humanos.

22 Também, art. 13.º/2 da CRA; art. 12.º/2 da CRCV e art. 18.º/1 da CRM.

23 Leia-se, por força da remissão constante do artigo 100.º da Constituição: “matérias de competência legislativa relativa”.

24 Ver artigos 28.º;31.º;69.º e 198 a 204.º do Regimento da Assembleia Nacional.

25 Nesta sequência, o Presidente da República, nos termos do artigo 82.º, alínea b), se limita a “*Ratificar os tratados internacionais depois de devidamente aprovados;*”. Compete, no entanto, ao Governo da República a definição geral da política do Estado (art. 108.º), assim, em matéria de relações internacionais, este órgão de soberania é competente para “*Negociar e concluir acordos e convenções internacionais*” (al. e) do art. 111.º), em que se pode entender que, neste âmbito, o Governo pode preparar e negociar tratados e acordos e celebrar, aprovar, aderir e denunciar tais acordos internacionais desde que não sejam os da competência de outro órgão de soberania – no caso, da Assembleia Nacional. Nesses termos, uma vez que é da competência do Governo, em termos gerais, a definição e execução da política externa do país, não se pode retirar categoricamente, assim, conforme tem entendido alguma doutrina, que da intervenção presidencial no domínio das relações internacionais na condução, com o Governo, das negociações para a conclusão de acordos internacionais na área da defesa e segurança, que existe o pendur atributivo de quaisquer poderes e/ou competências àquele órgão de soberania na definição da política externa do Estado (alínea e) do art. 82.º), sendo que esta encontra-se, salvo outra opinião, cometida ao Governo nos termos fundamentados (ver, a propósito, o art. 111.º, alínea a)). Portanto, em matéria de relações internacionais, a CRDSTP prevê um conjunto de atribuições e competências, distribuídas por distintos órgãos de soberania que encerram um equilíbrio e uma interdependência institucional, cuja prática constitucional se tem revelado adequada e promotora de consensos políticos de fundo em assuntos de relevante interesse nacional/estratégicos, como as grandes opções nas áreas dos Negócios Estrangeiros e da Defesa Nacional.

Uma questão que ainda se mostra pertinente a esse respeito é que a posição hierárquica das normas recebidas nem sempre é resolvida no patamar constitucional de alguns PALOPs. Veja-se, por exemplo, o caso paradigmático da Constituição de Moçambique de 2004, na qual se prevê que: “As normas de direito internacional têm na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção” (n.º 2 do art. 18.º da CRM). A CRM de 2004 “enfrenta o problema do posicionamento hierárquico do Direito Internacional na ordem jurídica interna em termos particularmente impressionantes. Na verdade, de uma forma muito pouco comum no direito constitucional comparado, o n.º 2 do artigo 18.º prevê [uma ‘certa paridade hierárquica’ de valor entre as normas de direito internacional e os atos normativos infraconstitucionais] emanados da Assembleia da República e do Governo”. Trata-se, de “uma concretização do n.º 4 do artigo 2 (Soberania e legalidade), no qual se prevê, em termos gerais, que as “normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico” (BASTOS, 2007), inclusive, todas as fontes de Direito Internacional passíveis de produzir efeitos internamente. Portanto, a posição assumida pelo legislador constituinte nessa matéria representa uma escolha surpreendente, na medida em que é incompatível com as características do Direito Internacional e inadequada à inserção da República de Moçambique na comunidade internacional. É, por um lado, incompatível com as características do Direito Internacional, uma vez que não tem em devida consideração a multiplicidade das fontes do Direito Internacional contemporâneo a que o Estado moçambicano está sujeito, independentemente de uma manifestação de vontade concordante, com destaque para as normas de *ius cogens*, o costume internacional, e algumas resoluções do Conselho de Segurança da ONU. Assim, numa visão não estritamente jusinternacional, vislumbramos uma situação de particular incongruência relativamente ao artigo 43º (cuja epígrafe é: “Interpretação dos direitos fundamentais”) da referida Constituição, na medida em que essa norma da *Lei Suprema* determina que os “preceitos constitucionais relativos aos direitos fundamentais são interpretados e inte-

grados de harmonia com a *Declaração Universal dos Direitos do Homem* e a CADHP²⁶. Com efeito, numa situação de conflito com o direito derivado emitido por essas organizações regionais ou internacionais, com particular destaque para aquelas em que haja aplicabilidade direta, a ordem jurídica de Moçambique está em risco permanente de violar os compromissos internacionais que voluntariamente assumiu. É, além disso, por outro lado, inadequada à inserção de Moçambique na comunidade internacional, estando em completa contradição com a enunciação generosa e aberta de princípios ou orientações de atuação internacional, tal como esta se encontra exposta nos artigos 17.º, 19.º, 20.º, 21.º e 22.º. Nesse sentido, importa recordar a afirmação de que a República de Moçambique aceita, observa e aplica os princípios da *Carta da Organização das Nações Unidas* e da *Carta da União Africana*, isso conforme estatuído na sua Carta Magna.

Por seu turno e, numa solução que mais encontra acolhimento internacional, o artigo 13.º, n.º 3 da CRDSTP, ao dispor que as “normas constantes de convenções, tratados e acordos internacionais validamente aprovadas e ratificadas pelos respetivos órgãos competentes têm *prevalência*, após sua entrada em vigor na ordem internacional e interna, sobre todos os atos legislativos e normativos internos de valor infraconstitucional”, aponta naturalmente para uma posição supralegal das disposições das convenções, tratados e acordos internacionais acolhidos na ordem jurídica interna são-tomense sobre qualquer ato legislativo interno de valor infraconstitucional. No mesmo sentido, a CRCV de 2010 estabelece que as “normas e os princípios do direito internacional geral ou comum e do direito internacional convencional validamente aprovados ou ratificados têm prevalência, após a sua entrada em vigor na ordem jurídica internacional e interna, sobre todos os actos legislativos e normativos internos de valor infraconstitucional” (n.º 4, do art. 12.º)²⁷. Isso resulta, grosso modo, da cominação da invalidade de todas as normas das leis que contrariem as disposições dos instrumentos internacionais em vigor no Estado são-tomense. Todavia, nada se extrai quanto à posição hierárquica do direito

26 Via ou solução aplicável à CRGB, dada a ausência de uma disposição concreta sobre a receção do direito internacional.

27 A CRA de 2010 e a CRGB de 1996 são omissas nessa matéria.

internacional convencional face às disposições constitucionais, problema esse que, a nosso ver, apenas poderá ser resolvido, numa perspectiva, nos termos consagrados na *Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 23 de maio de 1969* (artigos 26.º e 27.º), acolhida pelo n.º 2 do artigo 13.º da CRDSTP, referente à inoponibilidade do consagrado constitucionalmente para o não cumprimento de obrigações internacionais convencionais e, noutra perspectiva, através do princípio da constitucionalidade, que garante a sua preferência no ordenamento jurídico são-tomense, uma vez que, como Estados de Direito Democrático, o Estado subordina-se à Constituição e às leis.

Posto isso, necessário se torna dizer que as normas de direito internacional recebidas ao mais alto nível, isto é, no patamar constitucional nos termos propostos pelo artigo 13.º da CRDSTP e pelo artigo 12.º da CRCV, não carecem de posterior concretização legal. Desta feita, se qualquer instrumento regional e/ou internacional for ratificado pelos respetivos órgãos competentes (e publicado no jornal oficial dos Estados), ele terá como valor jurídico prevalência sobre todos os atos legislativos e normativos internos de valor infraconstitucional. E, como sabemos, todos atos normativos devem se conformar com as Cartas Magnas dos Estados.

3. O TRIBUNAL AFRICANO DOS DIREITOS HUMANOS E DOS POVOS – A “NEGAÇÃO” DO INDIVÍDUO À CORTE AFRICANA COMO UMA SOLUÇÃO RESTRITIVA PARA A GARANTIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NOS PALOPS

A história do sistema africano de direitos humanos é uma história de superação, tendo os obstáculos e a resistência inicial gradualmente dado lugar ao reconhecimento da necessidade de se estabelecer um sistema de proteção de direitos humanos no continente. O sistema regional é visto como um sistema de visão prospectiva, na medida em que se reconheceu a necessidade de uma visão unificada de direitos humanos e da indivisibilidade dos direitos humanos. Trata-se, pois, de uma história de defesa dos valores culturais africanos positivos, como uma marca distintiva, através,

nomeadamente, da consagração dos direitos coletivos, “os direitos dos povos”, bem como do estabelecimento de deveres dos indivíduos²⁸.

Como sabemos, é estabelecido que a *Comissão Africana dos Direitos Humanos e dos Povos (Comissão)* garante um acesso universal ao sistema de proteção de direitos humanos no continente, na medida em que a todos os cidadãos dos Estados-membros é permitido recorrer a esse órgão em caso de violação dos seus direitos. No entanto, apesar dessa universalidade de acesso, uma das características determinantes do trabalho da Comissão é o facto de as suas decisões serem meras recomendações, ou seja, carecerem de força vinculativa. É aí que entram em colação os órgãos judiciais responsáveis por dirimir os casos de violação de direitos humanos – os Tribunais –, *in casu*, o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos (TADHP). Nesta análise, importa, desde logo, salientar que a criação e o estabelecimento de órgãos jurisdicionais resultaram de um processo lento, devido à resistência dos Estados que viam esses órgãos como limitadores da sua soberania. Consequentemente, a criação do TADHP deu-se décadas depois da criação da Comissão e em circunstâncias ambíguas. Assim, foram criados três tribunais sucessivamente – o Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos²⁹ – *de salientar que apenas a República de Moçambique e a Guiné Bissau ratificaram o referido instrumento no seio dos PALOPS*³⁰ –, o Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos (TAJDH) – *este, sim, ratificado pela República de Angola aos 11 de maio de 2020* – e o Tribunal Africano de Justiça, dos

28 A história do sistema africano é também uma história de abertura e adaptação aos novos desafios e contextos através da mudança da organização política do sistema da Organização da Unidade Africana para a União Africana, como forma de responder à necessidade de respeitar valores humanistas e democráticos.

29 Este Tribunal foi criado pelo *Protocolo sobre a Criação de um Tribunal Africano dos Direitos Humanos e dos Povos*, adotado em 1998 e entrado em vigor a 25 de janeiro de 2004. Os seus primeiros 11 juízes foram eleitos a 22 de janeiro de 2006, na 8.ª Sessão Ordinária do Conselho Executivo da União Africana. Com sede em Arusha, na Tanzânia, tem competência consultiva e contenciosa, complementando a dimensão de proteção do mandato da Comissão Africana. Este Tribunal tem competência para julgar quaisquer casos relativos à interpretação e aplicação da Carta, do Protocolo e de qualquer outro instrumento pertinente de direitos humanos ratificado pelo Estado em causa, podendo, pois, pronunciar-se sobre violações, não só dos tratados africanos, mas também de outros tratados dos quais os Estados africanos sejam partes (nomeadamente tratados das Nações Unidas). O TADHP proferiu a sua primeira decisão a 15 de dezembro de 2009, no caso *Michelot Yogombaye c. Senegal* – que se considerou incompetente para julgar. Segundo os dados mais recentes disponibilizados pelo Tribunal até final de 2017, o Tribunal havia recebido 161 queixas no âmbito da sua competência contenciosa (147 de indivíduos, 11 de ONG e 3 da Comissão), estando pendentes 125 casos.

30 Sendo que a Guiné-Bissau é o único lusofónico a emitir a declaração que permite o acesso do indivíduo à instância africana.

Direitos Humanos e dos Povos (TAJDHP) –, sem que nenhum deles, com exceção da Guiné Bissau em 2021, providenciasse uma proteção plena aos indivíduos nacionais dos Estados Partes³¹. Antes, pelo contrário, o sistema adotado evidencia uma tendência para a proteção da soberania dos Estados e uma consequente limitação do acesso aos particulares a esse órgão regional, podendo estes apenas recorrer ao Tribunal nos casos em que os Estados tenham feito uma declaração expressa nesse sentido.

Como se pode ver, nos termos do artigo 5.º do Protocolo que cria o Tribunal, têm acesso à Corte: a Comissão Africana, o Estado Parte que tiver apresentado uma queixa à Comissão Africana, o Estado Parte contra o qual foi apresentada uma queixa à Comissão Africana, o Estado Parte cujo cidadão seja vítima de uma violação de direitos humanos, organizações intergovernamentais africanas, e ONG com estatuto de observador junto da Comissão, assim como indivíduos, desde que o Estado tenha reconhecido essa competência (art.º 34.º, n.º 6 e n.º 3 do artigo 5.º). Lamentavelmente, dos trinta Estados Africanos que ratificaram o Protocolo que cria o TA-DHP, apenas 8 destes Estados permitiram que os seus nacionais tivessem acesso direto ao Tribunal nos termos desta cláusula, obstaculizando, a nosso ver, a realização universal da justiça e garantia dos Direitos Fundamentais preconizados ao mais alto patamar.

Outro aspeto digno de relevo é o facto de a Comissão, com base nos artigos 60.º e 61.º, suportarem as suas decisões em diversos instrumentos jurídicos internacionais de proteção dos direitos humanos e, de certa forma, em jurisprudências e outros meios auxiliares previstos no artigo 61.º da

31 Quando da transformação da Organização de Unidade Africana em União Africana, em julho de 2004, a UA decidiu que o Tribunal Africano dos Direitos do Homem e dos Povos deveria ser fundido com o Tribunal de Justiça Africano. Para o efeito, foi adotado, a 1 de julho de 2008, o Protocolo Relativo aos Estatutos do Tribunal Africano de Justiça e dos Direitos Humanos. Até ao final de 2017, esse Protocolo não se encontrava ainda em vigor por não ter atingido o número mínimo de Estados Partes necessário para o efeito. Esse facto não impediu que, a 27 de junho de 2014, tenha sido adotado um Protocolo sobre as Alterações ao Protocolo Relativo ao Estatuto do Tribunal Africano de Justiça e Direitos Humanos, o qual alterou a designação do Tribunal para Tribunal Africano de Justiça, dos Direitos Humanos e dos Povos, dotando esse órgão de três secções: assuntos gerais, direitos humanos e dos povos e direito penal internacional. Essa última terá competência para julgar os seguintes crimes: genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de guerra, crime de mudança inconstitucional de governo, pirataria, terrorismo, mercenarismo, corrupção, branqueamento de capital, tráfico de seres humanos, tráfico de drogas, tráfico de resíduos perigosos, exploração ilícita de recursos naturais, crime de agressão. Até final de 2017, esse Protocolo estava igualmente pendente de entrada em vigor, não tendo ainda atingido o número mínimo de Estados Partes necessário para o efeito.

CADHP, o que demonstra bem a “amplitude da margem de apreciação que [a Comissão] possui na interpretação da CADHP. A sua utilização serve também um propósito legitimador, na medida em que confere às suas pronúncias uma autoridade acrescida resultante de estas se basearem em fontes universais de direitos humanos que frequentemente positivam normas e princípios de *ius cogens*” (GENTIL, 2020). Consta-se, portanto, e tem sido essa uma posição doutrinária relevante, que a coexistência dos instrumentos (e/ou, sistemas) de proteção, por exemplo, o europeu, o interamericano e o africano, desencadearam dois fenômenos que importa ressaltar: a *europização* e a *interamericanização*. Esse fenômeno traduz-se no diálogo entre os Tribunais, que enriquece os julgamentos proferidos pelos sistemas regionais, e o resultado será “a transformação dos sistemas regionais por meio da inovação jurisprudencial e do fortalecimento da capacidade de responder a desafios concernentes a violações de direitos, propiciando proteção mais efetiva aos direitos das vítimas” (PIOVESAN, 2004). Santana de Melo, corroborando essa ordem de ideias, considera (e bem) que, “com o intuito de manter a posição internacional adotada pelos demais órgãos regionais e, por conseguinte, obter uma jurisprudência unitária globalmente, verifica-se a influência de alguns julgamentos (argumentos) da Corte Europeia (europização) e da Corte Interamericana (interamericanização) nos demais sistemas” (MELO, s/d). Assim, no que diz respeito “à europização, tornou-se comum a utilização, principalmente pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, da jurisprudência regional europeia”, verificando-se “a utilização do paradigma europeu para julgar casos de violação a direitos humanos que nunca foram submetidas à Corte”. Nessa temática, na decisão sobre a *Comunicação n.º 290/200437*, a Comissão Africana vai ao ponto de tomar em consideração a “vasta jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em consonância com os Artigos 60.º e 61.º da Carta Africana, que estabelecem a importância de instrumentos e normas internacionais e regionais de direitos humanos, como referência para o aplicação e interpretação da Carta Africana” (GENTIL, 2020).

Em rigor, considerando alguma ineficácia da Comissão, em exercício desde 1987, no que se refere à proteção dos direitos humanos, verificada

mormente pelos descumprimentos das suas recomendações pelos Estados-Partes, a comunidade internacional defendeu a criação de uma instância (TADHP) capaz de emitir decisões de caráter jurídico obrigatório. É assim que, em meados da década de 1990, tornou-se evidente que o sistema africano de proteção dos Direitos Humanos, dada sua inoperância, era um embaraço para o continente africano. Vários encontros antecederam a criação do Protocolo que estabelece o TADHP, dentre eles, “podemos citar a reunião de peritos na Etiópia em 1997, cuja discussão girou em torno da questão do *locus standi*, ou seja, de quem poderia propor petições junto ao tribunal. O consenso estabelecido resultou da pretensão da maioria dos representantes dos Estados no encontro, que reduziu a legitimidade das ONGs tituladas com o estatuto de observador junto à Comissão e os indivíduos de nacionalidades dos Estados que, nos termos do artigo 34.º, n.º 6, optassem por reconhecer essa prerrogativa aos seus nacionais” (NASCIMENTO, 2012, pp. 112-113). Nesses termos, em 1998, foi adotado o Protocolo à Carta Africana cuja finalidade era a criação do TADHP, em Addis Abeba, Etiópia³².

Em matéria de competência contenciosa, o TADHP apreciará, de forma automática, casos submetidos pelas entidades previstas no artigo 5º do Protocolo e, os indivíduos, como vimos, também poderiam submeter casos junto ao Tribunal, só que de forma facultativa. Assim, em bom rigor, os indivíduos e as ONGs apenas teriam a faculdade de submeter casos diretamente ao TADHP se houver declaração formulada pelo Estado para esse fim, conforme preconiza o artigo 5º, § 3º, e o artigo 34.º, § 6º, do Protocolo³³. Atualmente, no capítulo referente aos PALOPs, apenas a Guiné-

32 O Protocolo entrou em vigor em 25 de janeiro de 2004, com o depósito do 15º instrumento de ratificação, conforme dispõe o seu artigo 34, tendo sido celebrado unanimemente pela comunidade dos defensores dos direitos humanos. Consoante se verifica no Preâmbulo do Protocolo, o Tribunal tem por escopo fortalecer a proteção dos direitos humanos e dos povos contemplados na Carta Africana, de modo a complementar e fortalecer as funções da Comissão Africana. Nesse aspecto do Protocolo, verifica-se objetivamente a essência da “fraqueza e incompletude” da Comissão Africana, que passa a requerer o funcionamento do Tribunal de modo a suprir as suas lacunas.

33 The Court may entitle relevant Non Governmental Organizations (NGOs) with observer status before the Commission, and individuals to institute cases directly before it, in accordance with article 34 (6) of this Protocol. At the time of the ratification of this Protocol or any time thereafter, the State shall make a declaration accepting the competence of the Court to receive cases under article 5 (3) of this Protocol. The Court shall not receive any petition under article 5 (3) involving a State Party which has not made such a declaration.

Bissau elaborou a declaração a que faz menção o artigo 5º, § 3º, do Protocolo. A propósito disso, alguns autores consideram que “sendo a declaração opcional, o acesso direto do indivíduo à Corte Africana constitui, na verdade, exceção, e não a regra” (VILJOEN, 2004, p. 9), o que, a nosso ver, põe em causa a garantia dos Direitos Fundamentais/Direitos Humanos. Nesses termos, observa-se que “o Protocolo Adicional à Carta Africana expressamente prevê a possibilidade de demanda diretamente à Corte pelo indivíduo. Entretanto, duas condições são postas: a primeira é o reconhecimento pelo Estado da competência da Corte Africana para receber demandas individuais, configurando-se, portanto, como uma cláusula facultativa prevista no artigo 34, nº 6. A segunda condição é que a declaração deve ser anterior ao recebimento das demandas individuais pela Corte” (NASCI-MENTO, 2012, p. 113). Nesse caso, Viljoen alerta que o artigo 5.º, n.º 3, e o artigo 34.º, n.º 6, do Protocolo, da forma como se encontra redigida (“*may entitle*”), não deve ser interpretado de modo a fornecer ao TADHP critério adicional para recusar a apreciação de um caso (VILJOEN, 2004, p. 9)³⁴. Ideia de que comungamos é igualmente sustentada por Makau Mutua, que considera uma grave lacuna do Protocolo a limitação de acesso ao TADHP pelos indivíduos e ONGs. Entretanto reconhece que esse limite foi necessário para que o Protocolo obtivesse as assinaturas necessárias para sua ratificação (MUTUA, 1999, p. 6). Entendemos, pois, que essa disposição, esse *não acesso direto do indivíduo* à Corte, foi uma *solução de compromisso político* para induzir os Estados a ratificarem o Protocolo. Na verdade, “a limitação do acesso pelos indivíduos e ONGs foi um verdadeiro golpe no prestígio e na reputação da Corte Africana dos Direitos do Homem e dos Povos, mormente aos olhos dos africanos, haja vista que são os indivíduos e ONGs e não a Comissão Africana, entidades intergovernamentais ou os

34 A concessão à Corte Africana de um poder discricionário para recusar demandas individuais seria excessivamente prejudicial ao indivíduo, haja vista que o acesso dependeria de dois grandes obstáculos processuais: a declaração do Estado e a aprovação da Corte Africana. Uma questão interessante suscitada por Mubiala é se a Corte precisará da referida declaração caso a caso. Para o autor, esse entendimento seria uma interpretação restritiva do dispositivo, contrariando o interesse da proteção dos direitos do homem que milita em favor de uma interpretação dinâmica dessa disposição, razão pela qual defende que a Corte Africana deveria fixar no seu Regulamento Interno as condições gerais dessas demandas. MUBIALA, Mutoy. *L'accès de l'individu à la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples*, in Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law: liber amicorum lucius caflisch, 2007. p. 369-378.

Estados, os principais beneficiários e usuários da Corte. Como se sabe, a grande proposta da Corte não pretendia que ela fosse uma instituição para a proteção dos direitos dos Estados ou dos órgãos da Unidade Africana, mas sim essencialmente uma Corte de direitos humanos que protegesse a pessoa humana contra as violações dos Estados e outras agências estatais. Tal limitação tem reduzido de forma crucial o papel da Corte Africana na proteção dos Direitos do Homem e dos Povos. Tal fato pode ser corroborado com a análise da própria jurisprudência da Corte³⁵, a qual julgou apenas um caso até o presente momento” (NASCIMENTO, 2012, 114).

Outrossim, parece bastante incongruente que os indivíduos tenham legitimidade para propor ação, de forma direta e incondicionada, nos seus governos/Estados perante os tribunais nacionais, mas não possam fazê-lo perante um Tribunal Internacional/Regional, como é o caso do TADHP, uma vez que tal faculdade fica à mercê de uma declaração do Estado violador (UDOMBANA, 2003, p. 9). Ademais, no tocante ao acesso do indivíduo, é cabível mencionar ainda a necessidade da gratuidade da representação legal dele perante a Corte Africana³⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Aqui chegados e, após uma análise comparativa ao percurso histórico do constitucionalismo dos PALOPs, não podemos assumir nesta abordagem comparativa dos sistemas africanos lusófonos que um sistema seja melhor do que outro, até porque as características de cada realidade, não obstante a matriz comum que caracteriza os Estados – o sistema constitucional português –, pode levar a que esses mesmos Estados possam adotar mecanismos, institutos e soluções mais adaptáveis à sua realidade e contexto. De igual modo, não se pode descurar a possibilidade de, no seio dos

35 Caso nº 001/2008, Michelot Yogogombabay c. República do Senegal.

36 O artigo 10, nº 2, do Protocolo estabelece o direito de qualquer parte de ser representada por um representante legal de sua escolha, devendo a representação legal gratuita ser assegurada quando os interesses da justiça assim o requererem. Essa disposição merece ser refletida, principalmente em um continente onde os cidadãos vivem em situação de pobreza degradante, podendo a falta de recursos financeiros para custear a representação legal constituir para o indivíduo outro óbice na defesa de seus direitos. Para Mubiala, a União Africana deveria financiar todo o mecanismo de assistência judiciária, sendo tal medida indispensável para a distribuição de uma justiça igualitária perante a Corte Africana. Ver UDOMBANA, *op. cit.*, p. 9 e MUBIALA, Mutoy. *L'accès de l'individu à la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples*, in PROMOTING justice, human rights and conflict resolution through international law: liber amicorum lucius cafl isch, 2007. p. 5.

PALOPs, num primeiro momento e, depois numa realidade mais distante, no seio da CPLP, criar instâncias supranacionais que melhor possam dar vazão à garantia dos Direitos Fundamentais/Direitos Humanos. Ao nível regional africano, foi criado o TADHP, porém, lamentavelmente, a maior parte dos Estados que ratificaram o instrumento não permite o acesso direto dos seus cidadãos a essa instância (na África lusófona, apenas a Guiné-Bissau emitiu a referida declaração), o que, para nós, põe em causa, entre outros, o princípio fundamental do acesso à justiça, a realização material da justiça, a existência de graus de jurisdição como garantia de concretização de tais direitos.

REFERÊNCIAS

BASTOS, Fernando Loureiro, *O Direito Internacional na Constituição moçambicana de 2004*, 2007. Disponível em: <<https://silو.tips/download/o-direito-internacional-na-constituiao-moambicana-de>>. Acesso em: 13.12.2022.

GENTIL, Jonas; CEITA, J. Jhúnior G. *Constituição da República Democrática de São Tomé e Príncipe e Legislação Fundamental*, IDiLP, 2018.

GENTIL, Jonas. *Princípios Aplicáveis*, in Comentário da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos e do Protocolo Adicional, UCP, 2020.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Timor-Leste no Constitucionalismo de Língua Portuguesa*, RDP, Edição Especial, 2019, pp. 324-376.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Sistemas Constitucionais Africanos de Língua Portuguesa: a caminho de um paradigma*, in THEMIS, Edição Especial, 2006, pp. 119-141.

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco. *A problemática da posição hierárquica do Direito Internacional na ordem jurídica Moçambicana*, in *Julgar*, novembro de 2020.

MELO, Brielly Santana. *Os sistemas regionais de proteção dos direitos humanos*, s.d..

MUBIALA, Mutoy. *L'accès de l'individu à la Cour Africaine des droits de l'homme et des peuples*, in Promoting justice, human rights and conflict resolution through international law: liber amicorum lucius caffisch, 2007. p. 369-378.

MUTUA, Makau. *The African Human Rights Court: A twolegged stool?*, in HUMAN rights quarterly: the Johns Hopkins University, 1999. p. 6.

NASCIMENTO, Marília A. R. *O acesso do indivíduo às instâncias de proteção do Sistema Africano de Proteção dos Direitos do Homem e dos Povos*, in RDI, Brasília, v. 9, n. 1, 2012, pp. 112-113.

PEREIRA, Ludemila Cardoso. *Cabo Verde: da Descolonização à Abertura Democrática*, Dissertação de Mestrado, Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias, 2013.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional: Um Estudo Comparativo dos Sistemas Regionais Europeu, Interamericano e Africano*, 5.^a edição, São Paulo, Saraiva, 2004.

UDOMBANA, Nsongurua J. *An African Human Rights Court and an African Union Court: a needful duality or a needless duplication?*, Brooklyn Journal of International Law, n. 28, 2003.

VILJOEN, Frans. *A Human Rights Court for Africa and Africans*. Brooklyn Journal of International Law, 2004.

O RECURSO DE AMPARO E O SEU LUGAR NO “DIREITO CONSTITUCIONAL LUSÓFONO”

Kafft Kosta

Professor na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e no IPBeja.

Submissão em: 14/12/2022

Aprovado em: 05/04/2023 e 28/04/2023

RESUMO: O presente estudo foca-se no objectivo de aproximar a figura do recurso de amparo aos ordenamentos jurídicos dos países lusófonos. Pretende-se sondar, no Círculo Lusófono, a presença ou a ausência desse instituto, a presença de figuras jurídicas afins, as respectivas características típicas e a necessidade ou não do recurso de amparo. A abordagem eminentemente descritiva e comparativa aqui assumida assentou em algumas pré-compreensões que a reflexão sobre os dados colectados viria a corroborar em grande medida. É assim que surgem como resultados axiais: a utilidade e a necessidade de institutos como o recurso de amparo para a defesa concreta, cabal e definitiva dos direitos fundamentais de determinadas pessoas, independentemente da existência num sistema jurídico de mecanismos indirectos de defesa desses direitos. Fundamental é, todavia, a necessidade de agilização de medidas normativas adaptadas a cada ordenamento jurídico. Não há, nem tem de haver um recurso de amparo universal e *prêt-à-porter*.

PALAVRAS-CHAVE: Recurso de amparo; *Verfassunbeschwerde*; Fiscalização da constitucionalidade; Direito Comparado; Direito Constitucional Lusófono.

ABSTRACT: This study aims to analyze the figure of the Amparo Appeal in the context of the legal systems of Portuguese-speaking countries. It is intended to probe, in the Lusophone Circle, the presence or absence of this institute, the presence of similar legal figures, their typical characteristics, the need or not of the Amparo.

The eminently descriptive and comparative approach taken here was based on some hypotheses that the reflection on the collected data would largely corroborate. Here are the axial results: the usefulness and necessity of institutes as the Amparo Appeal for the concrete, full and definitive defense of the fundamental rights of certain people, regardless of the existence in a legal system of indirect mechanisms for defending these rights. However, it is essential to streamline regulatory measures adapted to each legal system. There is not, nor should there be, a universal and ready-to-wear Amparo Appeal.

KEYWORDS: *Amparo* appeal; *Verfassungbeschwerde*; Review of the constitutionality; Comparative Law; Lusophone Constitutional Law.

1. INTRODUÇÃO

O presente artigo é uma adaptação – em obediência aos parâmetros quantitativos da Revista – do *paper* que serviu de base à minha conferência no Seminário Internacional de Direito Constitucional Lusófono, inaugurado no dia 5 de outubro de 2022, no Rio de Janeiro, com organização conjunta do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro e do Fórum Permanente de Direito na Lusofonia.

No tema geral do Seminário (“Contexto Histórico e Desafios Actuais na Garantia de Direitos Fundamentais”), se encaixa o tema da minha conferência: *O Recurso de Amparo e o seu Lugar no Direito Constitucional Lusófono*. E o dia para reflectirmos sobre a garantia dos direitos fundamentais do cidadão dificilmente seria melhor do que este: 5 de outubro, o aniversário da Constituição Cidadã brasileira de 1988 e da instauração da República em Portugal (1910).

O *problema* central do presente trabalho reside no escrutínio do lugar ocupado (ou desocupado) pelo recurso de amparo nos ordenamentos jurídico-constitucionais dos nove Estados de língua portuguesa.

E, ao mencionarmos o recurso de amparo, não afastámos liminarmente o reconhecimento de institutos jurídicos similares, embora com designações diversas. Conceitos e teorias serão expostos e cotejados.

Uma *pergunta de partida*: que falta faz tal instituto garantístico em Estados lusófonos cujas Constituições não o consagram?

Que características individualizam o instituto nos Estados que dele dispõem?

Numa abordagem eminentemente descritiva e comparativa, irei filtrar os dados momentosos por tábuas comparativas, donde se extrairão sínteses comparativas.

Remeteremos, pois, directamente para o exposto nessas tábuas comparativas, encurtando o corpo do texto e tornando-o mais desenhado, porque escorrido e sucinto.

2. O PROBLEMA ONTOLÓGICO DO “DIREITO CONSTITUCIONAL LUSÓFONO” E DA “FAMÍLIA CONSTITUCIONAL LUSÓFONA”: INTERROGAÇÕES E HIPÓTESES

A assertividade desse título disfarça as dúvidas e discussões que pairam na doutrina, a propósito da *existência* de um “Direito Constitucional Lusófono”.

Será que existe e em que medida tal *entidade* existe?

Num trabalho de investigação publicado em 2018 e 2019, enfrentei tal questão magna com as seguintes indagações (KOSTA, E KAFFT, 2019, p. 14-16):

«Factores consubstanciadores de um Decisivo Denominador Comum do Círculo Constitucional Lusófono (um *Círculo Epistémico-constitucional Comum*):

- a) Língua oficial comum;
- b) Linguajar jurídico-constitucional comum;
- c) *Software* jurídico-constitucional comum;
- d) Base formativo-académica comum, inspirada, em relevante medida, na coluna professoral lusitana;
- e) A influência da Constituição portuguesa de 1976¹.

¹ Fala Paulo Otero da «projectão externa por “contágio”» e por “plágio” da Constituição Portuguesa de 1976. A projectão por “contágio” inclui, por exemplo, a Constituição Brasileira de 1988 e a de Moçambique de 2004; a projectão por “plágio” coloca as Constituições de Cabo Verde, São Tomé e Príncipe, Guiné-Bissau, Timor-Leste,

Mas, apesar dos *factores de convergência* (e de *divergência*), *potenciadores* da futura afirmação de um “sistema constitucional lusófono” ou, ao menos, de um *Círculo Constitucional Lusófono* (“comunidade constitucional lusófona”), seria hoje temerário falar-se, hoje, de um *sistema constitucional lusófono* ou de uma *família constitucional lusófona*;

Entrevê-se uma *comunidade constitucional lusófona* (expressão mais inócua, a partir de um certo ângulo). Mas, no mínimo (e é o ponto da situação – o nosso *Mínimo Denominador Comum*), temos por firmemente enraizada uma *Plataforma Constitucional Lusófona*, um *Círculo Constitucional Lusófono*. É este o grande *acquis* que clama por fortalecimento e ampliação (KOSTA, 2019, p. 14-16).

3. O RECURSO DE AMPARO E INSTITUTOS AFINS: CONCEPTUALIZAÇÃO, PROBLEMATIZAÇÃO E GARANTIA DA CONSTITUCIONALIDADE

3.1 Definição do Conceito e Memória Histórica

Começemos com uma definição do conceito de que iremos tratar.

O *recurso de amparo constitucional* (*juicio de amparo*, *acção constitucional de defesa*, *queixa constitucional*, *Beschwerde*, *Verfassungsbeschwerde* ou, apenas, *amparo*) é um instrumento processual especial de tutela de direitos fundamentais da pessoa (com o fito de os *reconhecer* ou *restabelecer*) e, a título ancilar, de defesa *objectiva* da Constituição, traduzível no acesso a um tribunal (*e.g.*, cimeiro e competente para a fiscalização da constitucionalidade), ao qual se requer, a título principal, a defesa de um certo direito fundamental.

Estamos hoje no Rio de Janeiro, Brasil, América do Sul a debruçar-nos sobre um instituto jurídico que deu os seus primeiros passos nesta América, um pouco mais acima: no México, na segunda Constituição do Estado federado de Yucatan, de 16 de maio de 1841, há 181

a Lei Constitucional de Angola «e, em certa medida» a Constituição de Angola de 2010 (OTERO, 2010, p. 250-251) (« projecção externa por “contágio” e por “plágio” da Constituição portuguesa de 1976).

Sobre a “transplantação de modelos constitucionais do Norte para o Sul”, ver KOSTA, E. KAFFT. *Estado de Direito - O Paradigma Zero: Entre Lipoaspiração e Dispensabilidade*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 293. Em 2018-2019, falei, em relação a tais plágios, de uma «aproximação mimética (à conta, nomeadamente, do prestígio do Direito Constitucional português». (KOSTA, E. KAFFT. 2019, p. 126-127).

anos, como se vê², solução que migrou, mais tarde, para a Constituição Federal do México.

Parece-nos fundada a hipótese de o amparo mexicano ter a inspirar a sua construção dois afluentes:

1º - *The Federalist Papers*, de 1788 (Hamilton, Madison e Jay); a salientar a *Judicial review* dos EUA (HEROLES e REYES, 1994, p. 343, ss);

2º - Aléxis de Tocqueville (com a obra “De la Démocratie en Amérique”, vol. I, 1835, logo editado em castelhano, em 1836, na capital francesa).

Este doble influjo tendrá decisiva importância en el nacimiento del juicio de amparo en el Yucatán y, más tarde, a nível federal, como assimismo en la constitucionalización de procedimientos de control jurisdiccional de la constitucionalidad (SEGADO, 2019, p. 190).

Crê-se que o *design* da figura de *juicio de amparo* tenha cabido ao Deputado de Yucatan Manuel Rejón, no seio da comissão integrada pelos Deputados Pedro Pérez e Darío Escalante e criada pelo Congresso Constitucional de Yucatan em 1840, com a missão de propor linhas de reforma da Constituição de 1825. O resultado é o Projecto de Constituição da lavra dos 3 autores, assinado a 23.12.1840.

Da Constituição do Estado mexicano de Yucatan de 1841, o *juicio de amparo* passaria para a Acta Constitutiva e de Reformas que o Congresso Constituinte dos Estados Unidos Mexicanos sancionaria em 18.5.1847, promulgada a 21.5.1847 – cometendo-se a sua decisão ao poder judicial federal e direccionada para a defesa dos direitos, liberdades e garantias do indivíduo. Daqui, migraria para a Constituição Federal de 5.2.1857 (art. 101/I)³ e seria

2 O art. 8º da Constituição de Yucatan de 1841 dispõe: «Los jueces de primera instancia ampararán en el goce de los derechos garantidos por el artículo anterior [um catálogo abrangente de 12 grupos de direitos], a los que pidan su protección contra cualesquier funcionarios que no correspondan al orden judicial, decidiendo breve y sumariamente las cuestiones que se susciten sobre los asuntos indicados».

Art. 9º: «De los atentados cometidos por los jueces contra los citados derechos, conocerán sus respectivos superiores con la misma preferéncia de que se há hablado en el artículo precedente; remediando desde luego el mal que se les reclame, y enjuiciando inmediatamente al conculcador de las mencionadas garantías».

Por força do art. 62/1º, compete à Corte Suprema de Justiça «Amparar en el goce de sus derechos a los que le pidan su protección contra las leyes y decretos de la legislatura que sean contrarias al texto literal de la constitución, o contra las providencias del gobernador, cuando en ellas se hubiese infringido el código fundamental en los términos expresados, limitándose en ambos casos, a reparar el agravio en la parte en que la constitución hubiese sido violada».

3 «Los tribunales de la federación resolverán toda controversia que se suscite: I. Por leyes o actos de cualquiera autoridad que violen las garantías individuales».

recebido em lei ordinária – a Lei de Amparo, de 1861, que inaugurou a positividade em diplomas infraconstitucionais – e para a Constituição de 1917 (a “Constituição de Querétaro”, alçada a capital do México em 1916).

3.2 Notas Identitárias do *Juicio de Amparo* Mexicano

- a) O controlo é por via de acção;
- b) Nasce da iniciativa particular;
- c) O controlo concentra-se, especialmente, no Tribunal de cúpula;
- d) Os efeitos da decisão judicial é apenas *inter partes*.

3.3 Do séc. XIX ao séc. XXI: a Difusão Global do Amparo

O século XIX testemunharia a difusão do *Juicio de Amparo* por vários territórios da América Latina. Os tempos seguintes foram tempos de adopção do instrumento, ali e noutras latitudes do Globo.

Das antigas colónias espanholas para a antiga metrópole Espanha, 90 anos se passaram, até o instituto do recurso de amparo constitucional ser aqui adoptado, pela primeira vez, pela Constituição de 1931 (que atribuía o poder de julgar ao “Tribunal de Garantias Constitucionales”). A experiência prosseguiria na Constituição Espanhola de 1978, na Lei Orgânica do Tribunal Constitucional nº 2/1979, de 3 de outubro (art. 41-58, LOTC) e na jurisprudência do TC.

A Alemanha, com a sua réplica intitulada *Verfassunbeschwerde* (*Queixa Constitucional*), só consagraria o amparo constitucional em 1951, através da *Bundesverfassungsgerichtsgesetz* (a Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão), nos arts. 90 a 95, antecipando-se em 18 anos à previsão constitucional da figura (art. 93/1/4.a GG)⁴.

É lapidar o art. 41/1/2 da LOTC.

Art. 41/2 da LOTC espanhol:

«El recurso de amparo constitucional protege a todos los ciudadanos, en los términos que la presente Ley establece, frente a las violaciones de los derechos y libertades a que se refiere el apartado anterior, originadas por dis-

4 Com um quadro expressivo de casos, ver SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão**. Organização da tradução portuguesa por Leonardo Martins. Tradução por Beatriz Hennig *et al.* Berlin / Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005, p. 801-818, 893-898.

posições, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios os agentes».

No art. 41/1 da LOTC, determina-se:

«Los derechos y libertades reconocidos en los artículos catorce a veintinueve de la Constitución serán susceptibles de amparo constitucional, en los casos y formas que esta Ley establece, sin perjuicio de su tutela general encomendada a los Tribunales de Justicia. Igual protección será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo treinta de la Constitución».

Na França, em 2008, por via de revisão constitucional à Constituição de 1958, foi instaurada a «excepção de inconstitucionalidade», que permite o reenvio pré-judicial da questão do Conselho de Estado e do Tribunal de Cassação para o Conselho Constitucional. Trata-se de uma fiscalização incidental de questões relativas à violação de direitos e liberdades, através do reenvio para o Conselho Constitucional – algo próximo do *recurso de amparo* ou da *queixa constitucional* germânica.

3.4. Coordenadas Teóricas Decorrentes da Definição Conceptual do Ponto 3.1.

Revisitemos a definição adoptada atrás.

O *recurso de amparo* constitucional (*juicio de amparo*, *acção constitucional de defesa*, *queixa constitucional*, *Beschwerde*, *Verfassungsbeschwerde* ou, apenas, *amparo*) é um instrumento processual especial de tutela de direitos fundamentais da pessoa (com o fito de os *reconhecer* ou *restabelecer*) e, a título ancilar, de defesa *objectiva* da Constituição, traduzível no acesso a um tribunal (*e.g.*, cimeiro e competente para a fiscalização da constitucionalidade), ao qual se requer, a título principal, a defesa de um certo direito fundamental.

O conceito aqui apresentado é o ponto de encontro de uma bifurcação formada pelo eixo subjectivo da tutela de direitos fundamentais dos cidadãos e pelo eixo objectivo da tutela da própria Constituição (SEGADO, 2019, p.761).

Por outro lado, há que reconhecer (via contrária significaria redundância, caos e ineficiência) na ferramenta do amparo constitucional uma

via distinta, não culminante, das vias comuns de protecção de direitos fundamentais nos demais tribunais (TCE, ON-LINE).

Quem goza de legitimidade processual activa, no recurso de amparo constitucional?

A resposta da Constituição Espanhola de 1978 está no art. 162/1, b): «toda a pessoa natural ou jurídica que invoque um interesse legítimo, assim como o *Defensor del Pueblo* e o *Ministerio Fiscal*» (LEI ORGANICA, Nº 42012).

Equacionemos agora a problemática da subsidiariedade, isto é, da exaurição prévia dos meios judiciais comuns de reconhecimento e reposição de direitos fundamentais. Foi a imagem de marca do modelo espanhol de amparo, abrangendo todos os segmentos, menos um (precisamente aquele caso dos actos sem força de lei emanados pelo órgão legislativo), do amparo.

A Lei do Tribunal Constitucional Federal Alemão, no seu art. 90 (2), dita a seguinte norma, a respeito dos pressupostos da *Verfassungsbeschwerde*: *se a via judicial estiver proporcionada contra a violação dos direitos fundamentais previstos no art. 90 (1), a queixa constitucional pode ser intentada apenas depois de ter sido esgotada a via judicial*. Ressalva, porém, essa lei que o TC Federal pode decidir imediatamente, antes do esgotamento da via judicial, sobre uma queixa constitucional feita, quando tiver um *significado geral ou suceder ao proponente um prejuízo grave e inevitável, caso ela seja remetida antes à via judicial*. Salvaguarda que a Lei Orgânica do TC espanhol nº 2/1979, de 3 de outubro, não contempla. Essa lei do TC espanhol aperta mais a rede ao exigir, como condição de admissibilidade do recurso de amparo, que o interessado *invoque no processo a violação do direito fundamental, logo que tomar conhecimento desse facto*.

Postula Francisco Fernández Segado, ancorando-se no art. 41.3 LOTC espanhol, de 1979, que *o recurso de amparo constitucional só pode fundar-se na infracção ou errônea interpretação (por arbitrária, irrazoável ou indevidamente restritiva do livre exercício de direitos fundamentais) de preceitos constitucionais, não se podendo fazer nele, em sintonia com o anterior, outras pretensões senão aquelas dirigidas a restabelecer ou preservar os direitos ou liberdades que motivaram a formulação do recurso* (SEGADO, 2019).

A *Verfassungsbeschwerde* germânica e o recurso de amparo mexicano podem ser pontos de chegada de controlos por via principal, para serem concretamente garantidos certos direitos fundamentais.

E quais são os actos passíveis de recurso de amparo constitucional?

O ordenamento espanhol desde cedo esclareceu no art. 42 ss. da LOTC que são os seguintes os actos das entidades públicas fundamentadoras do recurso de amparo constitucional:

Do poder legislativo, mas sem valor de lei; do poder executivo; do poder judicial; aqueles que ponham em causa o direito à objecção de consciência.

O ordenamento alemão aponta, por seu turno, para os seguintes actos do poder público:

Do poder legislativo, com valor de lei (leis auto-exequíveis); do poder executivo; do poder judicial.

Quais são os efeitos da decisão sobre um recurso de amparo?

Uma resposta é dada pelo art. 164/1 da Constituição Espanhola: constituem caso julgado «a partir do dia seguinte à sua publicação; é irre-corrível».

É um instituto edificante. Todavia, faz-se acompanhar de delicados problemas logísticos: o Tribunal Constitucional não é infinitamente expansível, conquanto pareça sê-lo a litigância constitucional sobre direitos fundamentais. E se se concretizar tal avalanche de *amparos* constitucionais, a ponto de acontecerem sistematicamente *engarrafamentos processuais* no Tribunal Constitucional ou no Tribunal que assume essas vestes?

As doutrinas alemãs, espanhola, mexicana, portuguesa, entre outras, têm ensaiado propostas no sentido de aliviar tal engarrafamento processual.

O problema é crucial e desafiante, para a viabilização do instituto. Falta-se de selecção de requerimentos operada pelo TC, em ordem a levar a julgamento apenas aqueles que, para lá da defesa de interesses subjectivos do requerente, tenham uma considerável importância, na perspectiva do sistema de justiça constitucional, entre outros requisitos supostamente objectivistas.

Ora, a filtragem na admissibilidade dos recursos de amparo com base num critério aparentemente objectivista pode (por assentar numa margem de livre apreciação do julgador) transportar subjectivismos insondáveis...

4. O RECURSO DE AMPARO E INSTITUTOS AFINS: ORDENAMENTOS JURÍDICOS LUSÓFONOS (COMPARAÇÃO E SÍNTESE)

4.1 Tábua Comparativa sobre o Instituto do Amparo na Lusofonia

Estados + Sínteses Comparativas Vectores de Comparação	1. Existe ou ão o Amparo (c/ este <i>nomen iuris</i> ou outro)?
Angola	Não
Brasil	Não
Cabo Verde	Sim [art. 20/1, a), b); Art. 219/1, e) – competência do TC para o Amparo]
Guiné-Bissau	Não
Guiné Equatorial	Sim [Art. 13/1, i)]
Moçambique	Não
Portugal	Não
S. Tomé e Príncipe	Não
Timor-Leste	Não
Problematização e Síntese Comparativa	7 dos 9 Estados não têm “Amparo”

Estados + Sínteses Comparativas Vectores de Comparação	2. Há ou houve projectos de lei ou de Constituição que adoptem o Amparo?
Angola	---
Brasil	---
Cabo Verde	---
Guiné-Bissau	Sim (após a guerra de 1998-1999 – aprovado pela ANP e engavetado pelo PR; de 2022 – frustrada a sua aprovação pela dissolução da ANP)
Guiné Equatorial	---
Moçambique	---
Portugal	Houve tentativas de introdução do Amparo, em 1989 (revisão constitucional) e 1997, nomeadamente. Todas goradas.
S. Tomé e Príncipe	---
Timor-Leste	---
Problematização e Síntese Comparativa	Houve algumas tentativas de positivamente do Amparo em alguns Estados. Num caso (G-B), só não vingou (após a Guerra de 1998/1999 e em 2022) pelo facto de o pacote de revisão constitucional não consagrar uma maior concentração de poderes no PR – o que motivou vetos de gaveta e dissolução do Parlamento, para abortar a discussão e eventual aprovação do diploma.

Estados + Sínteses Comparativas	3. Regime geral de tutela contenciosa de direitos fundamentais
Vectores de Comparação	
Angola	Sim:- Art. 29/1/5 (Acesso ao Direito e Tutela Jurisdicional Efectiva); Art. 174/2; Art. 27; Fiscalização concreta [181/2, d, e)].
Brasil	- Art. 107/II, § 3 CB (Tribunais Regionais Federais/ Câmaras regionais e acesso à justiça); art. 115/II, § 2.º, Tribunais Regionais do Trabalho/ Câmaras Regionais e acesso à justiça; art. 125, § 6.º e acesso à justiça. art. 107/II, § 2.º; art. 109/XI, § 5.º;
Cabo Verde	- Art. 21/1/: direito de acesso à justiça e de tutela de direitos «em prazo razoável». - Art. 21/6: Manda que por lei sejam criados «procedimentos judiciais céleres e prioritários que assegurem a tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações» dos direitos, liberdades e garantias - Art. 241, e), g): «tutela jurisdicional efectiva dos seus direitos e interesses legalmente protegidos»; direito à indemnização pelos danos. - Art. 277: Fiscalização concreta da constitucionalidade
Guiné-Bissau	- Art. 32: direito de acesso à justiça - Art. 126 -Fiscalização incidental da constitucionalidade, culminando a questão pré-judicial no Plenário do STJ, cuja decisão tem eficácia erga omnes...
Guiné Equatorial	---
Moçambique	- Art. 62/1: «acesso dos cidadãos aos tribunais»; - Artigo 246: Fiscalização concreta da constitucionalidade
Portugal	- Art. 20: Acesso ao direito e tutela jurisdicional efectiva (MIRANDA, 2016, p. 313 ss.). - Art. 109 CPTA (intimação para protecção de direitos, liberdade e garantias). - Art. 280: Fiscalização concreta da constitucionalidade.
S. Tomé e Príncipe	- Art. 20: Acesso aos tribunais. - Art.129: Fiscalização incidental da constitucionalidade, culminando a questão pré-judicial no TC. - Art. 149: Fiscalização concreta da constitucionalidade
Timor-Leste	- Artigo 26.º: Acesso aos tribunais. - Artigo 152.º: Fiscalização concreta da constitucionalidade.
Problematização e Síntese Comparativa	- Com Amparo ou sem Amparo, a tutela contenciosa dos direitos fundamentais é uma realidade na Lusofonia [frágil, imperfeita, deficitária, indirecta (neste último caso, em 7 países), mas vai fazendo o seu caminho – ou talvez não...]

Estados + Sínteses Comparativas Vectores de Comparação	4. Características do Amparo
Angola	---
Brasil	---
Cabo Verde	<p>Art. 20/1, a),</p> <ul style="list-style-type: none"> - Legitimidade processual activa: b): todos os indivíduos. - Órgão decisor: TC - Fins: tutela dos direitos, liberdades e garantias fundamentais do requerente. - Objecto: actos ou omissões dos poderes públicos lesivos dos direitos, liberdades e garantias fundamentais - Regra da subsidiariedade do amparo constitucional (depois de esgotadas todas as vias de recurso ordinário). - Forma: “simple requerimento” do interessado; - Urgência e sumariedade.
Guiné-Bissau	---
Guiné Equatorial	<p>Art. 102/2, a): Legitimidade processual activa: «toda persona natural o causa-habiente que invoque un interés legítimo».</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 125, 126, d): recurso de amparo ante o “Defensor del Pueblo”. - Art. 101/2, b) CGE: «Compete ao Tribunal Constitucional: b) Conhecer dos recursos de amparo constitucional contra as disposições e actos que violem os direitos e liberdades reconhecidos na Lei Fundamental»
Moçambique	---
Portugal	---
S. Tomé e Príncipe	---
Timor-Leste	---
Problematização e Síntese Comparativa	<p>Nos 2 Estados que adoptaram o instituto do Amparo (Cabo Verde e Guiné Equatorial), não temos ainda dados completos para mensurar a proficiência desse remédio, seja em termos da aparelhagem institucional e técnica, seja em termos de resultados práticos tangíveis. Em Cabo Verde, testemunharam-me alguns magistrados do topo uma tendência para o uso do amparo com intuítos puramente dilatatórios. Assinalam ainda um deficit de regulação infraconstitucional do instituto.</p>

Estados + Sínteses Comparativas	5. Regime jurídico alternativo ou complementar ao Amparo?
Vectores de Comparação	
Angola	- Art. 212-A: acesso ao Provedor de Justiça. - Art. 29/1/5: «5. Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos». - Art. 181/2, d), e): fiscalização concreta da constitucionalidade.
Brasil	- Art. 97 (fiscalização concreta); - Art. 5.º, LXIX, 102/I, d), 102/II, a), art. 105/I, b), art. 108/I, c)/VIII, art. 114/IV (Mandado de Segurança...); Art. 5.º, LXXI, 102/I, q), 102/II, a), art. 105/I, h) (Mandado de Injunção:); Art. 102/III, § 1.º (Arguição por Descumprimento de Preceito Fundamental). (AMARAL, 2010)
Cabo Verde	- Art. 276: fiscalização concreta da constitucionalidade.
Guiné-Bissau	- Art. 126: fiscalização incidental da constitucionalidade (difusa na base – pré-judicialidade – e concentrada no STJ).
Guiné Equatorial	---
Moçambique	- Art. 244/2, g): Legitimidade activa para desencadear a fiscalização sucessiva abstracta (2.000 cidadãos); - Art. 246/1: fiscalização concreta da constitucionalidade.
Portugal	- Art. 280: fiscalização concreta da constitucionalidade. - Art. 20/5: «Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos». - Art. 109 ss. CPTA: Intimação para Protecção de Direitos, Liberdades e Garantias
S. Tomé e Príncipe	- Art. 149: fiscalização concreta da constitucionalidade.
Timor-Leste	- Art. 152: fiscalização concreta da constitucionalidade.
Problematização e Síntese Comparativa	Onde não existe Recurso de Amparo, há um instrumento sucedâneo (precário, indirecto e insuficiente). Por exemplo: o recurso de constitucionalidade (Angola, Cabo Verde, Moçambique, Portugal, S. Tomé, Timor); a fiscalização incidental (Guiné-Bissau); a fiscalização abstracta, espoletada por um grupo de cidadãos (Moçambique); Mandado de segurança e de injunção (Brasil). Comando constitucional para o legislador criar mecanismos conducentes à tutela efectiva e célere dos direitos de liberdade pessoais

Estados + Sínteses Comparativas Vectores de Comparação	6. Exemplos institucionais de Tutela Não Contenciosa de Direitos Fundamentais
Angola	Provedor de Justiça (art. 212-A): «Os cidadãos e as pessoas colectivas podem apresentar à Provedoria de Justiça queixas por acções ou omissões dos poderes públicos, que as aprecia sem poder decisório, dirigindo aos órgãos competentes as recomendações necessárias para prevenir e reparar injustiças».
Brasil	Art. 134: «A Defensoria Pública é instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe, como expressão e instrumento do regime democrático, fundamentalmente, a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa, em todos os graus, judicial e extrajudicial, dos direitos individuais e coletivos, de forma integral e gratuita, aos necessitados, na forma do inciso LXXIV do art. 5º desta Constituição Federal». (GAULIA, 2020, p. 167)
Cabo Verde	Provedor de Justiça (art. 253)
Guiné-Bissau	Não há.
Guiné Equatorial	Defensor del Pueblo (art. 122 ss.)
Moçambique	Provedor de Justiça (artº 255)
Portugal	Provedor de Justiça (art. 23)
S. Tomé e Príncipe	Não há.
Timor-Leste	Provedor de Direitos Humanos e Justiça (art. 27.º) ⁶
Problemática e Síntese Comparativa	- A tutela não contenciosa de direitos fundamentais não tem respaldo constitucional em 2 países, mas tem-no nos 9 restantes.

5 Sobre a figura, cfr. GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Direito Constitucional de Timor-Leste**. Lisboa / Díli: IDILP/FDUNL/CEDIS, 2012, p. 357-358.

4.2 Alguns Detalhes

Destaco os dois casos claros de consagração do *recurso de amparo*: Guiné Equatorial e Cabo Verde.

Destaco, do outro lado, dois casos de esforço para explorar mecanismos existentes para que os direitos fundamentais das pessoas sejam defendidos, quer pela via do contencioso administrativo, quer do judicial comum, quer pelas vias não contenciosas. Vejo o caso de Portugal e do Brasil.

Veja-se, no caso brasileiro, o potencial do mandado de segurança⁶ e do mandado de injunção (deficitariamente usado) (VELLOSO, 2009, p. 361-362).

No ordenamento português (art. 20/5 CRP), repare-se no comando constitucional para o legislador criar mecanismos conducentes à tutela efectiva e célere dos direitos de liberdade pessoais⁷. Uma norma apelativa heteroexequível, muito naturalmente⁸.

Vejamos a figura da “intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias” desenhada no Código de Processo nos Tribunais Administrativos em Portugal. O ponto de partida para o art. 109 CPTA é 20/1 CRP: «Para defesa dos direitos, liberdades e garantias pessoais, a lei assegura aos cidadãos procedimentos judiciais caracterizados pela celeridade e prioridade, de modo a obter tutela efectiva e em tempo útil contra ameaças ou violações desses direitos».

O CPTA, na esteira do 20/1 CRP (norma constitucional perceptiva, mas não exequível por si mesma⁹), complementa: «A intimação para protecção de direitos, liberdades e garantias pode ser requerida quando a célere emissão de uma decisão de mérito que imponha à Administração a adopção de uma conduta positiva ou negativa se revele indispensável para assegurar o exercício, em tempo útil, de um direito, liberdade ou garantia, por não ser possível ou suficiente, nas circunstâncias do caso, o decretamento de uma providência cautelar».

6 Que correspondem a um *habeas corpus* civil (contra actos arbitrários e ilegais da autoridade), cuja finalidade é proteger direitos individuais líquidos, certos e incontestáveis (sejam direitos de liberdade ou quaisquer outros).

7 Com o tratamento de uma extensa lista de mecanismos inscritos na tutela jurisdicional e de tutela não contenciosa dos direitos fundamentais, vide (MIRANDA, 2016, p. 313-323).

8 Descrevendo a situação em termos convergentes com o que aqui se explicitou, cfr. (NOVAIS, 2010, p. 202).

9 Poderia ser a via pela qual o ordenamento jurídico português lograria consagrar institutos como o “mandado de segurança” ou o “recurso de amparo”, assevera Jorge Miranda (MIRANDA, 2016, p. 318).

Vejamos o potencial da fiscalização concreta da constitucionalidade¹⁰. Até onde poderá ir, a ponto de ficar a ideia da dispensabilidade do *amparo constitucional*?

Como syndicar, nessas geografias, sem recurso de amparo, uma sentença ou acórdão que, sem mais, fira de morte um direito de liberdade? É que de pouco valerá, nesses casos extremos, a laboriosa construção jurisprudencial-doutrinal do *conceito funcional de norma*.

Como syndicar aí certos actos políticos violadores de direitos, liberdades e garantias de um cidadão?

A *tábua comparativa* atrás fornecida revela-nos a *síntese comparativa* a seguir reproduzida:

1ª - Sete dos nove Estados não possuem recurso de amparo.

2ª- Houve algumas tentativas de positivação do amparo em alguns Estados. Num caso (Guiné-Bissau), só não vingou (após a Guerra de 1998/1999 e em 2022) pelo facto de o pacote de revisão constitucional não consagrar uma maior concentração de poderes no Presidente da República – o que motivou vetos de gaveta e dissolução do Parlamento, para, nomeadamente, abortar a discussão e eventual aprovação do diploma.

3ª - Com amparo ou sem amparo, a tutela contenciosa dos direitos fundamentais é uma realidade na Lusofonia [frágil, imperfeita, deficitária, indirecta (neste último caso, em sete países), mas vai fazendo o seu caminho – ou talvez não...].

4ª - Nos dois Estados que adoptaram o instituto do amparo (Cabo Verde e Guiné Equatorial), não temos ainda dados completos para mensurar a proficiência desse remédio, seja em termos da aparelhagem institucional e técnica, seja em termos de resultados práticos tangíveis¹¹.

10 Em geral, mas também no quadro do Direito Constitucional angolano, sobre a “irradiação” total no *corpo do ordenamento jurídico* da fiscalização sucessiva concreta da constitucionalidade, cfr. (MACHADO, Jónatas E. M. / COSTA, Paulo Nogueira da. ARAÚJO, 2018, p. 254).

11 Eis algumas referências jurisprudenciais sobre o Recurso de Amparo, em Cabo Verde (nos exemplos recolhidos, apenas um caso mereceu desfecho ou pronúncia favorável das instituições que aqui se pronunciaram): a) Acórdão 36/2022 do TC, de 12 de Agosto; b) Acórdão 57/2020 do TC, de 22 de Dezembro; c) Parecer, 23/04/2008, Recurso de Amparo, Procuradoria-Geral da República: sobre um dos pressupostos da admissibilidade do Amparo; d) Lei 109/IV/94, de 24 de Outubro (Recurso de Amparo e de Habeas Data); e) Promoção do PGR no Rec. De amparo 15/2008 - o amparo constitucional como meio de defesa extraordinário dos direitos fundamentais; f) Promoção do PGR no Rec. de amparo 2/2008 - sobre um dos pressupostos da admissibilidade do Amparo (esgotamento prévio das vias de recurso ordinário); g) Promoção do PGR no Rec.

Em Cabo Verde, testemunharam-me alguns magistrados do topo uma tendência para o uso do amparo com intuítos puramente dilatatórios. Assinalam ainda um *deficit* de regulação infraconstitucional do instituto.

5^a - Onde não existe Recurso de Amparo, o sistema oferece ao cidadão um instrumento sucedâneo (precário, indirecto e insuficiente). Por exemplo: o recurso de constitucionalidade (Angola, Brasil, Cabo Verde, Moçambique, Portugal, S. Tomé e Príncipe, Timor); a fiscalização incidental (Guiné-Bissau); a fiscalização abstracta, espoletada por um grupo de cidadãos (Moçambique); Mandado de segurança e de injunção (Brasil). (GAULIA, 2022, p. 157, 165, 166)

6^a - A tutela não contenciosa de direitos fundamentais não tem respaldo constitucional em dois países, mas tem-no nos nove restantes.

Algum engenho do legislador e dos pensadores do Direito, na lusofonia, vai servindo para colmatar o vazio da inexistência de mecanismos como o *amparo constitucional*, mas parece-me chegada a hora de abraçar o pacote completo e coerente do amparo, em vez de se ir esticando e remendando ferramentas fabricadas para outras utilizações¹².

de amparo 1/72008 - sobre um dos pressupostos da admissibilidade do Amparo (esgotamento prévio das vias de recurso ordinário).

Tendo em vista, designadamente, o reequacionar da instituição *Defensor del Pueblo*, vide, da autoria do Governo equato-guineense o “Informe intermedio de Guinea Ecuatorial para el 3.º Ciclo del Examen Periódico Universal”, de Maio de 2022, a respeito da implementação das recomendações recebidas durante o 3.º Ciclo do EPU (2019) sobre a protecção dos direitos humanos nesse país. Cfr. Informe intermedio de Guinea Ecuatorial para el 3.º Ciclo del Examen Periódico Universal. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-05/Equatorial-Guinea-3rd-cycle-mid-term-report.pdf>. Acesso em: 7-12-2022.

12 Num sentido contrário - ao destacar a inaptidão dos tribunais constitucionais para garantir a tutela directa de direitos fundamentais e o bloqueamento processual associável ao recurso de amparo -, vide MEDEIROS, Rui. A Decisão de Inconstitucionalidade. Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 352 ss. Contrapomos que o elevado risco de engarramento processual não deve matar no ovo o instituto do Amparo, mas, antes, estimular a sua formulação realista e eficiente. A favor, vincadamente, do Amparo em Portugal, ver, por exemplo: NOVAIS, Jorge Reis. **As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição**. 2.º ed. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010, p. 203; ALEXANDRINO, José Melo. **Lições de Direito Constitucional**, vol I. 3.º ed. Lisboa: AAFDL, 2018, p. 278. Em geral, sobre o modelo português de fiscalização da constitucionalidade, vide MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo VI. 3.º ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 168 ss. O autor estica o normativo constitucional [art. 280/1, b), 23/1, 281/2, b), 238/1] em direcção a um maior acesso dos cidadãos à justiça constitucional, em caso de violação por normas jurídicas dos direitos, liberdades e garantias (*id.*, *ibid.*, p. 178). CANOTILHO, J. J. Gomes / MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 239 ss. OTERO, Paulo. **Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional**. Lisboa: Lex, 1993, p. 121 ss. (preconiza um recurso atípico extraordinário de sentenças e acórdãos que violem de forma imediata e directa uma norma constitucional, uma vez esgotadas as vias de recurso ordinário). MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça Constitucional**. Tomo I. 2.º ed. Coimbra: 2006, p. 329 ss. Ver ainda LULS, Sandra Margarida Lopes. **O recurso de amparo em Portugal: uma solução possível?** Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2004 [relatório de mestrado], p. 6.

Um recurso de amparo constitucional de direitos fundamentais deve, efectiva, conclusiva e rapidamente, amparar. Não deve soçobrar sob o jugo de expedientes de marasmo e adiamento processuais.

Afirmar essa via passa pela via de juízes de alto nível técnico e ético, senhores de uma reconhecida *auctoritas*. Não devem cair, todavia, na tentação suicidiária de um hiperativismo judicial soberbo e irrealista, menosprezador do princípio constitucional da separação de poderes.

A lei da oferta e procura da Ciência Económica, seguindo os postulados smithianos, terá alguma aplicabilidade na utilização de expedientes similares ao recurso de amparo para um tribunal cimeiro? Prescreve a Lei: se a oferta de um produto é maior e a procura, menor, o preço do produto tende a baixar (com este resultado, desestimula-se a *produção* e incentiva-se a *compra*); se a oferta é menor e a procura, maior, o preço tende a subir (com este resultado, estimula-se a *produção* e desincentiva-se a *compra*).

Na medida em que haja uma hiper-utilização (uma *procura* substancial) do instituto do amparo (muita *procura*) e, em contrapartida, não haja capacidade de resposta equipolente dos tribunais cimeiros (pouca *oferta*), é a degradação do instituto que ocorre (a redução do seu *valor*, do seu *preço*) – contrariamente ao princípio da macroeconomia, que determinaria, no caso vertente, o aumento do *valor*, *preço* do *produto*.

5. CONCLUSÃO

Concluo com uma defesa da instauração e inteligente adaptação nos ordenamentos lusófonos do *amparo constitucional* de direitos de liberdade, em ordem a garantir-se a defesa concreta, cabal e definitiva dos direitos fundamentais das pessoas, independentemente da existência, num sistema jurídico dado, de mecanismos indirectos de tutela desses direitos. Fundamental é, todavia, a necessidade de agilização de medidas normativas adaptadas a cada ordenamento jurídico. Não existe, nem tem de haver um recurso de amparo universal e *prêt-à-porter*.

O catálogo extenso e rico de direitos fundamentais numa Constituição e noutras plataformas normativas, internas e externas, é muito pouco, se os cidadãos não tiverem remédios judiciais céleres, eficientes e dissuasores

contra restrições ou cerceamentos abusivos desses direitos pelos poderes públicos, designadamente. Porque: *ubi ius ibi remedium!* Sem tais *remédios*, tudo se resumiria a um lirismo fundamentalista ingénuo ou cínico.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José Melo. *Lições de Direito Constitucional*, vol I. 3.^a ed. Lisboa: AAFDL, 2018.

AMARAL, Karina Almeida do. *Arguição de descumprimento de preceito fundamental: uma tentativa falhada de introdução do recurso de amparo*. Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2010. [dissertação de mestrado].

ARAÚJO, Raul Carlos Vasques. *Introdução ao Direito Constitucional Angolano*. Luanda: CEDP / UAN, 2018.

BASTOS, Celso Ribeiro / MARTINS, Ives Gandra. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 24.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

CANOTILHO, J.J. Gomes / MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 1991.

GAULIA, Cristina Tereza. *A Experiência da Justiça Itinerante: O Espaço de encontro da Magistratura com a População Brasileira*. Rio de Janeiro: Mauad X, 2020.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. *Direito Constitucional de Timor-Leste*. Lisboa / Díli: IDILP/FDUNL/CEDIS, 2012.

HENRIQUES FILHO, Ruy Alves. *Direitos fundamentais e processo*. Porto Alegre: 2008.

HEROLES, Jesús REYES. *El Liberalismo Mexicano*. Vol. III. 3.^a ed. México: FCE, 1994.

KOSTA, E. KAFFT. *Sistemas de Governo na Lusofonia: Zonas e Relações de Poder*. Reimpressão. Lisboa: AAFDL, 2019.

KOSTA, E. KAFFT. *Estado de Direito - O Paradigma Zero*: Entre Lipoaspiração e Dispensabilidade. Coimbra: Almedina, 2007.

LUÍS, Sandra Margarida Lopes. *O recurso de amparo em Portugal: uma solução possível?* Lisboa: Faculdade de Direito, Universidade de Lisboa, 2004 [relatório de mestrado].

MACHADO, Jónatas E. M. / COSTA, Paulo Nogueira da. *Direito Constitucional Angolano*. Coimbra: Coimbra Editora / Wolters Kluwer, 2011.

MEDEIROS, Rui. *A Decisão de Inconstitucionalidade*. Lisboa: Universidade Católica, 1999.

MENDES, Gilmar Ferreira / COELHO, Inocêncio Mártires / BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.^a ed. São Paulo: IDP / Saraiva, 2009.

MENDES-Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais de caráter judicial e garantias constitucionais do processo. In MENDES, Gilmar Ferreira / COELHO, Inocêncio Mártires / BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 4.^a ed. São Paulo: IDP / Saraiva, 2009, p. 577 ss., 587-588 [mandado de segurança: p. 577 ss.; mandado de injunção, p. 587-588].

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo VI. 3.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Constitucional*, I. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.

MIRANDA, Jorge / KOSTA, E. KAFFT. *As Constituições dos Estados de Língua Portuguesa*: Uma Visão Comparativa. Curitiba/Lisboa: Juruá, 2013.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Justiça Constitucional*. Tomo I. 2.^a ed. Coimbra: 2006.

NOVAIS, Jorge Reis. *As Restrições aos Direitos Fundamentais Não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2.^a ed. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

OTERO, Paulo. **Direito Constitucional Português**, I. Coimbra: Almedina, 2010, p. 250-251.

OTERO, Paulo. *Ensaio sobre o Caso Julgado Inconstitucional*. Lisboa: Lex, 1993.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação constitucional e direitos fundamentais**. 2.^a ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

SARLET, Ingo. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição de 1988* na Constituição Federal de 1988. 10.^a ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019.

SARMENTO, Daniel. *Livres e iguais*: Estudos de Direito Constitucional. Rio de Janeiro: EDITORA: Lumen Juris, 2006.

SCHWABE, Jürgen. *Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Organização da tradução portuguesa por Leonardo Martins. Tradução por Beatriz Hennig *et al.* Berlin / Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung, 2005.

SEGADO, Fernández. *La Justicia Constitucional: una Visión de Derecho Comparado*, Tomo III – La Justicia Constitucional en América Latina y en España. Madrid: Dykinson, 2019.

SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 9.^a ed. São Paulo: Malheiros, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. Os Direitos Fundamentais e a Lei: a Constituição brasileira tem um sistema de reserva legal? In: SOUZA, Cláudio Pereira de / SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SOUZA, Cláudio Pereira de / SARMENTO, Daniel (coord.). *Direitos sociais: fundamentação, judicialização e direitos sociais em espécies*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

VELLOSO, Carlos Mário da Silva. Os Direitos Humanos e os Mecanismos Constitucionais de sua Defesa. In MIRANDA, Jorge / SILVA, Marco António Marques da (Coord.), *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. 2.^a ed. São Paulo: Quartier Latin, 2009, p. 357-365.

DOCUMENTOS

Informe intermedio de Guinea Ecuatorial para el 3.º Ciclo del *Examen Periódico Universal*. Disponível em <https://www.ohchr.org/sites/default/files/2022-05/Equatorial-Guinea-3rd-cycle-mid-term-report.pdf>. Acesso em: 7-12-2022

DECISIÓN JUDICIAL Y TEORÍA ECONÓMICA ENTRE EL PENSAMIENTO LIBERTARIO Y EL IGUALITARISMO

Edgar Andrés Quiroga Natale

Posdoctorado en Derecho y Justicia Constitucional (PphD) Universidad de Bolonia (Italia). Posdoctorado en Derecho (Pphd) Universidad Nacional. Doctor en Derecho (Phd) Universidad Santo Tomás. Magíster en Derecho Económico (Msc) Universidad Externado de Colombia. Especialista en Justicia Constitucional y Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales Universidad de Pisa (Italia). Especialista en Resolución de Conflictos y Estrategias de Negociación Universidad Castilla La Mancha (España). Especialista en Derecho Constitucional Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo Universidad Santo Tomás. Especialista en Pedagogía para el Desarrollo del Aprendizaje Autónomo, Unad. Abogado (Summa Cum Laude) Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Procurador 122 Judicial Administrativo II. Docente Universitario (Andes, Externado, Nacional, Libre, Sabana, Santo Tomás, entre otras).

Catherine Díaz Sanabria

Magíster en Derechos Humanos (Msc) Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia. Especialista en Justicia Constitucional y Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales Universidad de Pisa (Italia). Especialista en Derecho del Trabajo. Universidad Nacional de Colombia. Abogada Universidad Antonio Nariño. Directora de Posgrados Facultad de Derecho. Universidad Santo Tomás. Docente e Investigadora Universitaria

Submissão em: 27/04/2023

Aprovado em: 27/04/2023 e 28/04/2023

RESUMEN: La premisa principal del presente trabajo, es que a toda teoría de la justicia le subyace una teoría económica, y, por lo tanto, la decisión judicial debe responder a la articulación de ambas para

evitar fallos ineficientes (desde la asignación) e inequitativos (desde la esfera distributiva).

PALABRAS CLAVE: Decisión judicial, teoría económica, eficiencia y equidad.

ABSTRACT: The main premise of this paper is that an economic theory underlies every theory of justice, and therefore, the judicial decision must respond to the articulation of both in order to avoid inefficient rulings (since the assignment) and inequitable rulings (since the distributive sphere).

KEY WORDS: Judicial decision, economic theory, efficiency and equity.

El enfoque humanista – deontológico del derecho concibe la disciplina como un instrumento para la realización de la justicia en términos de equidad; de la misma manera como el enfoque neoclásico de la economía concibe la ciencia como una herramienta para lograr la eficiencia; no obstante, y aunque *prima facie* resultan claros los “paradigmas” de cada campo del conocimiento, en el momento de concreción de dichos cometidos¹ surgen múltiples problemas de orden epistemológico, sustantivo y práctico respecto de la multiplicidad de nociones, conceptos, enfoques y/o derivaciones de lo que se entiende por Justicia – Equidad y lo que es eficiencia económica, lo cual produce que decisiones justas y eficientes para unos, supongan de forma concomitante que sean injustas e ineficientes para otros.

Si se parte del discurso excluyente y antagónico entre Derecho y Economía² imperioso resultaría concluir que: i) una decisión justa – equitativa es necesariamente ineficiente; y, ii) una decisión eficiente es injusta e inequitativa por definición.

No obstante, el presente estudio se construye sobre la base de un discurso inclusivo y complementario entre Derecho y Economía sosteniendo que es posible lograr decisiones constitucionales económicamente eficientes (desde la asignación) y justas – equitativas (desde la distribución).

¹ En lo que respecta a la asignación y distribución de derechos a través de la sentencia constitucional.

² Con respecto a los paradigmas en cita de algunos modelos de estas disciplinas.

Para lograr una primera aproximación al referido cometido, resulta imperioso reiterar que no existe una sola teoría de la justicia ni un solo modelo económico de eficiencia; por lo tanto, lo primero que hay que identificar (para homologar un lenguaje que haga posible el discurso interdisciplinar), son las teorías de la justicia más relevantes y los modelos de eficiencia que de ellas puedan desprenderse.

A continuación, se presenta de forma muy general los referidos modelos desde el enfoque interdisciplinar que ofrece el derecho económico.

1. EL ESTATUTO ECONÓMICO DE LOS PRINCIPALES MODELOS DE JUSTICIA

Una premisa fundamental del presente análisis, es que existe una relación estrecha e inescindible entre la elección del modelo y/o teoría de justicia que se pretende aplicar, con la teoría y/o modelo económico respecto del cual se pueda medir o juzgar su eficiencia; es decir, que toda teoría de la justicia trae intrínseca una teoría económica respecto de la cual puede medirse, bajo el entendido, que una decisión no es justa o injusta *per se*, por el contrario, será justa o injusta dependiendo de qué teoría se utilice y la forma como puede llegar a medirse y/o verificarse.

En las teorías y/o modelos que se exponen, el concepto justicia se encuentra íntimamente ligado a la igualdad, por el contrario, el concepto eficiencia tiene como premisa o requisito *sine quanon* a la libertad.

1.1 La Teoría Libertaria de la Justicia.

Los principales exponentes de la Teoría Libertaria de la Justicia son Robert Nozick (1974), Von Hayek (1976), James Buchanan (1986) y Milton Friedman (1947), quienes parten del hecho de establecer la libertad como premisa fundamental respecto de la cual se debe edificar un modelo de convivencia política organizada, y por lo tanto, el papel del Estado debe ser el de garantizar los mínimos esenciales de esa libertad y no interferir en nada más, en la medida que el Estado no le puede imponer al individuo un proyecto “común” de vida diferente del mismo que él se ha establecido dentro del marco de las reglas generales, para evitar que la libertad de uno haga nugatoria la libertad del otro.

Bajo este entendido, el bien común no existe, pues lo único común son las reglas generales para el ejercicio de la libertad; por lo tanto, la justicia no es una categoría que pueda aplicarse a una situación social en general sino a los procesos que se desarrollaron para llegar a ella, dando una enorme importancia al marco general de reglas ex – ante de asignación y ex – post de ejercicio.

No se puede pretender la igualdad sin el requisito de la libertad; solo bajo la premisa de la libertad, es que el individuo decide si quiere o no la igualdad frente a otro u otros.

Siguiendo la obra de Castellanos antes citada³, se hará referencia a algunos pasajes que representan el pensamiento de los teóricos en comento. Para Nozick algunas de las ventajas del Estado Mínimo son las siguientes:

“(...) El Estado Mínimo nos trata como individuos inviolables, que no pueden ser usados en ciertas formas por otros como medios o herramientas o instrumentos o recursos; nos trata como personas con derechos individuales con la dignidad que esto constituye. Tratándonos con respeto al respetar nuestros derechos, nos permite, individualmente o con quien escojamos, escoger nuestra vida y alcanzar nuestras metas y nuestra concepción de nosotros mismos, en la medida en que podamos, ayudados por la cooperación voluntaria de otros individuos con la misma dignidad. Cómo se atreve cualquier Estado o grupo de individuos a hacer más o menos (...)”⁴.

Para Buchanan, la buena política es aquella que puede medirse en función de la satisfacción de aquello que es deseado por lo individuos, por lo tanto, lo importante son las preferencias individuales más allá de la obtención de algún objetivo social:

“(...) nuestro enfoque ha sido el de analizar la elección del individuo entre distintas reglas posibles de la toma de decisiones. No ha sido necesario en ningún nivel del análisis plantear el problema en cuanto a la correspondencia entre la aplicación de esta o aquella regla y la obtención de cualquier objetivo social, postulado, tal como “bienestar social” o el “bien común” (...) El mejoramiento en el funcionamiento de la política, es medido en términos de la satisfacción de aquello

3 ¿Qué es la justicia? Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva.

4 NOZICK, Robert. “Anarchy, State, and Utopia”, Basic Books, 1974 pág 334.

que es deseado por los individuos, lo que quiera que esto sea, mas que en términos de moverse más cerca de algún ideal supra – individualístico, externamente definido (...)⁵.

En igual sentido Hayek sostuvo:

“(...) Espero haber mostrado que la frase “justicia social” no es, como mucha gente piensa, una expresión inocente de buena voluntad hacia los menos afortunados, sino que ha llegado a ser la insinuación deshonesta de que uno debe aceptar las demandas de algún interés especial para las cuáles no hay razones reales (...) El mayor servicio que yo les puedo hacer a mis conciudadanos es que logre hacer avergonzar a los oradores y escritores por usar el término “justicia social” (...)⁶.

Para Von Mises la existencia de un constructo colectivo racional resulta difícil de creer en la medida que, dada la complejidad de la acción humana y su limitada racionalidad, algunos pocos podrían imponerse sobre la voluntad de la gran mayoría a partir de una falaz promesa de bien general basados en una utópica razón pura:

“(...) Recordemos, en este sentido, a tantos creadores de utopías, lucubrando siempre en torno a imaginarios paraísos terrenales donde sólo la razón pura prevalecería. No advertían, desde luego, que aquellos imperativos absolutos y aquellas verdades manifiestas, tan pomposamente proclamadas, constituían sólo fantasías de sus propias mentes. Considerábanse infalibles, abogando, con el máximo desenfado, por la intolerancia y la violenta supresión de heterodoxos y disidentes. Aspiraban a la dictadura, bien para sí, bien para gentes que fielmente ejecutarían sus planes. La doliente humanidad no podía salvarse más que si, sumisa, aceptaba las fórmulas por ellos recomendadas. (...)⁷.

Milton y Rose Friedman⁸ en su obra “la libertad de elegir” retoman la concepción económica de la teoría libertaria de la justicia para dar argumentos entorno a las bondades de una economía centrada en las preferencias individuales de los agentes de mercado y en oposición a la idea de

5 BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon. “El cálculo del consenso: fundamentos lógicos de la democracia constitucional”, Barcelona, Planeta Agostini, 1993. Pág. 111.

6 HAYEK Von, Friedrich. “Law, legislation and liberty”, 1976. Pág. 96, 97.

7 VON MISES, Ludwig. “La acción humana”. Traducido del inglés por Reigalbio Joaquín. Unión Editorial. S.A. Madrid, 1986. Pág. 123.

8 FRIEDMAN Milton y FRIEDMAN Rose. “Free to choose”. Ed. Orbis S.A., New York, 1980.

una economía centralizada. La libertad de elegir sin intervención de nadie (y sobre todo del Estado), es un claro ejemplo de cooperación eficiente en donde la función de utilidad resulta óptima para quienes se relacionan, pues esta se encuentra determinada por sus preferencias reales y no por criterios artificialmente contruidos por la planificación central que crea imaginarios colectivos ineficientes violando no solo los presupuestos de maximización de la riqueza sino principalmente la libertad del individuo.

De lo anterior se colige, que para las tesis libertarias la justicia es un concepto ambiguo e indeterminado que se utiliza para justificar el intervencionismo estatal minando, reduciendo y atentando contra las libertades individuales; por lo tanto, la equidad es equiparable a proteger la libre elección de las preferencias individuales (tanto en las reglas ex – ante como de las reglas ex – post)⁹.

Una teoría de la justicia basada en las tesis económicas libertarias genera un imperio de los derechos individuales subjetivos negando el concepto de bien común para poder ir mas allá de la eficiencia de protección de dichas preferencias.

Aunque *prima facie* estas tesis no serían aplicables en un Estado Social de Derecho como el Colombiano, una mirada mas detenida a la teoría de los derechos fundamentales nos lleva a la posibilidad de adoptar dichas aplicaciones para la defensa a ultranza de los mismos frente a la amenaza, mengua o morigeración que puedan tener frente a la adopción de normas y/o políticas que pongan por encima de los citados derechos, construcciones equivalentes a un bien colectivo de mayor valor para desplazarlos.

Por ejemplo, en la discusión y decisión judicial de temas como la dosis personal, en donde el derecho al libre desarrollo de la personalidad entra en aparente colisión con derechos como la salud y la sana convivencia, la aplicación de una teoría libertaria de la justicia definiría dicha tensión en favor del derecho individual a construir y explicitar un proyecto de vida (cuando no existe una vulneración directa respecto de los otros), por considerarla más eficiente, pues la función de justicia es intra – persona, y,

⁹ Respecto de la importancia del respeto a las reglas y su imposibilidad de implicarlas bajo un concepto abstracto de justicia ver ACKERMAN, Bruce. "Social justice in the liberal state". New Haven, Yale University Press, Boston, 1980, pág. 112- 125.

en razón a las preferencias individuales se revela a través de una relación de satisfacción directa:

Si la acción de “A” está condicionada solo por las preferencias de “A” para generar “Z” sin exceder las fronteras propias de las reglas ex – ante a su elección, entonces, solo puede ser eficiente aquella decisión que proteja “Z” pues no hacerlo supondría una mengua en la satisfacción de la elección en procura de proteger derechos indeterminados, lo cual generaría una pérdida irre recuperable de la eficiencia del derecho.

Siguiendo la teoría libertaria de justicia, y en el mismo caso en cita, si con la decisión de “A” de hacer “Z” se afecta “B” en igual medida de las preferencias recíprocas, la decisión mas eficiente sería aquella que pueda justificar en mayor valor de la preferencia de alguno de ellos (típico ejercicio de ponderación en sentido amplio), y en caso de decidir en contra de la preferencia de “A” prohibiendo “Z”, no se hace por la existencia de un bien colectivo mas valioso que la preferencia prohibida, se justificaría en la medida en demostrar que la preferencia individual de “B” es mayor que la de “A”.

En igual sentido Arrow (1950) sostuvo que no puede equipararse el bien común a la “agregación de las preferencias individuales”¹⁰, pues resulta imposible medir de forma objetiva y veraz la manera como se agregan dichas preferencias al no existir ningún sistema de votación adecuado y consistente para probar que la agregación de preferencias individuales es igual a la preferencia colectiva. Lo anterior se conoce como el “teorema de la imposibilidad de Arrow”¹¹ el cual fue explicitado en un famoso modelo matemático que sirve de soporte científico a las tesis libertarias, para sostener la inexistencia de modelos de equidad que vayan mas allá que la garantía de los derechos y preferencias individuales.

Para Castellanos los estudios de Arrow arrojan conclusiones muy importantes para la construcción de una teoría de la justicia tales como:

(...) 1. Si un criterio de interés colectivo no se puede construir, entonces el único criterio relevante de la evaluación social es el de la eficiencia. Lo que

10 ARROW, Kenneth. “Social choice and individual values”. New York, Yale, 1963, pág.72

11 ARROW, Kenneth and DEBREU, Gerard. “Existence of and equilibrium for a competitive economy”, *Econometría*, New York, 1954. Pág. 18-32.

importa es que la sociedad sea eficiente, no equitativa. 2. La justificación de la democracia basada en que esta representa la voluntad popular carece totalmente de fundamento: según el teorema de Arrow, ni la democracia ni ningún otro sistema de agregación de preferencias individuales, es capaz de representar la voluntad popular. La democracia no se puede defender con el argumento “populista” de que representa el interés general, sino con el argumento “liberal” de que permite remover a los gobernantes ineptos. 3. Las condiciones institucionales son claves para entender las preferencias sociales. Es decir, las preferencias sociales que se expresan dependen del marco institucional a través del cual son consultadas: usted tiene unas instituciones, y eso produce mas preferencias sociales. Usted cambia el marco institucional, y usted obtiene unas preferencias sociales distintas (...)”¹².

No puede resumir mejor el pensamiento económico que sustenta la aproximación a la teoría de la justicia libertaria que la frase de Friedman: “(...) *No es que la eficiencia someta a la justicia, todo lo contrario, el nivel mas óptimo de eficiencia representa la justicia misma (...)*”¹³.

La teoría libertaria de la justicia desarrolló varios modelos económicos en búsqueda de un sustrato mas científico de sus postulados, además del teorema de Arrow (ya citado), a continuación se presentan (a título descriptivo) algunos modelos económicos tradicionales que resultan de utilidad para el presente estudio.

1.1.1 Modelo del Equilibrio General Neoclásico:

La economía clásica sentó las bases de la ciencia económica moderna a través de autores tan importantes y representativos como Adam Smith y David Ricardo,¹⁴ cuyos diversos aportes también se ubican en el campo de los presupuestos metodológicos de lo que Becker posteriormente de-

12 CASTELLANOS, García, Daniel. ¿Qué es la justicia? Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012. Pág. 46 y 47.

13 FRIEDMAN, Milton. “Lerner on the economics of control “. Journal of political economy, Chicago, 1947. Pág. 52.

14 Véase SMITH, Adam. “Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones”. Trad. Gabriel Franco, México, 1958, pág. 44. SMITH, Adam. “Wealth of nations”, ed. W.R. Scott, 1925, pág. 69. RICARDO, David. “Principios de economía política y tributación”. Fondo de Cultura Económica. México, 1992. Pág. 28.

nominaría el Homo Economicus¹⁵, creando un modelo que partía de la comprensión de tres características básicas del individuo que podían extrapolarse al conjunto universal de consumidores, las cuales son a saber: racionalidad, egoísmo y maximización.

Aunado a lo anterior, el modelo clásico pregonaba los esenciales de la libertad del individuo (la cual suele estar asociada intrínsecamente al concepto de eficiencia), la no intervención o mínima intervención del Estado en la economía (*laissez faire, laissez passer*), y por supuesto, la idea de que el mercado a través de la confluencia de las fuerzas de la oferta y la demanda es el mejor y mas eficiente asignador de precios.

Sin embargo, solo fue hasta que las tesis en cita fueron “matematizadas”, y comenzaron a darse modelos de aplicación de las mismas, que surgió lo que hoy conocemos como microeconomía, la cual nace de la retoma del pensamiento clásico pero con un gran énfasis en la marginalidad, utilidad y el equilibrio general, lo cual suele identificarse con un pensamiento económico neoclásico.

Los autores mas representativos de ésta “revolución neoclásica” fueron Carl Menger, William Stanley Jevons, León Walras y Alfred Marshall.¹⁶

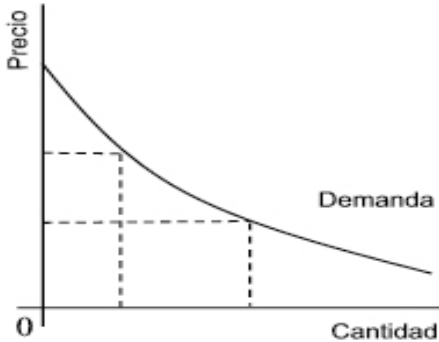
A continuación, se presentarán algunos de los conceptos básicos sobre los cuales se construye la teoría del equilibrio general neoclásico los cuales resultan útiles para la comprensión de los supuestos de la escuela de pensamiento en estudio.

1.1.1.1 Ley de la oferta y la Demanda:

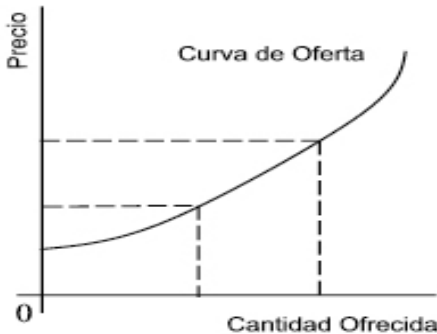
El equilibrio neoclásico parte de poner en interacción dos principales reglas: i) la ley de la demanda: manteniéndose todo lo demás constante, la cantidad demandada de un bien disminuye cuando su precio aumenta; por lo tanto, existe una relación inversamente proporcional entre precio y cantidad.

15 BECKER, William. “Homo economicus”. Chicago, 1981, pág 2.

16 Ver MENGER, CARL. “Principios de economía política”. Unión Editorial, México, 1997. Pág. 112-146. JEVONS, William Stanley. “The theory of political economy”. London 1871. Pág 68 -89. WALRAS, León. “Éléments d’ économie politique pure”. Paris, 1926. Pág 214 – 269. MARSHALL, Alfred. “Principles of economics”. London. 1980. pág 39 – 122.

Figura 1. La ley de la Demanda¹⁷:

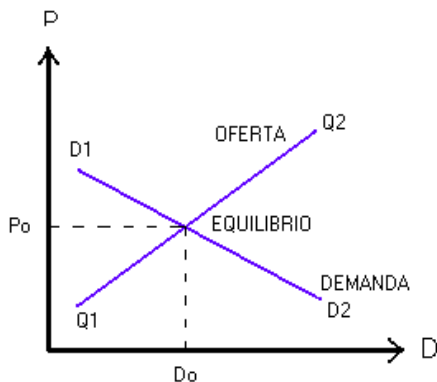
ii) la ley de la oferta: manteniéndose todo lo demás constante, la cantidad ofrecida de un bien aumenta cuando sube el precio; generándose una relación inversamente proporcional entre la oferta y la demanda.

Figura 2. La ley de la Oferta¹⁸:

La interacción de estas dos fuerzas (oferta y demanda) en un escenario de libertad de confluencia, genera que en algún punto se encuentren alcanzando el precio un nivel en donde la cantidad ofrecida y la demandada se igualan generando un equilibrio general.

¹⁷ <http://www.economia.ws/oferta-y-demanda.php> Consultado el 02 de febrero de 2012. 8:00am

¹⁸ <http://www.economia.ws/oferta-y-demanda.php> Consultado el 02 de febrero de 2012. 8.21 am

Figura 3. Equilíbrio geral¹⁹.

A estes conceitos básicos se les fueron agregando otros cuya utilidad para el estudio que nos ocupa resulta insoslayable, tal es el caso conceptos como: el excedente del consumidor, el excedente del productor, las curvas de indiferencia, la elasticidad y la utilidad marginal.

1.1.1.2. Excedentes del consumidor y del productor:

Por excedente del consumidor se entiende *“la disposición a pagar de un comprador menos la cantidad que paga realmente”*²⁰, es decir, que habrá excedente del consumidor cuando la cantidad que está dispuesto a pagar por un bien y/o servicio es menor a la que termina pagando efectivamente. Y por excedente del productor, ha de entenderse *“la cantidad que persigue un vendedor por un bien menos el coste de producirlo”*²¹.

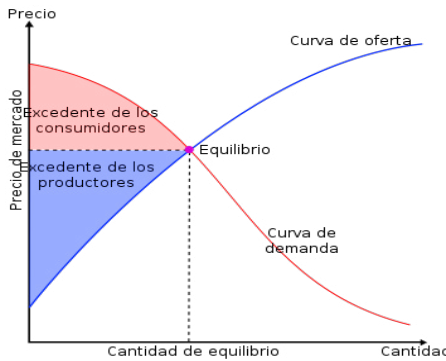
Un modelo económico que propenda por niveles eficientes de asignación de los recursos con una tendencia a igualar el excedente del productor con el excedente del consumidor se reputa en equilibrio logrando no solo una maximización del excedente total de los miembros de una sociedad, sino alcanzando una equidad prima facie respecto de dichos miembros.

19 <http://gitetur.wikispaces.com/Las+funciones+de+demanda+y+oferta+y+sus+movimientos>. Consultado 02 de febrero de 2012. 8:40am.

20 MANKIW, Gregory. “Principios de Economía”. Mc Graw Hill, Tercera edición, Madrid. 2004, pág 8.

21 MANKIW. Ob. Cit. Pág. 91.

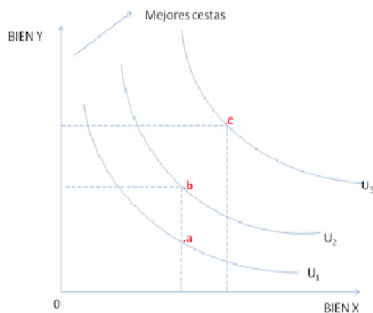
Figura 4. Excedentes del consumidor y productor en un modelo de equilibrio²².



1.1.1.3. Las Curvas de Indiferencia:

Las curvas de indiferencia en un modelo neoclásico del equilibrio representan las diferentes opciones de consumo que le reportan al consumidor un mismo nivel de satisfacción dentro de su restricción presupuestaria, lo cual resulta útil para poder medir o calcular la relación marginal de sustitución, es decir, *“relación a la que un consumidor está dispuesto a intercambiar un bien por otro”*²³.

Figura no. 5. Curvas de Indiferencia²⁴.



22 http://es.wikipedia.org/wiki/Archivo:Economic-surpluses_es.svg. Consultado el 10 de febrero de 2012. 5:00pm.

23 MNKIW. Ob. Cit. Págs. 280 y 281.

24 <http://jaimesuarez10.blogspot.com/2010/08/el-estudio-del-comportamiento-del.html>. Consultado el 02 de abril de 2012. 10:00pm.

De acuerdo con el modelo, los consumidores son racionales y maximizadores de la utilidad que le reporta la escogencia de determinadas preferencias, por lo tanto, las mismas pueden ser ordenadas de conformidad con los principios de transitividad²⁵, completitud²⁶ y monotonicidad²⁷, y, en consecuencia (en condiciones normales), tienen pendiente negativa, no se cortan entre sí y son convexas al origen.

1.1.1.4. Elasticidad de la Demanda y de la Oferta:

Otro concepto inescindible a la teoría general del equilibrio neoclásico es el de la elasticidad entendida como la “medida de la sensibilidad de la cantidad demandada o de la cantidad ofrecida a uno de sus determinantes”²⁸, es decir, la forma de medir cuantitativamente el nivel de respuesta de los oferentes y demandantes ante la introducción de variables a la relación directa de equilibrio.

La elasticidad – precio de la demanda se calcula *“dividiendo la variación porcentual de la cantidad demandada por la variación porcentual del precio”*²⁹, por ejemplo si cuando sube un 30% el precio de la gaseosa y la cantidad que consumimos de la misma (por efecto de la subida del precio) se reduce en un 10% la elasticidad de la demanda sería igual a:

$$\text{Epd: } 30/10$$

$$\text{Epd: } 3$$

De acuerdo al nivel de variación de la elasticidad – precio, la demanda puede ser: i) perfectamente inelástica (cuando la demanda es igual a cero); ii) inelástica (cuando la demanda es menor que 1); iii) elástica unitaria (cuando la demanda es igual a 1); iv) elástica (la elasticidad es mayor que 1); y, v) perfectamente elástica (cuando la elasticidad es igual a infinito).

25 Si a es mejor que b; y, b es mejor que c, entonces a es mejor que c.

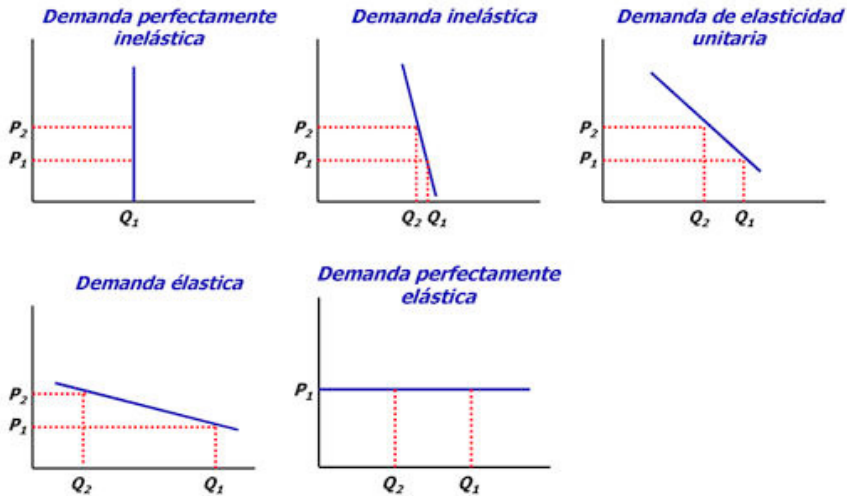
26 Siempre es posible ordenar “paquetes o canastas” de posibilidades de acuerdo a las preferencias.

27 Los individuos siempre prefieren mas a menos bienes y/o servicios.

28 MANKIW. Ob. Cit. Pág. 56.

29 MANKIW. Ob. Cit. Pág. 56.

Figura 6. Comportamiento de la elasticidad – precio de la demanda³⁰:



La elasticidad – precio de la oferta se calcula “*dividiendo la variación porcentual de la cantidad ofrecida por la variación porcentual del precio*”³¹. Por ejemplo, una subida del precio de los carros del 10% genera un aumento en la producción de los mismos del 20% entonces la elasticidad – precio de la oferta es igual:

$$\text{Epo: } 20/10$$

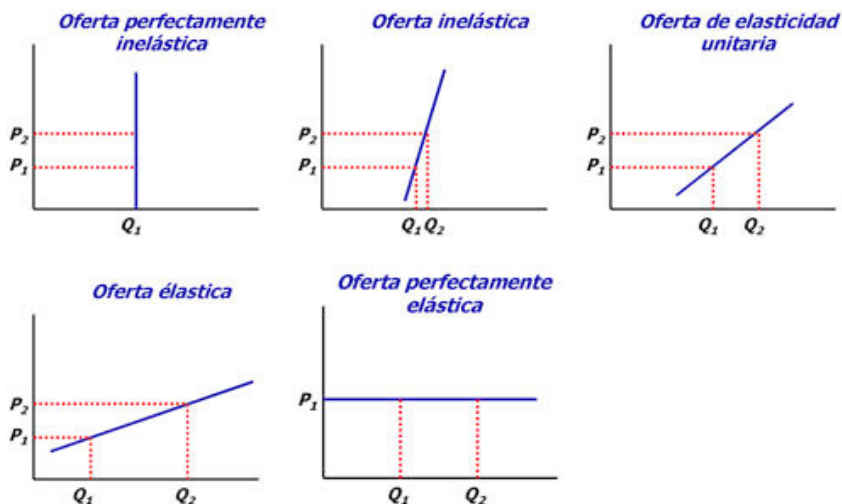
$$\text{Epo: } 2$$

De acuerdo con el nivel de la variación de la elasticidad – precio, la oferta puede ser: i) perfectamente inelástica (cuando la elasticidad es igual a cero); ii) inelástica (cuando la elasticidad es menor que 1); iii) elástica unitaria (cuando la elasticidad es igual a 1); iv) elástica (cuando la elasticidad es mayor que 1); y, v) perfectamente elástica (cuando la elasticidad es igual a infinito).

30 <http://www.gestiopolis.com/economia/economia-y-sus-conceptos.htm>. Consultado el 25 de abril de 2012 a las 11:00pm.

31 MANKIW. Ob. Cit. Pág. 62.

Figura 7. Comportamiento de la elasticidad – precio de la oferta³²:



El concepto de elasticidad es muy útil para establecer los niveles e impacto de las variaciones de las cantidades ofrecidas y demandadas ocurridas por la introducción de variables o determinantes que las hacen modificar.

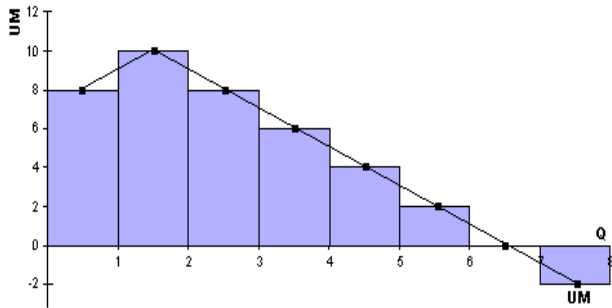
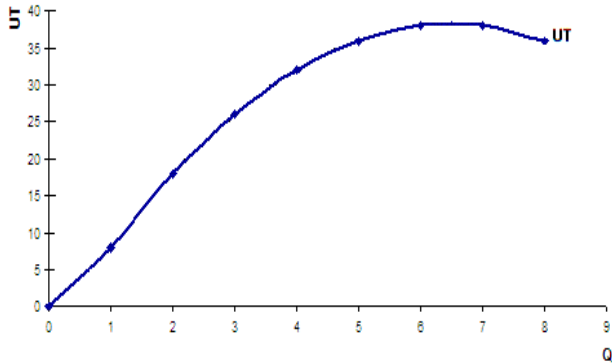
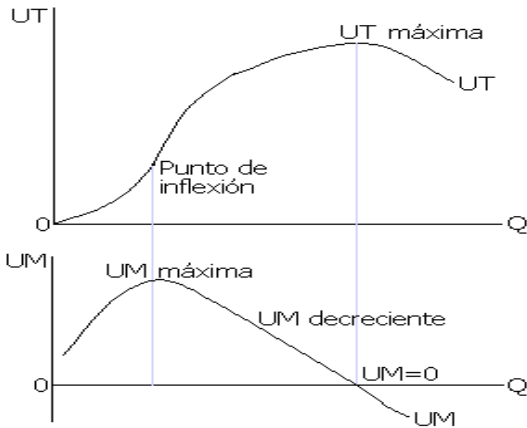
1.1.1.5. Utilidad Marginal:

La utilidad conforme a una visión Benthaminana de distribución se corresponde con “una medida abstracta de la satisfacción o la felicidad que reporta a un consumidor una cesta de bienes”³³. Por lo tanto, la utilidad marginal hace referencia a la satisfacción que le produce a un consumidor el hecho de consumir una unidad adicional del bien.

La noción de utilidad marginal decreciente expresa aquella situación en donde cuando mayor es la cantidad consumida menor es la utilidad marginal generada por cada unidad de consumo adicional.

32 <http://www.gestiopolis.com/economia/economia-y-sus-conceptos.htm>. Consultado el 25 de abril de 2012 a las 11:00pm.

33 MANKIW. Ob. Cit. Pág. 284.

Figura 8. Utilidad y Utilidad Marginal:³⁴.Figura 9. Utilidade Marginal Decreciente:³⁵.

34 <http://www.auladeeconomia.com/micro-material3.htm>. Consultado el 27 de abril de 2102. a las 9:00am.

35 <http://www.auladeeconomia.com/micro-material3.htm>. Consultado el 27 de abril de 2102. a las 9:00am.

La comprensión general del modelo del equilibrio neoclásico puede ser de utilidad para el juez constitucional de control abstracto (utilizando la técnica de proporcionalidad), ya que por medio del entendimiento y aplicación de sus esenciales puede establecer de alguna manera las consecuencias exógenas de su fallo sobre todo por el efecto erga omnes que acompaña al mismo, por ejemplo, en el momento de estudiar la constitucionalidad de una norma de carácter tributario, puede establecer el nivel de asignación y el alcance distributivo de la misma, los márgenes de aumento o reducción del excedente del consumidor, el grupo focal que potencialmente pudiera perjudicarse con la medida, el nivel de regresividad de dicha medida, etc., lo cual redundaría en la comprensión respecto de la conveniencia o inconveniencia de la medida no solo en términos jurídico – políticos sino además económicos.

De igual forma, en el ejercicio del control en concreto de constitucionalidad (utilizando la técnica de la ponderación), el juez constitucional puede establecer en la medición de los *pondus* de los principios, variables que le permitan conocer su margen de elasticidad, las curvas de indiferencia en el ejercicio de los mismos y la determinación del peso abstracto, dando como consecuencia una mejor comprensión y aplicación del coste de la decisión en términos absolutos y relativos lo cual genera la construcción de mejores asignaciones a través de la sentencia.

1.1.2 Modelo de Eficiencia y Óptimo Paretiana:

El economista Vilfredo Pareto postuló un modelo de eficiencia – equilibrio a partir de la premisa que “(...) una situación social es eficiente si no es posible mejorar a alguien sin empeorar a alguien mas (...)”³⁶; no obstante, dicha premisa ofrece dos clases diferentes de interpretaciones, una relativa y otra absoluta:

“(...) En la interpretación relativa, una situación social solamente puede ser eficiente o ineficiente en relación con otra. Por ejemplo diremos que una situación social a es eficiente con respecto a una situación social b si en la situación a todos los individuos, de manera unánime, dicen estar mejor o

36 PARETO, Vilfredo. “Manual of political economy”. London, 1906, pág. 33.

*igual que en la situación b. Por el contrario, si en la situación a algunos individuos están mejor que en la situación b, pero otros están peor, yo no puedo categorizar las situaciones a y b en términos de eficiencia. Por su parte, en la interpretación absoluta de la noción de eficiencia diré que una situación social a es eficiente si no hay ninguna otra situación social b en la que todos los individuos digan unánimemente que prefieren b a a. Por el contrario, diré que una situación social b es ineficiente si existe por lo menos una situación social a en la que todos los individuos digan unánimemente que prefieren a a b (...)*³⁷

La eficiencia paretiana evita enfrentar las comparaciones interpersonales de utilidad, basta con hacer comparaciones intra – individuales; no obstante, no es suficiente para definir la decisión mas equilibrada, pues la multiplicidad de elementos que puede tener una situación social “X” puede ser tal que puedan existir en términos relativos muchos resultados eficientes, pero en términos absolutos se generen ineficiencias.

Esta teoría llevada de forma sencilla al campo del consumo de los derechos, podría suponer que un derecho (bien) es igual a la sumatoria de los elementos intrínsecos que lo componen, por ejemplo si el derecho (bien) está compuesto por los elementos a, b, c y d, es decir X: (a+b+c+d); entonces, si una decisión Y está mejorando los elementos a, b y c pero empeorando d se podría decir que hay eficiencia relativa respecto a, b y c pero ineficiencia relativa en d; sin embargo si X es mirado de forma absoluta, la conclusión será que la decisión Y es ineficiente.

Por ejemplo si el derecho al debido proceso (DP) es entendido como la sumatoria de los principios y/o núcleos esenciales que lo integran a saber: legalidad (l), publicidad (p), contradicción (c), defensa (d), indubio (i), no reformatio in pejus (nip), nom bis in ídem (nii), nulidad de pleno derecho (npd); entonces, DP: (l+p+c+d+i+nip+nii+npd). Y una decisión judicial Z protege y/o mejora l, i, nip, nii y npd pero desprotege o desmejora p, c y d; entonces, podría decirse que respecto a los primeros elementos la decisión es eficiente pero respecto a los últimos la decisión es ineficiente; luego si puede escindirse DP se concluirá la eficiencia parcial de la medida, a con-

37 CASTELLANOS García, Daniel. ¿Qué es la justicia? Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012, pág 16.

trario sensu, si DP es considerado como un todo la decisión judicial Z será totalmente ineficiente.

Esta teoría puede tener aplicación en un escenario de control en concreto de constitucionalidad³⁸ (utilizando la técnica de ponderación) en donde exista una colisión de derechos y/o principios, pues ello generaría una comparación interpersonal³⁹; por el contrario, si el caso supone solo una verificación de lesión, amenaza, mengua o desmedro de un derecho en particular (sin colisión con otro), la eficiencia paretiana se ofrece como una herramienta para que el juez tome una decisión de protección intra - subjetiva del derecho con el mayor logro en el nivel de satisfacción o eficiencia del mismo.

Por último, se hace claridad que se está haciendo referencia a la eficiencia paretiana y no al óptimo de Pareto, pues éste último supone el problema de escoger la mejor decisión (decisión óptima) entre todas las decisiones eficientes posibles. Llevado al campo del consumo de los derechos, podría afirmarse que un óptimo de Pareto *“implica la relación de las utilidades marginales de los bienes para todos los consumidores (...) si tal igualación no se produjera, entonces al menos uno de los consumidores, en este modelo, no estaría obteniendo la máxima satisfacción posible con su ingreso disponible (...)”*⁴⁰.

El óptimo paretiano se diferencia de otros teoremas neoclásicos como el teorema del equilibrio walrasiano no solo en su formulación sino sobre todo en su aplicación⁴¹:

38 Por ejemplo, en la solución de acciones de tutela.

39 Para lo cual será mas equilibrados otros modelos que veremos mas adelante.

40 CUEVAS, Homero. “Teorías Económicas del mercado”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011, pág 278.

41 La siguiente tabla con base en MONSALVE, Sergio “Introducción a los conceptos de equilibrio en economía”. Universidad Nacional de Colombia. 1999, páginas 19 y 31.

Teorema o modelo del óptimo Paretiano	Teorema o modelo del Equilibrio Walrasiano ⁴²
Una asignación factible $\{(X_a, X_y), (X_b, Y_b)\}$ de una economía competitiva, es un óptimo de Pareto si no existe otra asignación factible $\{(X'_a, X'_y), (X'_b, Y'_b)\}$ tal que $U_i(X'_i, Y'_i) > U_i(X_i, Y_i)$ para todo i , y $U_j(X'_j, Y'_j) > U_j(X_j, Y_j)$ para algún j .	Sean ⁴³ : $U_i: R^2 + \text{_____} R$ $(X_i, Y_i) \text{_____} u_i(X_i, Y_i)$ para $i = A, B$, funciones de utilidad continuas, monótonas crecientes y cuasicóncavas estrictas y (W_xA, W_yA) y (W_xB, W_yB) las dotaciones iniciales de los consumidores A y B , respectivamente. Además, supongamos que si $P_j = 0$ entonces $Z_j: (P_x, P_y) > 0$ para $j = X, Y$ ⁴⁴ . Entonces existe algún par de precios positivos (P_x, P_y) tales que $Z_x(P_x, P_y) = 0$ y $Z_y(P_x, P_y) = 0$; es decir, existe un equilibrio walrasiano para la economía descrita por estas funciones de utilidad y dotaciones iniciales.

De lo anterior se colige que el óptimo paretiano sí exige una comparación intersubjetiva de preferencias y satisfacciones lo cual puede servir de herramienta para el juez constitucional en escenarios de control abstracto de constitucionalidad (acción pública de inconstitucionalidad, acción de nulidad por inconstitucionalidad), para medir las consecuencias de su decisión en el conjunto del mercado debido a los efectos erga omnes de esta clase de fallos.

1.1.3. Teoría del equilibrio Keynesiano

John Maynard Keynes fue uno de los economistas más influyentes del siglo XX quien a través de sus principales obras⁴⁵ fundó los presupuestos modernos de lo que hoy se conoce como macroeconomía.

Keynes refutó las teorías lesseferistas ortodoxas (principalmente las tesis de Hayek) y destacó el invaluable papel del Estado en la generación de políticas de intervención tendientes al aumento de la tasa de empleo y como consecuencia de ello, el aumento en la capacidad adquisitiva, el consumo y el bienestar general.

42 Denominado así por su creador León Walras.

43 $R^2 +$ es el cortante no negativo del plano cartesiano, es decir $R^2 + = \{(a,b) \in R^2/a > 0 = 0, b > 0 = a 0\}$

44 Esta hipótesis es conocida como el axioma de deseabilidad.

45 Por ejemplo, el "Tratado de la probabilidad", "Tratado sobre la reforma monetaria", "Cómo pagar la guerra" y "Teoría general del empleo, el interés y el dinero", entre otras.

No obstante, la propuesta keynesiana no se basa en un control y absoluta dirección del Estado en la economía, pues considera que esto conllevaría a modelos autoritarios profundamente ineficientes; por el contrario, propone que con fundamento en criterios de respeto por la libertad individual y la eficiencia, se construyan sistemas de intervención que permitan garantizar a través del aumento del empleo una mejor distribución de los recursos escasos disponibles en la economía. En punto de discusión afirma:

“(...) Los sistemas estatales autoritarios hoy en día parecen resolver el problema del desempleo a expensas de la eficiencia y la libertad. Es cierto que el mundo no toleraría por mucho tiempo el desempleo que, aparte de breves intervalos de auge, está asociado –y, en mi opinión, inevitablemente aceptado– con el individualismo capitalista presente. Pero puede ser posible, mediante un correcto análisis del problema, curar la enfermedad preservando la eficiencia y la libertad (...)”⁴⁶.

Partiendo de la importancia del rol que juega el Estado en la economía, Keynes propone el análisis de los fundamentales de las fuerzas del mercado (oferta y demanda), a partir no de una explicación endógena que los justifica así mismos, por el contrario, cuestiona la ley de Say⁴⁷ y plantea la discusión a través de la comprensión de agregados que permiten redefinir el concepto de equilibrio. Estos son a saber:

i) La Oferta agregada (OA)⁴⁸:

$$OA = C + A$$

Oferta agregada, es igual al ingreso y producto nacional.

Oferta agregada equivalente al volumen de empleo.

C = Consumo final (alimentación, vestuario, etc.)

A = Inversión producto.

ii) La demanda agregada (DA)⁴⁹:

$$DA = C + I_p + (G - R) + (X - M)$$

46 KEYNES, John Maynard. “Teoría del empleo, el interés y el dinero”. Fondo de Cultura Económica, México, 1990. Pág 88.

47 Tosa oferta genera su propia demanda.

48 Siguiendo los postulados desarrollados en Keynes. Ob. Cit.

49 Siguiendo los postulados desarrollados en Keynes. Ob. Cit.

Componentes de la demanda agregada (DA) y la solución al desempleo
Consumo (C)

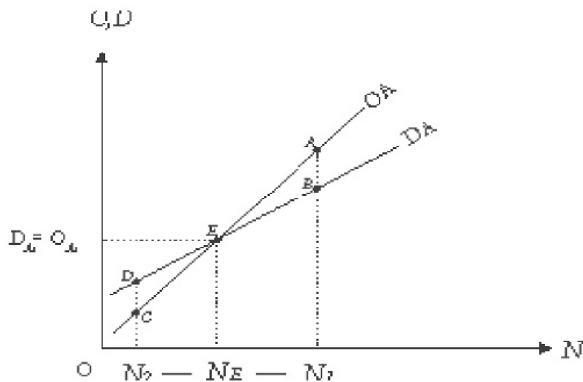
Inversión planeada (I_p)

Gasto público menos impuestos (G-R)

Exportaciones menos importaciones (X-M).

La convergencia de la oferta y la demanda agregada genera un nuevo escenario de equilibrio así:

Figura 11. Equilibrio a partir de la oferta y la demanda agregada⁵⁰:



Explicando este modelo de equilibrio concluye Cuevas: “(...) *En síntesis, a niveles de empleo mayores a N_e (como N_1) se pone en acción un mecanismo para disminuir el nivel de empleo, y a niveles menores que N_e (como N_2) se pone en acción un mecanismo para aumentar el nivel de empleo. Este tiende automáticamente, entonces, hacia N_e . Esto significa que N_e es el nivel de empleo de equilibrio (...)*”⁵¹.

Al respecto afirma Fernández haciendo alusión al modelo keynesiano:

“(...) Es muy conveniente que quienes están interesados en entender la política económica se familiaricen con el uso de esos diagramas, mientras no pierdan de vista los supuestos que están detrás de las curvas (...) no se debe olvidar que las formas de esas curvas y la magnitud de sus despla-

50 Tomado de CUEVAS. Ob. Cit. Pág. 322.

51 CUEVAS. Ob. Cit. Pág. 322.

*mientos dependen de las características del mercado de trabajo, el mercado del producto, y el mercado monetario (...)*⁵².

El entendimiento del juez constitucional del modelo de equilibrio keynesiano, le permite reconocer el contenido distributivo de las normas (leyes o decretos), de naturaleza económica sobre las cuales hace control, y, concomitante a ello, los efectos sobre dicho contenido distributivo generados por la decisión que pretenda adoptar, advirtiendo sus consecuencias y los alcances en su efecto útil en la política económica del Estado. Lo anterior, resulta importante a la hora de fallar sobre la exequibilidad (simple o modulada) y/o inexecutable de normas referentes a temas como tratados de libre comercio, impuestos, hacienda pública, servicios públicos domiciliarios, competencia, consumo, etc.

1.1.4. Teoría Institucionalista y equilibrio institucional.

La teoría institucional (y el nuevo institucionalismo), fueron mas allá del estudio de las relaciones de transacción existentes entre productores y consumidores en el escenario del libre mercado, cuestionan el modelo del equilibrio perfecto neoclásico pues considera que éste no tiene en cuenta un factor absolutamente vital para el análisis de las relaciones económicas y la forma como se manifiestan en el mercado, dicho factor lo constituye: Las Instituciones.

Los principales exponentes del institucionalismo son Douglas North⁵³ y Oliver Williamson⁵⁴ quienes a través de unos supuestos de análisis tales como el individualismo metodológico, la maximización de la utilidad, la racionalidad limitada y el comportamiento oportunista, explicaron el rol que juegan las instituciones y el diseño institucional en la forma como se asignan y distribuyen los recursos en una sociedad.

Para North las instituciones son *“(...) restricciones que surgen de la inventiva humana para limitar las interacciones políticas, económicas y so-*

52 FERNANDEZ RIVA, Javier. “Modelos clásico y keynesiano. Un enfoque teórico con especial atención a su relevancia para la economía colombiana”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007, pág. 61 y 62.

53 Ver “Instituciones, cambio institucional y desempeño económico”.

54 Ver “Las instituciones económicas del capitalismo”, “Comportamiento y desarrollo institucional”.

*ciales (...)*⁵⁵. Estas a su vez pueden ser formales tales como las constituciones, leyes, decretos, etc., pero también existen instituciones informales como los usos y costumbres sociales que en su conjunto forman el “ambiente institucional” sobre el cual se limitan y/o permiten las interacciones y/o transacciones.

Los institucionalistas otorgan especial interés a la variable temporal y la forma como esta va mutando y adecuando los arreglos institucionales, lo cual es bastante útil para hacer mas detallados análisis comparativos en la evolución que experimentan ciertos diseños en el corto, mediano y largo plazo y su forma de adaptarse sobre todo a las transformaciones experimentadas en las instituciones informales.

Williamson por su parte, desarrolló un estudio de la importancia del análisis de los costos de transacción en la eficiencia empresarial el cual puede extrapolarse a diferentes campos de los escenarios de intercambio⁵⁶.

El equilibrio institucional es definido por North así:

“(...) una situación en que dada la fuerza negociadora de los jugadores y el conjunto de operaciones contractuales que componen un intercambio económico total, ninguno de los jugadores consideraría ventajoso dedicar recurso a reestructurar los acuerdos. Obsérvese que una situación así, no significa que todo el mundo esté satisfecho con las normas y contratos existentes, sino sólo que los costos y beneficios relativos de alterar el juego, entre las partes, indican que no es aconsejable hacerlo (...)⁵⁷.

El referido equilibrio, (anota Pinzón) por una parte se asemeja al concepto de equilibrios inestables que propone la teoría general de sistemas, en donde los puntos de estabilidad del sistema son temporales y mutan conforme a la adaptación del organismo con su entrono; por otra parte,

55 NORTH. Ob. Cit. Pág. 24.

56 Respecto a la relación entre costos de transacción y cambio institucional sostiene Pinzón:“(...) Al analizar las razones por las cuales se generan los cambios marginales en el ambiente institucional, se observa, que éstos son el resultado de un análisis costo – beneficio que realiza cada uno de los agentes que se ven afectados por el arreglo institucional vigente. Así, si los recursos que se deben invertir para propiciar el cambio, producen beneficios superiores a dicha inversión, el agente tendrá razones para intentar llevar a cabo esa iniciativa. En caso contrario, es posible que se esté frente a un escenario de equilibrio institucional (...)” PINZON Camargo, Mario Andrés. “Aproximaciones al análisis económico del derecho”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010. Pág. 95.

57 NORTH. Ob. Cit. Págs. 113 y 114.

también tiene estrecha relación con el equilibrio de Nash⁵⁸ por la falta de incentivos que tienen los agentes para cambiar y/o mutar su posición.

El conocimiento de los presupuestos metodológicos del institucionalismo es importante para el juez constitucional, pues le sirve como herramienta analítica para analizar entre otras cosas, las transformaciones que va experimentando la sociedad (instituciones informales) en relación con las reglas positivas que la regulan (instituciones formales) y así entender la necesidad de cambiar el precedente cuando las segundas han sido palmaria-mente superadas por las primeras.

Por ejemplo, hace unos años nuestro ordenamiento jurídico establecía que los hijos nacidos por fuera del matrimonio eran de “dañado y punible ayuntamiento” (posteriormente se les denominó “naturales”), y en razón a dicha condición, les era proscrito la asignación de algunos derechos de los cuales solo gozaba el hijo “matrimonial”. Lo anterior debido al marcado confesionalismo que regía en la época tanto en la costumbre como en las normas positivas. En la actualidad, dichas instituciones formales tuvieron que ser replanteadas conforme también, cambió la dinámica social para entender que tanto los unos como los otros tienen los mismos derechos.

Este análisis de dinámica temporo – institucional, lo ha empleado la Corte constitucional por ejemplo en temas como el aborto, eutanasia, matrimonio y adopción en parejas del mismo sexo, en donde conforme a la lectura de una específica dinámica social en las primeras sentencias no se reconocía (o su reconocimiento era tímido y minoritario), la posibilidad de aplicar estos derechos sin caer en el quebrantamiento de la norma positiva, pero que con el paso del tiempo (importante variable institucional) se fue adaptando y morigerando su posición al punto de reconocer en la actualidad: i) tres circunstancias de no punibilidad del aborto⁵⁹, ii) el derecho a morir dignamente⁶⁰, iii) igualdad de derechos pensionales y seguridad

58 El cual ha de estudiarse en el presente acápite.

59 A saber, malformación grave del feto, riesgo médico para la vida de la madre y haber sido la concepción producto de un acceso carnal violento (Sentencia C-355 de 2006).

60 Bajo el entendido que la eutanasia puede ser vista como una forma negativa de proteger el derecho iusfundamental a la vida en condiciones dignas (Sentencia C-239 de 1997).

social⁶¹, igualdad en derechos políticos⁶², igualdad en status de relación⁶³ y adopción⁶⁴ (cuando uno de los miembros de la pareja es el padre y/o madre biológico) respecto de parejas del mismo sexo.

1.2 La Teoría Igualitaria de la Justicia.

Entendemos por Teoría igualitaria de la justicia al conjunto de tesis y/o modelos de justicia que se centran en la igualdad para derivar lo que se entiende por equidad en las decisiones individuales y/o colectivas, con soporte en el bien común y en procura de aumentar el bienestar general (no solo como una exigencia política sino principalmente como un deber ético); además, es una constante en el pensamiento “igualitario” el papel protagónico del Estado como planificador, generador de diseños institucionales y veedor de los consensos.

Aunque de ninguna manera se pueden desconocer los invaluable aportes de Marx y Engels⁶⁵, entorno a las tesis igualitarias que inspiraron sus trabajos, en procura de demostrar i) como el Estado resulta ser un aparato de dominación para perpetuar en el poder a la clase burguesa, ii) como el burgués se queda ilegítimamente con parte del fruto del trabajo del proletariado a través de la plusvalía⁶⁶, iii) como a través de la dominación de la clase burguesa sobre la clase proletaria se está reinvertiendo el verdadero “orden social”⁶⁷, etc., sus tesis no permiten articular un modelo de justicia con criterios de eficiencia económica institucional, por lo tanto, a efectos del presente trabajo, se estudiarán como los principales exponentes de la Teoría igualitaria de la Justicia a Jeremy Bentham, John Rawls, Amartya Sen, Gauthier y John Nash (entre otros), cuyos trabajos y estudios revelan

61 Sentencia C-075 de 2007 y C-577 de 2011.

62 Sentencia T-911 de 2009.

63 Sentencia c-577 de 2011.

64 Sentencia SU-617 DE 2014.

65 En obras como “El Capital”, “El manifiesto comunista”, “Del socialismo utópico al socialismo científico”, entre otras.

66 La cual constituye la teoría económica del valor en Marx.

67 Ya que Marx afirma en “el capital” que en un comienzo dicho orden estaba jerarquizado en prioridad a quien era el dueño de la tierra (terratiente), luego a éstos les fue arrebatado el poder por quienes son los dueños del medio de producción denominado capital (los capitalistas), pero tanto unos y otros dependen para existir de la fuerza laboral del proletariado, el cuál resulta ser el mas importante en la relación de producción, entonces conforme a un nuevo orden social debería ser el proletariado quien detentara el poder. Lo anterior extraído de las reflexiones de MARX, Carl. “El Capital”. Fondo de Cultura Económica, México, 1987. Pág. 35 a la 74.

una clara inclinación igualitaria pero con fundamento en criterios de eficiencia; sin embargo, sus postulados resultan disímiles entre sí debido a sus particulares posturas epistemológicas, políticas y económicas, razón por la cual expondremos su pensamiento de forma separada.

1.2.1. La teoría utilitarista de la justicia.

Jeremy Bentham fundó las bases teóricas del utilitarismo (el cual fue seguido y robustecido posteriormente por varios políticos, juristas y economistas)⁶⁸, centrado en la premisa (elevada a principio de utilidad) de que la justicia consiste en proveer del mayor grado de felicidad al mayor número de personas posibles:

“(...) Los seres humanos están bajo el gobierno de dos amos soberanos, el placer y el dolor (...) principio que aprueba o desaprueba cualquier acción de acuerdo con la tendencia que parezca tener de aumentar o disminuir la felicidad de la parte cuyo interés esté en cuestión, o, lo que es lo mismo en otras palabras, de promover u oponerse a esa felicidad (...)”⁶⁹.

Por lo tanto, el mayor valor de la función social de la utilidad es la felicidad, y esta se logra según Bentham a partir de la sumatoria de la felicidad individual; es decir, por medio de la suma agregada de preferencias de felicidad individual. De ahí deviene que el interés colectivo es la suma de los intereses individuales y al alcanzarlo se logra la justicia social.

Aunque la tesis utilitarista se suele adscribir a la teoría de justicia de corte igualitarista, pues i) reconoce la existencia del bien común, ii) cree en la suma agregada de preferencias, iii) persigue un aumento en la felicidad colectiva; no necesariamente resulta ser una teoría redistributiva, ya que la función de utilidad social se mide en relación de la felicidad del mayor número posible de personas, es decir, de la mayoría. Hecho que llevado a una praxis económica restrictiva, significaría una justificación para la exclusión de la felicidad de las minorías, aunado a que lo importante es la consecución en el aumento total de la felicidad sin reparo en la forma como

68 Por ejemplo, John Mill, Sidgwick, Beltine, Cristemuar, entre otros.

69 BENTHAM, Jeremy. “The principles of morals and legislation”, In: Collection Great Books in philosophy, Prometheus Books, 1998. Pág 1.

se distribuye individualmente dicha ganancia colectiva, en otras palabras, lo importante es el crecimiento en términos absolutos aunque exista una fuerte brecha en la asignación relativa.

Estudios mas recientes sobre la felicidad como concepto económico de asignación y distribución, cuestionan la forma como se determinan y agregan las preferencias para construir a partir de lo individual un criterio ampliado de lo que es la felicidad colectiva. Por ejemplo, Robert y Eduard Skidelsky⁷⁰ partiendo de Epicuro quien afirmaba que “Nada es suficiente para quien lo suficiente es poco”, develan la función expansiva del utilitarismo fincada en los deseos insaciables del individuo por alcanzar objetivos que muchas veces le son impuestos a partir de la función ampliada de conveniencia colectiva.

En el mismo sentido, Ariely⁷¹ afirma que como los seres humanos somos predeciblemente irracionales (pues repetimos sistemáticamente siempre los mismos errores), no resulta eficiente crear una función de utilidad con base en suma agregada de preferencias en términos absolutos, ya que la mayoría de las personas tomamos decisiones en relación con las alternativas disponibles, es decir, decidimos en contexto y generalmente eliminando los usos mas difíciles de elección, por lo tanto, resulta poco factible un método que racionalmente determine bajo efectos de homologación lo que se debe entender por “felicidad colectiva”.

Para Macmahon⁷², la felicidad es resultado de una evolución en la construcción de las preferencias individuales pero siempre marcadas por un profundo referente colectivo; por lo tanto, históricamente la felicidad pasó de ser el regalo de los Dioses (lo opuesto a la tragedia), a convertirse en una especie de derecho natural al cual aspiran todos los hombres, y es sobre esta última acepción de felicidad que la misma se construye como función de utilidad.

El utilitarismo ha sido aplicado por parte del juez de control de constitucionalidad en concreto (en tratándose de resolver por ejemplo las ac-

70 SKIDELSKY, Eduard y SKIDELSKY Robert. “Cuánto es suficiente. ¿Qué se necesita para una “buena vida”?”. Colección Letras de crítica, Madrid, 2012.

71 ARIELY, Dan. “Las trampas del deseo. Cómo controlar los impulsos irracionales que nos llevan al error”. Ariel, Madrid, 2008.

72 MCMAHON M., Darrin. “Una Historia de la felicidad”. Traducción Jesús Cuellar y Victoria Gordo. Taurus, Madrid, 2006.

ciones populares), pues le permite decidir entorno a conceptos que no son esencialmente jurídicos (y que de serlo, serían conceptos jurídicos indeterminados tales como el interés general, el interés colectivo, los derechos difusos, etc.), partiendo de justificar su decisión en la protección de un bien colectivo cuyo valor se determina por la sumatoria de los bienes individuales, estableciendo que debe operar la protección del derecho colectivo si la felicidad total de la población es menor que la felicidad individual de quien esta generando la violación o amenaza del bien colectivo. Para ello, desde la tesis utilitarista podría optar por dos posiciones:

i) Establecer la viabilidad de la protección del derecho colectivo en función del aumento o disminución de la felicidad total de la población; es decir que el derecho colectivo “A” se protege solo si la felicidad total “B” es reducida por la amenaza y/o violación de “C”, incluyendo para la obtención de “B” la ganancia de “C” o el aporte de “C” para conseguir “B”.

ii) Establecer la viabilidad de la protección del derecho colectivo en función del aumento o disminución de la felicidad total de la población; es decir que el derecho colectivo “A” se protege solo si la felicidad total “B” es reducida por la amenaza y/o violación de “C”, sin tener en cuenta para la obtención de “B” la ganancia de “C” o el aporte de “C” para conseguir “B”.

Para ilustrar lo anteriormente anotado, piénsese en un proceso de acción popular en donde se está demandando la protección del derecho al goce de un ambiente sano presuntamente perturbado por el ruido que ocasiona en la población el ejercicio de extracción minera que hace una compañía en un municipio X y en donde no existen opciones intermedias a prohibir o permitir el accionar de la empresa.

El juez para solucionar el caso bajo la hipótesis i) debería tener en cuenta tanto los daños como las bondades que la empresa esté generando con esa explotación, pues si la felicidad colectiva entorno al ruido se ve disminuida, pero respecto del trabajo local que genera la empresa dicha felicidad se ve aumentada, entonces, se debería hacer un análisis comparativo de la felicidad total la cual está siendo influida por ambas variables.

Por el contrario, bajo la adopción de la hipótesis ii) el juez solo debería corroborar que la amenaza o violación que se arguye se presente y que esta

disminuya la felicidad total pero solo en relación con el ruido que provoca la actividad de extracción.

Nótese que, sin importar la derivación, el juez constitucional estaría utilizando una función de utilidad social creada a partir de la suma agregada de preferencias individuales.

1.2.2 La Teoría Igualitarista de la Justicia como equidad

Para alguna parte de la doctrina calificada la Teoría igualitarista de la Justicia nace como ejercicio teórico – sistemático en la tesis utilitarista Benthamiana (descrita anteriormente); no obstante, los partidarios del “garantismo igualitario”⁷³, reconocen en John Rawls el padre del igualitarismo a partir de su obra cumbre “A theory of Justice” publicada en 1971. Algunos de los múltiples aportes de Rawls respecto a la construcción de la Justicia con un enclave en la igualdad son:

i) Reconoce a la Justicia como la primera virtud de las instituciones sociales, cuestionando los diseños institucionales fundamentados solo en criterios de eficiencia con desconocimiento de la igualdad, respecto de los cuales los cataloga directamente como injustos:

“(...) La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento. Una teoría, por muy atractiva, elocuente y concisa que sea, tiene que ser rechazada o revisada sino es verdadera; de igual modo, no importa que las leyes e instituciones estén ordenadas y sean eficientes: si son injustas han de ser reformadas o abolidas (...)”⁷⁴

ii) Encuentra en la imparcialidad en la formación de las reglas o instituciones que rigen a una sociedad (contrato social), un punto *sine quanon* para hablar de justicia igualitaria.

El epicentro de la acción política se encuentra en la construcción de consensos como expresión y materialización natural de la proyección de los valores individuales y colectivos. ¿Cómo evitar que el abuso arbitrario de la

73 Concepto acuñado por Francis Roger al referirse al efecto distributivo generado por la adopción de modelos Sociales de Derecho y Bienestar bajo los movimientos neoconstitucionalistas.

74 RAWLS, John. “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1997. Pág. 17.

individualidad se apodere de la construcción del consenso y, por lo tanto, se produzca un no consenso, pero con efectos generales? Una forma racional de ejecutar el proceso referido es a través de lo que Rawls denominó “*construcción de las reglas colectivas distantes*” por medio de las cuales se genera un sistema de organización de las sociedades que garantiza un resultado económico eficiente basado en un acuerdo político sobre la equidad mínima que los asociados consideran justa.

Para que ese consenso sea legítimo debe partir (posición original) de un acuerdo *ex ante* sobre una situación hipotética distante o, también llamado por Rawls, *unas reglas distantes detrás de un velo de incertidumbre*:

“(...) Cuando a una sociedad se le cuestiona sobre cuáles deberían ser las reglas que las rijan y no pueden anticipar cómo les iría, o que saldrán ganando o perdiendo es muy probable que se pongan de acuerdo sobre un marco regulador que se legitima por el consenso. Es importante el velo de la ignorancia sobre lo que podría pasar para evitar que la racional choice termine buscando la maximización del interés individual. Así se alcanza una acción social satisfactoria así no sea óptima (...)”⁷⁵

En el mismo sentido:

“(...) resulta coincidente los estudios realizados al interior de la denominada escuela de la ‘Escogencia Pública’ entre otros representada por Buchanan (1986) y Tullock (2001), en donde se plantea que procesos constitucionales que no son imparciales en términos de elección tras el ‘velo de la incertidumbre’, generan instituciones que protegen e incentivan actividades tendientes a la captura de rentas (rent seeking) con efectos redistributivos notables (...)”⁷⁶.

Del referido principio de imparcialidad, se derivan a su vez dos principios de justicia esenciales:

“(...) 1. Cada persona ha de tener un derecho igual al mas extenso sistema total de libertades básicas compatible con un sistema similar de libertad para todos. 2. Las desigualdades sociales y económicas han de ser estruc-

75 RAWLS, John. OB. Cit. Pág. 42.

76 Tomado del concepto del evaluador anónimo del artículo “La ponderación de derechos en el estado de escasez. Entre la dimensión de peso jurídica y la eficiencia económica. QUIROGA Natale, Edgar. Ob. Cit. Pág 140.

*turadas de manera que sean para: a) Mayor beneficio de los menos aventajados, de acuerdo con un principio de ahorro justo⁷⁷, y b) Unidos a los cargos y las funciones asequibles a todos, en condiciones de justa igualdad de oportunidades (...)*⁷⁸.

iii) Se opone al utilitarismo al considerar que la felicidad no puede constituir una función de utilidad social, en la medida que es no puede medir de forma homogénea y objetiva, por el contrario, Rawls propone como estándar para saber quienes son los “mas o menos aventajados” un índice de bienes primarios entre los cuales se encuentran: derechos, libertades, oportunidades y poderes, así como ingreso y riquezas.

A Theory of Justice es una de las teorías filosóficas, políticas y económicas mas influyentes del siglo XX, y una de las que mas ha impactado la ciencia jurídica con especial énfasis la justicia constitucional. El entendimiento de los principios igualitarios de Rawls y su corresponsal armonía con los postulados esenciales del Estado Social de Derecho, han “seducido” notablemente a nuestra Corte Constitucional sobre todo en lo que se ha denominado el “test de igualdad” en tratándose de identificar las situaciones sociales en las cuales puede aplicarse o no la cláusula de igualdad en sus diferentes manifestaciones o mandatos⁷⁹:

- i. Trato igual entre iguales.
- ii. Trato desigual entre desiguales.
- iii. Trato Paritario: Si hay igualdades y diferencias, pero las igualdades son mayores.
- iv. Trato Diferenciado: si hay igualdades y diferencias, pero las diferencias son mayores.

77 También llamado principio de la diferencia o criterio maximim.

78 CASTELLANOS. Ob. Cit. 74.

79 “(...) Del principio de igualdad pueden a su vez ser descompuestos en cuatro mandatos: (i) un mandato de trato idéntico a destinatarios que se encuentren en circunstancias idénticas, (ii) un mandato de trato enteramente diferenciado a destinatarios cuyas situaciones no comparten ningún elemento en común, (iii) un mandato de trato paritario a destinatarios cuyas situaciones presenten similitudes y diferencias, pero las similitudes sean más relevantes a pesar de las diferencias y, (iv) un mandato de trato diferenciado a destinatarios que se encuentren también en una posición en parte similar y en parte diversa, pero en cuyo caso las diferencias sean más relevantes que las similitudes. Estos cuatro contenidos tienen sustento en el artículo 13 constitucional, pues mientras el inciso primero del citado precepto señala la igualdad de protección, de trato y en el goce de derechos, libertades y oportunidades, al igual que la prohibición de discriminación; los incisos segundo y tercero contienen mandatos específicos de trato diferenciado a favor de ciertos grupos marginados, discriminados o especialmente vulnerables (...). Corte Constitucional. Sentencia C- 250 de 2012. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Los anteriores mandatos de igualdad establecidos en el precedente constitucional, en gran parte son el desarrollo de los principios igualitarios de Rawls, ya que nuestro artículo 13 superior⁸⁰ que establece la cláusula de igualdad (aunque es poli - semántico) no es política, económica y mucho menos éticamente neutro, pues establece la existencia de una igualdad formal ante la ley; pero de forma concomitante reconoce la existencia de una desigualdad material⁸¹ ordenando la adopción por parte del Estado de acciones afirmativas (en favor de los grupos discriminados, marginados o en situación de debilidad manifiesta) para lograr una igualdad real y efectiva.

Por medio de las acciones afirmativas de igualdad se estarían mejorando a quienes están peor en una sociedad, y, en consecuencia, posterior a la materialización de dichas acciones todos quedarían en un campo relativo de igualdad material. Este argumento reiteradamente utilizado por nuestro órgano de cierre constitucional⁸², es absolutamente coincidente con el principio de la diferencia o criterio maximim Rawlsiano.

1.2.3 La Teoría Igualitarista de la Escogencia Social.

El mas importante expositor de esta teoría es Amartya Sen quien a través de sus rigurosos trabajos⁸³ realiza significativos aportes a la teoría de la justicia, la comprensión sobre la igualdad relevante, la escogencia social, la ética en el ejercicio económico, entre otros.

Para los efectos del presente estudio, se hará referencia a título descriptivo respecto de algunos argumentos de invaluable relevancia en el pen-

80 ARTICULO 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad.

81 Pues de facto existen en términos Rawlsianos unos mas aventajados que otros.

82 Ver por ejemplo sentencias T-386 de 2013. C-250 de 2012, C-818 de 2010, C-667 de 2006, C-174 de 2004, entre otras.

83 Véase, por ejemplo: i) "Bienestar, justicia y mercado". Paidós, Barcelona, 1997. ii) "Collective choice and social Welfare", Colection Advanced Texbooks in Economics, 1979. iii) "Interpersonal agregation and partial comparability", *Econometrica*, 1970. iv) SEN, Amartya. "The Idea of Justice". Cambridge, 2009. v) "The impossibility of a Paretian liberal". *Journal of political economy*, 1978, entre otros.

samiento de Sen que convergen en la construcción de un estatuto económico para una tesis igualitaria de la justicia, a saber:

i) Cuestiona el teorema de la imposibilidad de Arrow y planteó las condiciones necesarias para poder agregar preferencias individuales en una decisión colectiva. Lo anterior, rescata la idea de crear un criterio normativo económico a partir de la identificación de la restricción del valor de las preferencias individuales que permite que el sistema electoral de la mayoría sea transitivo.

Sumado a ello, también planteó escenarios de cuasi – transitividad respecto de las preferencias sociales resultantes de la agregación individual:

“(...) Sen mostró que una regla de agregación también se puede obtener, no restringiendo su dominio, sino los requerimientos sobre las preferencias sociales resultantes. En vez de que estas sean completas y transitivas, todo lo que se les exige es que sean cuasitransitivas. La cuasitransitividad dice que, si X es preferido a Y, y Y a Z, entonces X debería ser preferido a Z. Esto es como la transitividad, pero no requiere que la indiferencia sea transitiva (...)”⁸⁴.

ii) Introduce el respeto de la esfera mínima de los derechos personales – individuales como una restricción a la decisión colectiva, demostrando la imposibilidad de un “paretiano liberal”. Dicha restricción garantiza que en una *public choice* no se sacrifiquen los derechos y libertades esenciales del individuo; es decir, que resulta válida de la agregación de preferencias individuales para la creación de la decisión colectiva siempre y cuando el proceso de agregación respete los fundamentos mínimos de la agregación individual.

iii) Plantea una teoría de la justicia por fuera del marco tradicional en donde la preocupación es hallar la naturaleza de la justicia perfecta, por el contrario, su interés radica en proponer herramientas para el mejoramiento de la justicia a partir de la reducción de la injusticia, estudiando los diversos supuestos sobre la comparabilidad interpersonal en la generación de una regla de decisión colectiva.

84 CASTELLANOS. Ob. Cit. Pág. 52.

Contempla la posibilidad de la divergencia individual en el momento de la agregación subjetiva de preferencias, pero lejos de ver en ello una imposibilidad para la construcción de una teoría de la justicia, lo que supone es que la misma no se construye sobre una sola razón, sino varias razones de justicia producto del ejercicio del pesamiento y el raciocinio humano:

“(...) Aquí se sostiene que puede haber distintas razones de justicia y cada una sobrevive al escrutinio de la crítica, pero da pie a conclusiones divergentes. Argumentos razonables en direcciones opuestas pueden surgir de personas con diversas experiencias y tradiciones, pero también pueden emanar de una sociedad determinada o incluso de la misma persona. Existe una necesidad de argumentación razonada, con uno mismo y con los otros, para lidiar con reivindicaciones enfrentadas, en lugar de lo que se puede llamar “tolerancia indiferente”, que se escuda en la comodidad de una postura perezosa, del estilo “tú tienes razón en tu comunidad y yo tengo razón en la mía”. El razonamiento y el escrutinio imparcial son esenciales (...)”⁸⁵.

iv) Propone que los problemas acerca de la “injusticia irremediable” no necesariamente son producto de malos o inadecuados diseños institucionales; por el contrario, el origen de dichas injusticias lo encuentra en el mismo comportamiento humano y la manera como los individuos interactúan en la constante revelación de sus preferencias:

“(...) La justicia guarda relación, en última instancia, con la forma en que las personas viven sus vidas y no simplemente con la naturaleza de las instituciones que las rodean. En contraste, muchas de las principales teorías de la justicia se concentran de manera abrumadora en cómo establecer “instituciones justas”, y conceden una función subsidiaria y dependiente a las cuestiones relacionadas con el comportamiento. (...) El énfasis en las vidas reales para la evaluación de la justicia tiene muchas implicaciones de largo alcance para la naturaleza y el alcance de la idea de justicia (...)”⁸⁶.

85 SEN, Amartya. “The Idea of Justice”. Cambridge, 2009, pag. 14.

86 SEN, Amartya. Ob. Cit. pag. 15.

Sin duda alguna los aportes de Sen superan los campos estrictamente filosóficos y económicos, pues han tenido importante eco y relevancia en el derecho constitucional y una aplicación notoria en tres escenarios especiales relacionados con la sentencia constitucional a saber:

i) La necesidad de construir la legitimidad exógena de la sentencia a partir de la legitimidad endógena de la misma; es decir, que al no existir respuestas correctas en el derecho (o en gracia de discusión al no existir una sola respuesta correcta), es necesario que el juez construya la legitimidad de su decisión a partir de la coherencia interna que ésta debe tener en cuanto a lo esgrimido, producto del ejercicio propio de la inteligencia (razón) en relación causal entre lo que se interpreta y lo que se argumenta.

ii) La necesidad de contextualizar la sentencia en muchas ocasiones a un determinado campo de acción social que escapa de la regulación general y ordinaria; por ejemplo, el marcado pluralismo existente en Colombia conduce de facto al juez a enfrentarse a escenarios especiales tales como la regulación de los derechos de los indígenas, comunidades afro, comunidades room, etc., en donde se impone como exigencia para la legitimidad de la sentencia que en esta se estudie la particular forma como esos individuos interactúan y manifiestan sus preferencias, pues al ser especiales estas pueden ser diferentes (y en ocasiones excluyentes) con las reglas generales de escogencia social.

iii) El juicio de razonabilidad utilizado por el juez constitucional de control abstracto (explicitado a través de la proporcionalidad) para determinar las circunstancias en las cuales un instrumento de intervención estatal (por ejemplo las leyes) en la esfera de los derechos se reputa constitucionalmente legítimo.

El “test de razonabilidad”, tan recurridamente utilizado por nuestra Corte Constitucional⁸⁷, exige del fallador una comprensión de la forma como se agregaron las preferencias individuales para la construcción colectiva del consenso explicitado en la ley que se pretende examinar, y, conforme a dicha comprensión, establecer si había una restricción de valor que no

⁸⁷ Ver por ejemplo sentencias C-022 de 1996, C-470 de 2011, T-555 de 2011, T-141 de 2013, entre otras.

fue aplicada (por ejemplo la necesidad de consulta previa para la entrada en vigencia de algunas leyes), o si de acuerdo con el caso en estudio, la regla de agregación no estaba sujeta a una restricción de dominio, caso en el cual han de evaluarse de forma especial los requerimientos sobre las preferencias sociales resultantes para poder establecer la constitucionalidad o inconstitucionalidad del instrumento de intervención. Lo anterior denota la gran influencia del pensamiento de Sen en nuestra tradición jurídica.

1.2.4. Modelos de Justicia como expresión de Negociación y ventaja mutua

A partir de los fundamentos sustantivos y metodológicos de la teoría de la justicia igualitarista (desde sus diferentes enfoques ya expuestos), fueron desarrollados modelos adicionales (que no configuran *per se* teorías como tal pero si desarrollos de la teoría), que permitieron aplicar dichos conceptos en escenarios como la cooperación, negociación, resolución de conflictos, estrategias de guerra, etc.

Siguiendo el trabajo de Castellanos⁸⁸, los dos autores mas representativos de estos modelos aplicativos son David Gauthier⁸⁹ y John Nash⁹⁰.

Gauthier hace una retoma del pensamiento contractualista de Tomas Hobbes para formular su modelo de justicia - negociación.

*(...) Gauthier identifica tres problemas medulares: 1. ¿Cuál es el principio de cooperación racional que es esencial para la moral?, Su respuesta es que es un acuerdo o negociación racional; 2. ¿Es racional aceptar ese principio?, Este es el problema de la conducta racional que plantea el dilema de los prisioneros, y 3. ¿Cuál es la posición inicial apropiada a partir de la cual puede dar resultado la cooperación?, Según Gauthier, esto exige mostrar la racionalidad de aceptar la cláusula o estipulación lockeana para el acuerdo inicial (...)*⁹¹.

88 Cuya obra ha sido objeto de reiteradas citas en el presente acápite.

89 Ver algunos de sus trabajos como: "La Moral por acuerdo", Barcelona, Gedisa. 1994.

90 Ver algunos de sus trabajos como: "The bargaining problem". *Econometrica*, 1950 y "Non-cooperative-games", *The annals of mathematics*, 1951.

91 CASTELLANOS. Ob. Cit. Pág. 81.

En el modelo Gauthieriano de justicia, la moral surge como un criterio de restricción respecto de las preferencias individuales, y esa restricción mutua, resulta válida en la medida que sea el producto de un consenso racional e imparcial. Para Gauthier actuar de forma racional es un equivalente a actuar de forma moral, a diferencia de la teoría neoclásica (ya expuesta), en donde actuar de forma racional supone actuar de forma eficiente en razón a los principios del homo economicus (racional, egoísta y maximizador).

“(...) moral es el conjunto de restricciones racionales e imparciales que limitan la búsqueda del interés personal. (...) La moral surge de manera bastante sencilla de aplicar la concepción maximizadora de la racionalidad a ciertas estructuras de interacción (...)”⁹²

Estos son los fundamentos de lo que se conoce en teoría de juegos⁹³ como el “dilema del prisionero”⁹⁴, pues frente a una determinada estructura de interacción se puede optar por actuar de forma individual, egoísta o interesada, o, por el contrario, actuar de forma cooperativa, consensuada; es

92 GAUTHIER, David. “La Moral por acuerdo”, Barcelona, Gedisa. 1994. Pág. 21 y 25.

93 “(...) Aunque sus antecedentes van, atrás en el tiempo, hasta los trabajos de Cournot (1838) y Edgeworth (1881), la teoría de juegos sólo llegó a ser un cuerpo coherente con la publicación, en 1944, del *Theory of Games and Economic Behavior* del matemático John von Neumann y del economista austriaco Pskar Morgenstern (...)” MONSALVE, Sergio y AREVALO, Julián. “Un curso de teoría de juegos clásica”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pág. 13.

94 “(...) En el dilema del prisionero se se analizan los incentivos que tienen 2 presos encarcelados por un delito menor para delatar al otro a la policía y acceder así a beneficios penitenciarios, teniendo siempre en cuenta la decisión que podría tomar el otro:

Este ejercicio considera el supuesto de que cada prisionero está encarcelado por separado, de tal forma que no pueden comunicarse entre ellos, ponerse de acuerdo, pactar sus decisiones o saber qué hace el otro. Las posibilidades de condena hacen función de la decisión tomada por ambos son las siguientes: a) NADIE DELATA: si ninguno de los dos delata al otro a la policía, entonces cada uno recibirá una condena de 2 años: (-2, -2). b) UNO DELATA AL OTRO: si uno de los prisioneros delata al otro, pero este otro no delata al uno, entonces el prisionero que delata reducirá su condena hasta solo 1 año, mientras que el prisionero delatado verá incrementada su condena hasta 10 años: posibilidades (-10, -1) y (-1, -10). c) AMBOS SE DELATAN MUTUAMENTE: si ambos deciden delatar al otro, entonces recibirán una condena de 6 años de cárcel para cada uno (-6, -6).

La conclusión que explica este ejercicio, es que el pensamiento lógico por separado de cada prisionero hace que al final cada uno tome por separado la decisión que es mejor para él individualmente y no la que sería la mejor decisión para el bien común. Si nos ponemos en la piel de uno de los dos prisioneros, sabemos que nuestra mejor decisión será la de delatar al otro en cualquier caso, pues así siempre minimizaremos nuestra condena, independientemente de lo que el otro haga. Y dado que el otro prisionero es igual de inteligente y razonará de la misma manera, lo que al final ocurrirá es que ambos acabarán pasando 6 años entre rejas (-6, -6), mientras que si hubieran cooperado hubieran sido condenados sólo 2 (-2, -2). (...)”. <http://mundodelaempresa.blogspot.com/2012/12/economia-la-teoria-de-juegos-el-dilema.html> Consultado el 15 de octubre de 2014. 4:35pm.

decir conforme a la regla moral. De acuerdo con Gauthuier la segunda forma de actuar es a la que conduce a conseguir una justicia por negociación.

El otro gran exponente del modelo en estudio es John Nash, quien formuló varios postulados matemáticos de masiva aplicación en el campo de la teoría de juegos y la negociación. Uno de sus principales desarrollos lo llevó a modelar una teoría del equilibrio decisional partiendo de la búsqueda de la mayor ganancia colectiva (utilidad) que puede obtener un grupo de individuos en interacciones no cooperativas.

De forma cartesiana Nash establece como primer paso, una lectura integral del problema a estudiar descomponiéndolo en todas las posibles soluciones y/o combinaciones de interacción (conjunto de negociación) para tener un panorama general y segmentado del problema a resolver. Sumado a lo anterior, establecer los escenarios de desacuerdo y el impacto que se genera si el acuerdo fracasa.

No se requiere de forma imperiosa y ex - ante una comparación interpersonal de bienestar. La solución siempre debe estar dentro del marco del conjunto de negociación previamente establecido en donde cualquiera de las posibilidades de ese conjunto es mejor que el desacuerdo o fracaso de la negociación⁹⁵.

La teoría de juegos como derivación del modelo de justicia por negociación y/o ventaja mutua, resulta útil al juez constitucional de control en concreto (a través de la técnica de la ponderación), sobre todo en aquellos escenarios en donde de conformidad con sus competencias, le es posible proponer una fórmula de arreglo a las partes en litigio, verbi gracia en la audiencia de pacto de cumplimiento al interior de una acción popular.

De igual forma, la teoría de juegos puede ser aplicada por el juez constitucional de control abstracto (a través de la técnica de la proporcionalidad),

95 "(...) La solución debe ser independiente de alternativas irrelevantes. Esta condición es distinta a la condición de Arrow con el mismo nombre. La intuición de Nash (1950) en este caso es que, si los negociadores en algunas ocasiones conviene una solución "S" cuando la solución "T" está disponible. Mejor dicho si usted prefirió bodega paiza estando el ajiaco disponible, usted nunca debe escoger el ajiaco estando la bandeja paiza disponible. De manera un poco mas técnica, si la solución de un problema dada por un conjunto "grande" de opciones pertenece también a un conjunto "pequeño" de opciones (donde el conjunto pequeño está enteramente contenido en el conjunto grande), entonces debe ser cierto que la solución del problema dado por el conjunto pequeño de opciones debe ser igual a la solución del problema dado por el conjunto grande de opciones (...)" CASTELLANOS. Ob. Cit. Pág. 84.

para establecer en el juicio de necesidad del instrumento de intervención que se demanda (por ejemplo una ley), si del conjunto de los instrumentos idóneos posibles para cumplir con el fin propuesto se escogió el que menos intervención hace en el derecho o derechos demandados, ya que (como se explicará mas adelante) si no cumple esta condición el instrumento de intervención a pesar de ser idóneo debe ser declarado inconstitucional por no satisfacer la condición de necesidad.

Otro autor que ha desarrollado modelos de distribución a partir de criterios de negociación y ventaja mutua ha sido Felber⁹⁶ quien a través de su propuesta de “economía del bien común” basada en procesos de ayuda y beneficio recíproco ha tenido un enorme reconocimiento en el campo empresarial norteamericano.

El citado modelo formula la articulación de presupuestos tales como: i) el fortalecimiento de las relaciones humanas a partir de la generación de confianza sin desconocer el incentivo por la competencia leal, ii) participación por parte de todos los agentes en las decisiones cruciales para el proceso productivo, iii) construcción de un balance social a partir de la comprensión de los réditos colectivos desplazando a un segundo orden el balance financiero, iv) a partir de criterios de solidaridad, establecer un modelo colectivo de tamaño óptimo, v) pasar de una noción de éxito basado en la acumulación de capitales, a una economía del bien común centrado en el crecimiento colectivo con respeto a las preferencias individuales.

Las citadas propuestas quieren evitar juegos de suma cero, y por el contrario, maximizar la mayor ganancia colectiva posible a partir de identificar diferentes escenarios de ventaja mutua aplicando estrategias de función de utilidad expansiva.

CONCLUSIONES

Los jueces constitucionales en un Estado Social de Derecho, detentan un papel protagónico en la garantía del cumplimiento de las preferencias individuales que fungen como bienes primarios, y que a través del diseño

96 FELBER, Cristian. “La economía del bien común. El modelo económico del futuro”. Resumen del Autor <http://www.christian-felber.at/vortraege/valencia.pdf> . Consultado el 17 de agosto de 2015 a las 5:00pm.

institucional se van integrando en un agregado social que se reconoce y protege bajo un solo corpus: La constitución.

Por lo tanto, los jueces tienen el deber de ser agentes de optimización, ya que, a través de sus decisiones, funcionan como operadores de asignación y distribución de esos derechos - preferencias (bienes); y en consecuencia, a través de su digno conducto se materializa en el caso concreto, el contenido abstracto y teleológico tanto de los bienes primarios como del agregado social.

De lo anterior se colige, que la decisión judicial – constitucional debe ser en esencia una decisión racional, mediante la cual se permita lograr la asignación más eficiente de los recursos disponibles, pero con la justa distribución de los mismos; pues si no se integra estas dos dimensiones (eficiencia y equidad), se podrían generar ineficiencias sistémicas con profundos efectos para-distributivos respecto del bienestar individual y general de los sujetos pasivos de la función de administrar justicia.

El bienestar (como pretensión de la equilibrada decisión judicial), no es un concepto neutro y mucho menos desafecto a interpretaciones y aplicaciones disímiles y excluyentes; sin embargo, como expresión teleológica del Estado Social de Derecho, no puede construirse al margen del desconocimiento de los derechos y las preferencias individuales, pues ello no solo sería ineficiente sino perjudicial para el desarrollo de los potenciales de las personas, su proyecto de vida, de crecimiento y generación de capital humano⁹⁷; pero, concomitante a ello, tampoco puede concebirse el bienestar a “espaldas” de la elección colectiva, del principio de solidaridad que debe existir entre los individuos y del deber de mantener un mínimo igualitario, pues esto no solo sería injusto e inequitativo, sino éticamente reprochable⁹⁸.

97 El capital humano se define como el conjunto de las capacidades productivas que un individuo adquiere por acumulación de conocimientos generales o específicos, de *savoir-faire*, etc. La noción de capital expresa la idea de un stock inmaterial imputado a una persona (i.e. idiosincrásica) que puede ser acumulado, usarse. Es una opción individual, una inversión. BECKER, Gary. “El Capital Humano: Human Capital. University of Chicago Press. 1993, pág 12.

98 En el mismo sentido puede verse: i) “(...)Ciertamente, es posible que concurren hambrunas generalizadas sin que se violen los derechos liberales de nadie y sin que deje de operar un mecanismo de mercado libre. La reivindicación de los derechos liberales de una forma independiente de los resultados es, pues, susceptible de ser puesta seriamente en cuestión en términos de su aceptabilidad ética(...)”. SEN, Amartya. Mercados y libertades. Logros y limitaciones del mecanismo de mercado en el fomento de las libertades individuales. En : Bienestar, justicia y mercado. S.I. : Paidós, ICE/UAB, 1997, p. 45. ii) “(...) la eficiencia como valor único para evaluar el

Las consecuencias de operar la función de administrar justicia (sobre todo por parte de los órganos de cierre) con desconocimiento de los elementos en cita, puede introducir fuertes distorsiones en la optimización de la utilidad social, pues si se ejecuta solo bajo postulados de eficiencia (sin tener en cuenta la equidad), puede llegar a generar una desigualdad tan extrema que el mismo mercado estaría en riesgo pues la miseria de la gran mayoría haría inane el consumo; cuando la economía de mercado “se abandona a sí misma” se genera una secuencia continua entre la desigualdad *constitutiva* y la *excesiva* (entendida como la distorsión que produce el peso excesivo de la renta acumulada en el proceso de producción de riqueza.)⁹⁹.

De la misma manera, si se ejecuta la función de justicia, solo con base en la equidad (prescindiendo de la eficiencia), produce un excesivo y desmedido intervencionismo del Estado en la forma como se generan las transacciones entre los agentes de mercado, lo cuál podría llevar a detener el crecimiento y hacer regresiva cualquier pretensión de prosperidad económica colectiva, al tiempo que se “reduce y condena el proyecto individual de las personas”¹⁰⁰.

Tal vez no existan respuestas “mágicas” para lograr el punto perfecto de eficiencia con equidad; sin embargo, el equilibrio parte de la noción de combinar estrategias que permitan maximizar la riqueza individual, pero generando agregados sociales de distribución. Y como se indicó, esta es una de las tareas de los jueces constitucionales (ya sea como agentes de aplicación del derecho y/o agentes de corrección del mismo), la cuál explicitan a través de sus decisiones reduciendo el margen de falibilidad de sus sentencias y aumentando la probabilidad de generar decisiones más eficientes y equitativas, es decir, decisiones más equilibradas.

bienestar general es injustificablemente vacía, y desde luego, no está exenta de convertirse en instrumento de grupos de interés aun cuando puede convertirse en fuente de ineficacia, si se prescinde de ella (...)” LOPEZ Obregón. Ob. Cit. Pág. 21. ii) “(...) puede señalarse que una decisión es ineficiente, cuando, al final reduce el bienestar de todas las personas relacionadas con ella [] el mandato de promover el bienestar general debe ser algo como aumentar el bienestar de todo el mundo, y no solo de un grupo de personas; y sin duda, no puede ser algo que disminuya el bienestar de todos (...)” PALACIOS Mejía, Hugo. “En busca de un control constitucional eficiente”. En *Memorias del Seminario Corte Constitucional y Economía*. Bogotá: BID-Universidad de los Andes, 2000, pág. 44.

99 PIKETTY, Thomas. Ob. Cit. Pág 369.

100 VOLPEI, Johan. “El fin del hombre y del capital”. Fondo de cultura económica, México, 1997. Pág. 177.

BIBLIOGRAFÍA

ACEMOGLU, Daron y ROBINSON, James. “Porqué fracasan los países”. Ediciones Deusto, Traducido por Marta García Madera, 11 edición, Barcelona, 2015.

ACKERMAN, Bruce. “Social justice in the liberal state”. New Haven, Yale University Press, Boston, 1980.

ARIELY, Dan. “Las trampas del deseo. Cómo controlar los impulsos irracionales que nos llevan al error”. Ariel, Madrid, 2008.

ARROW, Kenneth. “Social choice and individual values”. New York, Yale, 1963.

ARROW, Kenneth and DEBREU, Gerard. “Existence of and equilibrium for a competitive economy”, *Econometrica*, New York, 1954.

BECKER, William. “Homo economicus”. Chicago, 1981.

BENTHAM, Jeremy. “The principles of morals and legislation”, In: *Collection Great Books in philosophy*, Prometheus Books, 1998.

BUCHANAN, James y TULLOCK, Gordon. “El cálculo del consenso: fundamentos lógicos de la democracia constitucional”, Barcelona, Planeta Agostini, 1993.

CASTELLANOS García, Daniel. ¿Qué es la justicia?. Una defensa del bien común desde la teoría económica de la justicia distributiva”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2012.

CUEVAS, Homero. “Teorías Económicas del mercado”. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2011.

FERNANDEZ RIVA, Javier. “Modelos clásico y keynesiano. Un enfoque teórico con especial atención a su relevancia para la economía colombiana”. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2007.

FRIEDMAN Milton y FRIEDMAN Rose. “Free to choose”. Ed. Orbis S.A., New York, 1980.

FRIEDMAN, Milton. “Lerner on the economics of control “. *Journal of political economy*, Chicago, 1947.

FRIEDMAN Milton y FRIEDMAN Rose. "Free to choose". Ed. Orbis S.A., New York, 1980.

GAUTHIER, David. "La Moral por acuerdo", Barcelona, Gedisa. 1994.

JEVONS, William Stanley. "The theory of political economy". London 1871.

HAYEK Von, Friedrich. "Law, legislation and liberty", 1976.

KEYNES, John Maynard. "Teoría del empleo, el interés y el dinero". Fondo de Cultura Económica, México, 1990.

MANKIWI, Gregory. "Principios de Economía". Mc Graw Hill, Tercera edición, Madrid. 2004.

MARSHALL, Alfred. "Principles of economics". London. 1980.

MARX, Carl. "El Capital". Fondo de Cultura Económica, México, 1987.

MCMAHON M., Darrin. "Una Historia de la felicidad". Traducción Jesús Cuellar y Victoria Gordo. Taurus, Madrid, 2006.

MENGER, CARL. "Principios de economía política". Unión Editorial, México, 1997.

MONSALVE, Sergio y AREVALO, Julián. "Un curso de teoría de juegos clásica". Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

MORENO DURÁN, Álvaro y RAMÍREZ, José Ernesto. Pierre Bourdieu. Introducción Elemental. 2 ed. Bogotá : Panamericana, 2006.

NOZICK, Robert. "Anarchy, State, and Utopia", Basic Books, 1974.

PARETO, Vilfredo. "Manual of political economy". London, 1906.

PIKETTY, Thomas. "La economía de las desigualdades. Cómo implementar una redistribución justa y eficaz de la riqueza". Siglo XXI Editores. Buenos Aires, 2015.

PINZON Camargo, Mario Andrés. "Aproximaciones al análisis económico del derecho". Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2010.

QUIROGA NATALE, Edgar Andrés. "Hermenéutica constitucional". Ed. Nueva Jurídica, Bogotá, 2019.

RAWLS, John. “Teoría de la Justicia”, Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

RICARDO, David. “Principios de economía política y tributación”. Fondo de Cultura Económica. México, 1992.

SEN, Amartya. “The Idea of Justice”. Cambridge, 2009.

SKIDELSKY, Eduard y SKIDELSKY Robert. “Cuánto es suficiente. ¿Qué se necesita para una “buena vida”?”. Colección Letras de crítica, Madrid, 2012.

SMITH, Adam. “Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones”. Trad. Gabriel Franco, México, 1958.

SMITH, Adam. “Wealth of nations”, ed. W.R. Scott, 1925.

VON MISES, Ludwing. “La acción humana”. Traducido del inglés por Reigalbiol Joaquín. Unión Editorial. S.A. Madrid, 1986.

WALRAS, León. “Éléments d’ économie politique pure”. Paris, 1926.

DESAFIOS ATUAIS NA GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL¹

Guilherme Peña de Moraes

Membro do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro. Professor de Direito Constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ) e da Universidade Federal Fluminense (UFF). Mestre em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/RJ), Doutor em Direito Constitucional pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP) e Pós-Doutor em Direito Constitucional pela *Fordham School of Law – Jesuit University of New York (FU/NY)*.

Submissão em: 17/11/2022

Aprovado em: 10/04/2023 e 28/04/2023

RESUMO: Este trabalho procura investigar os desafios atuais na garantia de direitos fundamentais. O caráter inovador reside na análise dos impactos da Constituição de 1988, comportamento da jurisprudência nesses trinta e quatro anos e, por último, futuro do Direito Constitucional no Brasil.

PALAVRAS-CHAVE: Desafios atuais – Garantia – Direitos fundamentais.

ABSTRACT: This article is intended to investigate the current challenges in guaranteeing fundamental rights. The innovative aspect lies in the analysis of the impacts of the 1988 Constitution, the trends of jurisprudence over the last thirty four years and finally the future of Constitutional Law in Brazil.

KEYWORDS: Current challenges – Guarantee – Fundamental rights.

¹ Palestra proferida no Auditório Des. Paulo Roberto Leite Ventura em 5 de outubro de 2022, por ocasião do “Seminário Internacional de Direito Constitucional Lusófono” da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (EMERJ).

Honrou-me a Excelentíssima Senhora Desembargadora Cristina Tezera Gaulia, Diretora-Geral da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, com o convite para participar do “Seminário Internacional de Direito Constitucional Lusófono”.

A mim, pois, cumpre a responsabilidade de apresentar os avanços e eventuais retrocessos do constitucionalismo brasileiro durante os 34 (trinta e quatro) anos de vigência da “Constituição Cidadã” (GUIMARÃES, 1988: 14380-14382), que, pelos laços da história e ancestralidade, mantém relações de semelhança e, por vezes, identidade com as Constituições dos Países Africanos de Língua Oficial Portuguesa de Guiné-Bissau, de 16 de maio de 1984; Guiné Equatorial, de 16 de novembro de 1991; Cabo Verde, de 4 de setembro de 1992; São Tomé e Príncipe, de 25 de janeiro de 2003; Moçambique, de 16 de novembro de 2004; e Angola, de 5 de fevereiro de 2010, cujos representantes iluminam o evento que marca o lançamento da presente obra.

1. INTRODUÇÃO

Com efeito, a história brasileira é marcada por rupturas constitucionais, tendendo a um movimento pendular entre a democracia e a ditadura cívico-militar.

No decurso do período republicano, ao menos, 5 (cinco) golpes de Estado foram levados a efeito, tendo, inclusive, na República Velha, o Presidente eleito pelo voto popular em 1º de março de 1930 sido impedido de tomar posse no cargo (FAUTO, 1997: 21). Sem embargo disso, o recesso do Congresso Nacional foi decretado em 20 de outubro de 1966 e 1º de abril de 1977, por força dos poderes conferidos ao Presidente da República pelo Ato Institucional nº 2, de 27 de outubro de 1965, e, ulteriormente, Ato Institucional nº 5, 13 de dezembro de 1968 (CIOTOLA, 1997: 33).

Entretanto, a Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988, é resultado do processo de transição, que retratou a descontinuidade dos valores comungados pela organização política de então, iniciado na sessão do Colégio Eleitoral de 15 de janeiro de 1985, que elegeu indiretamente o governo civil que sucedeu ao regime militar de viés autoritário (NICOLAU, 2012: 154), e finalizado pela Emenda Constitucional

nº 26, de 27 de novembro de 1985, que convocou os membros da Câmara dos Deputados e Senado Federal a reunirem-se, unicameralmente, em Assembleia Nacional Constituinte, livre e soberana, na sede do Congresso Nacional (MAKLOUF, 2017: 26).

Desde então, o sistema constitucional brasileiro é submetido, contínua e frequentemente, a “testes de resistência” (MORAES, 2018: 17), que revelam as conquistas do maior período de liberdade democrática da república brasileira e, de outro giro, os desafios que haverão de ser enfrentados para a preservação do Estado de Direito nos próximos anos.

2. CONQUISTAS

A Constituição, ao estabelecer como fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa em norma dotada de conteúdo ético e, por via de consequência, a reaproximação entre o Direito e a Moral, fomentada tanto pelo pós-positivismo quanto pelo neoconstitucionalismo, serviu de diretriz para a (re)consolidação democrática da política brasileira, por meio do diálogo entre instituições revestidas de estatura constitucional.

2.1 Dignidade da Pessoa

O ordenamento normativo deve ser perpassado pelo valor fundamental da dignidade da pessoa, que impede o retrocesso social, de molde a impor a promoção do mínimo existencial, observada a reserva do possível do Estado (SARLET, 2006: 62).

De um ângulo, as normas constitucionais que pretendam conferir direitos subjetivos, exteriorizados em prestações materiais, são revestidas de eficácia positiva, na medida em que permitem que seus beneficiários ou destinatários exijam as prestações que constituem o objeto do direito subjetivo perante o Poder Judiciário, de maneira a assegurar o mínimo existencial, traduzido pelas condições elementares necessárias à existência humana, e atender à reserva do possível, simbolizada pela limitação dos recursos disponíveis para a consecução das necessidades a serem por eles supridas.

De outro ângulo, as normas constitucionais que pretendam delimitar os fins a serem alcançados pelo Estado e sociedade, sem a especificação dos

meios para a obtenção das finalidades colimadas, são revestidas de eficácia negativa, uma vez que não somente proíbem a implementação de políticas que contrariem as prescrições imanentes às normas constitucionais programáticas, que não tenham sido regulamentadas por normas infraconstitucionais, como também invalidam a revogação de normas infraconstitucionais, que regulamentavam normas constitucionais programáticas, sem a determinação de política substitutiva ou equivalente, pelos Poderes Executivo e Legislativo, com a conseqüente vedação do retrocesso ou efeito *cliquet*.

Pelo fio do exposto, a dignidade da pessoa, que ocupa o “epicentro axiológico da ordem constitucional” (SARMENTO, 2004: 288), é bipartida em dimensão autonômica, correlata à dignidade como possibilidade de autodeterminação da pessoa humana, e dimensão protetiva, correlativa à necessidade de proteção da pessoa humana pelo Estado e sociedade. Em linha de princípio, a dimensão autonômica tem ascendência sobre a dimensão protetiva, a não ser na hipótese em que a autonomia da vontade se mostre fragilizada pela ignorância técnica, quando, então, a regra se inverte.

2.2 (Re)consolidação Democrática

A democracia, evidenciada pela titularidade do poder estatal pelos cidadãos (governo do povo), exercido por meio da representação política (governo pelo povo), com o fim de atender aos interesses populares (governo para o povo), é consagrada em 15 (quinze) normas constitucionais veiculadas pelos arts. 1º, *caput*; 5º, inc. XLIV; 17, *caput*; 23, inc. I; 34, inc. VII, “a”; 90, inc. II; 91, *caput* e § 1º, inc. IV; 127, *caput*; 134, *caput*; 194, parágrafo único, inc. VII; 206, inc. VI; 215, § 3º, inc. IV; 216-A, *caput* e § 1º, inc. X.

Nesse diapasão, a Constituição da República estabeleceu o ambiente propício à (re)consolidação democrática, por conta, sobretudo, do respeito à liberdade de expressão, independência do Poder Judiciário e eleições diretas, periódicas e transparentes, ao tempo em que fomentou a participação política na legislação (*e.g.*: grupos de pressão), administração (*p.e.*: coleta de opinião, debate público e audiência pública) e jurisdição (*v.g.*: mandado de segurança coletivo, ação popular, ação civil pública, responsabilização político-administrativa do Presidente da República, Tribunal

do Júri e quinto constitucional), isolada ou combinadamente (MOREIRA NETO, 1992: 149).

2.3 Diálogos entre Instituições

Por fim, o ordenamento jurídico tem o condão de inspirar diálogos constitucionais entre instituições políticas sobre a melhor forma de harmonizar as liberdades dos indivíduos e os interesses da coletividade. No contexto do processo dialógico, portanto, cada instituição pode contribuir com a sua específica capacidade institucional para a proteção da dignidade da pessoa e o aprimoramento da democracia no Brasil (PESSANHA, 2011: 273).

Não se descarta, então, a possibilidade de revisão de posicionamento, sumulado ou não, quando o Supremo Tribunal Federal vislumbrar a mudança do parâmetro anteriormente firmado em precedente judiciário, por intermédio do redimensionamento jurisprudencial ou *overruling*, nem a correção legislativa de decisões judiciais, quando, por exemplo, ao desempenharem o poder constituinte derivado, a Câmara dos Deputados e Senado Federal promulgarem e publicarem emenda à Constituição em sentido contrário a deliberação proferida pelo Supremo Tribunal Federal, em razão do ativismo congressual ou *backlash* (MENDES, 2011: 214).

3. DESAFIOS

A despeito das conquistas dos últimos anos, a toda evidência, há desafios a serem enfrentados, com o fim de maximizar as potencialidades da Constituição da República Federativa do Brasil, que giram em torno do emendismo constitucional, não somente em plano federal, mas também em plano estadual, a gradação de (in)efetividade das normas constitucionais, destacadamente no que se refere aos direitos sociais, e as omissões legislativas que inviabilizam, de certa forma, a implementação das políticas públicas constitucionalmente desenhadas.

3.1 Emendismo Constitucional

Por ora, 6 (seis) emendas foram elaboradas pela revisão constitucional, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional,

em sessão unicameral, na forma do art. 3º, *in fine*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, sem prejuízo de 125 (cento e vinte e cinco) emendas ultimadas pelo poder de reforma constitucional, pelo voto de três quintos dos membros da Câmara dos Deputados e Senado Federal, em dois turnos, nos termos do art. 60, § 2º, da Constituição da República.

O quadro de “excessivas alterações na Constituição brasileira” (MOREIRA, 2012: 7), igualmente, pode ser detectado em nível estadual. À guisa de ilustração, a Constituição do Estado do Rio de Janeiro foi objeto de 90 (noventa) emendas, ao passo que as Constituições dos Estados de Minas Gerais e Amazonas foram emendadas em 110 (cento e dez) e 130 (cento e trinta) ocasiões, respectivamente.

A intensificação no processo de reforma da Constituição produziu, como efeito colateral, o aumento substancial da ocorrência de casos de controle de constitucionalidade de normas constitucionais. Em algumas oportunidades, inclusive, o Supremo Tribunal Federal houve por bem declarar, liminar ou definitivamente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 2º, da Emenda Constitucional nº 3, de 17 de março de 1993, que permitiu a cobrança do imposto sobre movimentação ou transmissão de valores e de créditos e direitos de natureza financeira no mesmo exercício em que havia sido instituído (BRASIL, 18.3.1994); art. 5º da Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, que dispôs sobre o regime jurídico único (BRASIL, 7.3.2008); art. 1º da Emenda Constitucional nº 21, de 18 de março de 1999, que autorizou a União a emitir títulos da dívida pública interna, cujos recursos seriam destinados ao custeio da saúde e da previdência social, em montante equivalente ao produto da arrecadação da contribuição, prevista e não realizada em 1999 (BRASIL, 17.10.2003); art. 4º, parágrafo único, incs. I e II, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que estabeleceu tratamento discriminatório entre servidores públicos inativos e pensionistas da União, de um lado, e servidores públicos inativos e pensionistas dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de outro lado, para efeito de contribuição previdenciária (BRASIL, 18.2.2005); art. 5º, § 1º, *in fine*, da Emenda Constitucional nº 45, de 8 de dezembro de 2004, que possibilitou a indicação e escolha intempestivas dos nomes dos membros do

Conselho Nacional ao Ministério Público da União (BRASIL, 10.5.2005); art. 2º da Emenda Constitucional nº 52, de 8 de março de 2006, que afastou a obrigatoriedade da verticalização das coligações partidárias na eleição que ocorreria a menos de 1 (um) ano da data de sua vigência (BRASIL, 10.8.2006); art. 1º da Emenda Constitucional nº 62, de 9 de dezembro de 2009, que disciplinou a sistemática de compensação de débitos inscritos em precatórios em proveito exclusivo da Fazenda Pública (BRASIL, 19.12.2013); e art. 2º da Emenda Constitucional nº 88, de 7 de maio de 2015, que sujeitou à confiança política do Poder Legislativo a permanência no cargo de Ministros do Supremo Tribunal Federal, Tribunais Superiores e Tribunal de Contas da União (BRASIL, 6.8.2015).

3.2 Graduação de (In)efetividade

Além da efetividade da qual são desprovidas algumas normas constitucionais (BARROSO, 2000: 78), especialmente as relacionadas a políticas públicas cuja implementação pressuponha a ação integrada de diversos níveis de governo, a ordem constitucional tem apresentado níveis diferentes de efetivação em muitos dos seus elementos.

Ao contrário dos direitos individuais de liberdade e propriedade e, bem assim, direitos coletivos de reunião e associação sobre os quais versa a Constituição da República, que gozam de certo grau de efetivação, os direitos sociais de natureza prestacional que digam respeito à assistência social (arts. 203 e 204), construção de moradias (art. 23, inc. IX), deficiência física, mental e sensorial (art. 24, inc. XIV), desenvolvimento urbano (arts. 182 e 183), educação pública (arts. 205 a 214), família, criança, adolescente e idoso (arts. 226 a 230), fomento ao desporto (art. 217), meio ambiente (arts. 170, inc. VI, e 225), patrimônio cultural (arts. 215 e 216), patrimônio genético (art. 225, § 1º, inc. II), pleno emprego (arts. 7º, inc. I, e 170, inc. VIII), populações indígenas (arts. 129, inc. V, 231 e 232), previdência social (art. 201), reforma agrária (arts. 170, inc. III, e 187, § 2º), recursos hídricos (arts. 20, § 1º, e 21, inc. XIX), redução das desigualdades regionais e sociais (arts. 3º, inc. III, e 170, inc. VII), relações de consumo (arts. 5º, inc. XXXII, e 170, inc. V), saúde pública (arts. 23, inc. II, 24, inc. XII, 196 a 200) e segurança

pública (art. 144) não têm o mesmo nível de (in)efetividade, o que dificulta, ou mesmo compromete, o atendimento aos objetivos fundamentais constitucionalmente firmados de construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza e marginalização e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

3.3 Omissões Legislativas

Consectário lógico do constitucionalismo social, as normas declaratórias de princípio programático são direcionadas ao estabelecimento de programas governamentais de ação social e, via de regra, carecem de interposição legislativa que lhes possibilite a subsunção a casos concretos (SILVA, 1998: 84).

De acordo com informações obtidas junto ao Supremo Tribunal Federal, até o momento, o Tribunal proferiu 30 (trinta) decisões em processos instaurados em decorrência do regular exercício da ação direta de inconstitucionalidade por omissão ou mandado de injunção, individual ou coletivo, em que se declarou a mora do Poder Legislativo e cuja matéria ainda se encontra pendente de disciplina sobre a criação de Estados e Municípios, aposentadoria especial, direito de greve, aviso prévio e organização dos Tribunais de Contas (BRASIL, 19.2.2016), tendo a dramaticidade da situação, até mesmo, levado o Supremo Tribunal Federal a declarar o estado de coisas inconstitucional no sistema penitenciário brasileiro (BRASIL, 30.7.2022).

4. CONCLUSÃO

Depois de tudo o que foi consignado, agradeço profunda e sinceramente à EMERJ pela oportunidade de expor as conquistas e desafios do constitucionalismo brasileiro na transição do século XX para o XXI aos ilustres representantes da África Lusófona e, nesse percurso, investigar a diversidade, mas, sobretudo, a identidade que nos une.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 939/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, J. 15.12.1993, *DJU* 18.3.1994.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.031/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 3.10.2002, *DJU* 17.10.2003.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.135/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 2.8.2007, *DJU* 7.3.2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105/DF, Rel. Min. Cezar Peluso, J. 18.8.2004, *DJU* 18.2.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.472/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 28.4.2005, *DJU* 10.5.2005.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.685/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, J. 22.3.2006, *DJU* 10.8.2006.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4.425/DF, Rel. Min. Luiz Fux, J. 14.3.2013, *DJU* 19.12.2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.316/DF, Rel. Min. Luiz Fux, J. 21.5.2015, *DJU* 6.8.2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 347, Rel. Min. Marco Aurélio, J. 9.9.2015, *DJU* 19.2.2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Omissão Inconstitucional*. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/textos/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaOmissaoInconstitucional>. Acesso em: 30 jul 2022.

CIOTOLA, Marcello. *Os Atos Institucionais e o Regime Autoritário no Brasil*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997.

FAUTO, Boris. *A Revolução de 1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1997.

GUIMARÃES, Ulysses Silveira. Discurso na 341ª Sessão da Assembleia Nacional Constituinte. In: *Diário da Assembleia Nacional Constituinte*, de 5 de outubro de 1988.

MAKLOUF, Luiz. *1988: segredos da Constituinte*. São Paulo: Record, 2017.

MENDES, Conrado Hubner. *Direitos Fundamentais, Separação de Poderes e Deliberação*. São Paulo: Saraiva, 2011.

MORAES, Guilherme Peña de. Constitucionalismo Brasileiro: passado, presente e futuro da Constituição Cidadã. In: MORAES, Guilherme Peña de (Org.). *30 Anos da Constituição Federal e o Direito Brasileiro*. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Teoria da Reforma Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Direito da Participação Política: legislativa, administrativa e judicial*. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

NICOLAU, Jairo. *Eleições no Brasil*. Rio de Janeiro: Zahar, 2012.

PESSANHA, Rodrigo Brandão. *Supremacia Judicial versus Diálogos Constitucionais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SARMENTO, Daniel de Moraes. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

O (DES) RESPEITO AO DIREITO AO VOTO DOS PRESOS PROVISÓRIOS NAS ELEIÇÕES DE 2022

Antonio Baptista Gonçalves

Pós-Doutor em Ciência da Religião - PUC/SP; Pós-Doutor em Ciência Jurídica pela Universidad de La Matanza - Argentina; Doutor e Mestre em Filosofia do Direito - PUC/SP; MBA em Relações Internacionais pela Fundação Getúlio Vargas.

Submissão em: 01/11/2022

Aprovado em: 14/11/2022 e 05/04/2023

RESUMO: O artigo tem por escopo analisar a prerrogativa dos presos provisórios de exercer o direito constitucional ao voto. O Tribunal Superior Eleitoral tem decidido favoravelmente a esse tema quando da elaboração e edição das Resoluções eleitorais, e não foi diferente em 2022, porém algumas condições e regras não tão claras à população brasileira dificultam sobremaneira que esse direito seja exercido na prática.

Somado a isso existe a resistência da população em reconhecer que o preso seja sujeito de direito, ainda que na modalidade provisória, pois muitos já o consideram como ex-cidadão, mesmo sem que tenha ocorrido seu julgamento ou que a pena tenha transitado em julgado, o que no Brasil se determina como elemento de presunção de inocência. Assim, veremos as dificuldades e consequências para a implementação real do voto dos presos provisórios no Brasil.

ABSTRACT: The article aims to analyze the prerogative of pre-trial detainees to exercise the constitutional right to vote. The Superior Electoral Court has decided favorably on this issue when drafting and editing the Electoral Resolutions, and it was no different in 2022, however, some conditions and rules not so clear to the Brazilian population make it extremely difficult for this right to be exercised in practice.

Added to this, there is the resistance of the population to recognize that the prisoner is a subject of law, even if in the provisional modality, since many already consider him as a former citizen, even without his trial having taken place or the sentence having become final, which in Brazil is determined as an element of presumption of innocence. Thus, we will see the difficulties and consequences for the real implementation of the vote of provisional prisoners in Brazil.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao voto; Presos provisórios; Direito à cidadania.

KEY WORDS: Right to vote; Temporary prisoners; Right to citizenship.

1. INTRODUÇÃO

A questão da concessão da prerrogativa de votar para os presos sempre resulta em polêmica e reações negativas por parte da população. No imaginário popular, aqueles que se encontram recolhidos devem ser considerados como ex-cidadãos, portanto excluídos de direitos e deveres perante a sociedade brasileira, o que não é verdade.

A Constituição Federal de 1988, popularmente denominada de “Constituição Cidadã”, determina em seu preâmbulo ser dever da Assembleia Constituinte: “...instituir um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.”

Pelo que se nota, não há distinção alguma entre os componentes da população brasileira. Logo, presos, detentos provisórios ou cidadãos livres têm o mesmo conjunto de direitos e deveres, logicamente respeitados os limites de cada situação. E veremos as particularidades que envolvem a condição prisional dos presos provisórios e qual o reflexo dessa restrição em seus direitos políticos.

No Brasil, existem duas espécies de prisão: prisão cautelar ou provisória, também chamada de prisão processual (que tem função de assegurar o trâmite do processo penal), na qual se enquadram a prisão em flagrante, a prisão temporária e a prisão preventiva; e prisão pena, que tem função de punição, em razão da condenação do acusado pela prática de crime. Explicuemos.

A prisão em flagrante é uma forma de prisão que pode ser aplicada a quem é pego no momento do ato criminoso ou logo após fazê-lo. Em conformidade com o artigo 302 do Código de Processo Penal, é dispensada a precedência de ordem judicial e pode ser efetivada por qualquer pessoa, desde que apresente o preso imediatamente para a autoridade policial, para que esta proceda a lavratura do auto de prisão.

Após o auto de infração, o delegado decide se o preso vai ser recolhido à prisão, ser solto mediante pagamento de fiança ou ser solto sem fiança.

Caso o delegado decida pelo recolhimento do preso, o auto de prisão em flagrante deve ser encaminhado ao juiz competente em até 24 horas, para verificação da legalidade da prisão e realização de audiência de custódia¹, como preconiza o artigo 310 do Código de Processo Penal.

A prisão temporária somente pode ser aplicada na fase de investigação e não pode ser decretada durante a ação penal. Sua finalidade precípua é garantir a realização de atos ou diligências inerentes ao inquérito para o deslinde e apuração de fatos.

Em geral, tem prazo determinado de cinco dias de duração e pode ser prorrogada por igual período desde que justificado. Outras leis têm prazos diferentes, como a de crimes hediondos, por exemplo, que determina prazo de trinta dias prorrogáveis por mais 30.

A prisão preventiva é uma medida cautelar e não deve ser confundida com pena antecipada. Tem por finalidade impedir que o acusado pratique novos delitos ou prejudique o andamento do processo, como, por exemplo, destruindo provas, intimidando ou ameaçando testemunhas ou se evadindo. Pode ser decretada em qualquer fase processual ou na investigação, desde que em consonância com os preceitos do artigo 312 do Código de Processo Penal.

¹ Desde fevereiro de 2015, foram realizadas 758 mil audiências de custódia em todo o país, com o envolvimento de pelo menos 3 mil magistrados, contribuindo para a redução de 10% na taxa de presos provisórios no país, identificada pelo Executivo Federal no período (Conselho Nacional de Justiça, 2022).

Cabe ressaltar que a regra geral é que o acusado responda o processo em liberdade, mas a prisão cautelar é possível, como exceção, nos casos em que os requisitos legais para sua decretação estejam presentes.

A lei de execução penal prevê que o preso provisório deve ficar separado dos que estão cumprindo pena que já transitou em julgado.

A Lei de Execução Penal, Lei nº 7.210, de 11 de julho de 1984, sobre os presos provisórios, estabelece os critérios no artigo 84:

Art. 84. O preso provisório ficará separado do condenado por sentença transitada em julgado.

§1º. Os presos provisórios ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:

I- acusados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;

II- acusados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

III- acusados pela prática de outros crimes ou contravenções diversos dos apontados nos incisos I e II.

§2º. O preso que, ao tempo do fato, era funcionário da Administração da Justiça Criminal ficará em dependência separada.

§3º. Os presos condenados ficarão separados de acordo com os seguintes critérios:

I- condenados pela prática de crimes hediondos ou equiparados;

II- reincidentes condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

III- primários condenados pela prática de crimes cometidos com violência ou grave ameaça à pessoa;

IV- demais condenados pela prática de outros crimes ou contravenções em situação diversa das previstas nos incisos I, II e III.

§4º. O preso que tiver sua integridade física, moral ou psicológica ameaçada pela convivência com os demais presos ficará segregado em local próprio.

Assim, o que diferencia o preso provisório do preso é que o primeiro ou aguarda o seu julgamento ou ainda não teve a sua sentença condenatória transitada em julgado, o que lhe confere direitos e deveres diversos do preso

que já teve sua sentença penal definitiva, e o principal deles, ao qual iremos nos ater, é o direito político, isto é, enquanto for considerado como preso provisório, é possível a participação deste na sociedade no que tange a eleição e escolha de seus representantes por meio do voto e no pleno exercício de sua cidadania, inclusive em ser candidato e poder ser votado, com respeito ao artigo 15, III, da Constituição Federal, que prevê como elemento fundamental para a perda dos direitos políticos a não mais possibilidade de recursos da condenação criminal:

Art. 15. É vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão só se dará nos casos de:

I- cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado;

II- incapacidade civil absoluta;

III- condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos.

O artigo em comento será mais bem aprofundado adiante, porém, de início, temos de extrair alguns conceitos basilares de nosso marco teórico: o preso provisório não é mais um cidadão? O que vem a ser cidadania e qual é a sua relação com o preso provisório? O preso provisório não tem direito a uma sociedade justa calcada na harmonia das relações sociais? Da mesma forma, não seria um dever informar aos presos provisórios a alteração de seus direitos políticos? Como o preso provisório deve votar? O preso provisório deve ser levado até um local específico de votação? Existem formas alternativas que podem facilitar e otimizar o processo eleitoral? Essas e outras são as questões que passaremos a responder e, acima de tudo, a refletir de forma propositiva.

2. DIREITO AO VOTO DOS PRESOS PROVISÓRIOS NO BRASIL: RESPEITO À CIDADANIA E À IGUALDADE

No dia 2 de outubro de 2022, foram realizadas eleições para presidente da República, 27 governadores – 15 no primeiro turno (12 reeleitos) –, 27 senadores, 513 deputados federais e deputados estaduais (para estados com até 12 deputados federais, o número de deputados estaduais deve ser o triplo da representação na Câmara dos Deputados) e a cada pleito eleitoral

exsurge uma controvérsia: o direito de votar dos detentos provisórios.

A Resolução nº 23.669, de 14 de dezembro de 2021, que dispôs sobre os atos gerais do processo eleitoral para as eleições de 2022, foi clara ao prever no artigo 39 que os juízes eleitorais dos TREs deveriam disponibilizar seções em estabelecimentos penais e em unidades de internação tratadas pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. O critério fora previsto no parágrafo único do mesmo dispositivo, segundo o qual consideram-se presos provisórios as pessoas recolhidas em estabelecimentos penais sem condenação criminal transitada em julgado, da mesma feita os adolescentes maiores de dezesseis anos e menores de vinte e um anos submetidos a medida socioeducativa de internação ou a internação provisória, como preconiza o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA.

A Resolução está em consonância com o artigo 15, inciso III, da Constituição Federal de 1988. Portanto não haveria controvérsia, e os ditos presos provisórios teriam o direito de votar, se quisessem, em todas as unidades da Federação e também no Distrito Federal. Todavia, na prática, a disponibilidade foi restrita e o direito dos presos provisórios foi inequivocamente violado. Sobre o tema Néviton Guedes:

Segundo o dispositivo, é causa de suspensão de direitos políticos a condenação criminal transitada em julgado, acrescentando que a restrição só perdurará enquanto durarem seus efeitos. Portanto, segundo expressa disposição constitucional, a restrição em comento depende do trânsito em julgado da sentença condenatória e terá a duração restrita aos seus efeitos, sendo, pois, por isso mesmo, mero caso de suspensão (GUEDES, 2013, p. 687).

Com o regramento estabelecido e válido, restaria apenas sua implementação pelo Estado, contudo, como veremos, as dificuldades transcendem as previsões legislativas e a assunção de direitos têm sido desrespeitada na medida e proporção dos interesses de cada um dos 27 estados da federação.

Destarte que iniciaremos o tema do direito ao voto pela construção e apresentação dos direitos fundamentais preconizados e edificados pela Constituição Federal. E, ao nosso ver, indispensável será a cognição e correlação da cidadania com a igualdade dentro dos elementos valorativos ine-

rentes ao Estado Democrático de Direito. Sobre esses últimos, faz-se essencial a complementação do Preâmbulo da Carta Magna: “(...) um Estado Democrático de Direito, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social”.

De tal sorte que podemos destacar ser função do Estado desenvolver os mecanismos necessários para assegurar a harmonia social e as mesmas condições de existência para todos os membros da sociedade. E também é sua atribuição corrigir eventuais desvios quando os primados fundamentais não forem respeitados. Portanto esse conjunto de deveres do Estado compreende a defesa dos direitos tidos como fundamentais. Sobre o tema, Rogério Vidal Gandra da Silva Martins:

O Estado presta serviços atendendo à necessidade coletiva direta quando essa necessidade é imprescindível para a coletividade, ou seja, o serviço prestado atinge diretamente a sociedade. Isso ocorre quando o Estado atua na ordem econômica e social. São necessidades permanentes da coletividade e não apenas quando houver distúrbios, como no caso das necessidades coletivas indiretas. Exemplos: transportes, correio, petróleo, educação, previdência social etc. (MARTINS, 1999, p. 346).

É dever do Estado Democrático de Direito efetivar os direitos individuais do cidadão, isto é, a assunção do pleno exercício da igualdade e da liberdade² para a efetivação dos direitos fundamentais. Sobre o tema, Pontes de Miranda:

Direitos fundamentais ou são direitos fundamentais supraestatais, ou direitos fundamentais não supraestatais. Esses se acham tão intimamente ligados ao ideal que presidiu à feitura da Constituição, que

2 Pontes de Miranda: A passagem dos direitos e da liberdade às Constituições representa uma das maiores aquisições políticas da invenção humana. Invenção da democracia. Invenção que se deve, em parte, ao princípio majoritário: primeiro, porque, se bem que fosse possível na democracia direta, em verdade se obteve graças a expedientes de maioria (*quorum maior*, maioria de dois terços, três quartos, quatro quintos), para a revisão da Constituição; segundo, porque, mediante ela, se evita que sejam sacrificados os interesses dos eleitores que votaram e venceram, bem como os dos que votaram e perderam, e os dos que não puderam votar ou não votaram (MIRANDA, 2002, p. 51).

se concebem, nela, como direitos básicos (MIRANDA, 2002, p. 85).

Os Direitos Fundamentais estão consagrados na Constituição Federal Brasileira no artigo 5º:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Sobre o tema, importante destacar que o preso provisório é um cidadão em igualdade de direitos e obrigações, que se encontra em regime prisional enquanto não é julgado pela infração que lhe foi imputada. Assim, vamos refletir sobre o conceito de cidadania e, posteriormente, sobre o de igualdade.

Quando o imaginário popular reduz o preso provisório à vala comum de estar no mesmo nicho dos detentos com condenação penal transitada em julgado, na prática, há a certeza de que eles não mais fazem parte da sociedade brasileira e seus direitos devem ser relativizados.

Em verdade, o preso provisório não deixou de ser parte integrante e indissociável da sociedade brasileira, porque não há nenhuma condenação criminal definitiva contra si, por conseguinte, perante a justiça, deve ser considerado como pessoa inocente até que lhe seja provada a culpa. A consequência natural é que sua cidadania está inalterada, mas, o que vem a ser um cidadão para o Estado Democrático de Direito e por que a manutenção de seus direitos é tão relevante?

O Estado Democrático de Direito³ pressupõe que a sua Constituição determine seus regramentos fundamentais e, em consonância com as previsões constitucionais, o poder político emana e é exercido pelo povo. Assim, ser um cidadão dotado de direitos e deveres lhe confere a liberalidade de participar do regime democrático de seu país e do direito indissociável de votar e ser votado, com o escopo de eleger os representantes do povo no

3 Carlos Ari Sundfeld identifica os elementos que determinam um Estado Democrático de Direito: a) criado e regulado por uma Constituição; b) os agentes públicos fundamentais são eleitos e renovados periodicamente pelo povo e respondem pelo cumprimento de seus deveres; c) o poder político é exercido, em parte, diretamente pelo povo, em parte, por órgãos estatais independentes e harmônicos, que controlam uns aos outros; d) a lei produzida pelo Legislativo é necessariamente observada pelos demais Poderes; e) os cidadãos, sendo titulares de direitos, inclusive políticos e sociais, podem opô-los ao próprio Estado; f) o Estado tem o dever de atuar positivamente para gerar desenvolvimento e justiça social. (SUNDFELD, 2011, p. 56 e 57).

Congresso Nacional.

Para votar e ser votado, é essencial que sua cidadania esteja inata e não haja contra si nada que o impeça ou desabone sua idoneidade. Logo, o imaginário popular seria suficiente para impedir algum detento provisório de votar ou ser votado? A resposta é negativa. A questão premente envolve a manutenção ou não de sua cidadania e como a mesma é vista pelo demais membros da comunidade e se há tratamento diferenciado por estes quando do ingresso no sistema prisional pelo preso provisório.

Ser cidadão implica exercer sua liberdade em igualdade aos seus pares, isto é, não cabe a qualquer outro proferir julgamento acerca de uma escolha individual, e a consequência é poder, querer ou não querer renunciar a seu direito político⁴.

Para Pérez-Luño, cidadania consistirá: “En el vínculo de pertenencia a un Estado de derecho por parte de quienes son sus nacionales, situación que se desglosa en un conjunto de derechos y deberes; ciudadano será la persona física titular de esta situación jurídica” (PÉREZ-LUÑO, 2002).

No mesmo sentido, Derek Heater: “La ciudadanía es primariamente una relación política entre un individuo y una comunidad política, en virtud de la cual el individuo es miembro de pleno derecho de esta comunidad y le debe lealtad permanente” (HEATER, 2007, p. 12).

Por fim, Soledad Garcia e Steven Lukes determinam que a cidadania é composta por três elementos:

- 1) A garantia de certos direitos, assim como a obrigação de cumprir certos deveres para com uma sociedade específica;
- 2) Pertencer a uma comunidade política determinada (normalmente um Estado); e
- 3) A oportunidade de contribuir na vida pública desta comunidade

⁴ Nada é mais traiçoeiro do que se acreditar saber o exato significado de palavras qualificadas como corriqueiras, de tão utilizadas no cotidiano. Quando paramos para refletir ou somos questionados, verificamos saber menos sobre elas do que do que sabemos a respeito das que se mostram raras, sofisticadas e esotéricas. (...) A palavra *cidadania* é uma dessas. Ela está presente em nosso discurso demagógico, em nossa fundamentação despeitadora, em nossa pregação cívica, em nosso cotidiano revoltado, em nosso dizer dogmático e em nosso lirismo militante. Onipresente e emocionalmente forte, é ela realmente útil? (...) Cidadania, portanto, engloba mais que direitos humanos, porque além de incluir os direitos que a todos são atribuídos, em virtude de sua condição humana, abrange, ainda, os direitos políticos. Correto, por conseguinte, falar-se numa dimensão política, numa dimensão civil e numa dimensão social da cidadania. (PASSOS, 1993).

através da participação (GARCIA y LUKES, 1999, p. 1).

Concluimos que a privação injustificada da cidadania ao se considerar um preso provisório como ex-cidadão implica diretamente na sua humanidade como esta é percebida perante a sociedade. Hannah Arendt considerava que um homem sem cidadania representava a ausência de sua condição humana, pois perde a qualidade essencial de ser tratado em igualdade de condições por seu pares.

Para contribuir com o tema, agora, passaremos a questão complementar à cidadania, que, ao nosso ver, é a necessidade de o preso provisório dever ser considerado como igual em direitos e obrigações.

O conceito de igualdade⁵ assumiu papel preponderante no mundo moderno em decorrência de sua associação direta com a democracia. A igualdade entre os cidadãos é a base fundamental do Estado Democrático de Direito. A tratativa do conceito de igualdade perpassa pela análise jurídica do tema, uma vez que é de conhecimento notório que os seres humanos são deveras desiguais entre si, seja por características físicas, psicológicas ou preferências políticas, educacionais, sexuais etc.

Então ao Direito cabe normatizar que a totalidade dos habitantes de uma comunidade têm os mesmos direitos e deveres uns com os outros e entre eles e o Estado. É a isonomia das relações sociais. Sobre o tema, Celso Antônio Bandeira de Mello: O princípio da igualdade interdita tratamento desuniforme às pessoas. Sem embargo, consoante se observou, o próprio da lei, sua função precípua, reside exata e precisamente em dispensar tratamentos desiguais (MELLO, 2011, p. 12).

A Constituição, como vimos, estabelece que todos são iguais perante a lei, por conseguinte, devem ser tratados da mesma forma, independentemente de sua predileção política, religiosa, sua condição econômica e social etc. Sobre o tema, José Afonso da Silva:

A afirmação do art. 1º da Declaração dos Direitos do Homem e do

5 1. Fato de não apresentar diferença quantitativa. 2. Fato de não se apresentar diferença de quantidade ou valor, ou de, numa comparação, mostrar-se as mesmas proporções, dimensões, naturezas, aparências, intensidades; uniformidade; paridade; estabilidade. 3. Princípio segundo o qual todos os homens são submetidos à lei e gozam dos mesmos direitos e obrigações. (HOUAISS, 2009, p. 1569).

Cidadão cunhou o princípio de que os homens nascem e permanecem *iguais em direito*. Mas aí firmara a igualdade jurídico-formal no plano político, de caráter puramente negativo, visando a abolir os privilégios, isenções pessoais e regalias de classe. Esse tipo de igualdade gerou as desigualdades econômicas, porque fundada “numa visão individualista do homem, membro de uma sociedade liberal relativamente homogênea”.

Nossas constituições, desde o Império, inscreveram o princípio da *igualdade*, como *igualdade perante a lei*, enunciado que, na sua literalidade, se confunde com a mera *isonomia formal*, no sentido de que a lei e sua aplicação tratam a todos igualmente, sem levar em conta as distinções de grupos. A compreensão do dispositivo vigente, nos termos do art. 5º, *caput*, não deve ser assim tão estreita. O intérprete há que aferi-lo com outras normas constitucionais, conforme apontamos supra e, especialmente, com as exigências da justiça social, objetivo da ordem econômica e da ordem social. Considerá-lo-emos como isonomia formal para diferenciá-lo da *isonomia material*, traduzido no art. 7º, XXX e XXXI.

A Constituição procura aproximar os dois tipos de isonomia, na medida em que não se limitara ao simples enunciado da igualdade perante a lei; menciona também igualdade entre homens e mulheres e acrescenta vedações a distinção de qualquer natureza e qualquer forma de discriminação (SILVA, 2002, p. 213 e 214).

De tal sorte que a Constituição Federal determina que todos são iguais perante a lei e não há qualquer distinção entre pessoas, cidadãos e presos provisórios, haja vista que enquanto não transitar em julgado qualquer condenação, o tratamento deve ser isonômico aos cidadãos brasileiros em igualdade de direitos e condições. Sobre o tema, Pontes de Miranda:

“Ninguém pode aceitar ser diminuído abaixo dos outros homens” é princípio igualitário. Na ordem política, “Nenhuma lei pode ser feita (pelo rei, ou pelos oligarcas, ou pelo povo ou por seus eleitos) que ponha um, ou alguns, ou todos os homens, menos um, abaixo de muitos, algum, ou um”, é princípio igualitário (MIRANDA, 2002, p. 83).

Por fim, Sérgio Abreu:

Articula-se o princípio da igualdade com o princípio da dignidade da pessoa humana, por seu significado emblemático e catalizador da interminável série de direitos individuais e coletivos pelas constituições abertas e democráticas da atualidade, acabou por exercer um papel de núcleo filosófico do constitucionalismo pós-moderno, comunitário e societário... Nesse contexto de novas ordens e novas desordens, os princípios e valores ético-sociais sublimados na Constituição, com a proeminência do princípio da dignidade de homens e mulheres, assumiram o papel de faróis de neblina a orientar o convívio e os embates humanos no nevoeiro civilizatório neste prólogo do novo milênio e de uma nova era (ABREU, 2006, p. 323).

A Constituição Federal de 1988, conhecida popularmente como a “Constituição Cidadã”, tem como construtos basilares princípios que permeiam e fundamentam a sociedade brasileira: a soberania, a igualdade entre os povos, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, a defesa dos direitos individuais e sociais e o conjunto de direitos tidos como fundamentais que formam o Estado Democrático de Direito. A Carta magna destaca no parágrafo único do artigo 1º que “Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição”.

A fim de compreender a construção constitucional, temos de visualizar o conjunto pretendido pelo constituinte, senão iremos lobrigar sem alcançar o conceito intrínseco de cidadão pretendido.

O que se almeja na Carta é que as pessoas sejam iguais em direitos e deveres, que tenham sua dignidade humana respeitada, sua soberania e que possam ter a liberdade de expressar seus pensamentos, exercer suas crenças e não ter sua intimidade ou vida privada violadas, e que esse coletivo fundamental seja protegido e defendido pelos representantes legislativos eleitos pelo voto.

Assim, a base do Estado Democrático de Direito é a efetivação de uma sociedade livre, justa e solidária que respeite a dignidade da pessoa humana, como bem preconizam os artigos 1º e 3º da CF de 1988 para o pleno

exercício da soberania popular. O voto é a tradução da vontade do povo de eleger seus representantes para a sociedade brasileira.

De tal sorte que os presos provisórios podem ou não serem considerados como cidadãos? A resposta está expressa na própria Constituição com a presunção de inocência, isto é, todos são inocentes até que a culpa seja comprovada com uma sentença condenatória transitada em julgado, portanto, o preso provisório aguarda julgamento para determinar se há ou não culpabilidade. Logo, é um cidadão na plenitude de seus direitos, e cabe ao Estado Democrático de Direito lhe garantir e efetivar essas prerrogativas, respeitadas as limitações impostas pela privação da liberdade.

De tudo o que foi apresentado sobre o arcabouço normativo que norteia e edifica o Estado Democrático de Direito brasileiro, temos que não há distinção entre aqueles que compõem a sociedade brasileira, logo, enquanto não houver uma condenação definitiva, é obrigação do Estado prover os meios para que os detentos provisórios possam exercer seu direito ao voto. Até o momento, foram apresentados os preceitos constitucionais, a defesa do direito ao voto. Contudo não se sabe se a totalidade do público-alvo impacta no aparato estatal, ainda mais pelo fato de o Brasil ser um país continental. Assim, adentraremos agora na realidade prisional brasileira e apresentaremos seus números e algumas características.

De início, insta salientar a falta de uniformidade na apresentação dos números, haja vista que o DEPEN – Departamento Penitenciário Nacional –, o CNJ – Conselho Nacional de Justiça – e o Fórum de Segurança Pública têm números diversos no tocante à população carcerária brasileira. O Conselho Nacional de Justiça (CNJ), por sua vez, através do Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, com informações oriundas dos mandados de prisões e Varas de Execuções Penais, divulgou, para maio de 2022, o total de 919.272 pessoas privadas de liberdade. Ainda que apresentem ordens de grandeza distintas, as duas fontes apresentam a mesma tendência de crescimento no número de presos.

Para dizer o mínimo, é evidente a falha do Estado Democrático brasileiro em não ter uma informação concreta e uniforme acerca da sua população prisional. Denota a falta de capacidade técnica e estatística para tanto,

o que enseja dúvida sobre a veracidade dos números apresentados por essa ou aquela instituição, ainda que não se duvide da idoneidade e credibilidade de nenhuma delas; o problema claro é do Estado e da sua forma de controle notadamente ineficaz. Em que pese opiniões em contrário, nos filiaremos aos dados apresentados pelo Anuário Brasileiro de 2022, mesmo cientes de que pode existir uma defasagem e de que o número real potencialmente seja mais elevado.

Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022, temos 820.689 pessoas privadas de liberdade no Brasil, entretanto já houve um incremento nesse número no ano corrente, uma vez que os dados se referem ao ano anterior. Desse número absoluto, temos 586.862 presos condenados e 233.827 presos provisórios. No âmbito estadual, alguns estados, como o Sergipe, por exemplo, merecem destaque: em 2020, 42,4% da população prisional daquele estado era de presos provisórios; em 2021, esse valor chegou em 79,9% da população. Com 634.469 vagas, isto é, há um déficit de 186.220, o que demonstra existir superlotação.

Ademais, houve aumento de 7,3% na taxa de encarceramento entre 2020 e 2021, o que significa dizer que, mesmo com a diminuição de pessoas presas no regime fechado, o Brasil encarcerou mais no último ano – colaborando, inclusive, para a intensificação do estado de coisas inconstitucional. As condições do sistema penitenciário brasileiro já são conhecidas. Na ADPF 347, julgada inicialmente em 2015, o STF reconheceu que o sistema prisional pode ser caracterizado como “um estado de coisas inconstitucional”, dadas as condições desumanas de custódia em que os presos sob tutela do Estado vivem, com violação de direitos fundamentais.

No Brasil, temos cerca de 67% da população carcerária até 34 anos, 67% composta por negros e 29% por brancos. São Paulo lidera em quantidade total de presos, sejam provisórios ou não, e a polêmica se instaura quando alguns estados, como o Rio de Janeiro, por exemplo, decidem não permitir que seus detentos provisórios votem.

O colégio eleitoral do Rio de Janeiro é respeitável, e a potencialidade em relação ao voto dos presos provisórios também o é, pois somente no

Rio de Janeiro temos 18.678 presos provisórios que permaneceram alijados de exercer seu direito constitucional ao voto. E nesse estado, a proibição é recorrente, pois há algumas eleições não há a instalação eleitoral. 233.827 presos provisórios no Brasil, dos quais apenas 12.346⁶ estavam aptos a votar, o que perfaz apenas 5,27% da população nessas condições. Claro está que o Estado dá na balda em suas funções fundamentais e viola os direitos dos presos provisórios. Como veremos adiante, se é ou não uma estratégia, o efeito prático é onerar irremediavelmente os próprios cofres.

Logo, segundo a determinação da Resolução nº 23.669/21, deveria ter sido disponibilizada a estrutura eleitoral necessária para que 233.827 pessoas pudessem exercer o seu direito ao voto, porém, respeitada a regra de que para que uma seção eleitoral seja instalada nos estabelecimentos prisionais e nas unidades de internação de adolescentes, é necessário o mínimo de 20 eleitores aptos a votar. A realidade mostra, entretanto, que apenas 12.346 eleitores, já incluindo mesários e funcionários desses estabelecimentos, estavam aptos a votar nessas seções especiais ao longo de 220 locais de votação em unidades prisionais no país.

Apenas 22 Tribunais Regionais Eleitorais disponibilizaram seções eleitorais em penitenciárias e em unidades de internação. Os estados do Mato Grosso, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Tocantins e Rio de Janeiro não instalaram seções especiais. Assim se questiona se os direitos dos presos provisórios de poder votar foram violados ou não.

Desde a eleição municipal de 2020, há uma intensa campanha para que as pessoas regularizem seu título de eleitor e estejam aptas para exercer a cidadania em sua plenitude, porém não houve uma única campanha para que os presos provisórios pudessem ter a ciência de que o seu domicílio eleitoral passou a ser o local em que estão detidos e, por conseguinte, que deveriam transferir o domicílio eleitoral para exercer sua cidadania, cujo prazo terminou em 18 de agosto. Então se alguém se tornou um preso provisório no dia seguinte, por exemplo, já não mais poderia votar, assim como aqueles que não realizaram a alteração.

⁶ Aqui é importante salientar novamente a não uniformização acerca do número, pois, como já dissemos, há uma variação entre as informações, sem qualquer confirmação de maneira oficial do número real de presos provisórios que estavam aptos a votar.

Ademais, muitos não sabem dessa exigência e, muito menos, da necessidade de ter vinte presos para que seja instalada uma urna. Então, se houvesse dezenove eleitores aptos a votar, estes estariam impedidos, porque assim a legislação prevê e assegura a isenção estatal para a instalação eleitoral.

Qual é a necessidade de se assegurar o direito de o preso provisório votar? A humanização da pena é um dos elementos fulcrais que baseiam a ressocialização e, para o preso provisório não se considerar um ex-cidadão, ou parte de um sistema penitenciário como se condenado fosse, poder exercer seus direitos de cidadão brasileiro é o caminho para a manutenção de sua humanidade e da paz social e da harmonia das relações sociais. Assim, não se trata de uma deferência do Estado, mas sim, uma assunção de premissas fundamentais basilares para a Constituição Cidadã.

Agora nos ateremos às dificuldades do Estado Democrático de Direito brasileiro de efetivar os direitos tidos como fundamentais e às consequências para o direito dos presos provisórios de exercer sua cidadania.

3. A INEFICIÊNCIA DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO BRASILEIRO EM FAZER A EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA OS PRESOS PROVISÓRIOS

A Constituição Federal de 1988 é clara ao estabelecer ser dever do Estado Democrático de Direito garantir e efetivar o conjunto de direitos tidos como fundamentais para que a sociedade brasileira seja mais justa, busque erradicar a pobreza, a desigualdade e tenha como primado essencial que os cidadãos brasileiros tenham respeitada sua dignidade da pessoa humana e lhes seja conferido o direito de exercer sua cidadania através do voto. Além disso, também é responsabilidade estatal garantir saúde, segurança, educação, meio ambiente de qualidade, propriedade e, especialmente, a valorização do direito à vida.

Quando o Estado falha em seu primado fundamental, a sociedade brasileira sofre, e o ônus, invariavelmente, é direcionado ao próprio Estado, pois, quando a segurança pública é falha, a criminalidade causa mais danos, e cabe ao Estado empregar seu poder de polícia de maneira repressiva, e o resultado é o incremento acelerado do volume prisional e, com ele,

a elevação do custo dos detentos. Afinal, ser um dos três países que mais encarceram no mundo é reconhecidamente oneroso aos cofres públicos.

Ademais, de acordo com os dados que já apresentamos, o Estado não cumpre com o regramento basilar de garantir o respeito à dignidade da pessoa humana dos presos, sejam eles provisórios ou com sentença criminal transitada em julgado. Ao impor condições degradantes com problemas sociais, sanitários, de espaço, dentre outros, o Estado, ainda que involuntariamente, fomenta o acirramento da violência e caminha na direção diametralmente oposta à finalidade precípua do universo prisional, que é a recuperação do encarcerado, para que o mesmo possa ser reintegrado ao convívio em sociedade após o cumprimento de sua pena. Assim, a ressocialização se perde.

Ora, então temos de nos aprofundar no círculo hermenêutico de Paul Ricoeur. Afinal, o fim pretendido pela figura do cárcere não é apenas e tão somente apartar e excluir os criminosos do convívio social, porque é dever do Estado Democrático de Direito lhes aplicar a ressocialização e garantir que, após o cumprimento da pena, estejam aptos para o convívio em harmonia social com os cidadãos brasileiros. Assim, é dever do Estado investir na recuperação do preso.

Na prática, o Estado falha sistematicamente ao não garantir a dignidade humana dos presos, sejam provisórios ou não, com superlotações, verdadeiros amontoados humanos, violência dos agentes, além da isenção de preocupação para que aquele detento recupere sua dignidade, fortaleça ou desenvolva sua educação, conheça o conjunto de seus direitos e, concomitantemente, possa exercer sua cidadania contribuindo para eleger seus representantes através do voto. O que se nota é o alijamento dos presos, sejam provisórios ou não, dos acontecimentos sociais, jurídicos e eleitorais do Estado brasileiro. O resultado é o afastar os detentos da vida social.

O encarcerado é parte integrante da sociedade brasileira, goste ela ou não. Algumas justificativas se desenvolvem, como, por exemplo, a questão dos presos potencialmente poderem eleger um representante de uma facção criminosa, então, ao não se permitir a votação, protege-se a sociedade. Intrigante, porque no estado do Rio de Janeiro, por exemplo, é sabido e

conhecido que as milícias elegem seus representantes políticos e não têm qualquer tipo de controle por parte do Estado.

Atenção, não defendemos aqui que as facções devem ter representantes, mas sim, que se, supostamente, há um controle para a população carcerária, por que não ter para as milícias? Ainda assim significa que todos os presos provisórios são integrantes das facções criminosas? A resposta nos parece inverossímil.

Outro argumento é que o preso não é idôneo, pois então não há qualquer tipo de diferenciação na Constituição Federal, e o preso provisório, como dissemos, é inocente até que tenha sua culpa comprovada e sua sentença transitada em julgado. Portanto é um cidadão em sua plenitude de direitos e obrigações. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, que em seu art. 8º, prevê no nº 2, H:

Artigo 8

Garantias Judiciais

1. (...)

2. Toda pessoa acusada de delito tem direito a que se presuma sua inocência enquanto não se comprove legalmente sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

(...)

h) direito de recorrer da sentença para juiz ou tribunal superior.

Sobre o tema destacamos Fernando da Costa Tourinho Filho:

Agora, em face do princípio segundo o qual o imputado não pode ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença penal que o condenou, mais se evidencia o direito de apelar em liberdade. Não só de apelar, mas, inclusive, de interpor recurso extraordinário ou recurso especial, com efeito suspensivo, pois a interposição desses recursos pressupõe a não existência de trânsito em julgado (TOURINHO FILHO, 1994, p 323-324).

E prossegue:

O princípio segundo o qual ninguém poderá ser considerado culpado enquanto não transitar em julgado a sentença condenatória não impede a decretação da prisão preventiva. Esta se baseia em dado concreto: o réu está perturbando a ordem pública, ou o réu está perturbando a instrução criminal, ou, por último, o réu está querendo se subtrair a eventual aplicação da lei penal (TOURINHO FILHO, 1994, p 323-324).

Gilmar Ferreira Mendes acerca do tema:

Discute-se no âmbito de proteção do princípio de não culpabilidade estaria eventual proibição contra prisão preventiva ou cautelar ou se contraria tal postulado a valoração dos antecedentes criminais antes do trânsito em julgado.

Desde logo, assentou o Supremo Tribunal federal que “o princípio constitucional da não culpabilidade impede que se lance o nome do réu no rol dos culpados antes do trânsito em julgado da decisão condenatória”.

No caso da prisão cautelar, tem o Tribunal enfatizado que a sua decretação não decorre de qualquer propósito de antecipação de pena ou da execução penal, estando unida a pressupostos associados, fundamentalmente, à exitosa persecução criminal (MENDES e BRANCO, 2011, p. 585).

Em verdade, o que se constata é uma discriminação social; há uma dupla punição antecipada, a da justiça e a da sociedade. As pessoas querem uma comunidade mais segura, e a visão turva para isso é afastar o preso do convívio pelo maior tempo possível, mesmo se for um provisório sem a assunção de culpa, como se equivocadamente fosse um ex-cidadão. Como resultado, claro está que o atual sistema prisional não regenera, tampouco ressocializa e, muito menos, recupera.

O que se vê é um empilhar de condenados ou cumpridores de penas com ausência de condenação, como no caso dos provisórios, sem qualquer

7 HC 80.174, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 12.04.2002; HC 75.077, Rel. Min. Maurício Corrêa, DJ de 15.05.1998; HC 73.489, Rel. Sydney Sanches, DJ de 13.09.1996.

planejamento com custos que se somatizam com falta de retorno para uma população prisional, que logo em breve ultrapassará 1 milhão de pessoas. Não há como construir unidades prisionais na velocidade necessária para abarcar a quantidade de presos existente em proporção à falta de vagas existente. Com o incremento do déficit, acentuam-se os vilipêndios de direitos e o ônus retorna ao próprio Estado.

Falta respeito, dignidade humana, cidadania e a violação dos direitos dos presos provisórios é evidente. Quando se impede o preso provisório de votar, se retira compulsoriamente sua humanidade e sua igualdade perante seus pares na sociedade brasileira. Ainda que a Resolução nº 23.669, de 14 de dezembro de 2021, certifique, através do artigo 39 e seguintes, que os presos provisórios tenham assegurado seu direito de votar, o Estado reitera suas falhas ao não informar a esses detentos a necessidade de modificação de seu domicílio eleitoral para a unidade prisional em que se encontram recolhidos.

Outrossim, o Estado Democrático de Direito brasileiro segue sem cumprir seus preceitos mínimos quando deixa a juízo dos estados os critérios e a possibilidade ou não de instalação das urnas. O resultado é que o processo democrático não é respeitado de maneira equânime e o Estado brasileiro, uma vez mais, peca ao não oferecer mecanismos que assegurem aos estados componentes da federação a implementação segura da votação aos presos provisórios.

O resultado é uma roleta de imprevisibilidades, que mais denota a impressão de sorte do que de planejamento ou competência. Assim, percebe-se que alguns estados são comprometidos com a plena efetivação da cidadania dos presos provisórios, enquanto outros alegam problemas em sua segurança pública, problemas internos e se imiscuem no dever constitucional de garantir e efetivar o direito ao voto do detentos provisórios. O resultado é a ausência de uniformização de decisões no espaço-tempo, com resultados incertos e danosos aos preceitos constitucionais.

Mesmo estados tidos como modelo não mantiveram a excelência. O Rio Grande do Sul, por exemplo, na eleição de 2006, conseguiu realizar a maior votação da América Latina, com 4.000 presos e, em 2022, como foi?

Dos 13 mil presos provisórios, somente cerca de 600 estiveram em condições de votar. Será que 2006 foi sorte ou 2022 demonstra incompetência?

A bem da verdade a imprevisibilidade é que não pode acontecer quando existe direito líquido e certo que cabe exclusivamente ao Estado garantir e efetivar. O eleitor não pode estar à mercê da boa vontade e do interesse dos Estados para ter seu direito concretizado. A justificativa da falta de segurança pública, da facilitação do acesso eleitoral às facções mais nos parecem elementos acessórios do que o problema fulcral do tema: o Estado se mostra incapaz de garantir e efetivar o direito dos presos provisórios exercerem sua cidadania.

De tal sorte que o desafio é apurar e criar mecanismos eficazes, a fim de transformar a inviolabilidade de direito na respeitabilidade dos direitos fundamentais, dentre eles os eleitorais. Por fim, a pergunta que ainda persiste é: o Estado tem condições de fazê-lo? Eis o que analisaremos derradeiramente.

4. O DIREITO CONSTITUCIONAL INVOLÁVEL DO DIREITO AO VOTO DOS PRESOS PROVISÓRIOS: ALTERNATIVAS AO PROCESSO ELEITORAL CORRENTE

O tópico anterior foi finalizado com a questão se o Estado Democrático de Direito brasileiro tem condições de garantir e viabilizar o direito ao voto para os presos provisórios. Em tese, a resposta é afirmativa, porque a resolução eleitoral é objetiva, logo, se os critérios forem cumpridos e houver interesse dos estados, as urnas eletrônicas serão disponibilizadas, respeitada a condição de ter, no mínimo, 20 eleitores por unidade prisional aptos a votar. No entanto, na prática, vimos que apenas 5% dos presos provisórios estavam aptos a exercer seu direito constitucional ao voto no primeiro turno das eleições de 2022, portanto reiteramos a indagação: Há mecanismos que possibilitem ao Estado, efetivamente, garantir o direito constitucional do preso provisório votar?

A resposta está longe de ser simples, entretanto, o que devemos ter como norte fundamental é o que o Estado se despercebeu: que, ao abandonar e suplantiar os direitos dos presos, inclusive os provisórios, ele gera um ônus econômico exclusivo para si, sem nenhum tipo de recuperação do

gasto no espaço tempo. Ao não ressocializar e não reinserir os presos na sociedade, o resultado é duplo: primeiro a não aceitação da sociedade de um condenado no seu convívio cotidiano, e segundo é o regresso ao sistema prisional ou a não saída de lá, o que se reflete na manutenção econômica mensal a ser suportada pelo Estado, que hoje implica no importe de R\$1.674,52, segundo dados do SISDEPEN, e com incremento para R\$ 3.472,22 ao se analisar os presídios federais.

Quando se multiplica essa expensa por quase um milhão de presos, os números assustam. Então por que não potencializar a recuperação, a educação e a reinserção social como forma de desonerar o próprio Estado? Portanto a solução perpassa por reconhecer as dificuldades e trabalhar na construção de um conjunto de direitos para a população carcerária, inclusive para viabilizar a eleição ou a participação no pleito eleitoral, no tocante aos detentos provisórios.

Ora, se o poder emana do povo através do povo, e os presos provisórios não estão excluídos da sociedade, já que a maioria deles se encontra em Centros de Detenção Provisória, é plenamente possível que se desenvolvam campanhas de conscientização eleitoral e inclusive informativas acerca dos candidatos e suas respectivas propostas, o que, na prática, é muito mais importante do que o próprio direito de votar, afinal, se você está alienado de quais são os candidatos e suas plataformas, como eleger um representante de maneira eficaz? Participar da sociedade é informar e ser informado e poder exercer o seu direito ao voto da maneira mais consciente possível.

O que não se pode permitir é que os candidatos visitem presídios para fazerem palanques eleitorais e se montar um aparato eleitoreiro a fim de capitalizar politicamente o resultado a ser obtido pelo voto dos presos provisórios.

Por fim, mas não menos importante, está a necessidade premente de não se aplicar o modelo corrente do sistema de votação para os presos provisórios por alguns motivos, a saber: o custo elevado, a regra de vinte presos aptos a votar para a instalação da urna, o deslocamento da urna, bem como dos funcionários e dos custos que envolvem a operação ao longo de um país continental como o Brasil.

De tal sorte que nossa proposta é criar um modelo de votação específico para os presos provisórios e, para tanto, podemos utilizar o que já funciona em outros países, como o envio de cédulas antecipadas ao pleito eleitoral, que devem ser lacradas e retornadas para as respectivas zonas eleitorais com prazos rígidos e pré-estabelecidos. A transferência das urnas eletrônicas e todo o fomento que se demanda com esse aparato não fazem sentido nesse arquétipo; o cerne do processo é se associar custos mais baixos com o incentivo à votação por mais de duzentos mil eleitores em potencial.

Quem seria o responsável pela recepção, coleta e envio dessas cédulas? Os diretores das unidades prisionais e centros de detenção, com a aplicação a cargo dos agentes penitenciários, com a supervisão desse mesmo diretor. Se haveria um espaço próprio para a votação, se o agente iria pessoalmente a cada um dos eleitores, ao nosso ver, o mais apropriado é se destinar um espaço próprio para o exercício do voto e a entrega da cédula.

O que não se cogita é ser feita a escolta dos presos a um local de votação fora do ambiente em que estão recolhidos, porque haveria violação ao domicílio eleitoral, e o aparato de segurança para garantir tal ato seria deveras custoso e com possibilidade de fugas ou incidentes. O modelo em papel é eficaz, com resultados positivos em outros países que cumprem os ditames constitucionais correntes e pode ser introduzido no cotidiano eleitoral brasileiro.

Com isso ganha o eleitor, reconhece-se o direito dos presos provisórios, viceja o Estado e se favorece a população brasileira, que faz valer os ditames constitucionais em sua plenitude. Se houver interesse político, já se pode implementar o estalão sugerido para as eleições municipais de 2024, a fim de, efetivamente, garantir o direito do voto dos presos provisórios nas eleições municipais de 2024. Que se respeite o povo, a Constituição e o cidadão brasileiro inocente, ainda que um preso provisório é tão igual em direitos quanto qualquer outro membro da sociedade brasileira.

CONCLUSÃO

O objetivo do presente artigo transcende o debate candente acerca dos problemas e malefícios dos presos provisórios votarem nas eleições, porque

adentra em dois temas sensíveis que permeiam a questão: a incompetência estatal e a incapacidade de se respeitar os direitos fundamentais dos cidadãos que aguardam seu julgamento ou que ainda não tiveram sua condenação penal transitada em julgado.

Quando o Estado Democrático de Direito brasileiro não consegue viabilizar o processo eleitoral, a fim de que os mais de 233 mil presos provisórios exerçam seu direito ao voto, desvelam-se alguns problemas inerentes à sociedade brasileira: primeiro, o preconceito, que é seguido da discriminação, e depois, a ineficiência estatal, que contribui negativamente para o funcionamento pleno do mesmo em harmonia com a população.

Sobre o primeiro ponto: quando uma pessoa é recolhida ao sistema prisional, seja em uma prisão preventiva ou temporária, pouco ou nada importa a motivação, o delito em si, se houve erro ou quicá se o indivíduo é inocente, porque automaticamente já recebe um “selo” de cidadão de segunda classe e, para muitos, ainda pior: é considerado um ex-cidadão e, por conseguinte, passa a sofrer o preconceito e a discriminação em virtude disso.

Ainda persiste no imaginário popular que aquele que foi preso é um criminoso e merece não apenas pagar pelo delito praticado com a perda da sua liberdade, como também, se possível, ser excluído permanentemente do convívio social. O que a sociedade não percebe é que, além da condenação social, também estão presentes as marcas que a própria vida prisional impinge, uma vez que um homem cerceado de sua liberdade terá lembranças e nódoas que residirão dentro de si para sempre.

A rotulação equivocada precipita um julgamento que, por reiteradas vezes, não ocorreu, haja vista que enquanto não for transitada em julgado a condenação criminal, o conjunto de direitos basilares do cidadão nacional está intrínseco ao preso provisório. Portanto deve ter direito a uma prisão que respeite os direitos humanos, a que sua dignidade seja preservada e que, dentro das limitações da condição em que se encontra, possa exercer sua cidadania. E a expressão maior da cidadania é poder votar e ser votado.

Ao ser considerado como um ex-cidadão, há uma remota lembrança da época romana em que apenas os cidadãos eram considerados como pessoas dotadas de direitos e deveres, e os demais – escravos, mulheres,

estrangeiros e crianças – não poderiam participar dos acontecimentos da cidade, o *Civitas romano*. Esse modelo há muito deixou de ter efeito, e a base da democracia implica na participação do povo na tomada de decisões do Estado. Logo, não há pessoa de segunda classe ou ex-cidadão; o preso provisório é um brasileiro na totalidade de seus direitos e deveres e merece e tem de ter sua sagrada condição de cidadão inata.

Para que o preso provisório seja considerado como cidadão em sua plenitude, depende do segundo problema: a resolução da ineficiência estatal. Claro está que o Estado brasileiro emprega de maneira pouco eficaz os seus recursos financeiros.

O Estado Democrático de Direito brasileiro não consegue ter uma política de segurança pública que confira proteção efetiva à população brasileira. As polícias (civil, militar e federal) convivem com falta de recursos, sejam humanos (déficit de pessoal), tecnológicos (falta de banco de dados unificado, falta de integração sistêmica etc), técnicos (viaturas sem manutenção, armamentos desatualizados, em alguns lugares até falta de munição), que comprometem o trabalho preventivo essencial a ser praticado a fim de se evitar o cometimento dos crimes.

O resultado é a necessidade de atuar de modo repressivo e, por conseguinte, prender, prender e prender, em um acúmulo de pessoas no sistema prisional como forma de mitigar a violência em um claro cenário em que se atua na consequência e não na causa. E, quando o condenado ingressa no sistema, depara-se com tratamento sub-humano, um verdadeiro empilhar de corpos, violência policial, desrespeito à sua dignidade humana, o que lhe provoca a certeza de que ele deixou de ser um cidadão e foi negativamente promovido a coisa.

O cárcere tem como premissa fundamental retirar a pessoa que desviou seu caminho para uma reflexão forçada fora do convívio com seus pares, para que vislumbre seus erros e possa se recuperar e retornar à sociedade em um processo ressocializatório. No entanto, no modelo corrente brasileiro, a falha do Estado é evidente, porque, ao se negligenciar os direitos dos presos, não incentivar a promoção da educação e/ou do trabalho, o resultado é o cumprimento da pena sem perspectivas e com a chancela popular de

pária, com direito à discriminação e ao preconceito de maneira cotidiana, com o cumprimento de uma nova pena: agora a social.

O que o Estado lhes oferece para cumprir o objetivo da lei de execução penal para proporcionar condições para a integração harmônica do condenado na sociedade? A resposta, não raro, é: Por que se deveria oferecer algo a um criminoso? Mesmo que a pena já tenha sido cumprida. Assim, muitos não resistem à falta de recursos e preferem retornar ao sistema por terem um pouco mais do que o nada que a sociedade lhe proporcionou.

Com os presos provisórios, ainda estamos em uma etapa anterior, por conseguinte, há a possibilidade de o Estado evitar que o cidadão brasileiro recolhido nos centros de detenção provisória se torne tudo aquilo que a sociedade dele espera: um indivíduo de segunda classe, um pária que não merece conviver em sociedade. Assim, o respeito aos seus direitos é essencial para a manutenção de sua cidadania.

O direito ao voto faz parte desse arcabouço de direitos e não pode o Estado, sob os mais variados argumentos, falhar novamente. Medidas alternativas para garantir a votação, campanhas publicitárias, programa de conscientização junto aos diretores das unidades prisionais para informar que o detento provisório deve modificar seu domicílio eleitoral são apenas algumas das premissas essenciais a serem aplicadas pelo Estado.

Não se trata da quantidade de votos e, muito menos, do risco de se eleger alguém de uma facção criminosa, mas sim, da assunção e garantia de que aquela pessoa é um cidadão brasileiro e será assim considerado pelo Estado brasileiro até que seja provada a sua culpa. Todos somos iguais perante a lei na plenitude de direitos e deveres. Que o Estado faça a sua parte como garantidor e efetivador dos direitos fundamentais.

REFERÊNCIAS

ABREU, Sérgio. O Princípio da Igualdade: A (In)Sensível Desigualdade ou A Isonomia Matizada. *IN PEIXINHO, Manoel Messias et alli (orgs.). Os Princípios da Constituição de 1988*. 2 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA 2022. Fórum Brasileiro de Segurança Pública, ano 16, 2022. Disponível em: chrome-ex-

tension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5. Acesso em 27 de outubro de 2022.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Audiências de custódia. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario/audiencia-de-custodia/>. Acesso em 29 de outubro de 2022.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Custo do preso. Disponível em: <https://www.gov.br/depen/pt-br/servicos/sisdepen#:~:text=Custo%20do%20Preso&text=Substituiu%20o%20In-fopen%20Estat%C3%ADsticas%20reformulando,formato%20de%20um%20relat%C3%B3rio%20detalhado>. Acesso em 29 de outubro de 2022.

DICIONÁRIO HOUAISS DA LÍNGUA PORTUGUESA. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009.

GARCIA, Soledad y LUKES Steven. **Ciudadanía: justicia social, identidad y participación**. Madrid: Signo XXI, 1999.

GONÇALVES, Antonio Baptista. **O Direito a ter Direito**. São Paulo: Lex Editora, 2012.

_____. **PCC e facções criminosas: A luta contra o Estado no domínio pelo poder**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

GUEDES, Néviton. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2013.

HEATER, Derek. **Ciudadanía. Una breve historia**. Madrid: Alianza Editorial, 2007.

MARTINS, Rogério Vidal Gandra da Silva. *IN* MARTINS, Ives Gandra da Silva & Passos, Fernando (orgs.). **Manual de Iniciação ao Direito**. São Paulo: Pioneira, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **O conteúdo jurídico do princípio da igualdade**. 3 Ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira e BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Pontes de. **Democracia, Liberdade, Igualdade Os três caminhos**. Atualizado por Wilson Rodrigues Alves. Campinas: Bookseller, 2002.

PASSOS, J.J. Camon de. **O conceito moderno de cidadania: cidadania tutelada**. Revista Processo, São Paulo, v. 18, nº72, out/dez. 1993, p. 124-143.

PÉREZ-LUÑO, Antonio. **Ciudadanía y definiciones**. In Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Alicante, n. 25, p. 177-210, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal**, v. 4, 1994.

ECONOMIA DO COMPARTILHAMENTO: EFETIVIDADE DO DIREITO E (IN) SEGURANÇA

Marcelo Augusto Santana de Melo

Doutor e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUCSP. Oficial de Registro Imobiliário, Títulos e Documentos e Pessoas Jurídicas em Araçatuba – SP.

Izaías Gomes Ferro Júnior

Doutorando em Função Social do Direito pela Faculdade Autônoma de Direito de São Paulo – FADISP. Mestre pela Escola Paulista de Direito – EPD. Oficial de Registro Imobiliário, Títulos e Documentos, Pessoas Jurídicas e Civil das Pessoas Naturais em Pirapozinho/SP. Autor e coordenador de artigos em Revistas Jurídicas.

Submissão: 01/12/2022

Aprovado em: 16/01/2023 e 05/04/2023

RESUMO: Este artigo efetuou uma leitura inicial, tendo como base o livro de Tom Slee, “Uberização”, explorando-se aspectos sociais e jurídicos sobre a economia do compartilhamento. Objetivou analisar e responder se a economia compartilhada se sustenta – ou sustentará – social e economicamente e quem pode tirar proveito econômico dela. A pesquisa baseou-se na doutrina dominante, em especial no tema “uberização”, do livro de Tom Slee, e utiliza o método dedutivo, ou seja, uma abordagem na qual se parte de premissas gerais (nesse caso, a doutrina dominante) para chegar a estabelecer especificamente a solução ao problema social analisado. Buscou identificar as bases econômicas, sociais e jurídicas a respeito dos efeitos das plataformas multilaterais de compartilhamento econômico de bens, e seus efeitos. Deu-se ênfase a noções de compartilhamento, desde a Pré-História até os tempos atuais, com a *aplicação* das plataformas das empresas que tratam do

tema central a partir da dinâmica desses agentes econômicos, os quais, não obstante o pouco tempo de existência, vêm causando grandes transformações na economia brasileira. Concluiu-se que se encontrou uma nova versão de capitalismo, extremo, onde grandes investidores encontraram um nicho de mercado para lucrar mais.

PALAVRAS-CHAVE: uberização, economia compartilhada, aplicação, mudanças econômicas, capitalismo.

ABSTRACT: This paper performs an initial reading, based on Tom Slee's book, "Uberização", analyzing social and legal aspects of the Sharing Economy. It aims to analyze and answer whether the sharing economy is sustained or will be sustained socially and economically and who can take advantage of it. The research was based on the dominant doctrine, in particular the theme "uberization" of Tom Slee's book, using the deductive method, that is, an approach in which one starts from general premises (in this case, the dominant doctrine) to arrive at establishing specifically the solution to the analyzed social problem. It seeks to identify the economic, social and legal bases regarding the effects of multilateral platforms for economic sharing of goods, and their effects. Emphasis will be given to notions of sharing, from prehistory to current times, with the application of the platforms of companies that deal with the central theme from the dynamics of these economic agents who, despite their short existence, have been causing major changes in the Brazilian economy. It was concluded that a new version of capitalism was found, extreme, where big investors found a market niche to profit more.

KEYWORDS: uberization, shared economy, application, economic changes, capitalism.

INTRODUÇÃO

A economia globalizada atualmente sofre grandes transformações culturais e socioeconômicas. Toda evolução (ou involução) social traz novos atores e debates sobre o momento pelo qual determinada sociedade

passa. Os movimentos impulsionados por novas tendências e valores são, ora uma evolução contínua e constante, ora disruptivos¹. Quando abruptos, ou rompedores, dão origem a fissuras sistêmicas no ordenamento econômico-sociojurídico. Os reflexos disruptivos do atual momento econômico, com a chamada “nova economia”, envolvendo o compartilhamento de bens, serviços etc., têm dado origem a novos comportamentos socioeconômicos, exemplificados com os novos serviços *aplicados* do chamado capitalismo digital ou “de plataforma”.

Antes, porém, tem-se que a origem desse momento disruptivo foi uma reação à economia tradicional norte-americana, ocasionada pela crise dos *subprimes*², iniciada nos Estados Unidos da América em meados de 2007, que desencadeou o começo da recessão mundial em 2008. Essa catástrofe minou a segurança econômica para muitos países, trazendo em seu rastro níveis alarmantes de desemprego e subemprego – especialmente para os jovens – junto com reduções na riqueza e aumento do medo e insegurança econômicos (LIMA; DEUS, 2013). Nesse compasso, a economia norte-americana entrou em profunda recessão em 2009. Ocorreu que, naquela época, a implantação de ativos não utilizados para ganho econômico ganhou apelo adicional e surgiram mecanismos para oferecer utilidade à capacidade ociosa dos ativos imobilizados com o emprego das hipotecas sem lastro econômico-financeiro.

Com a falência do regime dos *subprimes*, natural que a sociedade por conta própria, em caso da não ocorrência de modificação legislativa, faça

1 Os momentos disruptivos clássicos descritos na história são a Revolução Agrícola, a Revolução Industrial, e a Revolução Tecnológica, focada na inovação, conhecida como Era da Informação (GRAGLIA, 2018).

2 A origem do termo *subprime* baseia-se no excesso de crédito a tomadores que não apresentavam garantias reais, ou elas já eram insuficientes para novos empréstimos. Nos EUA os registros são simples agências que recolhem as declarações que são, na quase totalidade, preenchidas em formulários na internet e sufragam os dados em seus sistemas sem que haja uma prévia qualificação jurídica do título em seus vários aspectos. Não há controle dos títulos contraditórios, como no Brasil, a exemplo de penhoras, indisponibilidades, bloqueio de matrículas referente a determinados imóveis, nem uma qualificação subjetiva, ou seja, sobre a titularidade daquele direito real. Alia-se ao fato que, nos Estados Unidos da América, um tipo de fraude é comumente encontrada com a aplicação do golpe denominado *identity theft mortgage*, ou seja, roubo da identidade para hipotecar bem imóvel, ou como a população de lá se refere: “roubo de casas”. Isso alcançou níveis alarmantes e exigiu a atuação do FBI – *Federal Bureau of Investigation*, que cuidou de divulgar em seu site um alerta, fornecendo indicações de como o negócio funciona – e muito bem - naquele país, acatando e informando os cidadãos norte-americanos. Os fraudadores apresentam-se como possíveis compradores, ou como simples corretores imobiliários, e perguntam sobre o imóvel, obtendo os dados pessoais dos proprietários. O que demonstra a insegurança sistêmica até hoje encontrada nos países com sistema ineficiente de registro imobiliário, nas palavras de Fernando Méndez Gonzáles (MÉNDEZ GONZÁLES, 2012).

movimento visando a sua própria proteção financeira. Aquela crise trouxe ensinamentos sobre a (in)segurança jurídica que se vive com a crescente virtualização de ativos e, principalmente, direitos imobiliários em diversos países com modelo deficiente de controle das garantias imobiliárias³.

Nesse mesmo período, iniciou-se uma onda crescente sobre uma “nova economia”, como foi chamada à época, que se concentrava em visões de resiliência e sustentabilidade, nas quais comunidades mais fracas, ou setores, como os consumidores conectados à internet, tornavam-se o tecido social para uma economia minimamente equilibrada com as empresas tradicionais já existentes no mercado, gerando a chamada economia do “novo mercado”.

As iniciativas desse novo modelo econômico são orientadas para alta satisfação, resultados igualitários, visando a também atingir níveis aprimorados de aprendizagem. O consumo conectado, ou consumo colaborativo, é baseado em uma cultura de acesso, uso e recirculação de bens como alternativas aos bens tradicionais, sejam eles móveis, imóveis ou direitos (VERDANA; BREI, 2016), o que levou a um novo termo: “economia do compartilhamento”⁴. Esta tem o potencial de transformar a mobilidade, as compras, as viagens, as práticas de trabalho, as condições de vida, a prestação de serviços, a produção doméstica, a aprendizagem entre outros. A prática do consumo conectado revela-se além de mera economia do compartilhamento, entretanto, esse aspecto não será tratado neste artigo.

Explorar o significado sociológico do consumo conectado à internet, focalizando especificamente as variáveis que medem o engajamento, a experiência e a eficácia, seria, há um quarto de século, chamado de utopia. Hoje, porém, uma realidade, pois se baseia em novas representações sociais, corriqueiras e já imperceptíveis à sociedade em geral. As representações sociais são produzidas em uma sociedade pelas suas relações jurídicas “espaço-tempo”. Engana-se quem acha que consegue prever como uma pessoa pode vir a comportar-se diante de uma situação específica e peculiar pois, a quase

3 Vale registrar que a crise do *subprime* levou os norte-americanos a questionarem seu atual sistema de registro de imóveis.

4 O termo “Economia do Compartilhamento” não é unânime. Há quem chame de Economia dos Bicos (*gig economy*), Economia da Viração, Consumo Colaborativo entre outros.

infallibilidade dos algoritmos⁵ (ILUMEO, [2020?]) é sempre questionada. É preciso entender as relações sociais presentes em determinado cotidiano, ou melhor, em seu microuniverso, e isso não tem como ser previsto.

Um grupo de pessoas tem reações diferentes, mesmo se inseridas em um mesmo espaço territorial e temporal, e submetidas a um mesmo fato. Comportar-se-ão de uma forma ou de outra diante de uma mesma situação peculiar, pois têm percepções diferentes. O que para alguns é aceitável, corriqueiro, para outros é exatamente o oposto. Pode ser inicialmente atraente, pode deixar de sê-lo num momento seguinte. Nesse ponto reside a transformação das ações, atitudes e aceitação, ou não, para a chamada “economia do compartilhamento”. Há fluidez nas atitudes sociais como nunca vista antes, levando à fulminação de alguns tradicionais setores da economia. Compartilhar é desejável para uns, inaceitável para outros, mas certamente o movimento social tende à crescente utilização desse “modelo de consumo”.

O chamado “compartilhamento” não é algo novo na história. Por certo, esse não é o único movimento social ou econômico em voga atualmente, mas este artigo será restrito ao compartilhamento de bens e serviços e suas nuances.⁶

Pois bem, o primeiro capítulo traz uma breve introdução histórica sobre o compartilhamento, seguido por outros aspectos propedêuticos sobre uma formação da teoria do compartilhamento no capítulo segundo, o qual se divide em três subtópicos: análise sobre a estrutura e a função da economia compartilhada, o compartilhamento de bens e serviços, e como Emile

5 Algoritmo é um conjunto de instruções ou sequência de passos para você atingir um objetivo. Em uma rede social, por exemplo, é a estratégia de análise de dados para aprender e classificar qual o seu perfil. O algoritmo emprega técnicas de levantamento de dados e formas de processá-los (OLIVEIRA, 2020).

6 Os mais conhecidos movimentos sociais são o trabalhista, o ambiental, o político, o racial, o de gênero, o de publicidade, entre outros. Ou seja, qualquer grupo de pessoas que defenda, lute e corrobore para uma causa é considerado um movimento social, por se manifestarem através de suas pautas. Porém, os movimentos sociais podem ser caracterizados de maneiras diferentes: i) movimento de transformação: é criado para modificar algum aspecto político ou social através de reivindicações; ii) movimento de conservação: surge para manter algum aspecto político ou social; iii) movimentos tradicionais: ocorridos principalmente no século XIX, após a Revolução Industrial, têm temas voltados para classes sociais, com uma grande luta entre o proletariado e a burguesia; iv) movimentos novos: são aqueles que têm em sua luta questões de classe, porém sua maior pauta é de cunho identitário, ou seja, são minorias que pedem representatividade e voz dentro da sociedade; v) movimento conjuntural: é aquele que aparece em uma conjuntura, que se organiza e se estrutura de acordo com uma demanda instantânea, em uma situação específica; vi) movimento estrutural: é aquele que tem demandas e objetivos que serão conquistados em longo prazo, ou seja, demanda uma alteração completa na estrutura social, um exemplo de movimento estrutural é o movimento negro, contra o racismo (SIGNIFICADOS, [2021?]).

Durkheim iniciou estudos a respeito no final do século XIX. O terceiro capítulo faz críticas à atual modelagem do compartilhamento, abordando, em seus subtópicos, os aplicativos de transporte e termina com mais críticas ao modelo de compartilhamento atual.

Objetivou-se discutir, neste estudo, se de fato pode-se falar no surgimento de uma “nova economia do compartilhamento” viabilizada pelo desenvolvimento tecnológico de aplicativos de internet e seus benefícios (ou não), ou se as mudanças que se verificam nada mais são que adaptações do modelo de transporte, locação de bens, produtos ou serviços já existentes com uma nova roupagem adaptada a uma nova realidade. A pesquisa baseou-se na doutrina dominante, em especial no tema “uberização” do livro de Tom Slee (2017), utilizando-se o método dedutivo, ou seja, uma abordagem na qual se parte de premissas gerais (nesse caso, a doutrina dominante) para chegar a estabelecer especificamente a solução ao problema social.

1. DO COMPARTILHAMENTO NA IDADE PRÉ-HISTÓRICA À FORMAÇÃO DA PROPRIEDADE PRIVADA

A civilização, como a conhecemos hoje, é uma evolução lenta e gradativa, dos hominídeos desde a Pré-História até os dias atuais. O objetivo deste artigo não é verificar a questão da evolução (ou involução) científica dos primatas, e sim do compartilhamento de bens e serviços, em rápida passagem histórica.

O homem surgiu no planeta Terra há, aproximadamente, 4 milhões de anos. Há 2,4 milhões de anos, o *Homo habilis* teria saído da África em direção ao Cáucaso e estabelecido, nessa linha temporal, uma nova espécie, a *Homo sapiens*, a qual se espalhou por toda Europa e os demais continentes (FOLHA DE SÃO PAULO, 2019). O *Homo sapiens* tinha necessidade de adaptação por simples sobrevivência e naturalmente procurou adaptar-se ao ambiente e percebeu que agrupar-se com outros da mesma espécie era vantajoso, pois aumentava sua possibilidade de sobrevivência.

O objetivo desse agrupamento era unir esforços para a pesca, para a caça de animais de pequeno e médio porte, para o extrativismo vegetal e para compartilhar experiências. A questão da sobrevivência levou o homem

a estocar algum alimento para eventual período de escassez. Naturalmente, em um primeiro momento da Pré-História⁷, todos os utensílios eram compartilhados no agrupamento social, pois não havia noção de propriedade de objetos ou de algum tipo de exclusividade, e sim de bens comuns para a sobrevivência. A necessidade fez o homem pré-histórico compartilhar tudo para sobreviver.

Alguns povos, em momento posterior, ou seja, na Idade Antiga, ainda não conheciam o direito de propriedade privada. Outros povos somente a compreendiam sobre os rebanhos, sobre as armas, jamais sobre a terra. O professor Caio Mário da Silva Pereira, em introito à Sociologia da Propriedade, perpassa sobre a ideia da propriedade antiga e afirma que ainda hoje alguns povos não subordinam o seu regime de bens à ideia de apropriação individual, o que certamente reflete no seu direito, desarticulado da concepção tão arraigada na consciência coletiva ocidental, que é o direito subjetivo, e assim deduz: “Está neste caso, por exemplo, o povo chinês, para o qual não foi o regime de Mao Tsé-tung que aboliu a propriedade privada, mas a sua tradição histórica” (PEREIRA, 2014, p. 3-4) – pelo menos até a alteração do regime político daquele país para o Capitalismo de Estado.

A propriedade privada é um fenômeno histórico que se desenvolveu com a necessidade de sobrevivência de um grupo contra outro que provavelmente, o atacava para obter seus produtos e gêneros alimentícios estocados. Portanto, um grupo de pessoas precisaria possuir, ao menos, os objetos e alimentos essenciais à sua sobrevivência e defendê-los. A coletividade antiga fez-se “proprietária”, então, de seus bens de utilidade como forma inicial de subsistência e sobrevivência.

Da necessidade de subsistência decorre a acumulação de bens de utilidade e gêneros alimentícios visando a épocas de escassez alimentar. Provavelmente, foi a relação estoque/necessidade no tempo que gerou situação de descontrole sobre o ponto de equilíbrio para tal finalidade. O acúmulo, inicialmente de alimentos, passa a ser sobre o local de cultivo, com a mitigação da situação de nomadismo social dos povos pré-históricos. A transpo-

7 A Pré-História é definida como o ciclo anterior ao surgimento da escrita pelos povos sumérios, por volta de 3.500 a.C. Após esta data, a idade histórica comumente aceita nos meios acadêmicos é dita como Idade Antiga.

sição da necessidade de estoque de sustento à “propriedade da terra”⁸, ou no mínimo posse, e mesmo à acumulação de bens e serviços, numa espécie de mero consumo ou uso funcional para a “propriedade” acumulativa, só pode ocorrer no âmbito de uma comunidade razoavelmente organizada jurídica e politicamente. O conceito jurídico de propriedade é, portanto, o conceito da propriedade instituída. A partir da instituição da “propriedade” e sua individualização, perde-se a noção de compartilhamento dos bens e serviços da sociedade pré-histórica.⁹

Faz-se necessário, neste ponto do trabalho, definir, de forma sucinta o que seria compartilhar antes de se verificar uma teoria sobre o objeto deste estudo.

2. ASPECTOS PROPEDEÚTICOS DE UMA PRETENSA “TEORIA DO COMPARTILHAMENTO”

A princípio há que se entender o significado do termo “compartilhar”. Numa primeira acepção, tem como sinônimo linguístico, mas vulgar, a ideia de fazer parte de algo com alguém, dividir alguma coisa. Entretanto, pode ser visto também como o ato de repartir, compartilhar, rachar, subdividir, distribuir, ratear, participar, coparticipar, comungar, associar-se, aquinhoar.

Dentre esses termos, o que interessa inicialmente ao presente artigo é a ideia do compartilhamento econômico, ou seja, sua ideia vulgar. Tal ideia é a corrente, pois os crescentes estudos sobre o compartilhamento são feitos rotineiramente sobre os transportes, com o uso de plataformas de aplicativos para locomoção urbana, cujo exemplo mais comum é a *Uber*, e, para os bens imóveis de locação temporária, o *Airbnb*, entre outros sobre os quais se discorrerá ao longo do artigo, contudo, esses são, geralmente, os primeiros exemplos de que o leitor se recordaria sobre o tema “Economia do Compartilhamento”.

8 O termo “propriedade”, como a conhecemos hoje, não tem correspondência na Pré-História, visto que a posse plena seria a mais aceita.

9 Com a revolução verde, que ocorre na época do Neolítico, inicia-se o surgimento da propriedade privada, a diferenciação entre os sexos e a divisão social. “[...] cria-se uma divisão do trabalho cada vez mais nítida entre homem e mulher e um domínio sobre a mulher por parte do homem [...]” A revolução neolítica é também uma revolução educativa: fixa uma divisão educativa paralela à divisão do trabalho (entre homem e mulher, entre especialistas do sagrado e da defesa e grupos de produtores); fixa o papel-chave da família na reprodução das infraestruturas culturais: papel sexual, papéis sociais, competências elementares, introjeção da autoridade; produz o incremento dos locais de aprendizagem e de adestramento específicos (nas diversas oficinas artesanais ou algo semelhante; nos campos; no adestramento; nos rituais; na arte) (SÓ PEDAGOGIA, [entre 2008 e 2023]).

Entretanto, o compartilhamento vai além do termo econômico, como o de bens e serviços. Não se pode deixar de pontuar a ideia do compartilhamento do sentimento, tema corriqueiro e muito estudado no Direito da Família, mas que não é o objetivo deste artigo¹⁰. Efetivamente, o compartilhamento de bens e serviços tem, no mínimo, um viés econômico, seja pela sua natureza de “troca” ou mesmo pela natureza de prestação de serviço.

Uma expressão anglófona bastante comum sobre o tema é “*what’s mine is yours*”, que em tradução livre para o português seria “o que é meu é seu”. As sociedades latinas também encampam a ideia de generosidade no compartilhamento, a exemplo da frase *mi casa, su casa*.

Ao se verificar a evolução da cultura, para não dizer “economia”, da sociedade pré-histórica para os dias atuais, Rachel Botsman e Roo Rogers (2010b) classificaram-na como *Lifestyle collaboration*¹¹, ou seja, compartilhamento de recursos, tais como materiais e meios de produção e tempo^{12,13}. O tempo, em primeira análise, pode ser mensurável economicamente¹⁴ no contexto da economia do compartilhamento.

Trazendo a questão do compartilhamento para uma realidade próxima à brasileira, interessante é a ideia, ou melhor, a falta de noção de

10 O compartilhamento do afeto, em linhas gerais, pode ser classificado em: guarda compartilhada de filhos; compartilhamento parental de crianças e idosos; e guarda compartilhada de idosos.

11 Em estilos de vida colaborativos (tradução livre), pessoas com necessidades ou interesses semelhantes se unem para compartilhar e trocar ativos menos tangíveis, como tempo, espaço, habilidades e dinheiro. Essas trocas acontecem principalmente em nível local ou de bairro, pois as pessoas compartilham espaços de trabalho (por exemplo, no *Citizen Space* ou *Hub Culture*), jardins (no *SharedEarth* ou *Landshare*) ou vagas de estacionamento (no *ParkatmyHouse*). O compartilhamento colaborativo do estilo de vida também acontece em uma escala global, por meio de atividades como empréstimos ponto a ponto (em plataformas como *Zopa* e *Lending Club*) e as viagens ponto a ponto em rápido crescimento (no *Airbnb* e *Roomorama*) (BOTSMAN; ROGERS, 2010b).

12 Segundo Botsman e Rogers o modelo econômico da chamada Economia do Compartilhamento contempla três tipos de sistemas: 1) mercados de redistribuição: ocorre quando um item usado passa de um local onde ele não é mais necessário para onde ele seja, baseia-se no princípio do “reduza, reuse, recicle, repare e redistribua”; 2) *lifestyles* colaborativos: baseia-se no compartilhamento de recursos, tais como dinheiro, habilidades e tempo; 3) sistemas de produtos e serviços: ocorre quando o consumidor paga pelo benefício do produto e não pelo produto em si. Tem como base o princípio de que aquilo que precisamos não é um CD, e, sim, a música que toca nele, o que precisamos é um buraco na parede e não uma furadeira, e se aplica a praticamente qualquer bem (BOTSMAN; ROGERS, 2010b).

13 Botsman e Rogers dividem consumo colaborativo em três sistemas: os sistemas de serviços de produtos (SSP), os mercados de redistribuição e os estilos de vida colaborativos (BOTSMAN; ROGERS, 2010a).

14 Instituir um banco de tempo, quer entre pessoas físicas, ou físicas e jurídicas, ou mesmo apenas entre pessoas jurídicas, revela outra situação de compartilhamento. Serviços poderiam ser trocados por unidades de tempo, como uma hora de prestação de um serviço de contabilidade por um conserto de determinada situação doméstica, por exemplo.

propriedade de alguns povos originários, noção essa substituída pelo princípio do compartilhamento, onde não era considerada transgressão a subtração de objetos pertencentes a outrem, mas, sim, deixar de repartir uma caça¹⁵. Os índios não conheciam propriedade privada imóvel nos moldes estabelecidos hodiernamente: “[...] a terra era bem comunal. Tudo quanto se plantava e colhia, mesmo caça e pesca, distribuía-se entre todos” (CASCUDO, 1998).

Como anteriormente dito, embora o compartilhamento seja uma forma de permuta que perdura desde a Pré-História, a necessidade atual, pós-recessão global de 2009, fez, e ainda faz, surgir novos formatos. Muito diferente do compartilhamento entre familiares, vizinhos e amigos, o atual modelo, da década de 2010 em diante, é uma forma de mercado em que estranhos trocam bens e serviços, para os quais foram criadas diferentes maneiras de fornecimento e oportunidades para o que se pode chamar de “consumo conectado”. Esse consumo é feito por plataformas de aplicativos (*aplicação*) de internet, contando com relacionamentos entre pares em vez de atores de mercado existentes para mediar as trocas.

A economia compartilhada inicia-se motivada por preocupações econômicas, pretensamente ecológicas, bem como pelo desejo de aumentar as conexões sociais e o *networking*¹⁶ entre as pessoas, para atingir satisfação com menor custo e maximizar o seu tempo ou o lucro¹⁷. A questão que surge desses objetivos iniciais é estabelecer se a eficácia da economia compartilhada tem cumprido tais metas.

15 “Relatos de pessoas Kaingang mais velhas dão conta que, mesmo a caça não podia ser apropriada (consumida) pelo homem que a caçou, devendo ser repartida entre seus parentes (VEIGA, 2006).

16 *Networking* é uma forma de trabalhar a rede de contatos de alguém, trocando informações relevantes com base na colaboração e ajuda mútua, normalmente objetivando vender algo, apresentar alguma coisa, colaborar com determinada situação para mútuo benefício, entre outras razões.

17 A ideia de troca de tempo ou banco de tempo surge em meados de 1980 como uma alternativa para pequenas comunidades ajudarem os grupos marginalizados, sendo também uma opção para os momentos de crise. Organizações “offline” foram criadas para reunir pessoas a fim de trocar bens e serviços por meio de uma moeda fictícia, que só pode ser utilizada dentro da comunidade. Os bancos de tempo, então, reconhecem as pessoas como ativos, promovendo igualdade, aumentando a força de comunidades com colaboração entre jovens, adultos e idosos e, como consequência, diminuindo a competição apresentada pelo mercado de trabalho convencional. Um dos principais valores dessas comunidades é a reciprocidade. O fundador da Time Bank (banco de tempo), Edgar Cahn, acredita que esse valor é o que dá mais sentido à vida das pessoas que participam e garante um aumento de confiança entre os seus membros (COSTA; FALCÃO, 2018).

2.1 Análise sobre a estrutura e a função da economia compartilhada

Todo direito pode ser visto pelo prisma de sua estrutura ou de sua função. Pietro Perlingieri perguntaria sobre esse novel direito: “o ‘como é?’ evidenciando a estrutura, e ‘para que serve?’ evidenciando sua função” (PERLINGIERI, 1997, p. 94). O que seria então esse direito de compartilhamento? Compartilhar o quê? Compartilhar serviço? Propriedade? O que pode ser compartilhado? Entre as funções do direito, há uma série delas que seriam relevantes para o compartilhamento, como a regulação social, a sociologia, a limitação ao poder político, a relação entre direito e violência, o poder, a ideologia e a racionalidade jurídica (ABBOUD; CARNIO; OLIVEIRA, 2020). Neste artigo será analisado apenas a função regulatória e social do compartilhamento.

2.1.1 Análise propedêutica sobre o compartilhamento da propriedade

Inicialmente, analisando-se a propriedade e seu conteúdo estrutural conforme o direito brasileiro, ela é composta pelas faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar a coisa. Esses elementos compõem a estrutura do direito de compartilhar uma propriedade, mas não retratam ainda sua função. O elemento estrutural do direito à propriedade encontra o seu núcleo central no exercício de um poder pelo seu titular, que gera a sujeição de terceiros a esse assenhoreamento que tem sobre a coisa.

Para não estender em demasia o artigo, os demais compartilhamentos poderão ser realizados em um estudo mais aprofundado em futuras publicações, mas, a título de exemplificação, pode-se compartilhar bens móveis e imóveis, sendo eles: a) bens móveis: uso de ferramentas, veículos terrestres, aquáticos e aéreos; b) bens imóveis: b.1 condomínio comum, geral ou ordinário (art. 1.314 do Código Civil); b.2 condomínio edilício (art. 1.331 do Código Civil e Lei nº 4.591/1964); b.3 multipropriedade – *Time Sharing* (Lei nº 13.465/2017 e Código Civil); b.4 direito de laje (Lei nº 13.465/2017) (BRASIL, 1964; 2002; 2017a).

Igualmente, pode-se compartilhar direitos: a) ações; b) criptomoedas; c) ônus; d) direitos reais de garantia (alienação fiduciária em garantia – MP

nº 992/2020¹⁸ e Lei nº 9.514/1997); e) Fundo Garantidor Solidário – Lei nº 13.986/2020 (BRASIL, 1997; 2020a; 2020b). Pode-se compartilhar os sistemas de produção imaterial: a) propriedade intelectual e industrial. b) “*software* livre”; c) produção científica industrial. Esse rol, dentro dos bens, é apenas exemplificativo para dar noção do que é possível ser compartilhado, fugindo ao clássico compartilhamento de locação de veículos e imóveis.

A partir da construção jurídica do Direito Civil ao longo do século XX, incorporam-se gradativamente as finalidades, os motivos e as razões para o uso social da propriedade (DEBONI, 2010). “Para que serve?” é a questão clássica formulada por Perlingieri (1997). Qual é a função da propriedade? Classicamente, usar, gozar, dispor e reivindicar. Para o direito atual, agrega-se naturalmente a função social ao elemento estrutural do direito de propriedade. Trouxe consigo, portanto, a finalidade principal à propriedade do século XXI.

O Ministro Luís Edson Fachin recorda que impor uma função – no caso social – importa em determinar uma direção (FACHIN, 2000, p. 209). Portanto, a função social da propriedade é dotada da capacidade de alterar a estrutura tradicional (usar, gozar, fruir e reivindicar), inserindo-se em seu perfil interno.¹⁹ Nota-se que não há antagonismo entre propriedade privada (estrutura) e função social (para que serve). Importante perceber como a função social integra a estrutura do direito de propriedade, uma vez que os elementos estruturais e funcionais compõem o todo, ou seja, o direito visto exogenamente.

Retornando ao tema “compartilhamento”, há os que, de forma entusiástica, defendam a nova economia e aleguem que as novas plataformas (ou mesmo tecnologias) renderão resultados no mínimo mais satisfatórios que os da velha economia, visto que, de início, empoderaram pessoas comuns, libertam-nas de horários rígidos e supostamente aumentam a eficiência de seu trabalho (SLEE, 2017). Entretanto, os críticos tradicionais da nova economia as denunciam como uma nova “espécie de escravidão”, a exem-

18 A MP nº 992/2020 não foi convertida em lei.

19 A Constituição Federal, ao dispor sobre o direito de propriedade, insere a sua disciplina no rol dos direitos fundamentais, conforme art. 5º, XXII. Entretanto, não esquece de vetorizar sua função, ou seja, o inciso XXIII explicita o exercício de sua função social (BRASIL, 1988).

plo do sociólogo Ricardo Antunes, professor livre-docente da Unicamp (SUGIMOTO, 2018)²⁰. A nova economia seria voltada ao mero interesse econômico, e não ao compartilhamento. Finalisticamente teria caráter exploratório de mão de obra.

2.2 Compartilhamento de bens e serviços

O compartilhamento dos bens e serviços, ao longo da história, altera-se com o fato social a cada situação de um povo em seu tempo e espaço, nas lições do professor Oliveiros Litrento, citado por Airton Rodrigues Moreira (2022), em adição ao fato, valor e norma insculpidos na tradicional Teoria Tridimensional do Direito, do professor Miguel Reale (GONZAGA; ROQUE, 2017). Para o professor Litrento (1984, p. 6): “O sistema de valores socialmente vigente comanda nossa estrutura mental e moral”. Em sintética análise do pensamento dele, a norma jurídica regula um fato considerado inadequado para que fique em harmonia com os valores sociais vigentes em um dado tempo de uma sociedade de um determinado local. O Direito, como fenômeno social, tem realidade que se desenvolve, portanto, através do espaço e do tempo. Logo, se deduz que os valores, fatos e normas não são estanques, haja vista que a sociedade impinge novos valores a todo instante, quer os suprimindo, alterando ou constituindo em determinado tempo²¹.

A solidariedade do período pré-industrial, pautada nas tradições, dá lugar à solidariedade orgânica, moderna, baseada na interdependência entre os indivíduos com foco na produção e acumulação de bens. Nessas sociedades modernas (europeias), há uma mudança relevante no modo de produção, a qual complexifica a sociedade, estabelece uma nova divisão social do trabalho, intensifica o processo de urbanização e faz com que a moral e as tradições percam sua força como fator de coesão social. Assim, a sociedade enfraquece

20 “Um imperativo anterior aos capitais, observa Antunes, era a terceirização-meio, a pretexto de deixar as atividades menos importantes para terceiros, ficando para as empresas as atividades fins. ‘Uma mentira, porque depois de conseguirem a terceirização-meio, agora impõem a terceirização total. Já pude afirmar que a terceirização total é uma espécie de volta da escravidão. Alguém vai questionar: como assim, escravo? É que a nossa fala é metafórica: na escravidão, o proprietário de terras comprava o escravo; na terceirização, o empresário aluga os trabalhadores – é sutil a diferença, mas o significado é o mesmo”. Antunes, em seu livro “Adeus ao trabalho?”, de 1995, já falava que a tendência para o mercado de trabalho era a terceirização sem limites e que os trabalhadores se tornariam algo como “escravos do século XXI” (SUGIMOTO, 2018).

21 O objetivo deste artigo não é discutir “tempo” de forma científica, mas sim uma linha contínua e linear da forma leiga para um jurista.

as estruturas que orientam as ações dos indivíduos, mitigando situações que já eram precariamente normatizadas. Essa “ausência de regras” cria um estado anômico, segundo o filósofo francês Emile Durkheim (DURKHEIM, 1982), em que os sujeitos deixam de ter a sociedade como referência e agem baseados em seus interesses, anomicamente.²² Nesse período histórico a individualização dos meios de produção e acumulação de bens é levada ao extremo, e não se percebe algum tipo de compartilhamento econômico.

2.3 Émile Durkheim e a análise do comportamento coletivo no final do século XIX

David Émile Dukheim, em seu livro “Da Divisão do Trabalho Social”, estuda a evolução da solidariedade (THOMPSON, 2002). Nas palavras de Abboud, Carnio e Oliveira (2020, p. 155-156), o filósofo

[...] se dedicou a estabelecer a sociologia como disciplina rigorosamente objetiva, opondo-se a todas as orientações que transformavam a investigação social numa dedução de fatos particulares a partir de leis supostamente universais, como a lei dos três estados de Comte. A crítica de Durkheim é que uma lei desse tipo pode até ter alguma utilidade para a filosofia da história, mas não tem serventia maior para o estudo dos fatos sociais concretos.

22 A anomia é um conceito desenvolvido pelo sociólogo francês Émile Durkheim para explicar a forma com a qual a sociedade cria momentos de interrupção das regras que regem os indivíduos. O termo deriva da palavra grega *nomos*, que significa “norma”, “regra”, precedida pelo prefixo de negação a- (“não”). O conceito de anomia foi, na Sociologia, cunhado por Émile Durkheim nas obras: “Elementos de Sociologia” (1889); “Da Divisão Social do Trabalho” (1893); “As Regras do Método Sociológico” (1895); o “Suicídio” (1897); “As Formas Elementares da Vida Religiosa” (1912). Apesar de seu falecimento em 1917, ainda foram publicadas as obras póstumas: “Educação e Sociologia” (1922); “Sociologia e Filosofia” (1924); e “O Socialismo” (1928). Na obra “A Educação Moral” (1925), abordou-se o papel da moral no combate ao estado anômico. Para esse sociólogo, a anomia é uma situação social que surge por conta do enfraquecimento dos vínculos sociais e pela perda da capacidade da sociedade de regular o comportamento dos indivíduos, gerando, por exemplo, fenômenos sociais como o suicídio. Trata-se de uma ausência de um “corpo de normas sociais” capaz de regular o convívio marcado pela “solidariedade”. Para Durkheim, a anomia é uma etapa temporária, produto das rápidas transformações sociais, perda da fé (em seu sentido mais amplo) e das tradições. Essa etapa, para ele, é superada a partir do momento que grupos de interesses determinam novas regras a fim de regulamentar o que se encontra “desajustado” na sociedade, assim como afirmar novas tradições ou refortalecer as já estabelecidas. Nesse sentido, anomia seria um mal crônico das sociedades modernas, marcada pelas rápidas transformações, as quais levam a situações de desajustes sociais causados pela crise (ou ausência) de uma forte “consciência coletiva”. No contexto de uma situação anômica, os limites sociais se encontram frágeis ou não existem, não estando claro o que é justo ou injusto, legítimo ou ilegítimo; perde, assim, os indivíduos, as referências sociais. Essa situação gera um sentimento de frustração e mal-estar, parecendo que não existem normas e impera o “tudo pode” (BODART, 2015).

Para o filósofo, a solidariedade das sociedades tradicionais passadas era baseada na solidariedade mecânica, que era fundamentada no comportamento coletivo e em atividades de produção, pouco mais ou pouco menos diferenciadas. O aspecto social estudado por Durkheim sobre a solidariedade foi baseado na proximidade, na similaridade e no compartilhamento de histórias e valores comuns às comunidades humanas. Segundo o autor, essa solidariedade deu lugar a uma solidariedade orgânica, prevalecente na sociedade moderna do fim do século XIX²³ (época em que viveu o autor) (DURKHEIM, 1982).

Esse modelo de solidariedade deu as primeiras mostras com a divisão do trabalho e as suas consequências, tais como a alta densidade populacional e o avanço da tecnologia. De acordo com Durkheim, essa divisão social do trabalho pareceu criar uma relação de interdependência, uma função social, entre os seres humanos (DURKHEIM, 1982). Em momentos disruptivos e de transformação social, o papel moderador e disciplinador social é suspenso, criando um ambiente sem regras (anômico). Esse estado de anomia é caracterizado pela falta de disciplina e de regras que orientam a sociedade²⁴. Assim, como efeito, observa-se uma desarmonia entre os sujeitos e a sociedade.

Dos estudos de Durkheim à segunda década do século XXI, há uma alteração cíclico-temporal sobre o que se entenderia como “solidarismo social”, desaguando no que se chamaria atualmente de “compartilhamento”.

Atualmente, o que se entende por compartilhar é um comportamento fundamental do consumidor que tende a ser ignorado ou confundido

23 Durkheim, em estudo sobre a solidariedade, definiu-a pela interdependência e a complementaridade impostas pela sociedade moderna para os seres humanos, onde cada membro da sociedade, enquanto ser independente e único, está ligado aos demais numa estrutura de solidariedade complementar. Os fatos sociais que a Ciência da Sociologia estuda são as ações coletivas já instituídas e cristalizadas em normas e, quase sempre, tornadas regulares. Durkheim deduz que a vida social também tem suas correntes e está sempre em transformação. Expressamente conclui que o funcionamento de sociedades mais avançadas só pode ser compreendido quando somos informados sobre a organização de sociedades menos desenvolvidas (DURKHEIM, 1982).

24 Esse estado pode causar uma série de patologias sociais (dentre elas, o suicídio) estudadas por Durkheim. Em sua obra “O Suicídio” (publicada em 1897), Durkheim afirma que existem três tipos fundamentais de suicídio: o suicídio egoísta, que ocorre quando a pessoa se isola do meio social por não compartilhar dos princípios que o regem; o suicídio altruísta, que ocorre quando o indivíduo é absorvido por uma causa, e sua vida passa a representar um valor menor que a coletividade; e o suicídio anômico, que é um efeito das transformações sociais, que colocam os indivíduos em apartados da coletividade, desregulados e em desarmonia com a sociedade (DURKHEIM, 1982).

com troca de mercadorias e oferta de presentes. Os termos “presentear”, “compartilhar” e “trocar” mercadorias são imprecisos. O compartilhamento é um tópico de pesquisa do consumidor distinto, antigo e cada vez mais vital que envolve uma ampla gama de questões de consumo, que vão desde o compartilhamento de recursos domésticos até a atomização de posses familiares para compartilhamento de arquivos *versus* direitos de propriedade intelectual. A revisão teórica distingue entre compartilhar e o que e como compartilhar, e sugere que esse ato dissolve as fronteiras interpessoais impostas pelo materialismo e pelo apego à posse por meio da expansão do *self* agregado. No entanto, tal compartilhamento é desafiado pela crescente “comoditização” do mercado. Hoje não há como dissociar a sociedade de consumo como parte desse sistema e devem ser consideradas implicações para a teoria e a pesquisa do consumidor nessa “nova economia”, sem se esquecer do anteriormente dito sobre como é improvável saber de antemão seu comportamento, mesmo em face de pretensas vantagens que o compartilhamento possa trazer.

Estabelecidos esses parâmetros iniciais, passa-se a analisar aspectos positivos e negativos da atual modelagem do compartilhamento.

3. CRÍTICAS À ATUAL MODELAGEM DE COMPARTILHAMENTO

Neste tópico, faz-se necessário estabelecer alguns parâmetros diferenciadores sobre a modelagem da economia do compartilhamento. Em primeiro lugar, não se deve misturar compartilhamento de recursos (transporte como alugueis de bicicletas, veículos, passeios, apartamentos etc.) com compartilhamento de trabalho, do conhecimento e, por fim, do tempo. O primeiro traz nitidamente a ideia de explorar ao máximo os recursos existentes e, essencialmente, reduzir o desperdício; enquanto o segundo é sobre como minar os empregos existentes com uma concorrência possivelmente desleal, que se pode levar ao subemprego ou mesmo a uma “escravidão moderna”.

Os negócios na economia compartilhada, como *Uber* e *Airbnb*, operam em uma área jurídica cinzenta simplesmente porque a lei ainda está aprendendo como essas empresas funcionam. A nova economia impõe de-

saños às leis de locação de habitação temporária (hotéis, motéis, locação para temporadas e, por que não, locação com extensão de tempo de um ano?) e de trânsito, o que resulta em ações trabalhistas, seja no Brasil ou em outros países. Além dos aspectos jurídicos insipientes, há preocupações com o intermediário, ou seja, as plataformas de uso de aplicativos para os mais diversos fins, pois as empresas não estariam oferecendo segurança ao motorista, ao anfitrião e ao consumidor, gerando lucros sem responsabilidades e poderes públicos interferindo nessas relações.²⁵

Tom Slee (2017) retoma o debate ao dizer que a retórica de “compartilhar” é ridícula quando o dinheiro troca de mãos e o intermediário leva sua “comissão”²⁶. É praticamente o mesmo modelo do *Mercado Livre*, forte na América Latina, e do *eBay* no mundo, mas esses não propagandeam retórica exagerada do compartilhamento. Administrar uma empresa com fins lucrativos faz parte do capitalismo há séculos e não compreende noção econômica com “má reputação” nem de forma altruísta (CAPLAN, 2014). Como Adam Smith apontou, “seu padeiro não assa seu pão por motivos altruístas, mas ele ainda faz bem”, contribui para a sociedade com um bem de consumo (WEINSTEIN, [1995?]).²⁷

A internet é campo fértil para o capitalismo de risco florescer. Há ganhadores e perdedores quando se joga com o capital. O benefício do capital

25 O plenário do STF, em 8 de maio de 2019, decidiu que são inconstitucionais leis que restringem ou proíbem a atividade de transporte individual de passageiros por meio de aplicativos, como *Uber*, *Cabify* e *99*. Por unanimidade, os ministros entenderam que a restrição dessas atividades viola os princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. Assim, fixaram as seguintes teses: “A proibição ou restrição do transporte individual por motorista cadastrado em aplicativo é inconstitucional em razão da violação aos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência. No exercício de sua competência para a regulamentação e fiscalização no transporte privado individual de passageiros, os municípios e os distritos federais não podem contrariar os parâmetros fixados pelo legislador Federal.” A decisão foi tomada em duas ações: no RE 1.054.110 e na ADPF 449. Na ADPF, ajuizada pelo PSL, o objeto de questionamento era a Lei nº 10.553/2016 de Fortaleza, que proíbe o uso de carros particulares, cadastrados ou não em aplicativos, para o transporte remunerado individual de pessoas. Lei declarada inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, após julgamento procedente da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 449/DF (FORTALEZA, 2016; BRASIL, 2017b; 2019).

26 Em sua pesquisa, Tom Slee, na prática, foca em tecnologias digitais.

27 Adam Smith: “Again, there are philosophical issues here. First, is what one is to regard as labor; second is what counts towards economic value. Additionally, Smith is showing how the division of labor works on a large scale; it is not just for pin factories. Rather, different populations can be dedicated to different tasks for everyone’s benefit. (This might be an anticipation of David Ricardo’s notion of “comparative advantage.”) A commercial system is an integrated one and the invisible hand ensures that what benefits one group can also benefit another. **Again, the butcher, brewer, and baker gain their livelihood by manufacturing the lunch of their customers.** (WN I.ii.2)” (WEINSTEIN, [1995?]).

de risco²⁸ tornou esses empreendedores de *internet* “visionários” depois do fato social estabelecido, como explicado anteriormente. Além disso, parece haver uma “pandemia” que os desenvolvedores de *softwares* usam para anexar a palavra “disrupção” a tudo, quando, na verdade, muito poucas *startups*, e mesmo empresas estabelecidas, têm inovações verdadeiramente inovadoras.

3.1 Aplicativos de transporte e compartilhamento

O licenciamento de táxis nas cidades brasileiras não beneficia, geralmente, os motoristas que trabalham duro, mas sim empresas de táxi ou detentores de alvarás. Os trabalhadores nesse setor alugam os veículos dos operadores e pagam aluguéis para tal, minimizando seus ganhos.

Um sistema muito melhor seria a criação de uma prova de aptidão, teórica e prática, com publicação de edital prévio, informando requisitos objetivos, além da obrigatoriedade de veículo próprio para obtenção do alvará junto à municipalidade, que não pudesse ser cedido, alienado ou, por qualquer outra forma, utilizado por outro motorista senão pelo próprio detentor do alvará. Deveria ser criado algum tipo de fundo de pensão e plano médico a ser pago à municipalidade ou a outro órgão definido por lei, para, baseado nas horas reais trabalhadas, ratear a participação do motorista.

A empresa *Uber* é um caso interessante. Foi rotulada como uma das primeiras empresas globais nos transportes ditos “compartilhados”, levando à produção de estudos mais aprofundados a respeito do modelo de compartilhamento. Seria uma solução para o problema dos transportes individuais que eram quase privativos dos táxis no mundo e no Brasil²⁹? Efetivamente,

28 Eles são atraídos pela possibilidade de um cenário em que o vencedor leva tudo, que é tão típico no mundo do *software* e dos modernos aplicativos. São riscos sujeitos a ganhos e perdas.

29 O desenho regulatório criado para o transporte individual na década de 1960 manteve-se praticamente inalterado no Brasil desde então em termos estruturais (autoridade competente, controle de entrada e tarifário), com enfoque nos serviços de táxi. Existe um número limitado de alvarás que são emitidos pelo poder público. Motoristas que desejam oferecer o serviço de transporte de táxi (transporte individual público e serviço de interesse público local) devem obter tal alvará a partir de um procedimento altamente burocratizado. Nesse sentido, a indústria de táxi configurou-se no Brasil como um mercado fechado, no qual a regulação se caracteriza, em primeiro plano, “pelas barreiras à entrada e saída do mercado e pela política tarifária”. Na legislação e na literatura, o táxi foi caracterizado como uma das espécies de transporte público. A Lei Federal nº 9.503/1997 (Código de Trânsito Brasileiro) também definiu que “os veículos de aluguel, destinados ao transporte individual ou coletivo de passageiros de linhas regulares ou empregados em qualquer serviço remunerado, para registro, licenciamento e respectivo emplacamento de característica comercial, deverão estar devidamente autorizados pelo poder público concedente” (BRASIL, 1997, art. 135) – reforçando o controle estatal sobre essa atividade. Durante o governo Dilma, duas mudanças importantes aconteceram com relação à regulação do transporte

a *Uber* e outras empresas – como a *Lyft*, nos Estados Unidos – estão atingindo o público consumidor que se utiliza dos táxis.

Entretanto, no modelo de “compartilhamento”, um intermediário que recebe uma parte para manter sua plataforma eletrônica obterá lucro. Essa ideia de lucro para o intermediário é normal no mercado, a exemplo dos corretores de imóveis, operadores da bolsa de valores etc. A ideia de compartilhamento faz pouco sentido quando cobram taxas ou percentuais abusivos, mas a questão de limites para tais é mercadológica. Se há um público que consome esse produto, seria abusivo? Quando há falta de emprego, as pessoas que se propõem a serem motoristas desses aplicativos aceitam qualquer proposta, haja vista que não estão ganhando qualquer renda.

Tom Slee (2017) desmonta a fachada da economia compartilhada, revelando verdades ocultas e muitas vezes preocupantes sobre empresas como *Uber* e *Airbnb*, como a mudança da generosidade, que vai de “o que é meu é seu” para “o que é seu é meu” – título em inglês de seu livro “*What is your is mine*”, traduzido para “Uberização”, em português. Questiona-se a possibilidade de compartilhamento da riqueza e não apenas o enriquecimento de plataformas de compartilhamento, seus diretores e investidores.

3.2 Modelo de compartilhamento e outras críticas

Tom Slee analisa essa situação e faz profundas críticas ao modelo romântico do compartilhamento:

Meu impulso central para escrever este livro foi um sentimento de traição: o que havia começado como um apelo à comunidade, às conexões interpessoais, à sustentabilidade e ao compartilhamento, tornou-se o playground de bilionários, de Wall Street e de capitalistas de risco, que cada vez mais expandem seus valores de livre mer-

individual. A primeira foi a introdução da “lei dos taxistas” (Lei Federal nº 12.468/2011), que regulamenta a profissão de taxistas. Tal legislação definiu que “é atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros” (BRASIL, 2011, art. 2º). A segunda mudança foi a criação da Lei Federal nº 12.587/2012, que instituiu as diretrizes da Política Nacional de Mobilidade Urbana. Essa norma definiu o transporte público individual como “serviço remunerado de transporte de passageiros aberto ao público, por intermédio de veículos de aluguel, para a realização de viagens individualizadas” e o transporte motorizado privado como “meio motorizado de transporte de passageiros utilizada para a realização de viagens individualizadas por intermédios de veículos particulares” (BRASIL, 2012, art. 4º). (ZANATTA; PAULA; KIRA, 2017).

cado sobre nossas vidas. A promessa de um caminho humano para o mundo corporativo é, ao contrário do que possa parecer, uma forma mais agressiva de capitalismo, com desregulação, novas formas de consumismo e uma nova onda de trabalho precarizado. (SLEE, 2017, p. 297).

Hoje há uma proliferação generalizada de *sites* que comercializam o compartilhamento de carros/viagens. Isso parece apenas expor indivíduos gananciosos por trás desses sítios de internet. O que se espera deles é exatamente encontrar alguém que ofereça o que preciso, ou seja, um telefone ou *WhatsApp* para me conectar com pessoas que possam me oferecer uma carona para o mesmo destino ao qual estou precisando chegar. Dividiria custo com quem me oferece carona. Isso é compartilhar! Já as plataformas oferecem uma rede de pessoas que estão dispostas a me locomoverem até onde preciso por um custo, digamos, “um pouco maior”. Nada de errado nisso, pois, afinal, não conto o custo de manutenção de seu veículo, riscos no trânsito e outros problemas que possam ocorrer. Entretanto, a realidade é que plataformas tecnológicas globais fazem a intermediação, cobrando percentuais significativos dos que se sujeitam a operar nesse sistema tido inicialmente como “solidário”. Via de regra, ambos ficam satisfeitos, quem presta o serviço é remunerado, bem como quem se utiliza desse sistema de plataforma em aplicativo. Ninguém se negaria a pagar uma taxa mínima pelo custo de hospedagem, de transporte.

Entretanto, o romantismo inicial de solidariedade e de compartilhamento ao dar caronas – o que não se faria de forma voluntária – não é mais o mesmo que compartilhar viagens, mas mero serviço de transporte pago, ou seja, um serviço de táxi. A empresa *Uber* é apenas outra maneira com que uma empresa de táxi encontra pessoas necessitadas de locomoção, ou seja, de buscar clientes. Não tem nada a ver com compartilhamento, é uma transação comercial regular para um serviço executado.

O compartilhamento de recursos não utilizados é uma coisa completamente diferente. Pagam-se impostos? Há regulamentação fiscal às locações do tipo *Airbnb*? O próprio *site* do *Airbnb* fala em pagamento de

alguns impostos³⁰. Complexa a tarefa, pois há impostos locais que entre as milhões de cidades de seus clientes, o controle certamente seria deficitário. Igualmente com a *Uber*. Pagou imposto, segundo várias informações da internet, mas seria confiável tal informação? (FUTEMA, 2018). Os seus motoristas pagam tributos? O que se faz hoje não é compartilhar, e sim são maneiras alternativas de obter lucro pagando menos impostos. NÃO compartilham o lucro.

Todas as plataformas de aplicativos pedem que as partes se autoavaliem, e não se pode deixar acreditar que esse processo todo não envolva, em mensagem subliminar, um estrito controle. A confiança, a solidariedade de outrora dará lugar a uma vigilância generalizada³¹.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo do texto, percebeu-se que o tema leva o leitor a ter mais questionamentos que respostas. A leitura atenta do livro de Tom Slee, “Uberização”, trouxe reflexões antes não percebidas por quem, através do marketing das empresas de compartilhamento, expõe apenas benefícios. Claro que o tema é complexo e não há condições de olhar apenas pelo prisma midiático-empresarial da Economia do Compartilhamento.

Questiona-se, portanto, se há sustentabilidade social, econômica e política na economia compartilhada. A sustentabilidade pressupõe a articulação de diversas áreas, como a econômica, a social, a cultural-científica, a educacional, para melhorias simultâneas, ou seja, equilíbrio na distribuição da renda, no padrão de qualidade das populações, no acesso igualitário aos direitos políticos, civis, aos serviços públicos que garantam preservação de condições para o crescimento da sociedade, e não apenas uma casta privilegiada, econômica ou politicamente.

Os fatores econômicos, com o crescimento da nova economia (Economia do Compartilhamento), são disruptivos em relação ao *status quo ante*, em que a população mundial, de forma geral, está linearmente inserida.

30 Disponível em: <https://www.airbnb.com.br/help/article/318/como-funciona-a-tributa%C3%A7%C3%A3o-para-os-h%C3%B3spedes>. Acesso em: 2 abr. 2023.

31 Disponível em: <https://www.spiegel.de/wirtschaft/airbnb-und-Uber-was-steckt-hinter-der-sharing-economy-a-1083971.html>. Acesso em: 02 abr 2023.

Não se pode dizer que os movimentos econômicos foram sempre imperceptíveis ao longo dos séculos, pois vez ou outra ocorrem saltos em determinados campos da ciência, a exemplo das descobertas das ciências naturais, da política etc. O mesmo ocorre com novos modelos econômicos, como Thomas Friedman afirmou, e que poderia ser entendido como um novo termo “lavagem do compartilhamento”, na qual plataformas transferem o risco para os funcionários sob o pretexto do “compartilhamento”. Tom Slee desafiou as alegações do *Airbnb*, segundo as quais seus usuários são indivíduos ganhando pequenas quantidades de renda extra, descobrindo que metade da renda gerada na cidade de Nova York advém de anfitriões com mais de um imóvel listado. O tema central das críticas é que as plataformas com fins lucrativos capturaram o que começou como uma ideia progressiva e socialmente transformadora.

Os capítulos deste artigo foram dispostos de forma que o leitor perceba que o compartilhamento não é situação nova e, em algum momento, desvirtuou-se para que os investidores das empresas do ramo ganhassem cada vez mais.

Não há romantismo, ou, pelo menos, aquele inicial, e sim um modelo capitalista extremo, em que os grandes investidores querem cada vez mais obter lucros dentro desse mercado, esquecendo-se que quem trabalha é o cidadão que foi enebriado com a figura de ser um empresário, uma pessoa que faz seu horário, não tem patrão. Estaria errado o cidadão ao investir e obter lucros? Estaria errado o cidadão que pretende trabalhar conforme lhe é conveniente?

REFERÊNCIAS

ABBOUD, Georges; CARNIO, Henrique Garbellini, OLIVEIRA, Rafael Thomaz. **Introdução ao direito**: Teoria, Filosofia e Sociologia do Direito. 5. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. Beyond Zipcar: Collaborative Consumption. **Harvard Business Review**, [Cambridge], oct. 2010. Disponível em: <https://hbr.org/2010/10/beyond-zipcar-collaborative-consumption>. Acesso em: 2 abr. 2023.

BOTSMAN, Rachel; ROGERS, Roo. **What's mine is yours: The rise of collaborative consumption.** New York: Harper-Collins, 2010. *E-book*.

BODART, Cristiano. O que é Anomia? **Café com Sociologia**, [s. l.], 22 maio 2015. Disponível em: <https://cafecomsociologia.com/o-que-e-anomia/>. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/110406.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 4.591, de 16 de dezembro de 1964.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/14591.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19503.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 9.514, de 20 novembro de 1997.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19514.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 12.468, de 26 de agosto de 2011.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/112468.htm. Acesso em: 31 mar. 2023

BRASIL. **Lei nº 12.587, de 3 de janeiro de 2012.** Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112587.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.465, de 11 de julho de 2017a.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/113465.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional. Recurso Extraordinário. Proibição do uso de carros particulares para o transporte remunerado individual de pessoas. Presença de repercussão geral. **Recurso Extraordinário 1.054.110.** Relator: ministro Roberto Barroso. Brasília, DF, 26 set. 2017b. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=14027911>. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Direito Constitucional, Administrativo e Regulatório. Proibição do livre exercício da atividade de transporte individual de passageiros. Inconstitucionalidade. Estatuto Constitucional Das Liberdades. Princípios Constitucionais da Livre Iniciativa e do Valor Social do Trabalho (art. 1º, IV), da Liberdade Profissional (art. 5º, XIII), da Livre Concorrência (art. 170, caput), da Defesa Do Consumidor (art. 170, V) e da Busca Pelo Pleno Emprego (art. 170, VIII). Impossibilidade de Estabelecimento de Restrições de Entrada Em Mercados. Medida Desproporcional. Necessidade De Revisão Judicial. Mecanismos De Freios E Contrapesos. ADPF julgada procedente. **ADPF 449**. Relator: ministro Luiz Fux. Brasília, DF, 8 maio 2019. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=750684777>. Acesso em: 2 abr. 2023.

BRASIL. **Lei nº 13.986, de 7 de abril de 2020a**. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113986.htm. Acesso em: 31 mar. 2023.

BRASIL. **Medida Provisória nº 992, de 16 de julho de 2020b**. Disponível em: <https://www.congressonacional.leg.br/materias/medidas-provisorias/-/mpv/143537>. Acesso em: 31 mar. 2023.

CAPLAN, Bryan. The Evidence of Altruism. **Econlib**, 30 dez. 2014. Disponível em: https://www.econlib.org/archives/2014/12/the_evidence_of.html. Acesso em: 2 abr. 2023.

CASCUDO, Luiz da Câmara. *Os índios conheciam a propriedade privada?* **Revista da Academia Norte-Riograndense de Letras**, Natal, v. 40, n. 28, dez. 1998.

FORTALEZA. **Lei Ordinária nº 10.553, de 23 de dezembro de 2016**. Disponível em: <https://sapl.fortaleza.ce.leg.br/norma/4894?display#:~:text=DISP%C3%95E%20SOBRE%20A%20PROIBI%C3%87%C3%83O%20DO,FORTALEZA%2C%20E%20D%C3%81%20OUTRAS%20PROVID%C3%8ANCIAS>. Acesso em: 31 mar. 2023.

COSTA, Dharan; FALCÃO, Roberto Flores. O valor percebido pelos usuários na troca de tempo: o caso Bliive. **Consumer Behavior Review**, [Recife], v. 2 (Special Edition), p. 19-32, 2018.

DEBONI, Giuliano. Propriedade privada: do caráter absoluto à função social e ambiental. **Revista de Direito Dom Alberto**, [Santa Cruz do Sul], v. 1, n. 1, p. 1-21, 2010. Disponível em: <https://domalberto.edu.br/wp-content/uploads/sites/4/2017/08/Propriedade-Privada-do-Car%C3%A1ter-Absoluto-%C3%A0-Fun%C3%A7%C3%A3o-Social-e-Ambiental.pdf>. Acesso em: 2 abr 2023.

DURKHEIM, Émile. *The Rules of Sociological Method*. Translated by W. D. Hall. 1st ed. New York: Free Press, 1982.

FACHIN, Luis Edson. **Teoria Crítica do Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

FOLHA DE SÃO PAULO. Como a espécie humana evoluiu? Arqueologia e genômica debatem. **Folha de S.Paulo**, São Paulo, 11 dez. 2019. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/ciencia/2019/12/como-a-especie-humana-evoluiu-arqueologia-e-genomica-debatem.shtml>. Acesso em: 2 abr. 2023.

FUTEMA, Fabiana. Uber diz que pagou quase R\$ 1 bi em impostos no Brasil em 2017. **Veja**, São Paulo, 23 fev. 2018. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/uber-diz-que-pagou-quase-r-1-bi-em-impostos-no-brasil-em-2017/>. Acesso em: 2 abr. 2023.

GONZAGA, Álvaro de Azevedo, ROQUE, Nathaly Campitelli. **Teoria Tridimensional do Direito**. São Paulo: Enciclopédia Jurídica da PUC-SP, 2017. Disponível em: <https://enciclopediajuridica.pucsp.br/verbete/64/edicao-1/tridimensional-do-direito,-teoria>. Acesso em: 2 abr 2023.

GRAGLIA, Marcelo Augusto Vieira. **As Novas Tecnologias e os Mecanismos de Impacto no Trabalho**. São Paulo, 2018. 330 f. Tese (Doutorado em Tecnologias da Inteligência e Design Digital) – Programa de Estudos Pós-Graduados em Tecnologias da Inteligência e Design Digital, Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Disponível em: <https://tede2.pucsp.br/handle/handle/21157>. Acesso em: 2 abr. 2023.

ILUMEO. Um tour pelos 10 principais algoritmos de Machine Learning. Ilumeo, São Paulo, [2020?]. Disponível em: <https://ilumeo.com.br/todos-posts/2020/06/22/um-tour-pelos-10-principais-algoritmos-de-machine-learning>. Acesso em: 2 abr. 2023.

LIMA, Thaís Damasceno, DEUS, Larissa Naves. A crise de 2008 e seus efeitos na economia brasileira. **Revista Cadernos de Economia**, Chapecó, v. 17, n. 32, p. 52-65, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:Z3n9lpG0FiYJ:https://bell.unochapeco.edu.br/revistas/index.php/rce/article/download/1651/922/0+&cd=15&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 2 abr 2023.

LITRENTO, Oliveiros. **Curso de Filosofia do Direito**. 2. Ed. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

MÉNDEZ GONZÁLES, Fernando. **Registro Público de Imóveis eletrônico: riscos e desafios**. São Paulo: Quinta Editorial, 2012. <https://cartorios.org/2016/01/21/registro-publico-de-imoveis-eletronico-riscos-e-desafios/>. Acesso em: 2 abr 2023.

MOREIRA, Airton Rodrigues. A Tridimensionalidade do Direito e a Crise do Ordenamento Jurídico. **WebArtigos**, 22 jul. 2012. Disponível em: <https://www.webartigos.com/artigos/a-tridimensionalidade-do-direito-e-a-cri-se-do-ordenamento-juridico/92741>. Acesso em: 2 abr. 2023.

OLIVEIRA, Filipe. O que é um algoritmo e como influencia nossas escolhas. **#Trendings**, São Paulo, 21 jan. 2020. <https://trendings.com.br/tecnologia/o-que-e-um-algoritmo-e-como-influencia-nossas-escolhas/>. Acesso em: 02 abr 2023.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Condomínio e Incorporações**. 11. Ed. ver. atual. e ampl. segundo a legislação vigente. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PERLINGIERI, Pietro. **Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 1997. Disponível em: <https://pt.scribd.com/document/267699723/008-Perfis-Do-Direito-Civil-Pietro-Perlingieri>. Acesso em: 2 abr 2023.

SIGNIFICADOS. Seis exemplos de movimentos sociais. **Significados**, [s. l.], [2021?]. Disponível em: <https://www.significados.com.br/exemplos-de-movimentos-sociais/>. Acesso em: 2 abr. 2023.

SLEE, Tom. **Uberização: A nova onda do trabalho precarizado**. 1. ed. São Paulo: Editora Elefante, 2017.

SÓ PEDAGOGIA. História da Educação: período primitivo. **Só Pedagogia**, [s. l.], [entre 2008 e 2023]. Disponível em: <https://www.pedagogia.com.br/historia/primitivo.php>. Acesso em: 2 abr. 2023.

SUGIMOTO, Luiz. Livro detalha mudanças no mundo do trabalho contemporâneo: obra do sociólogo e professor Ricardo Antunes tem como eixo o surgimento de um novo proletariado de serviços. **Jornal da Unicamp**, [Campinas], 5 jun. 2018. Disponível em: <https://www.unicamp.br/unicamp/ju/noticias/2018/06/04/livro-detalha-mudancas-no-mundo-do-trabalho-contemporaneo>. Acesso em: 2 abr. 2023.

THOMPSON, Ken. **Émile Durkheim**. 2nd ed. London: Routledge, 2002. Disponível em: <https://doi.org/10.4324/9780203405338>. Acesso em: 2 abr. 2023.

VEIGA, Juracilda. Arrendamento e Privatização da Terra Indígena. In: **Povos Indígenas no Brasil – 2001-2005**. São Paulo: Instituto Socioambiental, 2006. p. 836-839. Disponível em: <http://www.portalkaingang.org/privatizacao_juracilda.pdf>. Acesso em: 2 abr. 2023

VERDANA, Simone Nazareth; BREI, Vinicius Andrade. Consumo Colaborativo, Acesso ou Compartilhamento? Um Ensaio Teórico sobre a Distinção entre Conceitos e Práticas. In: CONGRESSO LATINO-AMERICANO DE VAREJO, 9., 2016, São Paulo. **Anais [...]**. São Paulo: FGV-EAESP, 2016. <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/151485/001011666.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 2 abr 2023.

WEINSTEIN, Jack Russel. Adam Smith (1723-1790). **Internet Encyclopedia of Philosophy**, ISSN 2161-0002, [1995?]. Disponível em: <https://iep.utm.edu/smith/>. Acesso em: 2 abr. 2023.

ZANATTA, Rafael A. F., PAULA, Pedro C. B.; KIRA, Beatriz. Inovações regulatórias no transporte individual: o que há de novo nas megacidades após o Uber? In: ZANATTA, Rafael A. F.; PAULA, Pedro C. B.; KIRA, Beatriz (Org.). **Economias do compartilhamento e o Direito**. Curitiba: Juruá, 2017. p. 131-178.

DEBATES SOBRE TERCEIRIZAÇÃO E PÓS-FORDISMO: O CASO DA LEI Nº 11.442, DE 2007

Fabio de Medina da Silva Gomes

Professor de Direito da Universidade do Estado de Mato Grosso (UNEMAT). Doutor em Antropologia pela Universidade Federal Fluminense. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense

Wanise Cabral Silva

Doutora em Direito. Professora da Faculdade de Direito da Universidade Federal Fluminense.

Submissão em: 02/03/2023

Aprovado em: 03/03/2023 e 05/04/2023

RESUMO: O artigo em tela pretende refletir sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 48 em face da Lei nº 11.442, de 2007, que atribuiu natureza comercial às relações entre empresa de transporte e transportador de carga autônomo, e usar como pano de fundo para toda a discussão teórica a terceirização, que pode ser compreendida com o estudo daquilo que alguns autores entendem como pós-fordismo ou *toyotismo*. Assim, por meio da análise normativa e da jurisprudência, chegou-se à conclusão de que a consequente terceirização da atividade-fim no transporte de carga autônomo e todas essas mudanças possibilitaram um aparente retrocesso nas conquistas de um Direito do Trabalho de viés e de interesse protetor.

PALAVRAS-CHAVES: Toyotismo; terceirização; transporte de carga autônomo; princípio da proteção.

ABSTRACT: The article on screen intends to reflect on the Declaratory Action of Constitutionality n. 48 in the face of Law No. 11,442 of 2007, which assigned a commercial nature to relations between a transport company and an autonomous cargo carrier. Using out-

sourcing as a background for the entire theoretical discussion, which can be understood with the study of what some authors understand as post-Fordism or *Toyotism*. Thus, through normative analysis and jurisprudence, it was concluded that and the consequent outsourcing of the core activity in the autonomous transport of cargo and all these changes made possible an apparent setback in the achievements of a Labor Law of bias and of protective interest.

KEYWORDS: *Toyotism*; outsourcing; autonomous freight transport; principle of protection.

INTRODUÇÃO

O presente artigo pretende refletir sobre a Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 48 em face da Lei nº 11.442, de 2007, que atribuiu natureza comercial às relações entre empresa de transporte e transportador de carga autônomo. Em maio de 2020, o Supremo Tribunal Federal considerou constitucional a lei mencionada, por maioria de votos, cuja ementa é a que se segue:

DIREITO DO TRABALHO. AÇÃO DECLARATÓRIA DA CONSTITUCIONALIDADE E AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE CARGAS. LEI 11.442/2007, QUE PREVIU A TERCEIRIZAÇÃO DA ATIVIDADE-FIM. VÍNCULO MERAMENTE COMERCIAL. NÃO CONFIGURAÇÃO DE RELAÇÃO DE EMPREGO. 1. A Lei 11.442/2007 (i) regulamentou a contratação de transportadores autônomos de carga por proprietários de carga e por empresas transportadoras de cargas; (ii) autorizou a terceirização da atividade-fim pelas empresas transportadoras; e (iii) afastou a configuração de vínculo de emprego nessa hipótese. 2. É legítima a terceirização das atividades-fim de uma empresa. Como já foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal, a Constituição não impõe uma única forma de estruturar a produção. Ao contrário, o princípio constitucional da livre iniciativa garante aos agentes econômicos liberdade para eleger suas estratégias empresariais dentro do marco vigente (CF/1988, art.170). A proteção constitucional ao

trabalho não impõe que toda e qualquer prestação remunerada de serviços configure relação e emprego (CF/1988, art.7º). Precedente: ADPF 524, Rel.Min.Luís Roberto Barroso. 3. Não há inconstitucionalidade no prazo prescricional de 1 (um) ano, a contar da ciência do dano, para a propositura de ação de reparação de danos, prevista no art.18 da Lei 11.442/2007, à luz do art.7º, XXIX, CF, uma vez que não se trata de relação de trabalho, mas de relação comercial. 4. Procedência da ação declaratória da constitucionalidade e improcedência da ação direta de inconstitucionalidade. Tese: “1- A Lei 11.442/2007 é constitucional, uma vez que a Constituição não veda a terceirização, de atividade-meio ou fim. 2- O prazo prescricional estabelecido no art.18 da Lei 11.442/2007 é válido porque não se trata de créditos resultantes de relação de trabalho, mas de relação comercial, não incidindo na hipótese o art.7º, XXIX, CF. 3- Uma vez preenchidos os requisitos dispostos na Lei 11.442/2007, estará configurada a relação comercial de natureza civil e afastada a configuração de vínculo trabalhista.

1. CONTEXTUALIZAÇÃO

A terceirização pode ser mais bem compreendida com o estudo daquilo que alguns autores entendem como pós-fordismo ou *toyotismo*. Esse modelo de produção que sucedeu o fordismo mudou profundamente o modelo de vida em boa parte do mundo, especialmente na Europa e nos Estados Unidos. Harvey (1992) afirma a existência de uma relação ente as mudanças culturais e novas formas mais flexíveis de trabalho. O fordismo era marcado por uma grande influência estatal, por consumo e produção em massa. A gerência, como aponta Braverman (1987), ocupava um papel importante no controle da produção industrial. Assevere-se, ainda, o aparecimento de uma classe média por conta desse sistema, como quer Mills (1979).

As novas tecnologias propiciaram uma reconstrução do espaço-tempo que, aliados à globalização, marcaram toda uma reorganização do sistema produtivo, sobretudo com os processos de terceirização. Assim, Luciano Martinez (2020) definiu terceirização como

uma técnica de organização do processo produtivo por meio da qual uma empresa, visando concentrar esforços na consecução do seu objeto social (em sua atividade fim), contrata outra empresa, entendida como periférica, para lhe dar suporte em serviços que lhe pareçam meramente instrumentais, tais como limpeza, segurança, transporte e alimentação, normalmente identificados como atividades-meio. (p. 300)

Em sentido muito próximo, Delgado (2019) vai explicar que a expressão “terceirização” deriva da palavra “terceiro”. Esse neologismo foi construído pela área empresarial, não guardando relação com a expressão “terceiro” no sentido jurídico. Contudo, para o Direito do Trabalho, a expressão tem um sentido mais pontual.

Para o Direito do Trabalho terceirização é o fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente. Por tal fenômeno insere-se o trabalhador no processo produtivo do tomador de serviços sem que se estendam a este os laços trabalhistas, que se preservam fixados com uma entidade interveniente. A terceirização provoca uma relação trilateral em face da contratação de força de trabalho no mercado capitalista: o obreiro, prestador de serviços, que realiza suas atividades materiais e intelectuais junto à empresa tomadora de serviços; a empresa terceirizante, que contrata este obreiro, firmando com ele os vínculos jurídicos trabalhistas pertinentes; a empresa tomadora de serviços, que recebe a prestação de labor, mas não assume a posição clássica de empregadora desse trabalhador envolvido. (p. 542)

O autor segue explicando que esse modelo trilateral, típico das terceirizações, não se conforma completamente ao modelo clássico do vínculo empregatício, por sua característica bilateral. A dissociação entre relações econômicas e jurídicas trouxe graves desajustes ao mercado de trabalho. A terceirização tem rebaixado o patamar da retribuição material do empregado terceirizado, e não apenas pela baixa remuneração, mas pela ausência de um conjunto de vantagens e proteções tradicionalmente oferecidas, como, por exemplo, regulamentos da empresa ou direitos derivados das práticas empresariais. Gera-se, assim, firme desorganização coletiva do segmento profissional, esvaziando a própria ideia de categoria profissional. Houve

forte desvalorização do trabalho subordinado, diminuiu-se o seu valor no sentido material, simbólico e jurídico. O sindicalismo vê-se enfraquecido pela terceirização, pulverizando interesses e criando uma dificuldade de identificação dos próprios trabalhadores com seus semelhantes.

A terceirização, prossegue o autor, se opõe à estrutura original do Direito do Trabalho, tanto teórica como normativamente. Ela também tem corroído uma matriz humanística instituída na Constituição da República de 1988, em especial nos princípios constitucionais do trabalho, seus objetivos fundamentais e a própria concepção inclusiva e democrática de sociedade civil. Nesse sentido, uma série de pesquisas têm demonstrado como a terceirização se revelou danosa aos interesses dos trabalhadores.

Segue o autor, asseverando que terceirização tem se apresentado como um fenômeno muito novo no Brasil, datando do final do século XX. Tratou-se, explica o autor, de uma fórmula disseminada pela primeira onda neoliberal, depois da crise do fordismo-taylorismo e do estado do bem-estar social ocorrido nos países centrais na década de 1970. A Consolidação não tratou, portanto, das questões atinentes à terceirização, dado que não era um fato na década de 1940. O diploma faz menção apenas a duas formas de subcontratação de mão de obra. Afora dessas incipientes referências, há algo ligeiramente próximo à terceirização, não se percebendo qualquer apontamento no sentido de uma relação de trabalho trilateral. Isso se deve ao fato de que nem na década de 1940, nem na de 1950 a terceirização como fato social foi relevante nos impulsos de industrialização. Nesse período, era o vínculo bilateral o modelo básico das relações empregatícias.

Foi nas décadas seguintes – de 1960 e de 1970 – que a terceirização, não com esse nome, foi aos poucos sendo incluída na ordem jurídica brasileira, sobretudo no segmento do setor público. Na década de 1970, houve profundas mudanças justralhistas, como afirma Delgado (2019),

A partir da década de 1970 a legislação heterônoma incorporou um diploma normativo que tratava especificamente da terceirização, estendendo-a ao campo privado da economia: a Lei do Trabalho Temporário (Lei n. 6.019/1974) — diploma que dizia respeito apenas à terceirização provisória, com curto período de duração. Tempos

depois, pela Lei n. 7.102/83, autorizava-se também a terceirização da atividade superespecializada de vigilância bancária, a ser efetuada em caráter permanente (ao contrário da terceirização autorizada pela Lei n. 6.019/74, que era somente provisória).

Tão importante quanto essa evolução legislativa para o estudo e compreensão do fenômeno seria o fato de que o segmento privado da economia, ao longo dos últimos 30 anos do século XX, passou a incorporar, crescentemente, práticas de terceirização da força de trabalho, independentemente da existência de texto legal autorizativo da exceção ao modelo empregatício clássico. É o que se percebia, por exemplo, com o trabalho de conservação e limpeza, submetido a práticas terceirizantes cada vez mais genéricas no desenrolar das últimas décadas. (p. 543)

Continua o autor, afirmando que a jurisprudência da Justiça do Trabalho, nas décadas de 1980 e 1990, já que a prática da terceirização era cada vez mais frequente. Nesse sentido, o Tribunal Superior do Trabalho publicou a Súmula nº 256, que dizia,

Súmula nº 256 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (cancelada) - Res. 121/2003, DJ 19, 20 e 21.11.2003

Salvo os casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, é ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços.

Essa súmula, alguns anos depois, foi cancelada e revisada pela Súmula nº 331 do mesmo tribunal, atualmente com a seguinte redação:

Súmula nº 331 do TST

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I- A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II- A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III- Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV- O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V- Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI- A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

Sobre todas essas mudanças, assevera Delgado (2019) a dificuldade do Direito do Trabalho em submeter essas questões aos princípios essenciais do Direito do Trabalho:

Como é comum ao conhecimento acerca de fenômenos novos, certo paradoxo também surge quanto ao estudo do presente caso. É que se tem, hoje, clara percepção de que o processo de terceirização tem produzido transformações inquestionáveis no mercado de trabalho

e na ordem jurídica trabalhista do País. Falta, contudo, ao mesmo tempo, a mesma clareza quanto à compreensão da exata dimensão e extensão dessas transformações. Faltam, principalmente, ao ramo juristrabalhista e seus operadores os instrumentos analíticos necessários para suplantar a perplexidade e submeter o processo sociojurídico da terceirização às direções essenciais do Direito do Trabalho, de modo a não propiciar que ele se transforme na antítese dos princípios, institutos e regras que sempre foram a marca civilizatória e distintiva desse ramo jurídico no contexto da cultura ocidental. (DELGADO, 2019, p. 543)

2. A LEI Nº 13467/2017 E A LEI Nº 11.442/2007

Essas mudanças geraram um grande desafio à formula bilateral contida na Consolidação, nos seus artigos 2º e 3º, situação agudizada pela Lei nº 13467/2017,

Uma singularidade desse desafio crescente reside no fato de que o fenômeno terceirizante tem se desenvolvido e alargado sem merecer, ao longo dos anos, cuidadoso esforço de normatização pelo legislador pátrio. Isso significa que o fenômeno tem evoluído, em boa medida, à margem da normatividade heterônoma estatal, como um processo algo informal, situado fora dos traços gerais fixados pelo Direito do Trabalho do País. Trata-se de exemplo marcante de divórcio da ordem jurídica perante os novos fatos sociais, sem que desponte obra legiferante consistente para sanar tal defasagem jurídica. Apenas em 2017 é que surgiu diploma que enfrentou mais abertamente o fenômeno da terceirização (Lei n. 13.467/2017), no contexto da denominada reforma trabalhista; porém, lamentavelmente, dentro do espírito da reforma feita, o diploma jurídico escolheu o caminho da desregulação do fenômeno socioeconômico e jurídico, ao invés de se postar no sentido de sua efetiva regulação e controle. (DELGADO, 2019, p. 544)

No segmento privado, segue o autor, a terceirização não se viu com o mesmo respaldo legislativo do que no caso do setor público. À exceção da Lei de Trabalho Temporário de 1974 e da Lei nº 7.102/1983, esta última dispondo sobre segurança para estabelecimentos financeiros, estabelece

normas para constituição e funcionamento das empresas particulares que exploram serviços de vigilância e de transporte de valores. Apesar desse pequeno número de situações legais sobre a terceirização, o fenômeno se generalizou nesse segmento. A jurisprudência, então, realizou esforço hermenêutico no sentido de aplicação de acordo com a ordem jurídica estabelecida.

O autor destaca que, no setor privado, até bem pouco tempo, os únicos diplomas sobre a questão eram a Lei de Trabalho Temporário e a lei sobre o trabalho de vigilância bancária. Sobre isso, Delgado (2019) destaca que

Entretanto, como se sabe, o processo terceirizante expandiu-se largamente no âmbito privado da economia fora das hipóteses jurídicas previstas nessas duas leis, mediante fórmula de terceirização permanente sem regulação expressa em textos legais trabalhistas. É claro que se poderia falar em aplicação analógica dos dois diplomas normativos referentes à Administração Pública (art. 10, caput, Decreto-lei n. 200/67 e Lei n. 5.645/70), autorizando-se, genericamente, a terceirização de atividades meramente instrumentais da empresa tomadora, suas atividades-meio. Contudo, a expansão fez-se muito além desses limites já bastante amplos.

O modelo terceirizante da Lei n. 6.019/74 (a ser detidamente estudado no item V, à frente) produziu, indubitavelmente, uma inflexão no sistema trabalhista do País, já que contrapunha à clássica relação bilateral (própria à CLT) uma nova relação trilateral de prestação laborativa, dissociando o fato do trabalho do vínculo jurídico que lhe seria inerente. Contudo, ainda assim tal inflexão foi limitada, uma vez que a fórmula do trabalho temporário não autorizava a terceirização permanente, produzindo efeitos transitórios no tempo. (DELGADO, 2019, p. 546)

Mais adiante, o autor vai asseverar que, muito embora haja legislação possibilitando a terceirização, ela não se enquadra na ordem jurídica imposta pela Constituição de 1988. Nesse sentido, a reforma trabalhista – Lei nº 13.467, de 2017, alterando a Lei nº 6.019, de 1974 – tratou de afastar diversos dispositivos de restrições e controles. Essas mudanças legislativas motivaram a Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324 do Distrito Federal, bem como o Recurso Extraordinário (RE) nº 958.252

de Minas Gerais. O debate tratou especialmente da questão da terceirização da atividade finalística das empresas tomadoras de serviço. Nesse sentido, o autor menciona que

Em sessões sequenciais ocorridas em 29 e 30.08.2018, a Corte Máxima, por maioria de votos (vencidos os Ministros Edson Fachin, Rosa Weber, Ricardo Lewandowski e Marco Aurélio), decidiu ser “lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante” (STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018).(19) Nesse quadro, ao “fixar essa tese de repercussão geral (Tema 725), o Plenário, em conclusão de julgamento conjunto e por maioria, julgou procedente o pedido formulado em arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e deu provimento a recurso extraordinário (RE) para considerar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio (Informativos 911 e 912)”.

Segundo escreve o Informativo 913 do STF, o voto de relatoria do Min. Luis Roberto Barroso, na ADPF n. 324/DF, estatui que a “terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre-iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade.” (grifos acrescidos). Ficou, então, advertido que, “no contexto atual, é inevitável que o Direito do Trabalho passe, nos países de economia aberta, por transformações. Além disso, a Constituição Federal (CF) não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias de produção flexíveis, tampouco veda a terceirização.” (STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018).

Também se agregou que: “Por si só, a terceirização não enseja a precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. Terceirizar não significa, necessariamente, reduzir custos. É o exercício abusivo de sua contratação que pode produzir tais violações”. (...) Para evitar o exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do tra-

balhador, cabendo à contratante observar certas formalidades.” (STF — Informativo 913, Plenário, agosto/2018). (DELGADO, 575)

Por fim, Delgado (2019) resume a questão dos julgados:

firmou-se a tese, pelo STF, por maioria, no sentido de ser ‘lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante’. A Corte Máxima, entretanto, não explicitou a modulação temporal de efeitos de sua grave decisão, que altera jurisprudência vigorante há cerca de quatro décadas no País. A comunidade jurídica aguarda que, em embargos de declaração, o Supremo Tribunal Federal esclareça esse importante aspecto de sua decisão prolatada em 30 de agosto de 2018. (DELGADO, 576)

Poderíamos ressaltar muitas questões trazidas pela doutrina sobre a prática da terceirização. Contudo, podemos desde já colocar em relevo a Lei nº 11.442, de 2007 – esta, além de autorizar a terceirização de atividade-fim pelas empresas transportadoras, afastou a configuração do vínculo de emprego. Trata-se aqui de uma problemática antiga sobre a diferenciação entre atividades-meio e finalísticas da empresa tomada de mão de obra. Com base na Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, a doutrina tratou de diferenciar esses dois tipos de atividade. Como quer Martinez (2020), a atividade-fim seria uma tarefa relacionada de forma íntima ao chamado objeto social da empresa, enquanto que a atividade-meio é aquela que se presta meramente a instrumentalizar, facilitar alguns propósitos da empresa, sem neles interferir. É evidente que se trata de uma fronteira tênue. Essa divisão, atualmente, é desnecessária, visto que o Supremo Tribunal Federal entendeu a possibilidade de terceirizar ambas as atividades.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como já era de se esperar, tendo em vista os precedentes do Supremo Tribunal Federal, depois das alterações na Lei nº 6.019, de 1974, e tendo em vista os precedentes que julgou pela constitucionalidade da Lei nº 11.442, de 2007, e da consequente terceirização da atividade-fim no transporte de carga

autônomo. Todas essas mudanças asseveram um forte retrocesso nas conquistas de um Direito do Trabalho que realmente faça jus ao Princípio Protetor.

BIBLIOGRAFIA

BRAVERMAN, Harry. **Trabalho e capital monopolista**. A degradação do trabalho no século XX, Rio de Janeiro: Editora Guanabara, 1987.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2019.

HARVEY, David. **Condição pós-moderna**. São Paulo: Edições Loyola, 1992.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MILLS, Charles Wright. **A nova classe média**. Rio de Janeiro: Editora Zahar, 1979.