

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Montes Claros. Minas Gerais. Brasil. v. 13, n. 3, set./dez. 2018. ISSN 1809-7278 (Impresso)
ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

El Derecho Canónico en el Mundo de Hoy
Francisco José Cardona Vidal

A “Armadilha” do Regime de Separação de Bens e a Humanização do Direito de Família
Brasileiro
Eduardo de Oliveira Leite

Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão
Gonçalo S. de Melo Bandeira

Is Patent Enforcement Efficient?
Mark A. Lemley; Robin Feldman

Contracts Drafting in Common Law System
Medhat Soliman

O Percurso Jurídico do Assédio Laboral
Paula Quintas

Il passaggio dai poteri istruttori di natura amministrativa alle funzioni di polizia giudiziaria
e la valutazione di sospetti, indizi e notizie di reato
Pietro Sorbello

Amicus Curiae y Legitimación en la Nueva Casación Contencioso-Administrativa: el auto
de 1 de febrero de 2018
Raúl Cesar Cancio Fernández

Acessibilidade para Pessoas com Deficiência: um direito fundamental de terceira
dimensão
Ricardo Maurício Freire Soares; Milton Silva de Vasconcellos

A Terceira Idade da Constelação da Crise: espaço para a intervenção psico-inclusiva
Carlos Alberto Poiares



FACULDADES
SANTO AGOSTINHO

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 13, número 3, set./dez. 2018

ISSN 1809-7278 (Impresso)
ISSN 2358-9744 (CD-Room)

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS
v. 13, n. 3 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – set./dez. 2018



A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (FASA), editada por Elton Dias Xavier.

©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

FACULDADE SANTO AGOSTINHO (FASA)

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura
Vice-Diretor: Prof. Ms. Lácio César Gomes da Silva
Coordenador do Curso de Direito: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

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

Editor: Prof. Dr. Elton Dias Xavier - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil
Editor-Associado: Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: Maria Rodrigues Mendes

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

Endereço: (Address)

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

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

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

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

Revista Brasileira de Estudos Jurídicos / Faculdade Santo Agostinho. - Vol. 13, n. 3 (2018) – . – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2018 –
v. : 19 x 26 cm.

Quadrimestral.

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

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

CDU – 34

Ficha catalográfica: Biblioteca da Faculdade Santo Agostinho

SUMÁRIO

EDITORIAL	7
ABERTURA	
El Derecho Canónico en el Mundo de Hoy <i>Francisco José Cardona Vidal</i>	15
ARTIGOS	
A “Armadilha” do Regime de Separação de Bens e a Humanização do Direito de Família Brasileiro <i>Eduardo de Oliveira Leite</i>	33
Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão <i>Gonçalo S. de Melo Bandeira</i>	59
Is Patent Enforcement Efficient? <i>Mark A. Lemley; Robin Feldman</i>	77
Contracts Drafting in Common Law System <i>Medhat Soliman</i>	97
O Percurso Jurídico do Assédio Laboral <i>Paula Quintas</i>	107
Il passaggio dai poteri istruttori di natura amministrativa alle funzioni di polizia giudiziaria e la valutazione di sospetti, indizi e notizie di reato <i>Pietro Sorbello</i>	135

Amicus Curiae y Legitimación en la Nueva Casación Contencioso-
-Administrativa: el auto de 1 de febrero de 2018
Raúl Cesar Cancio Fernández..... 161

Acessibilidade para Pessoas com Deficiência: um direito fundamental
de terceira dimensão
Ricardo Maurício Freire Soares; Milton Silva de Vasconcellos..... 173

ECOS ACADÊMICOS

A Terceira Idade da Constelação da Crise: espaço para a intervenção
psico-inclusiva
Carlos Alberto Poiares..... 219

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO..... 249

EDITORIAL

Ao consolidar o primeiro ano com periodicidade quadrimestral – nos doze anos anteriores, a publicação era semestral – a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** demonstra uma força que traça o próprio rumo. E rumo a uma internacionalização, uma transformação de todo o mundo em um espaço contido em si própria. O terceiro número do décimo terceiro ano - por isso, volume 13, número 3 - traz, em si, países tão diversos quanto vários são os idiomas.

A página de **Abertura** vem anunciando um artigo científico que pode ser classificado como um dos pouquíssimos textos quanto ao Direito Canônico, a contribuição para a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** vem do Professor espanhol Francisco José Cardona Vidal. Ele é Doutor em Direito Canônico e atua no Tribunal da Nunciatura Apostólica de Madrid. Mas, a formação inclui o Curso de Direito Canônico, de Bacharelado em Teologia e Licenciatura em Filosofia. O texto retrata a relação do Direito Canônico com o Direito da Comunidade Política. Antes de abordar o tema central, o autor fala sobre a origem do Direito Eclesiástico e faz referência a obras históricas, além de nomear os primeiros Professores do tema e a própria origem do Direito Canônico. Demonstrando o liame entre o Direito Eclesiástico e a sociedade como um todo, especificamente representada pelo Estado, o autor argumenta firmemente que as pessoas, ao obedecerem ao Direito Canônico, também têm que obedecer às leis dos seus Estados, pois os religiosos não são apátridas. O material escrito é uma raridade feita exclusivamente para a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, da lavra de uma das maiores autoridades no assunto.

A Seção **Artigos** faz com que os artigos apareçam em ordem alfabética de seus autores. Desta maneira, o primeiro texto tem a assinatura do Professor Doutor Eduardo de Oliveira Leite, da representatividade brasileira. Ele escreve o texto cujo título, “A ‘Armadilha’ do Regime de Separação de Bens e a Humanização do Direito de Família Brasileiro”. De início, já indica o tema. E o desvendar do texto demonstra, com qualidade, que a Súmula 377 do Supremo Tribunal Federal, especialmente por ser decisão que já dura mais de meio século, foi resultado de aplicação do Código Civil de 1916 e, hoje, é regra flexível. Desta forma, quando se trata de regime de separação obrigatória de bens, a determinação da Súmula 377 do STF de que os bens adquiridos na constância do casamento são

comunicáveis, o que transforma o regime de separação de bens em regime de comunhão parcial de bens, pode ser rejeitada pelos nubentes. Basta que eles façam um pacto antenupcial e afastem, de vez, a comunicação de bens após o casamento. A matéria não tem caráter público e, destarte, está sujeita aos pactos particulares, os quais têm superioridade neste caso.

A humanidade seria mais feliz se sequer houvesse necessidade de alguns estudos científicos. É que têm como cerne o debruçar sobre o tema da corrupção. Com a intenção de conscientizar os administradores públicos quanto à necessidade de gerir o bem público com honestidade e presteza, o Professor Doutor (de Portugal) Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira, fez uma série de palestras junto às escolas de Administração Pública em Portugal. Entendendo o Professor que as Escolas de Gestão são a base do conhecimento dos administradores públicos portugueses, sua intenção foi levar informação sobre como evitar a corrupção. Com a experiência, também escreveu alguns leves textos, em tom jornalístico, para um grande Jornal da cidade de Minho, Portugal. Arrebanhando toda a sua experiência, inclusive como autor de diversos livros e Pareceres sobre os crimes de lavagem de dinheiro (em Portugal, tipificados como “branqueamento de capitais”), o autor escreveu, especialmente para a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, o artigo denominado “Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão”. O tema é moderno e, como dito, seria melhor que sequer fosse necessário um estudo nesse sentido. Mas, como texto científico, o breve artigo recompõe o conhecimento e traz conscientização.

O Direito da Propriedade está retratado na **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** por meio do artigo científico que leva o título de “Is Patent Enforcement Efficient?”. É um trabalho de pesquisa no amplo sentido da palavra, pois os autores se empenharam ao máximo para trazer a lume diversos ângulos sobre o estudo das patentes requeridas ou depositadas. Os autores são o Professor Doutor Mark A. Lemley (da Stanford Law School) e a Professora Doutora Robin Feldman (University of California Hastings College of the Law). Ambos são pesquisadores com vasta experiência, autores de artigos científicos publicados nas mais imponentes Revistas Científicas dos Estados Unidos. Também são autores de livros que tratam da questão dos direitos reservados por meio das patentes. Diante de um texto tão bem elaborado, não há como não entender o instituto das patentes. E, para quem quiser aprofundar no estudo, os autores trazem citações de inúmeros de livros e textos científicos em vários países (notadamente, Estados Unidos).

No presente número da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** há uma das primeiras publicações no Brasil de um texto de um Professor dos Emirados Árabes Unidos. A redação está vertida para o Inglês, para que a compreensão no mundo ocidental seja atingida em maior proporção. O tema é quanto à elaboração de contratos a interpretação que o Direito Público oferta para as cláusulas que são próprias do Direito Privado. Sob o título de “Contracts Drafting in Common Law System”, o autor Medhat Soliman (com Doutorado em Arbitragem Comercial Internacional, e Mestrado em Logística Jurídica e Soluções de Conflitos) coloca em prática a sua experiência de graduado e Professor de Direito, de ser consultor jurídico em área de Construção Civil e por trabalhar, prioritariamente, com Direito Contratual. Faz observações específicas quanto às regras para elaboração de um contrato privado entre as partes, mas de forma que a Justiça, eventualmente chamada a dirimir questões, interprete as cláusulas de conformidade com a boa-fé contratual que as partes externaram. E, contrariamente, sejam rejeitadas as cláusulas que contêm detalhes praticamente escondidos, evitando deturpações, má interpretações e, sobretudo, má-fé contratual. Trata-se de um texto relativamente pequeno, escrito em tom mais coloquial, demonstrando um estilo diferenciado no tratamento do texto científico que os europeus e americanos dão à espécie do artigo científico.

Para a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, o mundo cabe nas folhas de uma Revista. Esta Revista. Para aproximar o mundo, para unir continentes, há a publicação do artigo denominado “O Percurso Jurídico do Assédio Laboral”, de autoria da Professora Doutora Paula Quintas. O escrito é resultado de pesquisas quanto ao assédio que os empregados sofrem no desempenho das suas atividades, com a visão de quem se dedica a estudar o tema com profundidade. Exatamente pelo alto nível das pesquisas é que a escritora, autora de diversos livros, artigos e palestras sobre o tema, é capaz de afirmar que o assédio é taxado como uma doença profissional, uma afecção de origem laboral. Demonstra que a lei portuguesa ainda trata o assédio como um “acidente de trabalho”, por considerar que é acidente de trabalho o “evento de caráter súbito e fortuito”. Lamenta a falta de regulamentação, na legislação de Portugal, da lei – o Código do Trabalho, correspondente à Consolidação das Leis do Trabalho, no Brasil – no tópico da classificação como doença profissional, por não haver, ainda a inserção do assédio na “Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais” e na “Tabela Indicativa para a Avaliação da Incapacidade em Direito Civil”. É uma visão diferenciada e inovadora sobre o tema do assédio no local de trabalho ou ligado à relação de trabalho, que serve de lições para várias partes do unido mundo.

O Professor Doutor Pietro Sorbello é italiano e comparece para apresentar seu artigo científico denominado “Il passaggio dai poteri istruttori di natura amministrativa alle funzioni di polizia giudiziaria e la valutazione di sospetti, indizi e notizie di reato”. O texto versa sobre o procedimento administrativo para levantar as espécies de créditos tributários e, uma vez havendo indício de crime de sonegação fiscal, sua transição para o procedimento criminal. Tudo, à luz da Constituição italiana e do Código de Processo Penal que tem vigência local. O artigo trata, também, da possibilidade de o contribuinte atuar em fases como denúncia espontânea e um degrau muito próximo ao acordo de leniência (uma espécie de delação premiada disponível para as empresas), além do direito de, já em fase de averiguação criminal, não constituir prova penal contra si, mantendo-se em silêncio. Há um impressionante suporte de legislação, muitas delas caracterizadas como infralegais, além da busca por subsídios nos mais diversos meios de pesquisa científica.

Uma figura que vem ganhando espaço no mundo jurídico é a do *Amicus Curie*, ou Amigo da Corte. Sempre que um Tribunal Superior está por decidir uma causa que pode significar uma repercussão geral, ou servir de paradigma para os Tribunais inferiores, bem como para os órgãos da Administração Pública, bem como no caso de haver Súmula Vinculante, as entidades que pleiteiam uma decisão segundo o conhecimento ou a doutrina que dominam e defendem, podem atuar como Amigo da Corte. Não são partes, não são assistentes, não são oponentes. São entidades que comparecem para ofertar subsídio para o Tribunal Superior, para que a decisão seja de acordo com o pensamento defendido por ela, que atendem aos princípios pelos quais foram elas constituídas. Ou, como escreve o autor adiante apresentado, “los *amicus* no tenían compromiso con los intereses de las partes, sino con la conclusión justa del pleito”. E, sobre *Amicus Curie* em funcionamento na Espanha, há o artigo científico sob o título de “*Amicus Curiae* y Legitimación en la Nueva Casación Contencioso-Administrativa: el auto de 1º de febrero de 2018”, de autoria do Professor Doutor Raúl Cesar Cancio Fernández. O autor, por ser “letrado junto ao Supremo Tribunal”, conhece todo o trâmite dos processos que podem receber a participação do *Amicus Curie*. E descreve, neste artigo, o sumo do que mais bem representa a participação das associações junto ao Tribunal Supremo na Espanha. Com o complemento de que, na Espanha, “letrado” é o Advogado especializado em atuar, em nome de entidades públicas ou Administração Pública, junto aos Tribunais Superiores, pode-se comprovar o quanto é válida a experiência do Jurista ao descrever a participação do *Amicus Curie* em uma causa cuja decisão pode significar não apenas um Acórdão individual, mas influenciar toda causa que tem semelhante fundamento.

Agora, mais um texto brasileiro. Diante da necessidade de constante pesquisa, permanente estudo e insistente tentativa de repassar conhecimentos, o Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares e o Professor Mestrando Milton Silva de Vasconcellos, apresentam o artigo científico “Acessibilidade para Pessoa com Deficiência: um direito fundamental de terceira dimensão”. Para chegar a discutir o tema, os autores passaram pelo estudo filosófico do Direito; chegaram ao Direito Constitucional, segmento no qual analisaram as cinco dimensões em que se divide, para efeitos didáticos, o Direito Constitucional; expuseram bastante sobre biodireito; trasladaram conhecimentos acerca do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; falaram sobre a deficiência como ponto limitador da pessoa e forma de lhe dificultar o exercício do direito e, por fim, fixaram no tema da acessibilidade. Neste ponto, apenas para demonstrar que se trata de um direito fundamental que se encaixa na classificada terceira dimensão.

A última Seção da **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** é denominada **Ecos Acadêmicos**. A seção tem por fito a divulgação de narrativas relacionadas ao estudo superior de graduação e pós-graduação, abrindo espaços para resenhas de livros e formas de mostrar o liame existente entre o Direito e as outras artes e ciências.

O texto da Seção, como pano-de-fundo, mostra que há vezes em que, pela limitação do conhecimento, entende-se, à primeira vista, que a Psicologia não deveria ser assunto em uma Revista de Estudos Jurídicos. Percebe-se, facilmente, o engano quando se lê um texto como “A Terceira Idade da Constelação da Crise: espaço para a intervenção psico-inclusiva”, de autoria do Psicólogo português Carlos Alberto Poiães. Experiente no segmento e Vice-Reitor da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (Lisboa), além de integrante e dirigente de entidades que estuda os direitos dos idosos, o autor mostra o liame entre a idade mais elevada e as deficiências no sistema contributivo, a chamada lei dos grandes números, que no Brasil se entende por “aposentadoria pelo INSS”. E mostra o caso de um grego que, impossibilitado de se manter com a aposentadoria não paga pelo sistema governamental, viu mais vantagem em tirar a própria vida, aumentando o número de infelizes que não veem outra saída. A análise, de forma direta ou indireta, é quanto à Previdência, a Assistência Social, o direito à saúde e ao tratamento hospitalar, e o direito aos medicamentos. E, talvez para desespero de parte da população, o fato de pessoas se tornarem mais idosas na direta proporção em que se veem sós, desamparadas, desassistidas: jogadas. Exatamente porque, com um a menos para o sistema

governamental pagar pensão ou aposentadoria, suga-se mais facilmente dos que contribuíram durante toda uma vida.

Retomando ao argumento inicial, a **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos** coloca, em único local, o que o mundo produz de elevado em termos científicos. Sempre, com a esperança de que haja sinergia entre o leitor e os textos.

Professor Doutor Elton Dias Xavier
Editor

A B E R T U R A

El Derecho Canónico en el Mundo de Hoy

FRANCISCO JOSÉ CARDONA VIDAL¹

Resumen: El objetivo de este artículo es explicar la razón de ser del Derecho Canónico en el mundo de hoy y sus relaciones con el Derecho de la Comunidad política. Para ello previamente nos centraremos en explicar sucintamente y, a nuestro juicio, qué es el Derecho Canónico, el Derecho, el Derecho Eclesiástico del Estado y la Comunidad política. Esta precisión terminológica nos ayudará después para poder interrelacionarlas mejor.

Palabras-clave: Derecho, Canónico, Estado, Iglesia, Concordato.

Abstract: The aim of this article is to explain the *raison d'être* of Canon law in today's world and its relations with the Law of the Political Community. To do this, we will first focus on explaining succinctly and, in our opinion, what is canon law, law, the ecclesiastical law of the State and the political community. This terminological precision will help us later to be able to interrelate them better.

Keywords: Law, Canon, State, Church, Concordat.

¹ Doctor en Derecho Canónico por la Universidad San Dámaso de Madrid y abogado del Tribunal de la Rota de la Nunciatura Apostólica de Madrid. Cursos de doctorado realizados en la Universidad Pontificia de Salamanca. Licenciado en Derecho Canónico por la Pontificia Universidad de Santo Tomás de Aquino de Roma. Bachelor de Teología por la Pontificia Universidad Gregoriana de Roma. Licenciado en Filosofía por la Universidad de Navarra. Ex Vicario Judicial de la Diócesis de Menorca, ex juez del Tribunal Eclesiástico de Mallorca. Ex director de estudios del Seminario de la Diócesis de Menorca y profesor de Filosofía del ciclo institucional (Estudios rango universitario). Ex profesor de bachillerato en los IES Biel Martí, M. A. Cardona y J. M. Quadrado de Menorca y en el Col·legi Sant Pere de Mallorca.

1 INTRODUCCIÓN

“Una parte de la ciudad terrena se ha convertido en imagen de la Ciudad celeste”
(San Agustín, *De Civitate Dei*, XV, 2)

El conocimiento del Derecho Canónico es del todo necesario para cualquier jurista, máxime si éste se encuentra en el marco de una sociedad mayoritariamente católica. Al contrario de lo que algunos países de mayoría no católica han afirmado, entre ellos Reino Unido, los ciudadanos católicos no deben doble obediencia, al jefe del estado propio y al Papa. El planteamiento es erróneo. No debe preocuparnos en absoluto una posible doble obediencia, puesto que los ciudadanos no obedecen ni sirven al jefe del Estado, sino que éste está al servicio de aquellos. En cuanto al Papa, los católicos sólo le obedecen en aquellas materias que tienen que ver con la fe y la moral y no en todos aquellos asuntos temporales que nada tienen que ver con la religión ni con la misión de la Iglesia, eminentemente espiritual, aun sin desentenderse de las cosas materiales y temporales que obligan en conciencia a los cristianos como las obras de misericordia, tales como dar de comer al hambriento, etc. En las propias palabras de Jesucristo: “dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios” (Mt 22, 15-21).

En cambio, en cuanto a la legislación sí es evidente que ello nos sitúa ante la existencia de dos dimensiones: la obediencia a las leyes civiles del estado y la obediencia a las leyes de

la Iglesia. Pero no son dos dimensiones opuestas ni contrarias, sí distintas. No podemos confundirlas como ha sucedido en algunos momentos de la historia y sigue ocurriendo aún hoy en algunos países.

En efecto, todo ello nos sitúa ante una realidad de la que no podemos, en absoluto escapar. Es más, tal realidad debe ser conocida, estudiada y puesta en valor como un sano ejercicio de libertad política, por una parte, y de conciencia por otra.

Así pues, la relación del Derecho Canónico con el Derecho, el Derecho Eclesiástico del Estado y con la Comunidad política en general no será más que un ejercicio de prudencia y buen gobierno de una sociedad libre y democrática. Una visión global sobre nuestra sociedad nos permitirá descubrir cómo este mundo libre y democrático corresponde indiscutiblemente a la civilización occidental y cristiana que incluye mayoritariamente Europa, América y Oceanía, sin excluir algunos países de África y Asia que se han ido sumando al cristianismo, progresivamente.

Con todas las dificultades y errores de los hombres que conformamos las instituciones, no cabe duda de que las sociedades que han conocido el Evangelio y se dejan guiar por sus valores gozan de una mayor libertad política, un mayor progreso social y mayor desarrollo integral del ser humano.

La Iglesia católica, además de poseer características exclusivamente espirituales, es también una sociedad visible y organizada jurídicamente. Resulta por tanto natural plantearse sus relaciones con otras organizaciones humanas, y en particular con las distintas formas de comunidad política (PRIETO, 2005, p. 9).

2 EL DERECHO CANÓNICO Y SU RAZÓN DE SER

El Derecho Canónico es el Derecho de la Iglesia Católica. La palabra canónico viene de canon que significa norma en griego. Los principios de este derecho se enraízan en la Revelación de Dios. Se entiende que Dios es el Legislador Supremo. De ahí viene que a esos principios se les llame Derecho divino. Las fuentes de la Revelación de Dios contienen esos principios convertidos en Derecho divino y constituyen el Derecho divino positivo. Se contienen en la Sagrada Escritura y la Tradición de la Iglesia (aquella que ha sido transmitida de generación en generación desde el tiempo de los Apóstoles hasta hoy ininterrumpidamente).

Pero no todo está regulado en este Derecho divino positivo. Cristo, después de fijar los principios fundamentales, ha dejado margen de actuación a los hombres, dejándonos así la libertad necesaria que nos hace ser responsables de nuestros actos. Cristo, como Hijo de Dios, prometió la asistencia del Espíritu Santo a aquellos que dejó al mando, por así decir de su Iglesia: Pedro, como príncipe de los apóstoles, y los propios apóstoles, como Colegio apostólico, y por ende a sus sucesores que hoy se constituyen como el Papa, sucesor de Pedro, y el Colegio de los obispos como sucesores de los Apóstoles.

La Iglesia forma una sociedad y como tal debe organizarse y el Derecho Canónico es quien fija las determinaciones más contingentes del gobierno de la sociedad eclesial (LE TOURNEAU, 1997, p. 14-15). Y es lógico que sea así. El Derecho existe en la Iglesia y es aquel hecho social a partir del cual aparece la virtud de la justicia, esto es, la necesidad de dar a cada uno lo suyo.

La existencia de la Iglesia como sociedad jerárquica instituida por Cristo y los poderes a ella confiados, especialmente los sacramentos, comportan una serie de relaciones jurídicas, con los correspondientes deberes y derechos que necesitan ser regulados. Todo ello exige necesariamente una ordenación jurídica, pues cualquier sociedad lleva consigo el Derecho, "*Ubisocietas, ibi ius*". Como dice un célebre adagio el derecho es connatural a la vida en sociedad (CENALMOR PALANCA; MIRAS POUISO, 2004, p. 35-46, *passim*).

Aun así, la Iglesia no es una sociedad aislada del mundo, sino que existe entrelazada con él en casi todos sus ámbitos. Desde los primeros momentos de la historia la Iglesia coexistió con el Imperio Romano, llegando éste a legalizarla con el Edicto de Milán del Emperador Constantino en el 313 d. C. que reconocía la libertad de culto. Luego más tarde el Emperador Teodosio con el Edicto de Tesálonica en el 380 d. C. la convertirá en religión oficial.

Pero la Iglesia no puede aceptar que su independencia y autonomía sea una concesión del Estado. El dualismo cristiano hunde sus raíces en una distinción entre la Iglesia y las distintas formas de Comunidad política. Ello permite la existencia de una relación jurídica entre la Iglesia y el Estado. "La redención cristiana comporta en el plano jurídico una novedad histórica sin precedentes: el nacimiento de un derecho propio de la sociedad eclesial que es radicalmente irreductible al derecho de la sociedad civil" (PRIETO, 2005, p. 10).

La Iglesia y la Comunidad política han tenido un pulso histórico con desigual fortuna para una y otro dependiendo de las épocas. No se trata de ganar o perder. Se trata de conseguir una armonía en la que los ciudadanos libres de los diferentes estados puedan ejercer su derecho a la libertad de culto, y evidentemente ello debe estar regulado. Por ello hoy en día son muchos los estados que firman con la Santa Sede concordatos y acuerdos para articular el derecho al libre ejercicio de la religión católica.

Para llevar a cabo todo este complejo mundo de relaciones es necesario tener una clara codificación de las normas jurídicas. El fundamental movimiento compilador occidental de cánones y decretales de la antigüedad tiene lugar entre los pontificados de los papas Gelasio (492-496) y Hormisdas (525), conocido como Renacimiento gelasiano. Más tarde se añade la Colección Canónico Hispánica, atribuida a san Isidoro de Sevilla, en torno a la cual gira toda la vida disciplinar de la Iglesia española hasta el siglo XI. Del Papa Adriano I en el 774 es la Colección Adriana que él mismo mandó a Carlomagno y que se integró a la Hispana dando lugar a la Colección Dacheriana, de carácter sistemático. La Reforma gregoriana, de espíritu universalista en contraposición al espíritu particularista (tendencia al localismo), impulsó las colecciones canónicas. De la Francia del siglo IX son las colecciones espurias que pretendían resolver los nuevos problemas incluso con falsificaciones (fueron descubiertas y quedaron fuera de las futuras compilaciones).

En esa época falta un claro poder legislativo en la Iglesia con las dificultades que esto entraña para la normalización de la normativa canónica. Nuevas colecciones aparecen como el *Decretum* de Bucardo de Worms en Alemania y la Colección de los Cinco Libros en Italia.

La Reforma gregoriana del Papa Gregorio VII en el siglo XI reivindicó la suprema autoridad del Papa, aspiró al Derecho universal, eliminó los textos espurios y recurrió al Derecho Civil. Entre las colecciones canónicas que reflejan las consecuencias de la Reforma gregoriana y hacen presentir el Decreto de Graciano deben recordarse: La Redacción Gregoriana del Derecho de Bucardo, el *Dictatus Papae* de Gregorio VII, la Colección de los 74 títulos (que puede considerarse, de manera análoga a como lo fue la Dionisiana, una colección oficial de la Santa Sede), la Colección de Anselmo de Luca y la Colección del Cardenal Deusdedit.

Pese a las anteriores colecciones canónicas faltaba un Derecho adaptado a las necesidades del momento después de la Reforma gregoriana. El Derecho Canónico empieza a

distinguirse del *Ius civile*. En este momento Graciano hace una síntesis de la tradición canónica y concibe el grandioso proyecto de concordar los cánones discordantes. Con este Decreto empieza de nuevo la historia del Derecho Canónico. Graciano da un paso decisivo con orden al afianzamiento de la autonomía y de la específica personalidad del Derecho Canónico.

Al Decreto de Graciano se le irán sumando las actividades legislativas de los Papas. En 1234 el Papa Gregorio IX promulgó, mediante la Bula *Rex Pacificus* las Decretales de Gregorio IX, el Libro Sexto de Bonifacio VIII de 1298 y el Libro Séptimo de Clemente V en 1317. Así pues, estas cuatro obras componen lo que se conocerá como el inicio del *Corpus Iuris Canonici*, conjunto de Derecho Canónico medieval que fue objeto de múltiples ediciones, una de ellas de carácter oficial. En efecto, la edición llamada de los correctores romanos y publicada por Gregorio XIII en 1582 fue la considerada oficial.

Pero el *Corpus Iuris Canonici* se encontró con los problemas de siempre: adaptarse al mundo moderno. Ante tantos cambios la Iglesia convocó el Concilio de Trento (1545-1563). Los decretos del Concilio no suponen una colección canónica. Los canonistas no tuvieron en cuenta el Derecho tridentino y siguieron considerando las Decretales de Gregorio IX.

Aun así, las fuentes del Derecho Canónico son: *Corpus Iuris Canonici*, Decretos del Concilio de Trento, actividad legislativa de los romanos pontífices, actividad de dicasterios, concilios diocesanos (proliferaron después del Concilio de Trento), la política eclesiástica de los poderes temporales (especialmente los concordatos).

Todo ello finaliza con la promulgación del Código de Derecho Canónico de 1917, conocido también como el Código pio-benedictino y la promulgación del Código de Derecho canónico de 1983 en vigor.

En efecto, no fue hasta 1917 cuando la Iglesia contó con la primera codificación de sus normas. El código pio-benedictino de 1917 marcó un verdadero punto de inflexión que tuvo su continuidad y mejora sustancial en la codificación de 1983 fruto del Concilio Vaticano II, actualmente en vigor con algunas recientes reformas (HERVADA; LOMBARDÍA, 1997, p. 107-155, *passim*).

El actual Código de Derecho Canónico de 1983 tiene un total de siete libros y 1752 cánones. Pero hay que advertir que el mencionado Código no contiene todo el Derecho

Canónico ya que materias como la liturgia, la elección del Romano Pontífice y todo lo referido a beatificaciones y canonizaciones no se recogen en él, sino que se regulan en normas independientes. Tampoco recoge el Código las leyes promulgadas por los obispos, las conferencias episcopales y los concilios y sínodos particulares ya que todo ello corresponde al derecho particular de cada diócesis.

Aunque no entraremos en ello, es necesario advertir que existe un Código Canónico para las Iglesias católicas orientales. El Oriente católico² consta de 21 Iglesias y se denominan Iglesias *sui iuris* (con Derecho propio). El Código de cánones de las Iglesias Orientales cuenta con 30 títulos y 1546 cánones, entró en vigor en 1990.

3 EL DERECHO

El Derecho es un fenómeno social y humano. La sociedad es toda ella Derecho.

De la sociedad civil nace la *Potestad Civil* más alta que castiga los crímenes y recompensa las virtudes, así como ofrece a todos amparo con justicia y en paz. La sociedad, de una u otra forma, ha querido que esa potestad estuviera en manos de uno solo, de unos pocos o de muchos. Así lo dice Tácito: “O el pueblo, o los nobles aristócratas o personas singulares rigen a las naciones y a las ciudades” (PÉREZ, 2011, p. 39).

De ahí se deducen tres clases de gobierno: la monarquía; el gobierno de los aristócratas; y la república.

Podemos afirmar que hoy en día, incluyendo las monarquías parlamentarias, los estados están organizados como repúblicas. No se entiende que en un país libre y moderno no haya elecciones, plebiscitos, constituciones, división de poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) y toda suerte de derechos civiles.

El Derecho es el conjunto de normas seguidas por la sociedad para alcanzar su plena armonía, es decir, su bien común. Y aunque el Derecho no sea indiferente al fuero interno es claro que todo él se dirige de manera clara y evidente al fuero externo.

² El rito oriental de la Iglesia Católica no debe ser confundido con las iglesias ortodoxas que no están en comunión con Roma. Dicho rito oriental es propiamente parte de la misma Iglesia Católica, aunque con una liturgia y un derecho propio por motivos históricos.

Pero la fuente del Derecho va mucho más allá del Estado y de la propia sociedad. Está en nosotros mismos y en nuestra conciencia racional. Es más, podemos afirmar que el origen del Derecho está en Dios, supremo autor del ser humano y del universo, que ha impreso la noción de lo justo en nuestra conciencia (CENALMOR PALANCA; MIRAS POUSO, 2004, p. 36).

El Derecho no es pues amoral, aunque bien es cierto que no debe confundirse el Derecho con la moral. El orden jurídico y el orden moral se relacionan. El bien común no puede contraponerse al bien personal porque de ser así dejaría de ser común. Al fin y al cabo, la sociedad está compuesta por individuos. El hombre es célula y fundamento de la sociedad, y su bien personal está ligado al bien de la comunidad. El Derecho colabora en la promoción de una sociedad justa desde la virtud individual, no hay alternativa. El positivismo jurídico con la ley positiva no puede ser el único referente porque dependería en cada momento de la autoridad. Legislar desde la arbitrariedad o, como defendemos aquí, legislar desde la moral y la ética, el Derecho Natural y la Filosofía del Derecho marcan una diferencia sustancial en favor de leyes más humanas y racionales en aras de una convivencia más justa, libre y democrática.

Aunque no todos los Estados de hoy en día legislan con arreglo a estos criterios ya que el positivismo está ganando terreno, es cierto que los países occidentales, en su mayoría, lo han venido haciendo hasta hoy. Es por ello, que en las diferentes legislaciones hallamos todavía una base y un sentido que mucho tiene que ver con esos criterios seculares.

4 EL DERECHO ECLESIAÍSTICO DEL ESTADO

El Estado, entendido como conjunto de órganos de gobierno de un país soberano y en su búsqueda del bien común, regula mediante leyes, emanadas del propio Estado, su relación con la Religión. Y el Derecho Eclesiástico del Estado, en su concepción amplia, es aquella parte del ordenamiento jurídico del Estado relativa al fenómeno religioso. No nos referimos pues sólo a la relación con la Iglesia católica sino a las relaciones con cualquier confesión religiosa. Aunque por razones obvias de contexto cultural nos centraremos en la relación del Estado con la Iglesia Católica (PALOMINO LOZANO, 2013, p. 1-27, *passim*).

Es necesario el Derecho Eclesiástico del Estado ya que la “Iglesia, en cuanto comunidad de fieles jerárquicamente organizada, en cuanto comunidad humana viviente en la

historia, ha estado siempre inmersa en la comunidad política” (DALLA TORRE, 2002, p. 18)³.

Pero veamos cual es la legitimidad histórica del Derecho Eclesiástico para despejar cualquier duda acerca de su origen o de su propia utilidad a lo largo de los años.

El nacimiento de la ciencia del Derecho Eclesiástico se produce en Alemania, en el siglo XVIII, y a principios del siglo XX gozaba ya de un amplio desarrollo. Su base científica procedía, primero, de la Escuela del Derecho Natural racionalista, imperante en Alemania en el siglo XVIII, y, posteriormente, de la Escuela histórica alemana. Fruto de ambas corrientes o tendencias científicas, aunque partiendo de premisas diversas, es la identificación del Derecho Eclesiástico, no por la fuente de producción normativa, sino por la materia: lo religioso. En Alemania el término Derecho Eclesiástico ya no es sinónimo de Derecho Canónico. Respetando la autonomía de este último, aquel se emplea para designar una amplia variedad de normas unidas por su común objeto, que no es otro que regular los diversos aspectos de la vida religiosa. El Derecho Eclesiástico así concebido comprendía los Concordatos o Acuerdos entre la Iglesia Católica y el Estado, el Derecho Canónico y las normas unilaterales del Estado con relevancia religiosa. Apesar de proceder de Alemania, son los juristas italianos los que elaboran la teoría general del Derecho del Estado sobre materia religiosa. La diversa procedencia y fundamentación de este naciente Derecho Eclesiástico estuvo representada por los Profesores Ruffini y Scadutto. Fueron ellos los primeros que actuaron contra el desprecio de que era objeto el Derecho Canónico en los medios intelectuales, y también los primeros que desempeñaron una labor docente en el campo del Derecho Eclesiástico. La influencia, por tanto, de ambos maestros en la futura evolución de la ciencia canónica y eclesial en las universidades de Italia fue decisiva y duradera.

De una u otra forma el Derecho Eclesiástico ha existido siempre. En la formación histórica del Derecho podemos distinguir:

- del siglo I al XVI: *Ius ecclesiasticum* (Derecho Eclesiástico), en contraposición al *ius civile*, era el Derecho de la Iglesia católica, es decir, el Derecho Canónico;

³ (Traducción libre del autor. “La Chiesa, in quanto comunità di fedeli gerarchicamente organizzata, in quanto comunità umana vivente nella storia, è sempre stata immersa nella comunità politica”).

- del siglo XVI al XVIII: La Reforma protestante rechaza el Derecho Canónico, que impurifica a la Iglesia (a la que considera una realidad solamente espiritual): Lutero quemó públicamente un ejemplar de *Corpus Iuris Canonici*. El único derecho que reconocen los protestantes es el del Estado.

A partir de entonces, Derecho Eclesiástico es el Derecho emanado por el príncipe sobre temas religiosos (por lo que ya no se puede confundir con el Derecho Canónico). Ya no es Derecho dictado por la Iglesia para regirse a si misma, sino Derecho dictado por el Estado sobre materias eclesiásticas. Pasa a ser *Kirchenrecht* (Derecho de la Iglesia) a ser *Staatskirchenrecht* (Derecho del Estado sobre la Iglesia).

En los países protestantes es el parlamento el que establece la liturgia, las normas de organización, etc. Es el rey quien nombra a los obispos, etc. Se trata, en definitiva, de lo que se denomina *established churches*, “Iglesias establecidas” por el poder. Tal era el caso de las Iglesias luteranas en los países nórdicos y de la Iglesia anglicana.

En los países católicos el regalismo lleva a que el Estado dicte normas de Derecho Eclesiástico interfiriendo, muchas veces de manera abusiva, en lo propio de la Iglesia, basándose en el pretendido origen del Derecho divino de los reyes.

- Siglos XVIII y XIX: En el siglo XVIII la escuela racionalista del Derecho Natural de la Universidad de Halle (Alemania) elabora un Derecho Eclesiástico de carácter racional, prescindiendo de sus orígenes o fuentes. Se trata de elaboración puramente doctrinal y conceptual.

En el siglo XIX la escuela histórica alemana considera que es Derecho Eclesiástico todo el Derecho actualmente vigente, sea de origen eclesiástico (Derecho Canónico) o estatal. Esta escuela pasa a Italia a través de Ruffini. En cambio, el positivismo sólo considera Derecho Eclesiástico el de origen estatal. Su introductor en Italia fue Scaduto.

Nosotros defendemos su existencia autónoma por poseer un objeto material y un objeto formal propios y específicos, fuentes propias, y unos principios informadores o inspiradores que le confieren unidad.

Objeto material: un objeto específico e identificable, distinto de otros, el factor religioso con relevancia civil.

Objeto formal: Formalidad o perspectiva desde la que se estudia o regula, peculiaridad del fenómeno religioso, irreducible a otros fenómenos sociales.

Fuentes peculiares: Fuentes pacticias o bilaterales, es decir, acuerdos o convenios de distinta naturaleza, entre el Estado y las confesiones.

Principios informadores: Son principios sobre el factor religiosos contenidos en la Constitución, libertad religiosa, no confesionalidad del Estado, igualdad, y cooperación con las confesiones (SCADUTO, 1885; RUFFINI, 1936, p. 5-45, *passim*; GARCÍA HERVÁS 1997, p. 40-153, *passim*).

5 LA COMUNIDAD POLÍTICA

Es más propio hablar de comunidad política que de Estado. La Iglesia, la Santa Sede, se relaciona no sólo con los diferentes Estados existentes sino también con la Organización de las Naciones Unidas (ONU), con la Unión Europea, con entidades menores que un Estado como sucede por ejemplo en Alemania con los *Landers*, etc.

En el párrafo n. 76 de la Constitución pastoral sobre la Iglesia en el mundo contemporáneo *Gaudium et spes*, y los padres del Concilio Vaticano II pusieron como título: *communitas política et Ecclesia*: la comunidad política y la Iglesia.

Pero antes de adentrarnos en las relaciones de la Iglesia con la Comunidad política habrá que advertir que

la Iglesia sólo puede llevar a cabo una reflexión sobre sí misma a partir del dato, incuestionable desde la perspectiva de su fe, de su fundación divina y de su naturaleza de sociedad sobrenatural; por consiguiente, una visión jurídica de sus relaciones con otras sociedades humana, desde el prisma de su propio misterio, tiene que basarse en datos de Derecho divino positivo. Este planteamiento ha llevado a muchas generaciones cristianas a plantear el tema de las relaciones entre la Iglesia y la comunidad política como una cuestión que sólo cabía analizarla desde la perspectiva de la revelación; a cuya luz se entendía, no sólo el ser de la Iglesia, sino también la formalización jurídica de sus relaciones con el poder temporal (LOMBARDÍA, 1986, p. 15-16).

6 RELACIONES DEL DERECHO CANÓNICO CON EL DERECHO DE LA COMUNIDAD POLÍTICA

Ciertamente, hablar de las relaciones del Derecho Canónico con el Derecho de la Comunidad política es, en definitiva, hablar de relaciones Iglesia-Comunidad política. Es así porque las relaciones de cualquier tipo en nuestra sociedad se establecen desde el Derecho. Cualquier relación genera una serie de deberes y derechos. Esta formulación obedece a que no queremos que el Derecho vaya a remolque de nuestro discurso, sino que sea principio y fin del planteamiento.

“Tiene la Iglesia la misión de ofrecer y proteger el marco y ambiente adecuado para el desarrollo integral de la persona humana y cristiana” (MARZOA, 1991, p. 735) y ese marco y ambiente lo crea con el Derecho Canónico. Al estar la Iglesia, como sociedad, integrada en la sociedad civil, se hace necesario entablar unas relaciones que no contravengan el bien común sino que lo promuevan desde la

Pero la sociedad es cambiante y a veces caprichosa, tanto que nos sorprende con auténticas conversiones a principios generales que ya creíamos habían sido olvidados. Tal es el caso del reciente discurso que el Presidente francés Emmanuel Macron pronunció en el College des Bernardins a la Conferencia episcopal francesa el pasado 9 de abril de 2018 y que han reproducido multitud de medios de comunicación.

Para encontrarnos aquí, esta tarde hemos tenido que desafiar a los escépticos de cada una de las dos orillas. Y si lo hemos hecho es, sin duda, porque compartimos el sentimiento de que la relación entre la Iglesia y el Estado se ha deteriorado y que nos importa repararla. [...] Una Iglesia que pretenda desinteresarse de las cuestiones temporales no haría otra cosa que rehuir su vocación, y un Presidente de la República que pretendiera desinteresarse de la Iglesia y de los católicos faltaría a su deber. [...] Estoy convencido que la savia católica debe contribuir a la vida de nuestra nación. Es por esto por lo que estoy intentando aclarar por qué estoy aquí esta tarde. Para deciros que la República espera mucho de vosotros. Espera, si me permitís decirlo, que le entreguéis tres dones: el don de vuestra inteligencia, el de vuestro compromiso, y el de vuestra libertad (MACRON, 2018).

No cabe duda de la importancia de una sana y leal cooperación entre Derecho Canónico y Derecho de la Comunidad política, máxime cuando se trata de buscar de forma conjunta, aunque de distintos puntos de partida, el bien común.

Teniendo en cuenta cuanto se acaba de exponer, puede entenderse el sentido del segundo de los textos fundamentales del Concilio Vaticano II sobre el dualismo cristiano.

Se encuentra en el n. 76 de la Constitución *Gaudium et spes*: La comunidad política y la Iglesia son independientes y autónomas, cada una en su propio terreno. Ambas, sin embargo, aunque por diverso título, están al servicio de la vocación personal y social del hombre. Este servicio lo realizarán con tanta mayor eficacia, para bien de todos, cuanto más sana y mejor sea la cooperación entre ellas, habida cuenta de las circunstancias de lugar y tiempo.

Una exégesis de este texto puede llevarnos a sintetizar los fundamentales principios que el magisterio de la Iglesia establece para el planteamiento jurídico de sus relaciones con las comunidades políticas:

- 1.- la Iglesia reafirma su tradicional dualismo en cuanto que considera a ella misma y al Estado como sociedades independientes y autónomas;
- 2.- esta autonomía se basa en su distinta naturaleza, ya que la Iglesia es una sociedad de orden sobrenatural y tiene como fin la salvación de las almas, mientras que la comunidad política es de orden natural y tiene como fin el bien común temporal;
- 3.- aunque de distinta naturaleza, no están en una situación de incomunicación, que justifique un desconocimiento mutuo, puesto que confluyen en su origen –Dios, autor del orden natural y del sobrenatural– y los destinatarios de su tarea social: ambas, sin embargo, aunque por diverso título, están al servicio de la vocación personal y social del hombre;
- 4.- la jerarquía de la Iglesia, ayudada por la luz de la revelación, enseña la voluntad de Dios, tanto acerca del orden sobrenatural como del natural. Con respecto al sobrenatural, no sólo enseña, sino que además ejerce un poder social en el ámbito de la comunidad de los creyentes. Respecto al orden natural expone principios generales y puede dar juicios morales concretos, pero no es competente para gestionar los asuntos que afectan al bien común temporal. Se considera intérprete del Derecho Natural; por esta razón Pablo VI se presentó ante la Asamblea General de la ONU (4-X-1965) como experto en humanidad;
- 5.- la común misión de servicio al hombre, que la Iglesia tiene conciencia de tener juntamente con el Estado, le lleva a afirmar que existe un ámbito de relaciones jurídicas entre ambas sociedades que, según la praxis de la Iglesia y de bastantes Estados, pueden formalizarse en acuerdos concordatarios, que son, al mismo tiempo, fuentes de Derecho Canónico y fuentes del Derecho del Estado signatario. Tales acuerdos son legítimos y pueden ser convenientes, en la medida en que su contenido sea congruente con la idea de que no se suscriben entre sociedades independientes y autónomas en el mismo orden; sino entre sujetos de diversa naturaleza –orden natural y orden sobrenatural– y que por ello son distintos sus títulos de servicio al hombre (LOMBARDÍA, 1986, p. 23-24).

7 ACUERDOS Y CONCORDATOS DE LA SANTA SEDE CON LA COMUNIDAD POLÍTICA

No entraremos a dirimir la personalidad jurídica de la Santa Sede, ni su capacidad de contratar puesto que están fuera de toda duda al ser miembro observador de la ONU y haber llegado a multitud de acuerdos, muchos de ellos concordatarios, con multitud de Comunidades políticas (organismos internacionales, Estados, *Landers*, Organización para la Liberación de Palestina-OLP, etc.). La Iglesia, la Santa Sede, es sujeto de derecho y tiene personalidad jurídica internacional.

La Iglesia Católica, amén de ser una comunidad internacional de creyentes es también el Estado de la Ciudad del Vaticano, realidad territorial nacida en 1929 de los Pactos Lateranenses entre Italia y la Santa Sede. También es la Santa Sede, entendida como órgano de gobierno tanto de la Iglesia Católica como del Estado de la Ciudad del Vaticano.

Los acuerdos y concordatos que la Santa Sede tiene con la Comunidad política son de diversa índole. Sólo a modo de ejemplo baste decir que la Santa Sede tiene acuerdos con el Estado de Israel, con la Organización para la Liberación de Palestina (OLP), con la mayoría de los países hispanoamericanos, con los países latinos de Europa, con los *Landers* alemanes, etc.

8 CONCLUSIÓN

La Iglesia, con su Derecho Canónico, está presente en el mundo y cumple su misión de anunciar el Reino de Dios, un Reino que no es de este mundo. No es pues lo mismo la Iglesia que el mundo, ni el Derecho Canónico que el Derecho de la Comunidad política. Pero existe una íntima relación entre ambos. Es evidente que los creyentes son también ciudadanos de algún país y por ello es necesario articular sus derechos y deberes. Los cristianos no son apátridas. Y son los propios ciudadanos quienes exigen poder profesar libremente una religión u otra. En este caso el catolicismo cuyo máximo exponente es la Iglesia Católica. La realidad histórica del hecho cristiano es evidente. La realidad de los mil millones de cristianos que hay en el mundo, en su mayoría católicos no deja lugar a dudas.

El Papa Francisco habló con vigor en un viaje a EE.UU. de 2015, en el *Independence Mall* de Filadelfia:

La libertad religiosa es un derecho fundamental que da forma a nuestro modo de interactuar social y personalmente con nuestros vecinos, que tienen creencias religiosas distintas a la nuestra. [...] La libertad religiosa, por su naturaleza, trasciende los lugares de culto y la esfera privada de los individuos y las familias [...]. El hecho religioso, la dimensión religiosa, no es subcultura, es parte de la cultura de cualquier pueblo y de cualquier nación (PAPA FRANCISCO, 2015).

BIBLIOGRAFÍA

CENALMOR PALANCA, Daniel; MIRAS POUISO, Jorge. **El derecho de la iglesia**: curso básico de derecho canónico. Pamplona: Eunsa, 2004.

DALLA TORRE, Giuseppe. **La città sul monte**: contributo ad una teoria canonistica sulle relazioni fra chiesa e comunità politica. Roma: A.V.E, 2002.

GARCÍA HERVÁS, Dolores (Coord.). **Manual de derecho eclesiástico del estado**. Madrid: Colex, 1997.

HERVADA, Javier; LOMBARDÍA, Pedro. Prolegómenos I: introducción al derecho canónico. En: MARZOA, Ángel; MIRAS POUISO, Jorge; RODRÍGUEZ-OCAÑA, Rafael (Ed.). **Comentario exegético al código de derecho canónico**. v. I. Pamplona: Eunsa, 1997.

LE TOURNEAU, Dominique. **El derecho de la iglesia**: iniciación al derecho canónico. Madrid: RIALF, 1997.

LOMBARDÍA, Pedro. Dualismo cristiano y libertad religiosa en el Concilio Vaticano II. En: **Ius Canonicum**, Rome, Ed. Gregorian University, v. XXVI, n. 51, 1986.

MACRON, Emmanuel. Discurso a los obispos franceses. En: **Alfa y Omega: Semanario Católico de Información**, Madrid, núm. 1.069, 19 de abril de 2018.

MARZOA, Ángel et all. **Manual de derecho canónico**. Pamplona: Eunsa, 1991.

PALOMINO LOZANO, Rafael. Manuel breve de derecho eclesiástico del estado. Madrid, 2013. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/17563/1/2013_MBDEE.pdf>.

PAPA FRANCISCO. Discurso del Santo Padre Francisco en el Independence Mall de Filadelfia, 26 de septiembre de 2015. En: **El Papa Francisco en Cuba y Estados Unidos**. Roma: [s. n.], 2015.

PÉREZ, A. **Derecho público**. Madrid: [s.n.], 2011.

PRIETO, Vicente. **Relaciones iglesia-estado**: la perspectiva del derecho canónico. Salamanca: Ed. Universidad Pontificia de Salamanca, 2005.

RUFFINI, Francesco. Lo studio e il concetto odierno del diritto ecclesiastico. En: FALCO, M; JEMOLO, A. C.; RUFFINI, E. (scelti e ordinati). **Scritti giuridici minori**, Milano, Giuffré, v. I, p. 48ss, 1936.

SCADUTO, Francesco. **Il concetto moderno del diritto ecclesiastico**. Palermo: Pedone Lauriel, 1885.

Submissão em: 31 agosto 2018

Pareceres favoráveis em: 16 outubro 2018

A R T I G O S

El Tránsito de la Dependencia Industrial a la Dependencia Digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?¹

ESPERANZA MACARENA SIERRA BENÍTEZ²

Resumen: Muchas de las nuevas formas de realización de las actividades profesionales pueden no ser reconducibles mediante los postulados y requisitos clásicos del Derecho del Trabajo. El proceso de transformación del trabajo y la deslocalización de las empresas permiten que ciertos sujetos y/o entidades puedan operar con una mínima estructura organizativa, como por ejemplo es el caso de la start-up estadounidense Uber, que ofrece transporte de viajeros a través de una aplicación móvil gratuita. En principio los conductores no son empleados de Uber, pero en el mes de marzo de 2015 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Cataluña (ITSS) elaboró un informe en el que mantiene la existencia de dependencia y, por lo tanto, del contrato de trabajo de las personas que ofrecen esta actividad de transporte, como ya hizo la Comisión de Trabajo de California, y posteriormente un tribunal de San Francisco. No obstante, el informe de la ITSS no es vinculante y habrá que esperar al pronunciamiento del Tribunal Social correspondiente. Nuestro trabajo intentará responder a varias interrogantes, como por ejemplo ¿Es la dependencia la nota central e imprescindible del Derecho del Trabajo? ¿Es posible la aplicación del Derecho del Trabajo sin la presencia de la denominada dependencia jurídica? ¿A qué tipo de dependencia atiende el Derecho del Trabajo? ¿Qué es la dependencia digital?

Palabras clave: Dependencia industrial, tecnológica y digital, Derecho del trabajo moderno.

¹ Agradecimientos para la **Revista Internacional y Comparada Relaciones Laborales y Derecho del Empleo** (Italia), editada por ADAPT (Volumen 3, núm. 4, octubre-diciembre de 2015). Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación Análisis jurídico del teletrabajo en el derecho español y comparado. El e-work como modelo de flexibilidad, conciliación y productividad (DER2013-43615-R), del Ministerio de Economía y Competitividad (España), cuya IP es la Prof. Lourdes Mella.

² Doctora en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Profesora contratada doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Sevilla. Coordinadora de la Cátedra Unesco Promoción Socio-Laboral de la Fundación Sagardoy. España.

1 INTRODUCCIÓN

La reforma laboral de 2012 en España comporta unos cambios muy relevantes en el Derecho del Trabajo, que están ocasionando un amplio debate jurisprudencial y doctrinal en torno a la implantación de la flexiseguridad en la regulación de las condiciones de trabajo y empleo de los trabajadores, y del fomento de la empleabilidad³. La actual sociedad española de la crisis está experimentando unos cambios profundos tanto en el empleo y en la colocación como en el acceso al mercado de trabajo: precariedad en los contratos de trabajo, y “nuevas” formas de manifestación del trabajo y/o del empleo a través del emprendimiento, que mayoritariamente es una manifestación del auge del trabajo autónomo entre el colectivo más desfavorecido: los jóvenes. Para el año 2013 el Gobierno Español recogió una serie de recomendaciones de la Comisión Europea en materia de empleo joven desarrolladas en el Título I de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo denominado “medidas de desarrollo de la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven”. El objetivo de esta Estrategia es impulsar medidas dirigidas a reducir el desempleo juvenil, ya sea mediante la inserción laboral por cuenta ajena, o a través del autoempleo y el

³ La Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, contempla una serie de medidas para favorecer la empleabilidad de los trabajadores: reforma de las empresas de trabajo temporal al autorizarlas a operar como agencias de colocación; reconocimiento de la formación profesional como un derecho individual, reconociéndose a los trabajadores un permiso retribuido con fines formativos; previsión de que los Servicios Públicos de Empleo otorguen a cada trabajador una cuenta de formación asociada al número de afiliación a la Seguridad Social; reconocimiento a los centros y entidades de formación acreditadas la posibilidad de participar directamente en el sistema de formación profesional para el empleo; así como la introducción de modificaciones en el contrato para la formación y el aprendizaje para potenciar el empleo juvenil, etc.

emprendimiento. En este sentido, el legislador está utilizando una serie de formas no laborales para favorecer la inserción laboral de jóvenes, como el conocido trabajo autónomo regulado por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo; o el emprendimiento, regulado en la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a emprendedores y su internacionalización, y en la propia ley 11/2013. En definitiva, se trata de iniciativas de autoempleo que pretenden ser una fuente de generación de empleo por cuenta ajena, y que complementan a otras conocidas medidas (bonificación y reducción de las cuotas de autónomos de la Seguridad Social) que tratan de estimular la puesta en práctica de iniciativas de autoempleo, tanto de jóvenes como de desempleados de larga duración (SIERRA BENÍTEZ, 2014, p. 525-538; SÁNCHEZ RODAS-NAVARRO, 2014, p. 359-404). En general, se está produciendo un fomento del emprendimiento y del autoempleo que, dada la escasez de creación de “trabajo dependiente”, están desencadenando posibles “nuevas fronteras” entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia ante los avances de las tecnologías digitales que favorecen nuevas formas de realización de la prestación de servicios: trabajos digitales. Los avances tecnológicos permiten que las empresas formen equipos de trabajadores o empleados que trabajan en distintas partes del mundo, manteniéndose en contacto entre sí por medio de las tecnologías de las comunicaciones. Los servicios de contratación en línea, como por ejemplo *Upwork*, permiten poner en contacto a empresas con trabajadores autónomos mediante una aplicación móvil, algoritmos de búsquedas, servicio de chat en tiempo real, etc.⁴, y todo ello para subcontratar trabajo (OIT, 2015, p. 11). Este mercado digital no impide frenar otro de los graves problemas que atacan a la economía de mercado mundial: el auge del empleo sumergido y/o informal. Según la patronal de las empresas de trabajo temporal (Asemplo), en España tenemos aproximadamente cuatro millones de españoles que trabajan “en negro”, lo que supone un 18% de la población activa. La economía sumergida representa en España más de un 20% del PIB, aproximadamente 240.000 millones de euros, situándose entre los tres países de Europa en que la economía informal tiene más peso sobre el PIB⁵. Con la entrada del nuevo siglo, en las regiones que tienen

⁴ La plataforma Upwork es la resultante de la unión de Elance y oDesk, véase <<http://www.whatsnew.com/2015/05/05/elance-odesk-ahora-es-upwork-para-poner-en-contacto-a-empresas-con-trabajadores-autonomos/>> “odesk es una empresa global con una serie de herramientas muy útiles para trabajadores y empresas que desean relacionarse y trabajar a distancia”. Las empresas pueden utilizarla para contratar trabajadores y los trabajadores para encontrar trabajo. Así, por ejemplo, el trabajador deberá crear un perfil virtual para entrar en el proceso de selección de la oferta que le interese para ganar un contrato por horas o por un precio fijo, vid. <<http://www.cosasimposibles.com/como-trabajar-desde-casa-con-odesk-y-una-razon-para-cuidar-tu-peinado/>>.

⁵ Disponible en: <<http://www.lexdiario.es/noticias/230323/cuatro-millones-de-espanoles-trabajan-en-negro-un-18-por-ciento-de-la-poblacion-activa-segun-asemplo>>.

implantado el sistema de mercado capitalista, el orden económico y financiero está sufriendo una crisis de calado hasta ahora desconocido. Con respecto al mundo del trabajo, estos cambios tienen una incidencia vital, dado que las tecnologías de la comunicación y información y el auge de las plataformas digitales están produciendo cambios en el trabajo que nos hacen reflexionar en torno a la nota principal definidora de la existencia de una relación laboral: la dependencia. Los científicos vaticinan sustitución del trabajo humano por el trabajo robótico, lo que parece reducir la actividad humana a un importante cometido: tener y educar hijos en la sociedad de la robótica del año 2050 (robots capaces de imprimir edificios con una impresora 3D y ensamblarlos). Si esto es así, el problema será grave porque habrá que enfrentarse a la transformación de la economía cuando no sea necesaria tanta gente dedicada a la producción de bienes y servicios⁶. Esto último es un problema lejano en el campo jurídico-laboral, no es de interés porque sería trabajar con hipótesis y no con realidades incipientes como en la actualidad: la escasez de trabajo dependiente y el auge del trabajo digital. Desde el Derecho del Trabajo se plantea de nuevo la ubicación de la nota de la dependencia cuando las personas ofrecemos bienes y servicios al mercado para “satisfacer las necesidades no del que trabaja, sino de la persona o entidad a favor de la cual se prestan los servicios” (MARTÍN VALVERDE, 2014, p. 39; véanse también ALARCÓN CARACUEL, 1986, p. 495 y ss.), en este caso en la era digital: el empleador digital. Para ello vamos a estudiar el tránsito de la nota de la dependencia jurídica en la gran transformación del Derecho del Trabajo en el siglo XXI: de la dependencia originaria a la dependencia digital. Y ¿por qué la dependencia y no la ajenidad? La respuesta se reconduce al plano personal de la relación entre el trabajador y el empleador, puesto que lo “definitorio del contrato de trabajo sería el compromiso asumido por el primero de poner a disposición del empleador su fuerza de trabajo para aplicarla en interés de aquel” frente a la concepción patrimonialista y economicista de las teorías de la ajenidad (OJEDA AVILÉS, 2007, p. 389)⁷.

2 LOS ORÍGENES Y DESARROLLO DEL DERECHO DEL TRABAJO: LA DEPENDENCIA INDUSTRIAL

En los antiguos planes de estudio de finales del siglo XX, era muy habitual en las Universidades Españolas que los profesores del Derecho del Trabajo dedicaran sus investigaciones y

⁶ Evan Henshaw-Plath, co-creador de Twitter en: <<http://www.finanzas.com/xl-semanal/magazine/20131124/visionarios-mundo-2050-6584.html>>.

⁷ En relación con las distintas teorías de la ajenidad, Cruz Villalón (2010, p. 30 y 31).

publicaciones al estudio de los orígenes y la evolución del Derecho del Trabajo⁸. Las antiguas clases magistrales impartidas en un extenso programa conllevaban que varias de esas sesiones versaran sobre los orígenes, formación y evolución del Derecho del Trabajo. Actualmente, estos estudios históricos prácticamente se han reducido a unos escasos minutos de clase, donde se ha pasado al estudio del Derecho del Trabajo por casos⁹. Esto es significativo, porque para poder ahondar en las reflexiones sobre la gran transformación del trabajo es necesario recordar los orígenes y desarrollo de esta disciplina, que surgió con la revolución industrial en importantes ciudades y metrópolis europeas entre finales del XVIII y comienzos del XX. La ordenación del trabajo en las sociedades preindustriales no se caracterizaba por la existencia de una legislación laboral propiamente de trabajo, sino por unas normas más de Derecho público que de Derecho privado. El trabajo se identificaba con el trabajo manual, que no gozaba de una regulación propiamente dicha, sino de una regulación incidental dirigida a contemplar otras realidades (MONTROYA MELGAR, 1979, p. 53). Por ejemplo, por un lado el régimen jurídico del esclavo en Roma, que se encuadraba en el contexto de las relaciones dominicales o de propiedad; y por otro lado el régimen del siervo medieval, incluido dentro de las relaciones señoriales. Estas reglas propias de la esclavitud y de la servidumbre responden a una conciencia social preindustrial que considera el trabajo como una actividad desprovista de nobleza y no libre. Como dice el profesor Montoya Melgar, las notas de esta etapa preindustrial eran la “ausencia de mérito social y forzosidad”, que en la era moderna se desplazan y sustituyen por considerar el trabajo digno, libre o voluntario (MONTROYA MELGAR, 1979, p. 53 y 53). No obstante, ese trabajo forzoso en régimen de esclavitud o servil convivía con otro tipo de trabajo también manual pero libre o voluntario a cambio de un precio: el trabajo de los artesanos. Estos trabajos los podemos asimilar al trabajo autónomo o por cuenta propia como los conocemos en la actualidad, y que incluso podían coincidir con la figura del empleador en el momento que tuvieran trabajadores a su servicio, incluidos los esclavos. Los antecedentes de la prestación de servicio subordinada se localizan en Roma en torno a la figura jurídica conocida como *locatio-conductio operarum*, consistente en que el trabajador se comprometía a realizar un trabajo por cuenta de un patrono, de quien recibía una remuneración. El trabajador podía ejercitar una acción para exigir el pago de la misma al patrono (*actio locati*) y éste, el patrono, de otra para exigir al trabajador la realización del trabajo ordenado por él mismo (*actio conducti*). Frente

⁸ Al respecto, vid. Palomeque López (2002). O bien desde la perspectiva ideológica transnacional, Ojeda Avilés (2014, p. 13-38).

⁹ Véanse las nuevas tendencias tras la implantación en España del “Plan Bolonia” donde se adaptaron los estudios universitarios a la normativa comunitaria, en Martínez Girón; Arufe Varela (2015).

a esta figura existía la *locatio-conductio operis*, por la que el trabajador por cuenta propia (autónomo) pactaba la realización de un resultado a cambio de un precio. En el primer caso nos encontramos ante un contrato que podemos considerar como antecedente del contrato de trabajo, y en el segundo ante un contrato que igualmente cabe identificar como antecedente del contrato de obra a tanto alzado. En la sociedad romana el esclavo era considerado una cosa, por lo que la relación entre trabajo-hombre se encuadraba dentro del arrendamiento de cosas que más tarde pasa a ser un arrendamiento de hombre libres (de la *locatio hominis* se pasa a la *locatio operarum*, donde se distingue el trabajo de la persona del trabajador). Los orígenes del trabajo motivaron que mediante “la *locatio-conductio operarum* el trabajador quedase en una situación de sometimiento personal respecto del patrono, y que éste ostentase un poder también personal sobre aquél”. Este sometimiento no existía en la *locatio-conductio operis*, donde el trabajador era autónomo y no estaba integrado en un poder ajeno. Esta diferencia se ha mantenido en nuestros días, donde el contrato de trabajo tiene su fundamento en la dependencia del trabajador respecto al empleador, y el contrato civil de ejecución de obra en la autonomía e independencia del trabajador¹⁰. No obstante, tanto el trabajo gremial como los contratos de servicios del Antiguo Régimen (trabajo libre y por cuenta ajena incluso en el medio rural en la Baja Edad Media en períodos anteriores a la revolución liberal), junto a la esclavitud, son las instituciones clave de los regímenes económicos anteriores a la revolución liberal, y que marcan la diferencia entre el Antiguo Régimen y la Edad Contemporánea¹¹. La aparición del Derecho del Trabajo en la sociedad industrial se debe a una serie de acontecimientos demográficos, económicos y tecnológicos. El tránsito del Antiguo Régimen a la Sociedad Contemporánea se debe a una serie de circunstancias originadas por la Revolución Industrial iniciada en Gran Bretaña alrededor del año 1760. Entre estas circunstancias, desde un punto de vista demográfico y económico hay que señalar el aumento de la población, el crecimiento rápido de ahorro y capital, la movilidad y la concentración de capitales. Y desde el punto de vista tecnológico, la utilización de las máquinas en la producción industrial e incluso agrícola, así como la división y movilidad del trabajo libre, ajeno a las trabas gremiales. En el plano ideológico aparece lo que conocemos con la denominación de Revolución Industrial, desencadenante de grandes cambios y de la aparición de la sociedad industrial. Así, desde un punto de vista técnico-productivo del trabajo destacan el fenómeno de la división del trabajo y la concentración de los trabajadores en los centros de trabajo. Desde el punto de

¹⁰ En este mismo sentido, Montoya Melgar (1979, p. 55 y 56).

¹¹ En estos mismos términos Martín Valverde; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez; García Murcia (2014, p. 60).

vista jurídico del trabajo: la libertad teórica del trabajador proclamada en la Constitución de 1791 con la Revolución francesa como contraria a las trabas de los gremios (suprimidos por la Ley Le Chapelier), y a la esclavitud en sentido propio. No obstante, esta proclamación de la libertad individual de los trabajadores reconociendo el principio de la autonomía de la voluntad de las partes es más teórica que real, dado que los trabajadores no ocupan la misma posición en el contrato de trabajo que los empleadores, con lo que el abuso en los contratos de trabajo era algo muy habitual. Igualmente, la excesiva prolongación de las jornadas de trabajo, las malas condiciones de seguridad e higiene en el trabajo, el trabajo abusivo de menores y mujeres, y las deficientes condiciones salariales provocan un descontento generalizado que da origen a la aparición de los sindicatos y a las primeras normas de Derecho del Trabajo desde un punto de vista estricto¹²: leyes de fábricas (protección de mujeres y menores –Ley de 1900 sobre condiciones de trabajo de mujeres y menores en España– y prevención y protección de accidentes de trabajo –Ley 1900 de accidentes de Trabajo– y, por último, la normativa laboral de limitación del tiempo de trabajo con respecto al descanso semanal y establecimiento de jornada máxima de trabajo. El resto de las normas afectan a la legalización de las asociaciones profesionales y de los sindicatos, y a la creación de la Administración laboral y de la Jurisdicción Social. La normativa del código civil vigente (1889) dentro del arrendamiento de obras y servicios contempla el trabajo de criados de labranza, menestrales, artesanos y demás trabajadores asalariados (arts. 1.586 y 1.587), es decir, menciona una serie de servicios o trabajos dependientes o subordinados que son regulados más adelante por la normativa laboral propiamente dicha. Como apunta la doctrina,

la falta de referencia expresa en sus preceptos a la subordinación en la prestación del trabajador ha permitido a la jurisprudencia posterior la aplicación extensiva de los mismos al trabajo autónomo prestado en favor de otro; señaladamente, a los servicios de profesionales en régimen de ejercicio libre¹³.

No obstante, el paso del arrendamiento de servicios al contrato de trabajo no llegará hasta la etapa de formación del Derecho del Trabajo tras la Primera Guerra Mundial, en los términos del art. 1.1 del ET, en el que la definición legal de trabajador asalariado que se extiende a quienes “voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y de dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. De esta actual definición legal de trabajador

¹² En este sentido, véase Montoya Melgar (1979, p. 62-71).

¹³ Martín Valverde; Rodríguez-Sañudo Gutiérrez; García Murcia (2014, p. 62).

asalariado se desprenden cuatro notas que caracterizan al trabajo asalariado: voluntariedad, ajenidad, subordinación y retribución. Estas notas han sido objeto de conflictos de interpretación y de aplicación que han sido sustanciados en los tribunales de lo social y que, gracias a sus pronunciamientos, han dado lugar a una jurisprudencia que ha servido para su delimitación legal. Entre estas notas, las que más conflictos plantean son la de la ajenidad y la dependencia atendiendo al tipo de actividad o clase de trabajo porque

[...] son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación, de ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra, estos indicios son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales¹⁴.

Existe un conflicto clásico a la hora de determinar cuál de las dos notas (dependencia o ajenidad) es la que ostenta la posición dominante dentro del Derecho del Trabajo. A nuestro parecer, la nota dominante es la que constituye el objeto de este estudio: la dependencia o subordinación. Esto es debido a que la gran mayoría de los ordenamientos jurídicos parten de la noción de trabajo dependiente o subordinado como objeto regulado por el Derecho del Trabajo. Además se trata de una nota caracterizadora y única del Derecho del Trabajo frente a la nota de la ajenidad porque si ésta

es un carácter común a los contratos laborales, civiles y mercantiles donde el comitente hace suyos los resultados del esfuerzo humano y eventualmente obtiene plusvalías, no sucede lo mismo con la subordinación personal del trabajador hacia el empleador: en todos los países [...] esta “subordinación jurídica” [...] pasa a prevalecer sobre la “dependencia económica” a la hora de determinar la aplicación de la leyes tuteladoras de la persona del trabajador (OJEDA AVILÉS, 2007, p. 391).

Esto es así aun cuando algún tribunal ha declarado que la dependencia

no es sino un aspecto más de la ajenidad en puridad, y pese a su importancia, no es sino un aspecto más de la ajenidad (en la organización de la prestación laboral, que no corresponde al trabajador -que es la característica del trabajo por cuenta propia-sino al

¹⁴ SSTS 10 de julio 2007 (RJ 2007/7296), 12 de Diciembre 2007 (RJ 2008/524). 18 de marzo 2008 (RJ 2009/2204), 9 de marzo 2010 (RJ 2010/41449, 25 de marzo 2013, RJ 2013/4757); SSTSJ Galicia 30 de junio 2008 (AS 2008/2172), 21 de julio 2008 (JUR 2008/362413), País Vasco 13 de octubre 2010 (JUR 2010/415886), Galicia 28 de noviembre 2008 (AS 2008/974) y 13 de noviembre 2009 (As 2009/3087), Cataluña 21 de diciembre 2011 (JUR 2012/104591).

empresario) al referirse a los actores de doblaje que realizaban en parte su actividad en sus propios domicilios gracias a los medios tecnológicos actuales¹⁵.

En realidad la noción de dependencia tradicional ha sufrido un proceso de flexibilización que permite identificarla con “el aspecto pasivo de los poderes de mando del empresario”. Cuando se habla de dependencia no se parte de la estricta sumisión del trabajador al empresario en orden al tiempo, lugar y modo de la prestación laboral sino como ha calificado la jurisprudencia el sometimiento del trabajador al poder de organización o “en la inserción en el círculo rector y disciplinario empresarial” (MONTROYA MELGAR, 1979, p. 41 y 42). En definitiva, y por lo que al requisito fundamental de la dependencia se refiere, es preciso tener en cuenta que no es necesaria una subordinación absoluta, sino únicamente la inclusión en el ámbito organizativo y rector de la empresa (STS 27 de mayo de 1992, RJ 1992/3678) y disciplinario del empresario (STS 14 de marzo 20005, RJ 2005/4175) así como “el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre a través de la empresa [...]” como a “los datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo” (STS 22 de abril 1996, RJ 1996/3334). En definitiva, un control del esfuerzo o de la actividad laboral que en un primer momento se localiza en la fábrica o en actividades en torno al sector industrial, que más tarde se extiende al sector servicios, y que identificamos con lo que hemos denominado “dependencia tecnológica”.

2.1 La Dependencia Tecnológica

En los orígenes del Derecho del Trabajo había una única regulación que delimitaba con nitidez la identificación del trabajador asalariado dentro del sector industrial con respecto a otros trabajadores no asalariados. El trabajo objeto de regulación jurídica se identificaba con el sector industrial en torno a las grandes fábricas en zonas urbanas. La etapa de la consolidación del Derecho del Trabajo se caracteriza por la extensión del ámbito de aplicación subjetivo a las actividades profesionales propias del sector terciario, permaneciendo otras al margen de su ámbito de aplicación. Según la doctrina, esto

provoca como efecto inmediato la necesaria delimitación del tipo de actividades profesionales y de relaciones contractuales sometidas a la misma, fijando en sentido

¹⁵ SSTS 6 de octubre 2010 (RJ 2010/5017), 19 de julio de 2010 (RJ 2010/5015), 16 de julio 2010 (RJ 2010/5014), 7 de octubre 2010 (RJ 2010/5018), STSJ Madrid 25 mayo 2015 (JUR 2015/189554).

negativo qué otras quedan excluidas; e incluso la delimitación de algunas de ellas que van a encontrarse en una situación de parcial inclusión y de parcial exclusión (CRUZ VILLALÓN, 2010, p. 26).

Las actividades y los trabajos manuales, que eran fundamentalmente el objeto de regulación del Derecho del Trabajo en sus orígenes, se extienden igualmente a los trabajos intelectuales: administrativos, técnicos y los cargos directivos. La expansión origina asimismo la aparición de las denominadas “zonas grises”, que hacen necesaria la configuración e identificación de los elementos definidores del tipo de trabajo sometido a la legislación laboral (OJEDA AVILÉS, 2008, p. 7-18, *passim*). Este término se emplea para designar a determinadas situaciones o supuestos típicos de prestación de servicios que se encuentran en las fronteras del campo de aplicación de la legislación de trabajo y del Derecho del Trabajo, ubicándose unas veces dentro de él y otras veces fuera del mismo (MARTÍN VALVERDE, 2001, p. 30). Por otro lado, la noción de dependencia demuestra que tiene una gran capacidad de adaptación a las nuevas realidades económicas y sociales de la prestación de trabajo asalariado, cuando ésta es realizada mediante las tecnologías de la información y telecomunicación: trabajo a distancia, teletrabajo, o trabajo telemático, que son una manifestación de formas atípicas del empleo telemático (SIERRA BENÍTEZ, 2011, p. 41-49; SANGUINETI RAYMOND, 1996, p. 53-71). Para determinar si concurren o no las notas que configuran el contrato de trabajo, los tribunales tienen en cuenta el papel de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, dado que no fueron objeto de consideración cuando se redactó el Estatuto de los Trabajadores en 1980, año en el que no estaban implantados en nuestro país ni el correo electrónico ni Internet. En el año 1999 se produce un importante pronunciamiento por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en cuanto que reconoce que las nuevas tecnologías han abierto nuevas e insospechadas posibilidades en la relaciones de trabajo, propiciando contrataciones en las que es suficiente con disponer de un equipo informático adecuado –o cualquier otro dispositivo electrónico móvil con conexión a Internet– para que el trabajador pueda realizar sus funciones en su propio domicilio, pero estando presente virtualmente en la empresa, de manera que la comunicación que permite la nueva tecnología es continua, pudiendo la empresa controlar el trabajo, dar directamente instrucciones, recibir el fruto del mismo, dirigirlo y modificarlo, y todo ello sin tener físicamente en el lugar de trabajo de la empresa al trabajador, y sin que ello impida que concurren todas y cada una de las notas que configuran el contrato de trabajo, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1.1 ET¹⁶. Concretamente, en relación con

¹⁶ La aparición de las nuevas tecnologías ha supuesto, entre otras, “la aparición de contrataciones, en las que en esencia sigue dándose las notas de laboralidad” (MORGADO PANADERO, 2004, p. 1.911).

la existencia de la nota de la dependencia, el Tribunal considera que el trabajador se encuentra sometido al ámbito de organización y dirección de la empresa, en cuanto las órdenes patronales sean continuas y directamente impartidas a los trabajadores a través de Internet, estando los mismos permanentemente localizados a través de la red o del teléfono móvil y sujetos a las instrucciones de la empresa para realizar su trabajo, y sometidos a las variaciones que la empresa introdujera¹⁷. Consideramos que esta sentencia es bastante significativa, ya que identifica con claridad lo que denominamos “dependencia tecnológica”, cuando la presencia física del trabajador y del empleador se sustituye por la presencia virtual, gracias a la utilización de las tecnologías de la información y comunicación en la relación laboral¹⁸. En estos casos el empleador lleva a cabo un “control del espacio virtual” que incluso puede ser más intenso que el llevado a cabo tradicionalmente. Entre los poderes del empresario, el de vigilancia y control es el que mayor incidencia tiene en el uso de las nuevas tecnologías de la información y telecomunicación y, en concreto, en la privacidad del trabajador en el teletrabajo (ESCUADERO RODRÍGUEZ, 2001, p. 835). En efecto, la introducción de las nuevas tecnologías en el ámbito laboral ha permitido el desarrollo del “poder informático”¹⁹, lo que refuerza aún más el poder de control empresarial sobre la prestación de trabajo, considerado por la más reciente doctrina la causa del contrato de trabajo (OJEDA AVILÉS, 2007, p. 13-24, *passim*). Sin embargo, volviendo a la sentencia mencionada más arriba y atendiendo a los hechos o manifestación de cómo se realiza la prestación de servicios en ese caso concreto, entendemos que esa “dependencia tecnológica” puede ser poco flexible, dado que el trabajador “debe estar permanentemente localizado a través de la red o del teléfono móvil y sujeto a las instrucciones de la empresa para realizar su trabajo y sometido a las variaciones que la empresa introdujera”. Como hemos visto más arriba, la dependencia es una nota que la jurisprudencia ha ido atenuando con el paso del tiempo, entendiéndola como la inclusión en el círculo rector y disciplinario del empresario, sujetos los trabajadores a las órdenes e instrucciones del empresario necesarias para el buen desarrollo de la relación laboral. Esto implica que el trabajo que se realiza a distancia con los instrumentos telemáticos o

¹⁷ En este mismo sentido, STSJ Madrid 30 de septiembre 1999 (AS 1999/3321).

¹⁸ SSTSJ Cataluña 18 de septiembre 2002 (JUR 2002/255330), Asturias 16 de marzo 2001 (AS 2001/335), 14 de abril (AS 2000/1003), Cataluña 10 de marzo 2000 (AS 2000/940) y 10 de julio 2006 (JUR 2007/47812), Cataluña 21 de diciembre 2005 (AS 2005/55), País Vasco 1 de diciembre 2009 (AS 2010/904).

¹⁹ Giacci (1991, p. 672) entiende como poder informático la capacidad propia del responsable de agregar datos y establecer las comparaciones más diversas entre ellos, hasta el punto de transformar informaciones dispersas en una información organizada y remontarse así de los actos más banales del individuo a sus más íntimos secretos, y la posibilidad de encontrar inmediatamente y de comunicar las informaciones así obtenidas a quien lo requiera.

tecnológicos, la falta de vigilancia directa o de las circunstancias que rodean al trabajo realizado, no supone la desaparición de la situación misma de la dependencia, puesto que el empleador sigue manteniendo –aunque débilmente– su poder de dirección sobre el trabajo realizado, ya que en caso contrario ese trabajo telemático, tecnológico o remoto se integraría en una de las relaciones extralaborales (RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, 1999, p. 110). Los tribunales han afirmado que

no sólo el seguimiento de unas determinadas directrices uniformadoras en la realización del trabajo encomendado sino, también y fundamentalmente, el ulterior control de dicho trabajo, la prestación del mismo, siempre a través de la empresa recurrente, la penalización en el retraso de su conclusión y la asignación de zonas geográficas [...] para su desarrollo [...]

Lo que constituyen datos reveladores de una sujeción al poder directivo de la empresa que encomienda la realización de los servicios, todo lo que pone de relieve una innegable situación de dependencia propia del contrato de trabajo²⁰. En cambio, en otras ocasiones han rechazado la existencia de relación laboral, aun existiendo un fuerte indicio de laboralidad en el hecho de que el trabajador estaba, aparentemente, sometido al ámbito organizativo de la empresa, pero la dependencia en realidad era muy tenue, al no constar la existencia de constantes órdenes de trabajo. No obstante, admitiendo la existencia de la “ajenidad en el mercado”, dado que la empresa era la que se beneficiaba del trabajo del trabajador, declara que ambos indicios “quedan apaciguados por el tipo de intervención empresarial, que se limitaba a formato y contenidos y a la no prestación de servicios en forma directa a terceros”²¹. En España ha tenido un significativo impacto una sentencia que reconoce la existencia de relación laboral de un conocido tertuliano de radio, en que la nota de la dependencia está ciertamente atenuada, entendiendo que la libertad profesional del tertuliano reconocida por la empresa, que se limitaba a fijar el tema de debate, no tiene por qué ser incompatible con la relación laboral²². Junto a este dato de la compatibilidad de la libertad profesional reconocida al trabajador con la relación laboral, también añade, muy acertadamente, la sentencia recurrida:

Como dato relevante en cuanto a la concurrencia del presupuesto legal de la dependencia o inserción en el ámbito empresarial se ha de resaltar asimismo, frente a

²⁰ STS 10 julio de 2000 (La Ley JURIS 2000/2001); TSJ Cantabria (Sala de lo Social) 11 mayo de 2007 (La Ley JURIS 2007/1112).

²¹ STS (Sala de lo Social), Auto de 6 noviembre 2008 (JUR 87832/2009) en relación con STSJ Cataluña 8 de noviembre 2007, (Recurso 6307/2007). En el caso de un agente comercial, STSJ Galicia de 11 marzo 2010, (JUR 2010/153942).

²² Desde un punto de vista técnico la actividad de los profesionales liberales puede incluso desaparecer, vid. STS 11 de diciembre 1989 (RJ 1989, 8947).

la libertad de las partes propia del arrendamiento de servicios, la continuidad, regularidad y permanencia de la relación a lo largo de muchos años, sin que en ningún momento se haya acreditado ni que la demandada dejara de contar con la prestación del Sr. Bartolomé, ni que éste rechazara por motivos personales su participación en ocasión alguna²³.

En definitiva, como más arriba indicamos, se demuestra que la noción de dependencia tiene una gran capacidad de adaptación a las nuevas realidades económicas y sociales de la prestación asalariada cuando ésta se realiza mediante las tecnologías de la información y telecomunicación, como en los casos del teletrabajo, trabajo a distancia o remoto, que son una manifestación de formas atípicas de empleo inmersas en el conocido proceso de descentralización productiva. Es decir, de ese fenómeno cada vez más extendido en la sociedad globalizada que implica “la externalización o desplazamiento hacia entidades empresariales autónomas o independientes de funciones o actividades del ciclo productivo que previamente se desarrollaban por una misma empresa” (DEL REY GUANTER; GALA DURÁN, 2002, p. 2). Actualmente este fenómeno alcanza su máxima expresión en la externalización de la fuerza de trabajo y, por lo tanto, en la sustitución del trabajo dependiente prestado de forma regular por relaciones externas a la empresa pero coordinadas por ésta: *Sharing economy* o economía colaborativa (RUEDA RODRÍGUEZ, 2015). La economía colaborativa es un sistema económico en el que se comparten y se intercambian bienes y servicios a través de plataformas electrónicas que no cuenta con regulación normativa, y que va a ser objeto de estudio a continuación como consecuencia del tránsito de la dependencia tecnológica a la dependencia digital²⁴.

3 EL TRÁNSITO DEL DERECHO DEL TRABAJO: LA DEPENDENCIA DIGITAL

3.1 La Fábrica Digital y Empleos Digitales

A comienzos del año 2015 el presidente de una importante empresa de telefonía española afirmó que en los próximos cuatro años se podrían crear entre 250.000 y 300.000 empleos digitales si la economía española se digitalizara a un ritmo adecuado. En algunos sectores de producción la inclusión de los servicios de la sociedad de la información ha significado una verdadera transformación del modelo de negocio (por ejemplo, en el sector audiovisual

²³ STS de 19 febrero 2014 (RJ 2014\2075) con cita de otra de ese mismo tribunal de 16 de diciembre 2008 (RJ 2008, 8248).

²⁴ Sobre el caso Uber en profundidad, vid. Dagnino (2015).

y en el bancario). El sector manufacturero también ha ido incorporando aspectos digitales en su actividad (como, por ejemplo, sensores, automatización de procesos, representación digital de datos) pero orientados a optimizar y mejorar sus procesos existentes, sin que hayan significado un nuevo modelo de fabricación. No obstante, en el futuro muchas de las tendencias y modelos que han surgido en el mundo digital pueden tener su reflejo en el mundo industrial. Según un informe de la Sociedad de la Información 2013, la digitalización de la producción es un movimiento amplio que afecta al proceso interno de fabricación y a los modelos de negocio, que va a permitir una nueva organización productiva: nuevas formas de organizar la producción y nuevos conceptos como la fabricación en la “nube”, *in the cloud* (FUNDACIÓN, 2014). Este es un proceso que da origen a la fábrica digital, y que conlleva una transformación en el mundo del trabajo. Las tendencias tecnológicas (*the cloud*, tecnologías de fabricación de bajo coste, electrónica personalizada, Internet de las cosas, nuevos modelos robóticos) y sociales (*open hardware*, *crowdfunding*) pueden suponer un cambio profundo en el modelo productivo e introducir nuevas tecnologías de fabricación digitales, como por ejemplo la impresión en 3D utilizada por grandes empresas como Boeing, o bien la introducción de la robótica. Una de las consecuencias puede ser la sustitución de empleados por robots, en el momento en que, por ejemplo, un sistema robótico permite cambiar la batería de los coches eléctricos en 90 segundos. *Baxter*, un robot de 22.000 euros que no necesita programación, aprende de rutinas. La empresa *Tesla Motors* dispone de más de un robot por cada 20 operarios, y la fabricación en la nube es una realidad (FUNDACIÓN, 2014, p. 72 y 73). Sin duda alguna estamos en un proceso de cambio del trabajo y de tránsito hacia la denominada “fábrica digital”, que puede dar lugar a la aparición de nuevos empleos: empleos digitales. En el marco de la Unión Europea, el principal objetivo de la Agenda digital para Europa consiste en desarrollar un mercado digital para dirigir a Europa hacia un crecimiento inteligente, sostenible e integrador²⁵. Con ello se pretende implantar el mercado único digital y, entre otros objetivos, fomentar la cultura emprendedora, las competencias y la integración digital para favorecer el empleo en el sector de las tecnologías de la información y comunicación (en adelante TIC), e instaurar un marco europeo especialmente diseñado para los profesionales de las TIC²⁶. Desde el punto de vista del crecimiento económico y

²⁵ Comunicación, de 19 de mayo de 2010, de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité [COM (2010) 245 final-no publicada en el Diario Oficial].

²⁶ La estrategia digital para Europa se inscribe en la estrategia Europea 2020 y constituye una de las siete iniciativas emblemáticas de la misma. La Estrategia 2010 constituye uno de los elementos de respuesta a la crisis financiera de 2008 que fija objetivos en materia de empleo, productividad y cohesión social.

del empleo, la importancia de la economía digital trae consigo una mayor demanda de profesionales cualificados. La Comisión Europea estima que Europa se enfrenta a una demanda creciente y no cubierta de entre 700.000 y 900.000 profesionales TIC para 2015, según la iniciativa presentada en marzo de 2013 “*Grand Coalition for Digital Jobs*” (THE DIGITAL, 2013). Sin duda alguna, la creación de empleo digital es una necesidad reconocida, que nos plantea a los *iuslaboralistas* problemas en la delimitación de la nota de la dependencia configuradora de la relación laboral en la era de la fábrica digital, dado que la cultura del emprendimiento se está implantando en el mundo del trabajo con la proliferación del trabajo autónomo, así como también por la presencia de posibles “intermediarios tecnológicos”, que a través de una plataforma conectan a unos sujetos privados para que ofrezcan servicios con usuarios potenciales (caso Uber)²⁷.

3.2 El Empleo Digital y Problemas Delimitadores de la Nota de la Dependencia “Digital”

La promoción del empleo digital se está encauzando fundamentalmente por la vía del fomento del emprendimiento y el trabajo autónomo²⁸. Ante la alta tasa de desempleo juvenil, el legislador nacional entiende que es necesario proceder a un análisis sobre las características del tejido empresarial español para la identificación de sus principales problemas. Entre ellos, se señala la ausencia de una mayor iniciativa emprendedora entre los más jóvenes que, ante la falta de oportunidades de trabajo por cuenta ajena, haya llevado a mayores niveles de autoempleo capaces, a su vez, de generar más empleo²⁹. El fomento del emprendimiento y del trabajo autónomo está ocasionando lo que la doctrina clásica denominó la “huida del Derecho del Trabajo”, dado que se promocionan formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, en las que el autoempleo puede desplazar la creación de puestos de trabajo de calidad por cuenta ajena (CASAS BAAMONDE; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER; VALDÉS DAL-RÉ, 2013; BAYLOS GRAU, 2000, p. 35-54; RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, 2001, p. 85-94). Los retos del Derecho del Trabajo están en función de cómo se manifiestan esas formas de realización de la actividad emprendedora de los jóvenes en el mercado de

²⁷ Terminología utilizada por un representante legal de Uber en la Secretaría del Trabajo y Previsión Social del Estado de Jalisco en febrero de 2015 antes de que regulara en México DF las condiciones para que el servicio opere en México (Gaceta Oficial Distrito Federal, 15 de julio de 2015, N.º 133 bis).

²⁸ Véase la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización (BOE 28 de septiembre 2013).

²⁹ Preámbulo I Ley 14/2013.

trabajo digital, y como problema tenemos la identificación de la dependencia como nota configuradora del contrato de trabajo. En realidad, el régimen jurídico de vinculación entre el trabajador y el empleador puede dar lugar a una contratación civil, mercantil o laboral. Entre estas posibilidades, y dependiendo de la forma en que se manifieste el trabajo, puede considerarse que éste se encuentra entre las fronteras del trabajo subordinado y el trabajo autónomo (SIERRA BENÍTEZ, 2014, p. 534). Por ejemplo, pensemos en la actividad de transporte realizada por conductores cuya empleadora o intermediadora, según los casos, tiene como objeto social dar soporte a otras sociedades proveyendo servicio “on demand” (según demanda) de solicitudes efectuadas mediante aparatos móviles y por internet (Uber Systems Spain). A efectos formales, Uber Sytems Spain (filial de Uber International Holding BV) está inscrita como empresa constituida en Barcelona el 13 de marzo de 2014 para dar soporte a otras sociedades de consultoría de gestión empresarial. Esta empresa o *startup* tiene un sistema online que permite gestionar de forma eficiente el riesgo comercial de la cartera de clientes, y lograr que todas sus operaciones comerciales sean cobradas³⁰. La única forma de acceder al sistema es a través de una App gratuita, que mediante un sistema GPS localiza los vehículos más cercanos, y una vez seleccionado el vehículo correspondiente se le indica a dónde se quiere ir, proporcionando la aplicación una estimación del coste del recorrido. Al finalizar el recorrido, la aplicación muestra el coste real y se procede al pago, calculado de acuerdo con los kilómetros recorridos y el tiempo empleado. Este pago se realiza mediante la aplicación Uber, que está conectada con varios sistemas de pago, como Paypal (RUBIRA, 2014). El problema que plantea esta aplicación es que permite que los particulares puedan realizar el transporte de personas sin la correspondiente autorización administrativa (licencia). Esto ha ocasionado que la industria del taxi haya reaccionado ante los tribunales, y ha provocado que en muchos países se haya declarado el cese de la actividad de Uber por los Tribunales en el año 2014 (España –diciembre–, Alemania –septiembre–, Francia –octubre–) porque esta plataforma opera permitiendo que los conductores, que son particulares que ofrecen sus vehículos para el transporte, operen sin licencia. En Holanda, en diciembre de 2014 los tribunales prohibieron su actividad por falta de licencias, aunque otros servicios como UberBlack o UberLux siguen funcionando sin problemas dado que los conductores de éstos están autorizados para el transporte de pasajeros. En Bruselas se declaró la ilegalidad de UberPOP y se confiscaron varios vehículos, para posteriormente

³⁰ Disponible en: <<http://www.empresa.es/empresa/uber-systems-spain/>>. El capital social está en el tramo 1-3.500 euros y la probabilidad de impago es del 6’60%.

prohibirlo oficialmente, si bien es cierto que se pretende cambiar la legislación para que tanto este servicio como otros más operen bajo la legalidad. En Corea del Sur se ha acusado a 29 personas por operar un servicio de taxi ilegal; en la India se le prohíbe el servicio por no comprobar los antecedentes penales de los conductores tras la comisión de un delito por uno de los conductores. Esto provocó que la App introdujera el botón del pánico. Igualmente, en varios estados de Estados Unidos se han enfrentado a la suspensión del servicio por no respetar la legislación local del transporte. Lo significativo es que la solución parece que pasa por regular la actuación de esta plataforma para que sus conductores operen con licencia (GONZÁLEZ, 2105). En la Ciudad de México se ha llegado a un acuerdo con la multinacional para su regulación, en la que se contemplan varios requisitos: que el servicio no reciba pagos en efectivo de sus clientes y la no utilización de las paradas de taxis de la ciudad. La empresa se compromete a pagar una tarifa anual por cada vehículo afiliado (unos 100 dólares), y a entregar un 1,5% por cada viaje realizado a un fondo de transporte para la ciudad, etc.³¹ La Ciudad de México es una de las más habitadas del planeta y, por lo tanto, con necesidades reales de transporte de pasajeros que han dado lugar a que proliferen los taxis sin licencia y sin ningún tipo de control administrativo, y a que los particulares (emprendedores) con altos ingresos se hagan con una flota de vehículos sin que tengan que pagar permisos o impuestos. De esta forma, el emprendedor sería el “empleador” del conductor del vehículo, a diferencia de otros países como los Estados Unidos, donde el dueño del vehículo es el que presta el servicio. En España un Tribunal de Barcelona ha trasladado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial a los efectos de determinar si Uber es una empresa de transporte, una compañía de servicios de la sociedad de la información (TIC) o un combinado de ambos, así como si se ajusta a las leyes de la competencia comunitaria³². A efectos laborales, si se considera que Uber realiza una actividad de transporte debemos tener en cuenta que el art. 1.3 g) del ET considera

excluida del ámbito laboral la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada, mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio

³¹ Gaceta Oficial Distrito Federal Ciudad de México de 15 de julio de 2015, núm. 133 bis. Véase Diario *El País* 9 de julio de 2015, sección economía en <www.elpais.com>.

³² Juzgado Mercantil núm. 3 Barcelona, Asunto: 929/2014D2 (Ordinario) de 17 de junio de 2015. Disponible en: <<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Tribunales-Superiores-de-Justicia/TSJ-Cataluna/Noticias-Judiciales-TSJ-Cataluna/El-Juzgado-Mercantil-3-de-Barcelona-plantea-cuestion-prejudicial-al-Tribunal-de-la-UE-en-relacion-al-conflicto-de-UBER>>. Véase el Diario *El País* 20 de julio de 2015 en <www.elpais.com>. Por otro lado, el Juzgado núm. 2 de lo Mercantil de Madrid dictó el 9 de diciembre de 2014 Auto cautelar suspendiendo las actividades de Uber. Véase el Diario *El País*, de 1 de junio de 2015, en <www.elpais.com>.

público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercialización.

Y, por lo tanto, atendiendo al ET hay que determinar si es una actividad de transporte excluida del ámbito laboral, o bien una relación laboral en los términos del art. 1.1 ET³³. No obstante, si concurren otras circunstancias puede tratarse de una actividad laboral cuando –por sus características o por la clase de vehículo utilizado– no requiera la autorización administrativa. Hay que tener en cuenta que en el caso de los transportes privados (de particulares o de carácter complementario respecto de la actividad de una empresa) y los realizados con vehículos con pequeña capacidad de carga, la normativa de la Ley de Transportes los excluye de la autorización administrativa de transporte (MARTÍN VALVERDE; RODRÍGUEZ SAÑUDO; GARCÍA MURCIA, 2014, p. 188). Este dato es muy importante, dado que la autorización administrativa a la que hace referencia el art. 1.3 f) ET es la causante de la extralaboralidad del vínculo por la Ley para determinados vehículos según el tonelaje, en vehículos de más de dos toneladas de masa máxima autorizada, (SSTS 22 de diciembre 1997, RJ 1997/9528) y 20 de marzo 2011, RJ 2011/3685)³⁴. En definitiva, nos tendremos que preguntar si los conductores de Uber son trabajadores asalariados y, en su caso, determinar cuáles son los indicios que conducen a esa calificación³⁵.

3.3 La Posible Calificación de Trabajador Asalariado a los Conductores de Uber: los Indicios de Laboralidad

Los conflictos en cuanto a la consideración de si los conductores de Uber, que reciben unos pagos por el servicio realizado, son trabajadores asalariados o trabajadores autónomos se han sustanciado ante la administración laboral como valedora del cumplimiento de la normativa laboral y de seguridad social. En California la Comisión Laboral determinó que una chófer de Uber no debía ser considerada trabajadora independiente sino empleada.

³³ Interesantes las reflexiones de Luján Alcaraz (1998, p. 139-154).

³⁴ La exclusión de la actividad de transporte del art. 3.1 g) ET se introdujo en la reforma de 1994 y fue declarada constitucional por la STC 227/1998, de 26 de noviembre, vid. Luján Alcaraz (2009, p. 101-123). Así como los arts. 47 y ss. Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres (LOTT) y RD 1.211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de los Transportes Terrestres.

³⁵ La STS 23 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 10018) establece que la autorización administrativa que excluye el carácter laboral de la prestación de servicios es aquella a que se refiere la Ley y el Reglamento de Ordenación de los Transportes terrestres, y no cualquier otro tipo o modalidad de autorización o licencia administrativa para conducir o circular con vehículos susceptibles de servicio como medio de transporte que pudieran requerir otras normas administrativas de nivel estatal o autónomo.

La conductora reclamaba el pago de salarios y otros gastos no satisfechos, y la Comisión estimó por ello el pago de una indemnización por los gastos y los intereses.³⁶ En España los medios de comunicación se han hecho eco de un informe de la Inspección de Trabajo y de la Seguridad Social (ITSS) ante la reclamación planteada por el sindicato del taxi³⁷. El conflicto es relevante porque se plantean varios interrogantes que afectan a la disciplina jurídico-laboral ¿puede considerarse trabajadores a estos particulares que prestan servicios mediante empresas como Uber? ¿Se puede considerar a Uber como empleadora de los particulares que se dedican al transporte de pasajeros?

A efectos laborales hay una cuestión muy importante en relación con la “caracterización jurídica de la empresa como de transporte o no, ya que en el primer caso la actividad de los conductores formaría parte esencial del tráfico mercantil de la empresa” (ROJO TORRECILLA, 2015). Desde el punto de vista laboral tienen la consideración de empleadores todas las personas, física o jurídicas, que reciban la prestación de servicios de los trabajadores asalariados (art. 1.2 ET). Es decir, de aquellos trabajadores que reúnan las notas contempladas en el art. 1.1 ET (trabajo voluntario, personal, por cuenta ajena, dependiente y retribuido). En este caso habrá que acudir a la técnica indiciaria para la calificación como laboral de la actividad de transporte por particulares con vehículo propio³⁸. En España la Inspección de Trabajo de Cataluña ha emitido un informe donde estima que los conductores de *Uber System Spain* deben ser considerados trabajadores empleados de esta compañía, dado que concurren las notas principales que determinan la existencia de relación laboral: dependencia y ajenidad. En este caso los indicios que se aportan son: a) los conductores son previamente seleccionados; b) las rutas son fijadas por la compañía; c) puesta a disposición de los chóferes de un móvil para prestar los servicios, y un sistema de incentivos como forma de retribución. En relación a esta nota hay una importante diferencia con respecto a otra *start up* como *Bla bla Car*, donde la actividad consiste en que los usuarios comparten los servicios (trueque) sin que medie un lucro personal (VIGIL, 2014). Esto significa que para la Inspección de Cataluña los conductores de UberPop son en realidad trabajadores de esta compañía y, por lo tanto, deben estar dados de alta en la Seguridad Social. No obstante, el acta de infracción por

³⁶ El Tribunal de San Francisco ha reconocido la existencia de relación laboral de la conductora. Disponible en: <<http://www.02b.com/es/notices/2015/06/una-sentencia-fuerza-a-uber-a-reconocer-a-sus-conductores-13185.php>>.

³⁷ Associació Agrupació Taxi Companys, Coordinadora metropolitana del Taxi y Sindicat del Taxi de Catalunya. Denuncia presentada ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona y en la Dirección Provincial de Barcelona de la Agencia Tributaria, el 17 de octubre de 2014.

³⁸ SSTs 15 de junio 1998 (RJ 1998/5262), 19 de diciembre 2005 (RJ 2006/332), 22 de enero 2008 (RJ 2008/1978).

falta de alta y cotización a la Seguridad Social se ha pospuesto hasta que los tribunales no se pronuncien sobre la legalidad de la actividad de Uber, de acuerdo con unos criterios operativos de actuación de la Inspección cuando la realización de una actividad se lleve a cabo sin la correspondiente autorización administrativa³⁹. Sin embargo, sí ha procedido a extender el acta de infracción a cuatro trabajadores de la compañía por no estar dados de alta en la Seguridad Social y por contratar a un alto cargo extracomunitario de Uber en Europa que carece de permiso laboral en España. En definitiva, como denuncia el sindicato, UberPop recibe por la intermediación una cantidad o porcentaje respecto de los honorarios recibidos por el trabajador y abonados por el usuario. La compañía tiene una verdadera actividad económica mediante la plataforma tecnológica desde el momento en que sus usuarios deben inscribirse en la plataforma para pagar los servicios y posteriormente abonar al conductor sus honorarios, descontando el porcentaje pactado. En este hecho cabría entender, como hace la ITSS, que existe la nota de ajenidad en los riesgos. La compañía dotaba a los conductores de teléfonos móviles en los que sólo funcionaba la aplicación UberPop. En relación con la dependencia es donde habría que apreciar si realmente estamos ante una relación laboral (los conductores son seleccionados por la plataforma sin que haya una adscripción voluntaria; en principio parece que no tienen una organización o estructura empresarial que entendiera que estarían adscritos a la plataforma virtual, etc.)⁴⁰. En definitiva, no nos cabe la menor duda que este será uno de los debates en los próximos meses donde se tratarán cuestiones relevantes en torno a la delimitación de la nota de la dependencia para su calificación legal en actividades canalizadas directa o indirectamente mediante plataforma digitales. En el caso de las actividades llevadas a cabo dentro de la economía colaborativa, no cabe hablar de un intercambio de una prestación de servicios por un precio cuando se comparten e intercambian esas actividades y servicios sin que comporte la existencia de una actividad económica y/o empresarial. Entendemos que en todos estos casos existe una dependencia digital, donde habría que distinguir entre la *Locatio conductio operarum*, donde el trabajador quedase en una situación de

³⁹ Rojo Torrecilla (2015) criterio operativo 94/2014, de 5 de febrero sobre actuación de la ITSS respecto de actividades de venta ilegal de loterías, es decir la realización de una actividad sin disponer de autorización para operar en el tráfico jurídico (sustitúyase, pues, venta de lotería por actividad de transportes sin autorización administrativa...) que procede a modificar el criterio 5272007, de 3 de julio.

⁴⁰ En Gozzer (2015) se citan algunos de los indicios señalados en el Informe de la ITSS donde indica “[...] También se considera que asisten ‘de un modo regular y continuado a un lugar determinado por la empresa’ para ‘prestar un servicio’. El centro de trabajo ‘lo constituye el mismo vehículo’, que circula por una zona fijada por Uber ‘de forma unilateral.’” (el área metropolitana de Barcelona). Igualmente se hace referencia a la libertad horaria pero estando los conductores sujetos a unos pluses que condicionaba dicha libertad (entre 10 y 15 euros adicionales por cada viaje realizado en ciertas franjas horarias o en determinadas áreas de la ciudad).

sometimiento personal respecto del patrono, y que éste ostentase un poder también personal sobre aquél; y la *locatio-conductio operis*, es decir, trabajador autónomo no integrado en poder alguno. Con ello pretendemos equiparar los inicios del Derecho del trabajo industrial con los inicios del trabajo tecnológico y/o virtual. Nos encontramos en una fase de transformación del Derecho del Trabajo, ante la presencia de nuevos trabajo y nuevas realidades.

4 CONCLUSIÓN

En el siglo XXI las nuevas realidades económicas, sociales y tecnológicas van a generar una serie de necesidades que hasta ahora eran impensables. El trabajo por cuenta ajena es un trabajo escaso y el desempleo en algunas edades y lugares alcanza cotas alarmantes. La grave crisis mundial ha originado que las plataformas y empresas digitales ofrezcan prestaciones de servicios de acuerdo con antiguas prácticas económicas como el trueque. No obstante, estas prácticas que son muy eficientes para la economía global de la crisis, comportan una serie de problemas legales y jurídicos cuando la prestación de servicios se hace a cambio de un precio para obtener una ganancia patrimonial. En el momento en el que existe una prestación de servicios a cambio de un precio, hay que delimitar si esa prestación genera una dependencia laboral, ninguna dependencia, o comporta una dependencia económica. En la actualidad está proliferando el trabajo autónomo como consecuencia de los nuevos desarrollos organizativos y la difusión de la informática y las telecomunicaciones: emprendedores, personas que se encuentran en una fase inicial y de despegue de una actividad económica o profesional, los autónomos económicamente dependientes, los socios trabajadores de cooperativas y sociedades laborales o los administradores de sociedades mercantiles que poseen el control efectivo de las mismas⁴¹. Entre este colectivo se encuentran los trabajadores autónomos económicamente dependientes, que son aquellos que desarrollan su actividad con una fuerte y casi exclusiva dependencia económica del empresario o cliente que los controla. Es decir cuando este empresario sea su principal cliente y de él provenga, al menos, el 75% de los ingresos del trabajador (TRADE). En la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto autónomo (LETA) el legislador, consciente de esta proliferación de trabajadores decidió delimitar conforme a

⁴¹ Preámbulo de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (BOE 12 de julio 2007, núm. 166). El art. 1.1 contempla que “la presente Ley será de aplicación a las personas físicas que realizan de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”.

criterios objetivos los supuestos en que la actividad se ejecuta fuera del ámbito de organización y dirección del cliente que contrata al autónomo. Se trataba de prevenir “la posible utilización indebida de dicha figura, dado que nos movemos en una frontera no siempre precisa entre la figura del autónomo clásico, el autónomo económicamente dependiente y el trabajador por cuenta ajena” (preámbulo de la LETA). En España recientemente se ha llevado a cabo una reforma respecto al colectivo de los TRADE, que les permite contratar trabajadores por cuenta ajena en aquellos supuestos en los que la interrupción de la actividad por causas vinculadas a la conciliación de su actividad profesional con su vida familiar pudiese ocasionar la resolución del contrato con su cliente. Se trata de una modificación que pretende resaltar la capacidad auto-organizativa del TRADE, “dando un paso más en su diferenciación respecto al trabajador por cuenta ajena, eliminando así los posibles espacios de difícil delimitación entre ambas categorías”. En este sentido, coincidimos con el legislador en la necesidad de marcar las diferencias respecto al trabajador por cuenta ajena, si bien es cierto comprobamos que esas modificaciones están muy próximas a las contenidas en el ET, en relación a la suspensión del contrato de trabajo (arts. 36, 45 y 46 del ET). Los grandes retos del Derecho del Trabajo están en la adaptación de nuestra normativa a las realidades del trabajo que comporta la existencia de una dependencia digital y el “acercamiento” al trabajo autónomo, en especial al realizado por el TRADE, conforme a las instituciones del Derecho del Trabajo como ordenamiento jurídico protector de la parte débil del contrato: el trabajador en sentido amplio⁴².

REFERENCIAS

ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón. La ajenidad en el mercado: un criterio definatorio del mercado de trabajo. En: **REDT - Revista Española de Derecho del Trabajo**, núm. 28, 1986. p. 495-544.

BAYLOS GRAU, Antonio Pedro. La huida del derecho del trabajo. En: ALARCÓN CARACUEL, Manuel Ramón; MIRÓN HERNÁNDEZ, María del Mar (Coord.). **El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar: (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)**. Madrid: Marcial Pons, 2000. p. 35-54.

⁴² En este sentido son muy relevantes las aportaciones realizadas por el profesor Ojeda Avilés (2010).

CASAS BAAMONDE, María Emilia; RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, Miguel; VALDÉS DAL-RÉ, Fernando. La huida del derecho del trabajo hacia el “emprendimiento”, las reformas de la reforma laboral de 2012 y otras reformas: la L-11/2013 y el RDL 11/2013. En: **Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica**, Madrid, Ed. La Ley, núm. 10, p. 1-29, 2013. (Laley 7239/2013).

CRUZ VILLALÓN, Jesús. **Compendio del derecho del trabajo**. Madrid: Tecnos, 2010.

DAGNINO, Emanuele. Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy. En: **Revista Internacional de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo**. Módena (Italia), Ed. Adapt University Press, v. 3, núm. 3, 2015.

DEL REY GUANTER, Salvador; GALA DURÁN, Carolina. Trabajo autónomo y descentralización productiva: nuevas perspectivas de una relación en progresivo desarrollo y dependencia. En: **Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica**, Madrid, Ed. La Ley, núm. 1, p. 445-518, 2000.

ESCUDERO RODRÍGUEZ, Ricardo. Teletrabajo. En: La descentralización productiva y nuevas formas organizativas del trabajo. **RMTAS - Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales**, Madrid, 2001.

FUNDACIÓN TELEFÓNICA. **La sociedad de la información en España 2013**. Barcelona: Ariel, 2014.

GIACCI, G. Problemi e iniziative in tema di tutela dei dati personali, con particolare riguardo ai dati sabitari. En: **Política del Diritto**, Bologna (Italia), Ed. Mulino, núm. 4, 1991.

GONZÁLEZ, María. La cruzada de medio mundo contra Uber. Disponible en: <http://www.xataka.com/aplicaciones/la-cruzada-de-medio-mundo-contra-uber>>. Acceso en: 21 marzo 2015.

GOZZER, Stefania. Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma. En: Diario El País, de 13 de junio de 2015. Disponible en: <www.elpais.com>. Acceso en: 6 nov. 2015.

LUJÁN ALCARAZ, José. Los transportistas en las fronteras del contrato. En: **RMTI - Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración**, núm. 83, 2009.

LUJÁN ALCARAZ, José. La problemática calificación jurídico-laboral de la actividad de transporte. En: **Anales de Derecho**, núm. 16, 1998. p. 139 a 154.

MARTÍN VALVERDE, Antonio. Fronteras y “zonas grises” del derecho del trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001). **RMTAS - Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales**, año 9, núm. 38, 2001.

MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín; GARCÍA-MURCIA, Joaquín. **Derecho del trabajo**. Madrid: Tecnos, 2014.

MARTÍNEZ GIRÓN, Jesús; ARUFE VARELA, Alberto. **Derecho crítico del trabajo: critical labor law**. Barcelona: Atelier, 2015.

MONTOYA MELGAR, Alfredo. **Derecho del trabajo**. Madrid: Tecnos, 1979.

MORGADO PANADERO, Purificación. El teletrabajo: nueva forma de prestación de servicios (avance jurisprudencial). En: **Actualidad Laboral**, Lima (Perú), Ed. Revista Actividade Laboral, núm. 16, Tomo 2, 2004.

OIT - ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Departamento de Condiciones de Trabajo e Igualdad. **Las formas atípicas de empleo: Informe para la discusión en la Reunión de expertos sobre las formas atípicas de empleo**. Ginebra: OIT, 2015.

OJEDA AVILÉS, Antonio. Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. En: **Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho**, Lima (Perú), Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, núm. 60, 2007.

OJEDA AVILÉS, Antonio. La confrontación de modelos sociales en el cambio de siglo: estudios financieros. En: **Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, Casos Prácticos: Recursos Humanos**, núm. 379, 2014.

OJEDA AVILÉS, Antonio. **La deconstrucción del derecho del trabajo**. Madrid: La Ley, 2010.

OJEDA AVILÉS, Antonio. Zonas grises, relaciones laborales y modalidades de contrato. En: **Tribuna Social**, Núm. 207, 2008.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. **Derecho del trabajo e ideología**: medio siglo de formación ideológica del derecho del trabajo en España (1873-1923). Madrid: Tecnos, 2002.

RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, Miguel. La huida del derecho del trabajo. **Relaciones Laborales: Revista Crítica De Teoría y Práctica**, Madrid, Ed. La Ley, núm. 3, 2001.

RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín. La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral". En: CRUZ VILLALÓN, Jesús. **Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del derecho del trabajo**: estudios en homenaje al profesor Cabrera Bazán. Madrid: Tecnos, 1999.

ROJO TORRECILLA, Eduardo. Uber (Uberpop): ¿relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿economía colaborativa? notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II). En: El Blog de Eduardo Rojo. 31 agosto 2015. Disponible en: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpop-relacion-laboral-entre-la_31.html>. Acceso en: 25 out. 2015.

RUBIRA, Francisco. ¿Qué es Uber y para qué sirve? In: Diario El confidencial, 27 de octubre de 2014. Disponible en: <www.elconfidencialdigotal.com>. Acceso en: 4 nov. 2014.

RUEDA RODRÍGUEZ, Elena. La sharing economy. En: **Boletín Adapt Internacional**, Módena (Italia), Ed. Adapt University Press, núm. 9, 2015.

SÁNCHEZ RODAS-NAVARRO, C. Formas no laborales de inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo. En: MONEREO PÉREZ, José Luis. **Retos del derecho del trabajo frente al desempleo juvenil**: XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales. Sevilla: Carl, 2014. p. 359-404.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfrido. La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis? En: **Temas Laborales: Revista**

Andaluz de Trabajo y Bienestar Social, Sevilla, Ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, núm. 40, 1996.

SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. El contenido de la relación laboral en el teletrabajo. **Consejo Económico y Social de Andalucía, Junta de Andalucía**, Sevilla, 2011.

SIERRA BENÍTEZ, Esperanza Macarena. El emprendimiento y el trabajo autónomo de jóvenes: ¿un reto del derecho del trabajo? En: MONEREO PÉREZ, José Luis. **Retos del derecho del trabajo frente al desempleo juvenil: XXXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales**. Sevilla: Carl, 2014.

THE DIGITAL skills and jobs coalition. Commission European. Switchland. Disponible En: <<https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/grand-coalition-digital-jobs-0>>. Acceso en: 21 dez. 2013.

VIGIL, Almudena. Uber y Amazon revolucionan la legislación laboral. En: Diario Expansión, Madrid, 24 de junio de 2014. Disponible en: <www.expansion.com>. Acceso en: 31 jul. 2014.

Submissão em: 16 julho 2018

Pareceres favoráveis em: 2 setembro 2018

Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão¹

Study of Crime Prevention in Management Schools

GONÇALO S. DE MELO BANDEIRA²

Resumo: O estudo da prevenção do crime nas Escolas de Gestão tornou-se algo absolutamente fundamental. Absolutamente fundamental para o desenvolvimento do Estado de Direito social, democrático, livre e verdadeiro. Quando se houve tantas e tantas histórias relacionadas com a corrupção em geral e a fraude nos fundos europeus, nomeadamente fraude fiscal e branqueamento de capitais, é caso para perguntar como podemos ter bons gestores se os eles próprios em nada se preocupam em estudar estas matérias? Assim, para se ser um bom economista ou para se ser um bom gestor tem que se ter também uma formação profunda na prevenção do crime económico, social e financeiro. No contexto da razão técnico-instrumental, a formação não pode ser sequestrada pela meta monopolizada da procura apenas do lucro.

Palavras-chave: prevenção do crime; estudo do crime; escolas de gestão; economistas e crime; gestores e crime

Abstract. The study of crime prevention in Management Schools has become absolutely fundamental. Absolutely fundamental for the development of the social, democratic, free and true Rule of Law. When there have been so many stories related to corruption in general and fraud in European funds, including tax fraud and money laundering, it is a question to ask how can we have good managers if they do not care to study these matters at all? Thus, to be a good economist or to be a good manager must also have a deep training in the prevention of economic, social and financial crime. In the context of technical-instrumental reason, training cannot be hijacked by the monopolized goal of profit-seeking alone.

Keywords: crime prevention; study of crime; management schools; economists and crime; managers and crime

¹ Vamos seguir de perto as seguintes publicações: BANDEIRA, Gonçalo S. de Mello, Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão, Diário do Minho, 18/11/2016; Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão II, Diário do Minho, 25/11/2016; Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão III, Diário do Minho, 2/12/2016; Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão IV, Diário do Minho, 9/12/2016; Estudo da Prevenção do Crime nas Escolas de Gestão V, Diário do Minho, 6/1/2017.

² Doutor em Direito Público pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (FDUC), Professor da Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Professor-Convocado em Mestrados da Universidade do Minho e Investigador Integrado no JusGov-Research Centre for Justice and Governance-Universidade do Minho. **Afiliação:** Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal.

1 ESTUDO DA PREVENÇÃO DO CRIME NAS ESCOLAS DE GESTÃO

Não há economia e gestão justas sem prevenção do crime e nomeadamente da corrupção. E nada melhor do que estudar isso mesmo nas Escolas de Gestão, de modo a formar gestores mais honestos e íntegros. Já em 2/9/2002, um artigo publicado na BBC, assinado por Gomez/Amaral, refere que a corrupção faz aumentar pobreza e desigualdade. Como disse o Papa Francisco em 18/9/2016, na Oração do Angelus, “a corrupção é uma droga que gera pobreza, exploração e sofrimento”. Em sentido estrito, os Direitos e Deveres Fundamentais estão consagrados na Constituição da República Portuguesa (CRP) entre os art.s 12º (Universalidade) e o art. 79º (Desporto). Dentro destes, temos os Direitos, Liberdades e Garantias, entre os art.s 24º (Vida) e o art. 57º (Greve) da CRP. Ainda dentro destes, temos a chamada Constituição Criminal entre os art.s 25º e 34º da CRP. Sem esquecer um dos “craques”, Princípio Geral, o art. 18º da CRP. E aqui ressalta a teoria da necessidade, adequação, proporcionalidade e intervenção mínima do Direito penal. Pois, “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.”. Ou seja, dentro do coração da Constituição está, nas palavras de Gomes Canotilho, o “sismógrafo da Constituição”, do próprio Estado de Direito. Aqui se distingue precisamente a Democracia da ditadura. Com todos os escândalos que têm sido tornados públicos, designadamente relacionados com o sector bancário – em Portugal, Banco Português de Negócios (BPN), Banco Privado Português (BPP) ou Banco Espírito Santo (BES), etc., apenas para citar alguns mais emblemáticos, mas também no estrangeiro, às dúzias –,

por meio dos quais os contribuintes em geral são depois obrigados a pagar os desvarios dos outros, muitos vezes desvarios criminosos e contraordenacionais, em milhares de milhões de dólares e euros, é cada vez mais importante, dizíamos leccionar formação aos futuros gestores em termos de prevenção do crime e corrupção. E não se venha com a ideia de que é possível falar em “gestão de risco de fraude” se não se souber o que significa fraude na legislação em vigor? O que significa crime ou contraordenação, sejam eles quais forem, na legislação em vigor? O que significarão em termos técnicos? Como se aplica o Direito Penal e contraordenacional? Por que é que os crimes, sejam eles fiscais, de mercado, das sociedades comerciais, praticados por administradores ou gerentes, gestores, somente podem ser julgados em Tribunais Criminais e não em outros?

Neste momento da leitura, a estimada leitora ou leitor colocaria em dúvida o que estamos a dizer. Não coloque, minha querida, meu caro! Não coloquem, pois é a própria lei que obriga uma série de profissões, incluindo gestores e entidades a terem, p.e., formação na prevenção do crime de branqueamento de capitais³. No presente momento, teremos que ter em consideração a Lei nº 83/2017, de 18/8, “*Lei de Combate ao Branqueamento de Capitais e ao Financiamento do Terrorismo*”. E, nomeadamente, o seu art. 55º, o qual refere o seguinte:

1 - As entidades obrigadas adotam medidas proporcionais aos respetivos riscos e à natureza e dimensão da sua atividade para que os seus dirigentes, trabalhadores e demais colaboradores cujas funções sejam relevantes para efeitos da prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo tenham um conhecimento adequado das obrigações decorrentes da presente lei e da regulamentação que a concretiza, inclusive em matéria de proteção de dados pessoais.

§ 2 - As entidades obrigadas asseguram que são ministradas às pessoas referidas no número anterior ações específicas e regulares de formação adequadas a cada setor de atividade, que as habilitem a reconhecer operações que possam estar relacionadas com o branqueamento de capitais e o financiamento do terrorismo e a atuar em tais casos de acordo com as disposições da presente lei e das normas regulamentares que a concretizam.

§ 3 - No caso de colaboradores recém-admitidos cujas funções relevem diretamente no âmbito da prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo, as entidades obrigadas, imediatamente após a respetiva admissão, proporcionam-lhes formação adequada sobre as políticas, procedimentos e controlos internamente definidos em matéria de prevenção do branqueamento de capitais e do financiamento do terrorismo.

³ (Nota do Editor-Associado): *Branqueamento de capitais* é o crime que no Brasil é tipificado como *Lavagem de dinheiro*.

§ 4 - As ações formativas, de natureza interna ou externa, destinadas a dar cumprimento ao disposto no presente artigo são: § a) asseguradas por pessoas ou entidades com reconhecida competência e experiência no domínio da prevenção e combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo; b) precedidas de parecer favorável do responsável pelo cumprimento normativo designado nos termos do n.º 1 do artigo 16.º, quando tal designação tenha tido lugar.

§ 5 - As entidades obrigadas mantêm registos atualizados e completos das ações de formação internas ou externas realizadas, conservando-os nos termos previstos no artigo 51.º e colocando-os, em permanência, à disposição das autoridades setoriais.

Já antes, a questão em apreço era considerada pela Lei nº 25/2008 de 5/6, com alterações até à Lei nº 118/2015, de 31 de Agosto, com início de vigência a 1/9/2015, obrigando, no seu artigo 22º ao Dever de Formação. E este dever de formação aplicava-se quer a entidades financeiras, quer a entidades não financeiras. Ou seja, as Escolas de Gestão, que não apenas as do sector público – mas são estes que devem dar o exemplo no Estado de Direito – deveriam ter obrigatoriamente formação na prevenção do crime, o que implica que nenhum dos cursos, doutoramento, mestrado ou licenciatura, devem desprezar o estudo do Direito e Processo Criminal. Mais contra o Estado de Direito do que não querer aplicar a Constituição baseada na Dignidade da Pessoa Humana, é dizer que a mesma deve ser alterada porque “tem umas frases bonitas, mas é impraticável”. Seria mais de meio caminho andado para ainda a cumprir menos na prática. E, como diz uma velha verdade, não há nada mais prático do que uma boa teoria!

2 ESTUDO DA PREVENÇÃO DO CRIME NAS ESCOLAS DE GESTÃO II

Continuamos a insistir: não há economia e gestão justas sem prevenção do crime e designadamente da corrupção. A chave está de novo na Educação. É uma obrigação constitucional das Escolas de Gestão formar gestores mais íntegros e honestos. Trata-se da cláusula geral de anticorrupção com base no Direito Internacional, válida no ordenamento jurídico interno luso, por via que não apenas do art. 8º da Constituição (CRP). Corrupção significa pobreza, miséria patrimonial e ética. Do latim *corrupta*, palavras coração (*cor*) e rompimento, quebra (*rupta*). Vejamos então, de novo, um dos principais problemas da corrupção em sentido amplo e que se intitula de “branqueamento de capitais” ou “lavagem de dinheiro”. Vamos observar, por conseguinte, a Lei nº 25/2008 de 5/6, com alterações até à Lei nº 118/2015, de 31/8. Lei que, recorde-se, previa, já no seu art. 22º, um “*Dever de formação*”:

1 - As entidades sujeitas devem adoptar as medidas necessárias para que os dirigentes e empregados, cujas funções sejam relevantes para efeitos da prevenção do

branqueamento e do financiamento do terrorismo, tenham um conhecimento adequado das obrigações impostas pela legislação e regulamentação em vigor nesta matéria.

§ 2 - As medidas previstas no número anterior devem incluir programas específicos e regulares de formação, adequados a cada sector de actividade, que habilitem os seus destinatários a reconhecer operações que possam estar relacionadas com a prática daqueles crimes e a actuar de acordo com as disposições da presente lei e das respectivas normas regulamentares.

Para já comecemos pelo art. 3º, “Entidades financeiras”:

“1 - Estão sujeitas às disposições da presente lei as seguintes entidades, com sede em território nacional: / a) Instituições de crédito; / b) Empresas de investimento e outras sociedades financeiras; / c) Entidades que tenham a seu cargo a gestão ou comercialização de fundos de capital de risco; / d) Organismos de investimento colectivo que comercializem as suas unidades de participação; / e) Empresas de seguros e mediadores de seguros que exerçam a actividade referida na alínea c) do artigo 5.º do Decreto-Lei n.º 144/2006, de 31 de Julho, com excepção dos mediadores de seguros ligados mencionados no artigo 8.º do referido decreto-lei, na medida em que exerçam actividades no âmbito do ramo “Vida”; / f) Sociedades gestoras de fundos de pensões; / g) Sociedades de titularização de créditos; / h) Sociedades e investidores de capital de risco; / i) Sociedades de consultoria para investimento; / j) Sociedades que prossigam actividades que tenham por objecto contratos relativos ao investimento em bens corpóreos; / k) Instituições de pagamento; / l) Instituições de moeda eletrónica. / 2 - São igualmente abrangidas as sucursais situadas em território português das entidades financeiras referidas no número anterior com sede no estrangeiro, bem como as sucursais financeiras exteriores. / 3 - A presente lei aplica-se ainda às entidades que prestem serviços postais e ao Instituto de Gestão da Tesouraria e do Crédito Público, I. P., na medida em que prestem serviços financeiros ao público. / 4 - Para os efeitos da presente lei, as entidades referidas nos números anteriores são designadas “entidades financeiras”.

Ou seja, esta formação, muito ligada à prática, deveria ser outorgada p.e. pelos Institutos Politécnicos – que há muito se deveriam chamar de Universidades Técnicas – e, claro está, pelas Escolas de Gestão. É de Interesse Público e Constitucional e deve ser um desígnio nacional que as instituições públicas ajudem a formar novas mentalidades. A Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior ao aprovar cursos superiores numa Escola de Gestão não pode deixar de considerar estas matérias da maior importância para o Estado de Direito democrático e social, livre e verdadeiro.

3 ESTUDO DA PREVENÇÃO DO CRIME NAS ESCOLAS DE GESTÃO III

Tivemos dois Seminários na Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Barcelos, 5/12/2016 e 9/12/2016, dedicados à prevenção do crime económico. Assim, em primeiro, foi o Sr. Inspector do Ministério Público Jorge dos Reis Bravo, sobre

“Fraude e Corrupção – Tipologias e políticas penais de controlo”. Assim como, depois, tivemos o Sr. Juiz de Direito Nuno Matos, versando “Casos de Direito e Processo Penal – crimes comuns, económicos e tributários”. Nas horas respectivas 18h30min e 11h. Quanto melhor for prevenido o crime e, portanto, a corrupção ou o branqueamento de capitais, mais justiça e riqueza haverá para todos. A solução do problema passa pois pela Educação. A corrupção gera miséria. Pelo que temos que a evitar ao máximo. Se queremos mais justiça para todos, claro. É uma obrigação constitucional das Escolas de Gestão formar gestores mais honestos. Vejamos então de novo, sobre o “branqueamento de capitais”. Pense-se na Lei nº 25/2008 de 5/6, até à Lei nº 118/2015, de 31/8. Não se esqueça o art. 22º, “Dever de formação”. Ora, depois de falarmos das “Entidades financeiras”, as quais estão mencionadas no art. 3º, passamos para o art. 4º, o qual disserta acerca das “Entidades não financeiras”:

Estão sujeitas às disposições da presente lei as seguintes entidades, que exerçam actividade em território nacional: / a) Concessionários de exploração de jogo em casinos; / b) Entidades pagadoras de prémios de apostas ou lotarias; / c) Entidades exploradoras de jogos de fortuna ou azar, de apostas desportivas à cota e de apostas hípcas, mútuas ou à cota, quando praticadas à distância, através de suportes eletrónicos, informáticos, telemáticos e interativos, ou por quaisquer outros meios (jogos e apostas *online*); / d) Entidades que exerçam actividades de mediação imobiliária e de compra e revenda de imóveis bem como entidades construtoras que procedam à venda directa de imóveis; / e) Comerciantes que transaccionem bens cujo pagamento seja efectuado em numerário, em montante igual ou superior a € 15 000, independentemente de a transacção ser realizada através de uma única operação ou de várias operações aparentemente relacionadas entre si; / f) Revisores oficiais de contas, técnicos oficiais de contas, auditores externos e consultores fiscais; / g) Notários, conservadores de registos, advogados, solicitadores e outros profissionais independentes, constituídos em sociedade ou em prática individual, que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações: / i) De compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais; / ii) De gestão de fundos, valores mobiliários ou outros activos pertencentes a clientes; / iii) De abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários; / iv) De criação, exploração, ou gestão de empresas ou estruturas de natureza análoga, bem como de centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica; / v) Financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente; / vi) De alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de actividades desportivas profissionais; / h) Prestadores de serviços a sociedades, a outras pessoas coletivas ou centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica, que não estejam abrangidos nas alíneas f) e g).

Em 1 de Dezembro e bem, voltou a comemorar-se a Restauração, com o restabelecimento da independência de Portugal face a Espanha. Foi também nesta altura que D. João IV, Rei de Portugal ofereceu a coroa do Reino a Nossa Senhora, a qual, a partir daí, passou a ser Rainha e Padroeira de Portugal, não podendo mais nenhum monarca usar a coroa.

Mas, para ser independente, um país tem que mostrar que o merece ser. E nada melhor do que prevenir a corrupção económica que tanta pobreza tem trazido a Portugal, mas também a uma série de outros países do mundo, como os países-irmãos, com tamanhos continentais, Brasil, Angola, entre outros.

4 ESTUDO DA PREVENÇÃO DO CRIME NAS ESCOLAS DE GESTÃO IV

Todos os anos 9/12, é comemorado a nível mundial o Dia Internacional Contra a Corrupção. Declarado pela Organização das Nações Unidas (ONU) a partir da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, em vigor desde 14/12/2005. Recordando e frisando aquilo que já mencionamos antes, no dia 5/12/2016 tivemos na Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave um Seminário dedicado à Fraude e Corrupção com o Sr. Procurador-Inspector do Ministério Público Jorge dos Reis Bravo. Uma das principais conclusões foi que, de acordo com o Princípio Geral Constitucional de Anticorrupção, o Ensino Superior, v.g., tem obrigação de colocar os seus meios de lecionação e investigação também ao serviço da prevenção da corrupção. Bem-haja aos jornalistas e articulistas de opinião que têm denunciado casos de corrupção e ilegalidade. Como se tem visto um pouco por todo o mundo, por outro lado, não é suficiente estar a formar economistas e gestores totalmente alheados da prevenção da corrupção e do estudo e prevenção da própria criminalidade económica e financeira como um todo. Não é compatível com a Constituição que a Agência de Avaliação e Acreditação do Ensino Superior Português perca de vista esta perspectiva. Os cursos superiores somente podem ser aprovados se não desprezarem a prevenção da corrupção e do crime, sobretudo nas Escolas e Faculdades de Gestão e Economia. No dia 9/12/2016, tivemos também um outro Seminário, desta vez com o Juiz de Direito Nuno Matos, sobre Casos de Direito e Processo Penal – crimes comuns, económicos e tributários. Se estes dois primeiros Seminários foram no âmbito da unidade curricular de Direito e Processo Penal, curso de Solicitadoria, já no dia 13/12/2016, tivemos pelas 18h30min um Seminário com o Advogado Nelson Faria de Oliveira, sobre Direitos Fundamentais no Brasil e Portugal, curso de Fiscalidade. Trata-se duma personalidade pública da advocacia de São Paulo, Presidente da Câmara de Comércio e Indústria Luso-Japonesa.

Também o estudo dos direitos fundamentais constitucionais é uma boa forma de prevenir a corrupção. Recorde-se e repare-se de novo na então Lei nº 25/2008 de 5/6, c/ Lei nº 118/2015, de 31/8, e o seu art. 22º, Dever de formação. De acordo com o art. 4º, já era de

destacar de novo, já na altura, algumas das Entidades não financeiras que estavam (e estão) obrigadas:

f) Revisores oficiais de contas, técnicos oficiais de contas, auditores externos e consultores fiscais; / g) Notários, conservadores de registos, advogados, solicitadores e outros profissionais independentes, constituídos em sociedade ou em prática individual, que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações: / i) De compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais; / ii) De gestão de fundos, valores mobiliários ou outros activos pertencentes a clientes; / iii) De abertura e gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários; / iv) De criação, exploração, ou gestão de empresas ou estruturas de natureza análoga, bem como de centros de interesses colectivos sem personalidade jurídica; / v) Financeiras ou imobiliárias, em representação do cliente; / vi) De alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de actividades desportivas profissionais; / h) Prestadores de serviços a sociedades, a outras pessoas coletivas ou centros de interesses coletivos sem personalidade jurídica, que não estejam abrangidos nas alíneas f) e g).

A pergunta que se colocava, e continua a colocar, era e é a seguinte: será que estas “Entidades não financeiras” e/ou profissões associadas cumprem com rigor este dever legal de formação, mormente, na prevenção do branqueamento de vantagens como capitais? Ou seja, na prevenção da corrupção em sentido amplo? Será? Cremos que em muitos casos, não ou cumprem-no de forma deficitária. Ora, as Universidades e sobretudo os Politécnicos que são Universidades de Ciências Aplicadas, deveriam, e podem mesmo, ter aqui um papel que soa como fundamental.

5 ESTUDO DA PREVENÇÃO DO CRIME NAS ESCOLAS DE GESTÃO V

Há mais de 22 anos que andamos a estudar questões jurídico-científicas de criminalidade. Quer sejam problemas de Direito e processo penal, criminologia, mas também de política criminal. Dentro destas dimensões, existem uma série de subtópicos. Leccionamos e somos investigadores nas áreas de Direito e Processo Penal, trabalhámos directamente com um dos nossos principais Orientadores, o actual Presidente do Tribunal Constitucional Sr. Prof. Cat. Doutor Manuel da Costa Andrade, quando estivemos aliás a reger a unidade curricular de Criminologia na Licenciatura de Direito durante quatro anos na Universidade Portucalense. A Política Criminal faz parte do nosso dia-a-dia de pesquisa. Já no Diário do Minho, em 18/9/2014, p. 22, alertámos para os então problemas de ausência duma lei-quadro actualizada de política criminal, entretanto “lacuna ultrapassada” com a Lei nº 72/2015, de 20/7, biénio 2016/2017. E, entretanto, a Lei nº 96/2017, de 23/8, a qual “Define os objectivos, prioridades e orientações de política criminal para o biénio de 2017/2019”.

Lacuna que, contudo, antes da entrada em vigor desta última legislação, persistiu na *praxis* durante alguns anos. O que, só por si, revelava um grave problema de organização nacional no Ordenamento Jurídico Interno português, nomeadamente na área das ciências jurídico-criminais.

Desta nossa profícua experiência, cedo concluímos que não tem sentido nenhum estar a formar gestores e economistas que não compreendem as questões da prevenção da criminalidade económica, social e financeira. Numa altura em que as fraudes internacionais financeiras, e as fugas aos impostos ilícitas, bem como as lavagens de dinheiro associadas e toda a criminalidade organizada inerente, incluindo contabilidades paralelas, atingem dimensões incomensuráveis de milhares de milhões de €/€, torna-se cada vez mais importante formar os gestores e os economistas, entre outras profissões e áreas, de modo a que a prevenção da criminalidade em geral, e da corrupção em particular, passem a ser naturais. Já para não falar no contexto europeu, das fraudes conexas com fundos europeus. Ilícitos que estão a destruir por dentro a própria União Europeia.

Como já afirmava Muhammad Yunus, Prémio Nobel da Paz 2006, “inventores do microcrédito”, a pobreza é o maior inimigo da Paz. Ora, a corrupção e a criminalidade, em termos de Justiça universal, são geradoras de pobreza. Não obstante, não basta seguir o caminho da aprendizagem da “gestão do risco da fraude” p.e. empresarial.

Nos começos de 2010, faz agora mais de oito anos, propusemos por escrito à Escola Superior de Gestão uma pós-graduação que tivesse por objecto, não só, mas também, a então Lei nº 25/2008, de 5/6, com alterações até à Lei nº 118/2015, de 31/8. E hoje substituída pela Lei nº 83/2017, de 18/8. Essa ideia faz parte da nossa pesquisa de Doutoramento desde 2003. Chamamos de Gestão do Ilícito e sua Remissão às Organizações (GIRO). Mas como se podia verificar no programa, o objectivo desta formação não era só responder às exigências do Dever de Formação, previsto no então art. 22º da Lei nº 25/2008, hoje art. 55º da Lei nº 83/2017, de 18/8. Era também – como consideramos ser indispensável –, dar formação no âmbito do Direito e Processo Penal, Criminologia e Política Criminal. I.e., não basta a “Gestão do Risco da Fraude” do ponto de vista económico ou contabilístico ou fiscalista ou de gestão.

Repare-se que não é por caso que o núcleo fundamental dos Direitos, Liberdades e Garantias constitucionais é o centro da chamada Constituição Criminal lusa. Como é que alguém, como p.e. um gestor, que não sabe aplicar o que é uma acção (ou omissão)

típica, ilícita, culposa e punível, a autoria e participação, o dolo ou negligência, os princípios fundamentais como o da culpa, ou legalidade, ou do acusatório, etc., pode prevenir e perceber a criminalidade, e portanto a corrupção, em toda a sua plenitude?! É óbvio que é impossível. Daí um curso de pós-graduação nesta área ou de licenciatura, entre outras vertentes, ter que ter a participação obrigatória de criminalistas, de penalistas. De contrário, a formação apresentará sempre graves lacunas jurídico-científicas e provocará novos ilícitos e fraudes.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No contexto do Ordenamento Jurídico português, a Lei nº 25/2008, de 5/6, com alterações até à Lei nº 118/2015, de 31/8, substituída no presente momento, em termos de vigência, pela Lei nº 83/2017, de 18/8, obriga de modo claro e inequívoco ao “*dever de formação*”. Recorde-se que esta legislação tem origem na legislação do chamado Direito Comunitário e/ou Direito da União Europeia. Senão vejamos: a Lei nº 83/2017, de 18/8, “Estabelece medidas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo, transpõe parcialmente as Diretivas 2015/849/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de maio de 2015, e 2016/2258/UE, do Conselho, de 6 de dezembro de 2016, altera o Código Penal e o Código da Propriedade Industrial e revoga a Lei n.º 25/2008, de 5 de junho, e o Decreto-Lei n.º 125/2008, de 21 de julho”. Deste modo, não podemos ter um bom economista se ele não tem conhecimentos na prevenção da criminalidade económica; não podemos ter um bom gestor se ele não tem conhecimento na prevenção da criminalidade de negócios; não podemos ter um bom contabilista se ele não tem conhecimento na prevenção da criminalidade contabilística; não podemos ter um bom fiscalista se ele não tem conhecimento na prevenção da criminalidade fiscal. E por aí afora. Muitos exemplos poderiam ser dados. A prevenção da criminalidade económica e financeira e/ou “crime de colarinho branco” e/ou “crime ocupacional”, e/ou outras formas de criminalidade mais contemporâneas, há muito que constitui uma das prioridades dos ordenamentos jurídicos mais avançados de todo o mundo, designadamente o alemão (JESCHECK; WEIGEND, 1996, p. 105 e ss.).

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Manuel da Costa. A “dignidade penal” e a carência de tutela penal como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime. In: **RPCC**, ano 2, fascículo 2, 1992.

ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia à luz do conceito de bem jurídico. In: **Direito penal económico**. Coimbra: CEJ, 1985.

ANDRADE, Manuel da Costa. A nova lei dos crimes contra a economia (Dec.-Lei 28/84, de 20 de Janeiro) à luz do conceito de bem jurídico. In: IDPEE (Org.). **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. v. I. Coimbra: Coimbra Ed., 1998. p. 389 e ss. e 398 e ss.

AQUINO, Sérgio Ricardo Fernandes de; RIBEIRO, Talvanni Machado. Fundamentos para a viabilidade do Tribunal Constitucional Internacional. In: **International Studies on Law and Education**, Porto, CEMOrOc-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 24, set-dez. 2016.

AYUSO, Miguel. ¿un tribunal constitucional internacional? una visión problemática. **Notandum**, Porto, CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto. n. 41, maio-ago. 2016.

BANDEIRA, Melo. Acórdão do STJ, de 25.05.1979, “Despedimento nulo”; “Responsabilidade disciplinar do trabalhador”; votação por unanimidade. **BMJ**, n. 287, a. 1979, p. 190

BANDEIRA, Melo. Acórdão do STJ, de 25.05.1979, “Despedimento nulo”; “Responsabilidade disciplinar do trabalhador”; votação por unanimidade. Disponível em: <www.dgsi.pt>.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. **Abuso de informação, manipulação do mercado e responsabilidade penal das “pessoas colectivas”**: “tipos cumulativos” e bens jurídicos colectivos na “globalização”. Ed. rev. e ampl. com texto extra. Lisboa: Juruá, 2011 (4.ª tiragem em 2015).

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. A honra e a liberdade de expressão: Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, Jurisprudência crítica. In: **RPCC**, Coimbra, Coimbra, a. 16, Fascículo 4, p. 643 e ss., out./dez. 2006/2007.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. Estudo da prevenção do crime nas escolas de gestão. In: **Diário do Minho**, Minho, 18/11/2016.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. Estudo da prevenção do crime nas escolas de gestão II. **Diário do Minho**, Minho, 25/11/2016.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. Estudo da prevenção do crime nas escolas de gestão III. **Diário do Minho**, Minho, 2/12/2016.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. Estudo da prevenção do crime nas escolas de gestão IV. **Diário do Minho**, Minho, 9/12/2016.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. Estudo da prevenção do crime nas escolas de gestão V. **Diário do Minho**, Minho, 6/1/2017.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. O crime de “branqueamento” e a criminalidade organizada no ordenamento jurídico português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo (Coord.). **Lavagem de dinheiro e injusto penal**: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira. Curitiba: Juruá, 2009.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. O crime de “branqueamento” e a criminalidade organizada no ordenamento jurídico português no contexto da União Europeia: novos desenvolvimentos e novas conclusões. In: SILVA, Luciano Nascimento; BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo (Coord.). **Branqueamento de capitais e injusto penal**: análise dogmática e doutrina comparada luso-brasileira. Lisboa: Juruá, 2010.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. O direito penal entre “Creutzfeldt-Jakob e Günther Jakobs”! ou o direito penal (económico) como tutela de bens jurídicos e a responsabilidade dos entes colectivos no seio do direito penal (da sociedade) do risco e do “direito” penal do inimigo. In: SILVA, Luciano Nascimento (Coord.). **Estudos jurídicos criminais**. Curitiba (Brasil), Juruá, 2008, p. 67-121.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. Poderá ser a criminalização do assédio moral e/ou *mobbing, rectius* no trabalho, respeitadora dos princípios constitucionais da necessidade, adequação, proporcionalidade e intervenção mínima penais? a lesão dos direitos fundamentais constitucionais dos trabalhadores: o caso português. In: **Revista**

Estudios Penales y Criminológicos. Santiago de Compostela, Instituto de Criminologia, Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela, p. 391-430, 2011.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. **Responsabilidade penal económico e fiscal dos entes colectivos:** à volta das sociedades comerciais e sociedades civis sob a forma comercial. Coimbra: Almedina, 2004.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. Responsabilidade criminal e recuperação de activos (Palestra). COLÓQUIO “DIREITOS SOCIAIS, GESTÃO PÚBLICA E CONTROLO FINANCEIRO”. Org.: Tribunal de Contas, Ius Gentium Conimbrigae e Institutvo Ivridico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 23-4-2014. 9h-18h.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. **Responsabilidade financeira e criminal:** direitos constitucionais sociais, dinheiros públicos e recuperação de ativos. Curitiba (Brasil) / Lisboa (Portugal): Juruá, 2015. Prefácio de Jónatas Machado.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. Tribunal Constitucional Internacional: auto de ciência. In: **Notandum**, Porto, CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 41, maio-ago. 2015/2016.

BANDEIRA, Gonçalo N. C. Sopas de Melo. Tribunal Constitucional Internacional: direitos humanos e tribunal penal internacional. In: **Revista Internacional d’Humanitats**, Barcelona, CEMOrOc-Feusp / Universidad Autònoma de Barcelona, n. 38, set.-dez. 2016.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene e/ou “Dos delitos e das penas”.** Tradução de José de Faria Costa. Revista por Primola Vingiano, com dois ensaios introdutórios de José de Faria Costa e Giorgio Marinucci, Livorno (Itália), 1766. Lisboa: Serviço de Educação, Fundação Calouste Gulbenkian, 1998.

BECK, Ulrich. **Risikogesellschaft:** auf dem weg in eine andere moderne. Frankfurt, 1986.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. **História constitucional do Brasil.** 6. ed. São Paulo: OAB, 2004.

BOTTKE, Wilfried. Der legitimität des wirtschaftsstrafrechts im engen sinne und seiner spezifischen deliktsbeschreibungen. In: Bausteine des europäischen wirtschaftsstrafrechts. Madrid. **Symposium für Klaus Tiedemann, Herausgegeben von Bernd Schünemann § Carlos Suárez González**. Köln / Berlin / Bonn / München: Carl Heymanns, 1994. p. 109 e ss.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **“Brançosos” e inconstitucionalidade**: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa**: anotada: artigos 1 a 107. v. I. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da república portuguesa**: anotada: artigos 108 a 296. v. II. 4. ed. rev. Coimbra: Coimbra Ed., 2010.

CARDUCCI, Michele. Tresfide per una proposta rivoluzionaria: la Corte Costituzionale Internazionale. In: **International Studies on Law and Education**, Porto, CEMOrOc-Feusp / IJI-Universidade do Porto, 24 set.-dez. 2016.

CARRASQUEIRA, Simone de Almeida. **Investimentos das empresas estatais e endividamento público**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

CICCO FILHO, Alceu José; LAGE, Fernanda de Carvalho; ROCHA, Maria Elizabeth Guimarães Teixeira. O tribunal permanente de revisão do Mercosul: intergovernabilidade e desafios à supranacionalidade. In: **International Studies on Law and Education**, Porto, CEMOrOc-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 24, set.-dez. 2016.

COELHO, José Carlos. Governo anuncia nacionalização do BPN: ministro diz que instituição enfrenta “imminente ruptura de pagamentos”: a nacionalização do BPN será a primeira desde 1975. 02.11.2008. Disponível em: <www.publico.pt>.

CORREIA, Eduardo H. da S. **Unidade e pluralidade de infracções**: a teoria do concurso em direito criminal. Coimbra: Atlântida, 1945.

CORREIA, Eduardo H. da S. **Actas do código penal**. [S. 1.]: [S. n.], 1979.

CORREIA, Eduardo H. da S. **Os artigos 10º do Dec.-Lei 27.153**, [S. 1.]: [S. n.], 1968.

COSTA, J. Faria. O branqueamento de capitais: algumas reflexões à luz do direito penal e da política criminal. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, ano LXVIII.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Direito constitucional geral**. 2. ed. aument., rev. e atual. Lisboa: QuidJuris, 2013.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Dossobranismos às interconstitucionalidades: por uma Corte Constitucional Internacional. In: **International Studies on Law and Education**, Porto, CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 24, set.-dez. 2016.

CUNHA, Paulo Ferreira da. La Cour Constitutionnelle Internationale (ICCo): une Idée qui faitsonchemin. **Notandum**, Porto, CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 38, maio-ago. 2015.

DALLARI JÚNIOR, Hécio de Abreu. Tribunal Constitucional Internacional já! **Notandum**, Porto, CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 41, maio-ago. 2016.

DENNINGER, Erhard. Sicherheit, vielfalt, solidarität: ethisierung der verfassung? zum begriff der verfassung. In: **Die Ordnungen des Politischen**. Francoforte: UlrichPreuss, 1994.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia**: o homem delinquente e a sociedade criminógena. Coimbra: Coimbra Ed., 1992. 2.^a Reimpressão em 1997.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Direito penal**: parte geral: questões fundamentais: a doutrina geral do crime. Tomo I. 2. ed. atual. e ampl. Coimbra: Coimbra Ed, 2007.

DORES, António Pedro. A defesa da democracia e dos direitos humanos pelo TCI apenas será possível numa conjuntura favorável à humanização de sociedades discriminatórias. **Notandum**, Porto, CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 41, maio-ago. 2016.

FACHIN, Zulmar. **Curso de direito constitucional**. 7. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

GHACHEM, Asma. Plaidoyer pour une idée tunisienne: l'institution d'une Cour constitutionnelle internationale. In: **International Studies on Law and Education**, Porto, CEMOrOc-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 24, set.-dez. 2016.

GREENSPAN, Alan. **The age of turbulence: adventures in a new world**. New York (EUA) The Penguin, 2007.

GRILO, Marcelo Gomes Franco. O Tribunal Constitucional Internacional e a modernidade jurídica: um passo adiante e alguns passos atrás. **Notandum**, Porto, CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 41, maio-ago. 2016.

JAKOBS, Günther. **Strafrecht allgemeiner teil: die grundlagen und die zurechnungslehre**, studienausgabe. 2. auflage. Berlin / New York: Walter de Gruyter, 1993.

JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas. **Lehrbuch des strafrechts: allgemeiner teil § funfte auflage**. Berlin (Alemanha): Duncker & Humblot, 1996.

JIANPING, Lu; ZHIXIANG, Wang. China's attitude towards the ICC. In: **Journal of International Criminal Justice**, Oxford, Oxford University Press, v. 3, Issue 3, p. 608-620, 1 July 2005,

KAUFMANN, Marcel. Europäische integration und demokratierprinzip. In: **Studien und Materialienzur Verfassungsgerichtsbarkeit**, Baden-Baden, Baden-Baden Nomos, v. 71, n. 1, 1997.

LIMA, F. A. Pires de; VARELA, J. de M. Antunes. **Código civil anotado: artigos 1.º a 761.º**. v. I. 4. ed. rev. e atual. com colaboração de M. Henrique Mesquita. Coimbra: Coimbra Ed., 1987.

LINHARES, Erick. **A política externa da terra dos seis povos: a República Cooperativa da Guiana**. Curitiba: Juruá, 2013.

MACHADO, Jónatas E. M.; COSTA, Paulo Nogueira da. **Curso de direito tributário**. Coimbra: Coimbra Ed., 2012.

MAHAMUT, María del Rosario García. **La responsabilidad penal de los miembros del gobierno en la constitución**. Madrid: Tecnos, 2000.

MOORE, Jina. Burundi Quits International Criminal Court. In: **The New York Times**, New York (EUA), 27th October, 2017.

NEBEHAY, Stephanie. **Assad tops list of Syria war crimes suspects handed to ICC: former prosecutor**. [S. l.]: Reuters, 2014.

OLIVEIRA, Maria Lúcia de Paula. A ideia de um Tribunal Constitucional Internacional: da utopia à realidade. In: **Notandum**, Porto, CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 41, maio-ago. 2016.

PAGLIARINI, Alexandre Coutinho. Justificativas favoráveis à criação do Tribunal Constitucional Internacional. In: **Notandum**, Porto, CEMOrOC-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 41, maio-ago. 2016.

QUEIROZ, Cristina M. M. A proposta de constituição de um Tribunal Constitucional Internacional: questões dogmáticas e institucionais. In: **International Studies on Law and Education**, Porto, CEMOrOc-Feusp / IJI-Universidade do Porto, 24 set-dez. 2016.

RAMANATHAN, Usha. India and the ICC. In: **Journal of International Criminal Justice**, Oxford, Oxford University Press, v. 3, p. 627, 2005.

RIBAS JÚNIOR, Salomão. O papel do Tribunal de Contas na promoção dos direitos sociais no Brasil. COLÓQUIO “DIREITOS SOCIAIS, GESTÃO PÚBLICA E CONTROLO FINANCEIRO”. Org.: Tribunal de Contas, Ius Gentium Conimbrigae e Institutvo Ivridico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 23-4-2014. 9h-18h.

ROTH, Kenneth; SHETTY, Salil. Ensuring that the ICC rises to the challenge: on the eve of the 20th anniversary of its establishment: the International Criminal Court needs to up its game. In: **Human Rights Watch**, July 2018.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Direito constitucional**. [S. l.]: Verbatim, 2010.

SHILLER, Robert J. **Irrational exuberance**. 2nd edition, with new material on the real estate bubble. New York; London; Toronto; Sydney; Auckland, EUA-RU-Canadá, Austrália: Currency-Doubleday, 2005.

SILVEIRA, Alexandra. International Constitutional Court e integração (constitucional) europeia. In: **International Studies on Law and Education**, Porto, CEMOrOc-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 24, set.-dez. 2016.

SILVEIRA, Edson Damas da. **Socioambientalismo amazônico**. Curitiba: Juruá, 2008 (2.^a reimpressão de 2012).

SILVEIRA, Vladmir Oliveira. **O poder reformador na Constituição de 1988 e os limites jurídicos das reformas constitucionais**. São Paulo: RCS, 2006.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TAVARES, André Ramos. The role of an International Constitutional Court vis-à-vis the Inter-American Court of Human Rights and its Democratic Principles. In: **International Studies on Law and Education**, Porto, CEMOrOc-Feusp / IJI-Universidade do Porto, n. 24, set.-dez. 2016.

WERTENBRUCH, Wilhelm. **Sozialverfassung, sozialverwaltung**: ein exemplarischer leitfaden, zugleich eine einföhrung in das vorhaben eines sozialgesetzbuches. Frankfurt am Main: Athenäum, 1974.

Submissão em: 9 agosto 2018

Pareceres favoráveis em: 12 outubro 2018

Is Patent Enforcement Efficient?¹

MARKA. LEMLEY²

ROBIN FELDMAN³

Abstract: Traditional justifications for patents are all based on direct or indirect contribution to the creation of new products. Patents serve the social interest if they provide not just invention, but innovation the world would not otherwise have. Non-practicing entities (NPEs) as well as product-producing companies can sometimes provide such innovation, either directly, through working the patent or transfer of technology to others who do, or indirectly, when others copy the patented innovation. The available evidence suggests, however, that patent licensing demands and lawsuits from NPEs are normally not cases that involve any of these activities. Some scholars have argued that patents can be valuable even without technology transfer because the ability to exclude others from the market may drive commercialization that would not otherwise occur. We demonstrate that even if various commercialization theories can sometimes justify patent protection, they cannot justify most NPE lawsuits or licensing demands.

¹ © 2017 Mark A. Lemley & Robin Feldman. The Authors acknowledge that the article was first published in the *Boston University Law Review*, v. 18, March, 7, 2018.

² J. D., Law. A. B., Economics, Political Science. William H. Neukom Professor, Stanford Law School. Partner, Durie Tangri LLP. Director of the Stanford Program in Law, Science and Technology, and the Director of Stanford's LLM Program in Law, Science and Technology. He teaches intellectual property, computer and Internet law, patent law, and antitrust. He is the author of seven books (most in multiple editions) and more than 130 articles on these and related subjects, including the two-volume treatise *IP and Antitrust*.

³ J. D., Law. B. A., International Relations. Harry & Lillian Hastings Professor, University of California Hastings College of the Law. Thanks to Jim Bessen, Colleen Chien, Chris Cotropia, Rose Hagan, Josh Lerner, Brian Love, Jonathan Masur, Doug Melamed, Carl Shapiro, and participants at the American Economic Association annual meeting for comments on a prior draft. Portions of this article, excerpted and edited for an economics audience, were presented in the papers and proceedings of the annual meeting of the American Economic Association.

Of the many governmental activities we undertake in this country, few are as purely and explicitly utilitarian as the patent system.⁴ The patent system exists to bring about a particular result, rather than out of a sense of an inventor's moral rights or as a matter of equity. From the any commercial activities that might otherwise be open to anyone, we remove some for a limited period of time in the hope that dedicating them to the province of a few, will redound to the benefit of us all (FELDMAN, 2013, p. 252). The benefit – in other words, what the patent system is designed to promote – is commonly referred to as “innovation.”.

The traditional utilitarian story supporting the patent system is that the lure of patent rights encourages invention that would not otherwise occur, or at the least would occur later but for the patent (LANDES; POSNER, 2013; DUFFY, 2004, p. 37). The invention the system is designed to promote is not what is known in science as “basic research,” such as an understanding of how nature works or what forces propels the universe. After all, for more than a century, the Courts have reminded us that the proper subject matter of a patent does not include laws of nature, natural phenomenon, or abstract ideas – no matter how valuable and essential to the progress of science these may be.⁵ Rather, the patent system is aimed at protecting “applied” inventions, or innovations, that are deployed in the world. Only when broad and basic principles are reduced to a particular practice and applied in a specific endeavor will they be eligible for protection.⁶

⁴ For a discussion of the version of utilitarianism applied in the patent system, see Feldman (2012, p. 76-78). For debate on this point, compare Merges (2011) (arguing for patent rights on a moral basis) *with* Lemley (2015, p. 1.328) (critiquing those moral claims).

⁵ *Alice Corp. Pty. Ltd. v. CLS Int'l*, 134 S.Ct. 2347, 2354 (2014).

⁶ *Bilski v. Kappos*, 561 U.S. 593 (2010).

The patent system's focus is consistent with economic literature, which distinguishes invention – an idea – from innovation – turning the idea into a viable product. The patent system encourages not just invention in the abstract, but the creation of new products. This is the “progress” of the “useful arts” mentioned in the patent clause of the Constitution.

The focus on innovation, not simply invention, is particularly important with the emergence of the modern non-practicing entity (NPE) business model. Colloquially known as patent trolls, NPEs are those whose core activity involves licensing or litigating patents, as opposed to making products. By all accounts, the modern NPE business model has expanded rapidly since its emergence over the last two decades, an expansion that is particularly evident in the context of litigation (ALLISON; LEMLEY; SCHWARTZ, 2016). Different scholars slice the numbers differently, with some excluding NPEs organized as trusts and individuals and others excluding “failed startups” and original inventors, for example. When the broader definition is applied, however, the data are remarkably consistent across studies, with all showing that NPEs now account for the majority of patent lawsuits filed in the U.S.⁷

Our goal in this paper is to assess whether those lawsuits are efficient. By “efficient,” we do not mean “are the lawyers working as quickly and cheaply as they could?” Rather, our goal is to determine under what circumstances the enforcement of patent rights might benefit society. As we demonstrate, while there are various ways patent enforcement might serve utilitarian ends, all those ways end up involving some sort of technology transfer from the inventor to implementers or to the public at large. Without that technology transfer, patent enforcement represents a pure cost to society and a tax on innovation. Unfortunately, a large fraction of the patent lawsuits filed today fall in the category of pure costs to society.

1 INNOVATION-RELATED JUSTIFICATIONS FOR NPES

Consistent with the utilitarian goals of the patent system, all of the arguments suggesting the benefits of NPEs rest on their contribution, either directly or indirectly, to the creation

⁷ Compare Feldman, Ewing & Jeruss (2013); Chien (2012) (using data from RPX Corporation and concluding that the percentage of litigation by non-practicing entities in 2012 had reached 62%) with Cotropia; Kesan; Schwartz (2014, p. 649, 655) (using a narrower definition of NPES and finding no real increase in NPE litigation when comparing the years 2010 and 2012, but also noting that “when we repackage all [NPEs] into a single category, they are responsible for a majority of [patent lawsuits] in 2012”); see also Sag (2016) (finding that patent litigation volume doubled from 2010 to 2013).

of products somewhere in the system. NPEs, unlike practicing entities, do not deploy the technology in the world themselves, but that does not answer the question of whether they contribute to innovation and the creation of new products. To promote innovation, however, they must not only invent, but that invention must lead to the creation of products by someone, somewhere in the system, at some point. NPEs may be acting as middlemen transferring technology to those who would implement it; or they could be collecting revenue from those who copied their invention and implemented it. Neither possibility, however, appears broadly supported by the available evidence.

There is a substantial literature that calls into question whether the patent system in general encourages innovation that would not otherwise happen. The facts that most significant innovations are simultaneously created by two or more people working independently (LEMLEY, 2012, p. 709), and that in most industries virtually all patent enforcement is done against independent inventors (COTROPIA; LEMLEY, 2009, p. 1.421), cast significant doubt on the claim that the innovations would not have happened but for the lure of a patent. The issue is, however, complicated by the very different characteristics of different industries. There may be industries in which invention is so complex and uncertain that it would not be undertaken without patent protection (BURK; LEMLEY, 2009). But there also seem to be industries – perhaps most of them – in which the patent system does not seem to be driving new invention, and may even be retarding it (BESSEN; MEURER, 2008). That might lead one to question the patent system as a whole (BOLDRIN; LEVINE, 2007), or at least the traditional innovation-based justification for it.

In addition to doubts about how well patents in general actually drive innovations that would not otherwise have occurred, the evidence casts significant doubt on the efficacy of the patent disclosure as a way of disseminating ideas and leading to the creation of products. While writing down and publishing a description of the invention has long been a *quid pro quo* for a patent, in the modern world there is good reason to think that engineers in many fields rarely read patents in order to learn about a technology (LEMLEY, 2008); LEMLEY, 2012, p. 709).⁸ There are many reasons for this. Lawyers at many companies discourage their engineers from reading patents for fear of increasing legal liability

⁸ Note Roin (2007, p. 2.025-2.026). By contrast, in some fields patents may provide more useful guidance to engineers: Ouellette (2012, p. 531).

(LEMLEY; TANGRI, 2003, p. 1.085). The quality of the disclosure in the patent may be poor, particularly in the IT industries (BURK; LEMLEY, 2009; FELDMAN, 2012, p. 76-78). There are simply too many patents in many fields to possibly keep up with, and 600,000 more applications are filed every year. And in a fast-moving industry like IT a delay of several years between invention and disclosure may make the technology described obsolete by the time anyone could read it (FELDMAN; LEMLEY, 2015, p. 137).

Further, economic literature suggests that in order for effective technology transfer – in other words, transfer that can lead to commercialization – reading a patent alone is not enough. Such transfer generally must include not only the information publicly available in the patent, but also the transfer of know-how, complementary assets and other peripheral disclosures (BESSEN, 2015); TEECE, 1986, p. 285-293; RANTANEN, 2012). Thus, if patents actually drive innovation by third parties we would expect to see not simply patenting but business transactions that involve the transfer of other types of information assets.

Alternatively, NPEs could drive innovation if they served as efficient middlemen, connecting those who invent but whose inventions have not been deployed with those who can produce a product from that invention. Several people have argued that NPEs serve this role (KHAN, 2014, p. 825-932); SPULBER, 2012, p. 9-31); CRANE, 2009, p. 253, 286-287). Here, too, an innovation benefit requires technology transfer. The social benefit of the middleman story depends on the middleman providing something of value to the implementer.

2 DOES PATENT ENFORCEMENT INVOLVE TECHNOLOGY TRANSFER?

In short, then, the traditional justifications for NPEs contributing to social welfare all involve some form of technology transfer or learning dissemination by which the NPE or the patent it holds teaches the implementer a technology it did not otherwise possess. Practicing entities can benefit social welfare without technology transfer by making and selling the invention directly; NPEs cannot.

Early evidence testing the positive impact of NPEs on commercialization goals is not encouraging. The evidence is largely observational in nature, flowing from small sample studies, with all of the attendant limitations. Nevertheless, the data provide a useful window on the NPE business model and suggest approaches for generalizable analyses.

Feldman and Lemley provide survey evidence of the direct measure of the creation of new products as a result of patent assertions by NPEs. We also tested commercialization effects by measuring other markers of potential innovation, such as technology transfer beyond the patent. Including such markers creates a more dynamic picture of the potential for future commercialization, even if that commercialization has yet to occur.

We know that actual technology transfer happens within the patent system in the ex ante context (ARORA, 2001). Both practicing entities and some NPEs engage in ex ante technology transfer. In particular, universities and inventors create alliances with companies that can more easily develop and commercialize their inventions through joint ventures and other types of technology and research sharing agreements (FELDMAN; LEMLEY, 2015, p. 137). These agreements frequently occur before a patent issues or even before any of the parties file for a patent. Notably, these agreements involve technology transfer. Universities and other inventors in these deals provide new technology to those in position to implement it. And that technology often includes trade secrets and know-how beyond the to-be-patented technology itself.

Patent litigation and licensing demands for existing patents, by contrast, tend to occur after the defendant has already developed and implemented the technology. This is particularly true of NPE patent assertions and licensing demands, which some evidence suggests tend to happen in the last few years of a patent's life, although the picture is complicated (LOVE, 2013, p. 1.309; FELDMAN; EWING; JERUSS, 2013). NPE licensing demands and litigation against companies that are producing products do not seem to involve technology transfer or other indicia of new innovation.

While some have argued that NPEs serve as efficient middlemen through this activity, transferring inventions from creators to commercializers, we found no such evidence in our 2015 study. The authors surveyed 191 in-house licensing attorneys at companies that produce products, on the theory that these parties have direct knowledge of whether the company implemented new technology and because in-house counsels tend to negotiate licenses both as patent holders and as potential licensees. The survey examined the effects of licenses that a company took after receiving a patent demand, which was defined to include class or letters suggesting areas of mutual interest or joint ventures, offering to license patents, threatening litigation, giving notice of intent to file an infringement lawsuit or actually filing an infringement lawsuit. Respondents were asked whether those licenses led to any markers of innovation. Direct markers of innovation included the addition of

new products or features. Indirect markers of innovation included whether the patent holder transferred know-how or other technical knowledge along with the patent, whether the patent holder transferred personnel (including through a consulting agreement), and whether any joint ventures were created. Again, the survey considered only licenses taken in response to unsolicited licensing requests. It did not look at the practice, particularly among university inventors, of entering into technology transfer agreements before embarking on development of a new technology.

The responses suggest that licensing requests from NPEs rarely lead to direct or indirect markers of innovation. Ninety-two percent of respondents report that they added new products or features from zero-10% of the time with NPE licensing. The results were even stronger when respondents were asked about indirect markers of innovation, with respondents reporting with complete unanimity that they rarely received technical knowledge, transfer of personnel or joint ventures along with a patent license. Thus, the results suggest that NPEs do not appear to be playing the role of efficient middlemen. While it is certainly possible that a middleman role could be reflected in some other markers than the ones we examined, we did not find such evidence in our preliminary work.

Interestingly, the evidence was also dismal when ex post licensing requests came from those other than traditional NPEs. When product producing companies and universities made unsolicited approaches and those approaches resulted in a licensing agreement, the agreements were unlikely to lead to direct or indirect markers of innovation. Three-quarters of respondents reported new products or features from zero to 10 percent of the time; 94% reported transfers of personnel (including through consulting agreements) zero to 10 percent of the time; and 91% reported joint ventures from zero to 10% of the time (FELDMAN; LEMLEY, 2015, p. 137). These observational results suggest that ex post patent licensing demands to not appear to lead to technology transfer or other markers of innovation, no matter what type of party initiates the unsolicited approach.

A middleman who is not making a product and not actually providing the licensee with new technology is operating at most as a tax collector for inventors who could not otherwise do battle against large companies who have implemented their ideas (FELDMAN; LEMLEY, 2015, p. 137). And perhaps specialists are better at collecting money than some types of inventors, particularly independent inventors (HABER; WERFEL, 2015). But transactions are not desirable for their own sake (BURSTEIN, 2015). It is socially

desirable to impose such a tax on innovators only if the world gains something from it. That might be true if, for instance, the implementer had actually copied the idea from the patentee. If we think copying could reduce incentives to invent, we might reasonably prefer to force copiers into licensing arrangements instead, compensating the inventor whose work is copied.

The available evidence suggests it is unlikely that most patent enforcement targets such copying. For example, Cotropia and Lemley demonstrate that most patent lawsuits are filed against those who have developed a product independently, rather than those who have taken the idea from a patent holder (COTROPIA; LEMLEY, 2009, p. 1.421). And while some have speculated that defendants may copy indirectly, learning about the invention from the patentee's product or from scientific discussions of the idea in conferences or academic journal articles without ever reading the patent itself (MERGES, 2014; RANTANEN, 2012), that is far more likely when the patentee actually makes a product than when it produces nothing other than the patent. Nor are individual inventors and for-profit firms likely to disseminate the idea in other ways, such as by publishing academic papers later read by others who copy them. Universities, by contrast, are more likely to produce this sort of technology transfer. Further, there is evidence that NPEs tend to assert patents at the end of their lives, while practicing entities assert patents early, furthering casting doubt on the copying story (LOVE, 2013, p. 1.309).⁹ And there is very little evidence that patentees have used a remedy created in 1999 to protect against copying of published patent applications (UNITED STATES, 1952, § 154, d).

Nor does the tax collection rationale seem a particularly good way to fund future research by inventors. While it is true that patent litigation can generate revenue for inventors that they might put back into research on new inventions, it is a singularly inefficient way of generating that revenue. Bessen and Meurer find that only a small fraction of damages awarded to NPEs actually gets returned to inventors. Most of it is lost in an inefficient form of "market" – to legal fees and to the intermediaries who make money asserting the patents (MORTON, SHAPIRO, 2014, p. 463, 482-483). Those inventors may or may not invest what return they do receive in further research and development, and that further R&D may or may not generate new inventions (GALASSO; SCHANKERMAN, 2016).

⁹ We (and Love) acknowledge that the interpretation of his data is complicated by the change in the number of NPE suits during the time of his study. (FELDMAN; EWING; JERUSS, 2013).

But because the overwhelming majority of defendants in NPE suits are independent inventors, the system is taxing one inventor to pay another, and losing most of the money in the process. It would seem far more efficient to fund inventor research directly through general tax revenue (OUELLETTE; HEMEL, 2013, p. 303; HRDY, 2015). And indeed we do fund the class of NPEs most likely to engage in tech transfer – universities – in ways that mostly have nothing to do with patent litigation.

Some have suggested a different theory of tax collection – that NPE patent suits provide an alternative way for venture capitalists to recover some investment in a failed invention. We are skeptical that venture capitalists are much motivated by the prospect of a sort of consolation prize. They tell us that they aren't; in survey responses they indicate that it is the prospect of a big win, not the possibility of recovering some money from a failed investment that motivates them (FELDMAN, 2014, p. 236). But even if there were some marginal incentive to additional investment from NPE taxation, that has to be weighed against the cost imposed on successful, product-implementing businesses, as well as on startups themselves. In particular, venture capitalists note that if a startup company has a patent assertion against it that would be a significant deterrent for any funding request (FELDMAN, 2014, p. 236). Finally, it is worth noting that a majority of defendants targeted in NPE suits are small companies such as venture-funded startups, not large companies (CHIEN, 2014). Thus, at best, many of these NPE suits would be taxing some venture-backed startups for the benefit of subsidizing others. That seems a dubious policy idea.

3 IS OWNERSHIP A GOOD IN AND OF ITSELF?

Responding to some of the concerns with traditional justifications for patent protection and licensing, a number of scholars have articulated what we call “commercialization-plus” justifications for patent protection (KITCH, 1977, p. 265, 275-280); ABRAMOWICZ, 2007, p. 1065); KIEFF, 2001, p. 697; ABRAMOWICZ; DUFFY, 2008, p. 337); SICHELMAN, 2010, p. 341, 345). These justifications differ from the traditional innovation--based justifications because they focus on the alleged need for early or additional protections to encourage post-invention investment in commercialization. The most famous of these, known as “prospect theory” recommends granting strong patents early in the life cycle of an idea so that a single party can control development of the idea much the way that a mineral prospector manages a mineral claim site (KITCH, 1977, p. 265, 275-280). Other scholars have suggested that we should grant patents to old technologies in areas like pharmaceuticals in order to encourage the patent owner to

bring the product to market (ROIN, 2009, p. 503, 557-558). Still others have suggested granting normal patents at the outset, and then, if no one commercializes it, granting extra rights to the person who does (SICHELMAN, 2010, p. 341, 345). The Bayh-Dole Act, passed in 1980, was premised on the worry that university inventions would languish unless one party was given the right to turn those inventions into commercial products (UNITED STATES, 1999).

Commercialization-plus theories are controversial. Lemley among others has criticized Kitch's prospect theory as "fundamentally anti-market" because it presumes that central control is superior to market allocation of existing resources, and Feldman has argued that patents are entirely unlike the more clearly defined rights in Kitch's mineral analogy (LEMLEY, 2004, p. 129); LEMLEY, 1997, p. 989; LEMLEY, 2012, p. 709; FELDMAN, 2012, p. 76-78). Others have suggested that commercialization theory is poorly fitted to industries in which invention proceeds by stages and improvements rather than by discrete advances (MERGES; NELSON, 1990, p. 839).

Kitch's theory may justify patent protection in certain industries. Burk and Lemley suggest that the theory maps best to the pharmaceutical industry, where government regulatory barriers significantly raise the cost of entry and may require exclusivity, though not necessarily exclusivity provided by the patent system (BURK; LEMLEY, 2009).¹⁰ And it may justify patent protection for NPEs in some cases, as with university technology transfer agreements (KIEFF, 2001, p. 697).

Notably, though, any form of commercialization theory is self-limiting in certain important respects that have not previously been discussed in the literature. First, if exclusivity is necessary to induce a firm to commercialize a technology, we should rarely, if ever, see multiple companies independently develop the same technology. The very concept of commercialization theory is that no one would invest in developing and commercializing the technology unless they were first confident they would have exclusive rights over that technology. There may be exceptions in which companies engage in patent racing, each hoping to be the first to reach an important invention and therefore obtain those rights (BARZEL, 1968, p. 348, 352); TIROLE, 1988, p. 394-399); DASGUPTA; STIGLITZ, 1980; GRADY; ALEXANDER, 1992, p. 305, 306); REINGANUM, 1989). But the

¹⁰ The pharmaceutical industry has several forms of regulatory exclusivity in addition to patents. Thomas, (2015, p. 39).

historical examples of patent races have tended to be races to invent, not races to commercialize (LEMLEY, 2012, p. 709). If commercialization theory is correct, even independent inventors won't commercialize the technology unless and until they are confident they will have exclusive rights over that technology. And racing to commercialize (rather than to invent) is presumably something mostly engaged in by practicing entities, not NPEs. For the same reason, under commercialization theory we shouldn't see open source or public domain companies. If we do, that is reasonable evidence that exclusivity is not necessary to induce commercialization in that industry (ASAY, 2015, p. 431).

Further, if any form of commercialization theory is correct, and certainly if enhanced commercialization theory is, infringement should be rare. Independent later inventors shouldn't commercialize, since they won't have exclusive right to the invention, which by hypothesis are necessary to develop it. Nor should we see much copying of the patentee's invention, since if commercialization requires market exclusivity the copier won't generally be any better off than an independent inventor who doesn't have exclusivity. That doesn't mean we would never see patent litigation. But it does mean that if commercialization theory is correct, it should involve particular circumstances such as a lower regulatory burden on second entrants (true of generic pharmaceutical companies) or some reason to think that simply knowing that a market exists dramatically reduces the costs of commercialization, encouraging others to enter despite the lack of exclusivity that was theoretically necessary to spur such entry (ABRAMOWICZ; DUFFY, 2008, p. 337). There may be such cases. *Apple v. Samsung* is arguably one.¹¹ But those cases would generally involve copying of existing market participants, not independent development.

A third implication of commercialization-plus theory is that patent owners should generally not grant nonexclusive licenses. If this type of theory is correct, universities should be granting exclusive licenses to practicing entities in any given market, since the licensee needs that exclusivity to commercialize the invention. Nonexclusive licenses should be rare and tightly controlled, since the nonexclusive licensees would have to coordinate their production and pricing decisions under commercialization theory. And nonexclusive licenses to multiple parties should be nonexistent, since allowing open entry into a market is inimical to the theory of commercialization.¹² In fact, however, the evidence suggests

¹¹ *Apple Inc. v. Samsung Elecs.*, __ S.Ct. __ (Dec. 6, 2016).

¹² Ayres and Ouellette (2016) suggest a market test for university patents, requiring them to offer a free nonexclusive license, and allowing them to grant an exclusive license only if no one takes them up on that offer. That should smoke out any university patent case that do in fact require exclusivity for commercialization.

not only most university licenses are now nonexclusive (ROOKSBY, 2013, p. 312), but that the lack of exclusivity is an important driver of subsequent improvement for core enabling technologies (LEMLEY, 2005, p. 601).

Even if commercialization theory justifies patent protection in some industries, it cannot justify most modern patent litigation. Nor can it justify ex post licensing demands by NPEs. Outside the pharmaceutical industries, NPE licensing does not look much like commercialization theory would predict. There is evidence that NPE patents are asserted later in life (LOVE, 2013, p. 1309), and almost always against independent inventors (COTROPIA; LEMLEY, 2009, p. 1.421). Ex post NPE patent licenses don't transfer the technology to a party that can later make use of it (FELDMAN; LEMLEY, 2015, p. 137). And NPE patent licensing demands essentially always seek nonexclusive licenses from multiple parties, not an exclusive license from a single party. Indeed, NPEs commonly sue twenty or more defendants in the same industry at the same time, settling with each of them in exchange for a non exclusive license (ALLISON; LEMLEY; SCHWARTZ, 2016).

The evidence also suggests that NPEs are targeting already-successful commercializers, not facilitating new commercialization. Feldman and Frondorf studied 50 product companies that had initial public offerings between 2007 to 2012 (FELDMAN; FRONDORF, 2015, p. 52; FELDMAN, 2014, p. 236; CHIEN, 2014, p. 461). The authors found that 40% of respondents received patent demands during the periods around the time of the IPOs, with those demands coming largely from NPEs. The effects were even more pronounced for information technology companies, with almost 60% of respondents reporting patent demands around the time of their IPOs. Similarly, Cohen, Gurun, and Kominers found that a company was 50% more likely to be sued by an NPE following a large, positive, cash shock such as funding event or an IPO, and that a cash stock was a significant predictor of the number of times a company was sued by NPEs (COHEN; GURUN; KOMINERS, 2015). The authors found further that no other form of litigation has the same type of cash targeting behavior – not torts, contracts, securities, environmental, or labor law. Nothing but patent law. The results suggest that NPE demand behavior may be driven by the lure of deep pockets and the leverage opportunities afforded by an IPO period, rather than the meritorious representation of claims that a wronged inventor could not bring on its own. These studies also provide a reminder that any benefits of NPE activity should at a minimum be evaluated against the costs to innovation and society (BESSEN; MEURER, 2008; MORTON; SHAPIRO, 2014, p. 463, 482-483).

All forms of commercialization and product-based theories have a final, surprising implication for NPE suits. If the reason we need a patent is not to induce invention but to induce commercialization of that invention, the law should prefer those who actually commercialize the invention over those who merely invent it but do nothing further. Thus, the owners of those patents have failed in their purpose if they have neither commercialized the invention themselves nor exclusively licensed the patent to someone who does. Such an approach, therefore, may justify a working requirement, something that is generally considered anathema to patent advocates (SICHELMAN, 2010, p. 341, 345). Further, as between the NPE inventor who does not engage in technology transfer and the independent inventor defendant, commercialization and product-based theories should prefer the defendant, since it is the defendant, not the patentee, who has achieved the goal of the patent system.

4 POLICY IMPLICATIONS: INDEPENDENT INVENTION AND PRIOR USER RIGHTS

Most other IP regimes, including copyright and trade secrets, exempt independent development from legal liability. Patent law, by contrast, punishes anyone who practices the claimed invention, even independent inventors. A number of scholars have suggested that patent law should adopt some form of independent invention or prior user rights defense (SHAPIRO, 2006, p. 92; VERMONT, 2006, p. 475). Others have worried that an independent invention defense might interfere with patent races or incentives to commercialize (LEMLEY, 2007, p. 1.525).

Our analysis suggests that the patent system might sensibly require that a patentee show *either* that it practices in the market *or* that it has engaged in technology transfer (direct or indirect) to those who then put the technology into practice.¹³ A patentee who cannot show either would still be able to enforce its patent, but only against those it could show copied the invention from it, directly or indirectly. This hybrid approach tracks the legal justifications that have been offered for patents. An inventor who develops an idea others copy would be able to enforce the patent against those copiers, since copying is a form of

¹³ While in an ideal world a court might want to determine whether there was transfer of non-patent know-how along with the patent, any legal rule requiring such a transfer would lead to sham transactions in which NPEs attached useless “know-how” to nonexclusive patent license in order to obtain more favorable treatment.

technology transfer (and one we view as socially inferior to a license agreement). An inventor who ends up disseminating technology to the world, either by practicing the invention or by transferring technology to others who do, would be able to enforce the patent against both copiers and independent infringers. And a practicing entity would similarly be able to enforce patents against both copiers and independent infringers on a commercialization theory.

Introducing even such a limited independent invention defense would require courts to evaluate disputed claims of copying on some cases. Some have worried that much independent invention is really copying in disguise (MERGES, 2014), though others are skeptical (LEMLEY, 2012, p. 709). As Sam Vermont has observed, courts are quite good at resolving factual disputes of this sort. Independent development will tend to leave a paper trail. And the parties will have an incentive to collect and present evidence on the question. While unscrupulous parties may try to manufacture evidence, that is true in any sort of case, and courts tend to be good at ferreting it out (VERMONT, 2006, p. 475). Further, we think courts can properly include in the concept of copying cases of indirect copying from an idea once it has been publicized by the patentee (MERGES, 2014).

A requirement that patentees who do not engage in any form of commercialization or technology transfer prove that the defendant copied from them should be paired with stricter penalties against those deemed to have copied the invention. It would be reasonable to require, not merely permit, treble damage awards and attorneys' fees against those found to copy. Increasing the penalties for those who opt to take technology from a patentee without paying, while eliminating the penalty imposed on innovators who do not benefit from patentee technology transfer, properly aligns the patent system's incentives with the evidence and the array of theoretical justifications for patents.

Focusing patent enforcement on cases in which the patentee has actually contributed something to society would return patent law to its utilitarian roots as a promoter of innovation. It would also mean that a large percentage of current patent lawsuits, and most (though not all) suits filed by NPEs, would disappear. Because those suits impose a pure cost on society without any corresponding benefit, eliminating them offers the promise of making patent enforcement efficient.

REFERENCES

- ABRAMOWICZ, Michael. The danger of underdeveloped patent prospects. In: **Cornell Law Review**, Ithaca (New York), v. 92, n. 6, 2007.
- ABRAMOWICZ, Michael; DUFFY, John F. Intellectual property for market experimentation. In: **New York University Law Review**, New York, v. 83, 2008.
- ALLISON, John R.; LEMLEY, Mark A.; SCHWARTZ, David. How often do PAEs win patent suits? (working paper). 2016.
- ARORA, Ashish. **Markets for technology**: the economics of innovation and corporate strategy. Massachusetts: Massachusetts Institute for Technology Press, 2001.
- ASAY, Clark D. Enabling patentless innovation. In: **Maryland Law Review**, Baltimore (Maryland), v. 74, 2015.
- AYERS, Ian; OUELLETTE, Lisa Larrimore. A market test for university patents. (working paper). 2016.
- BARZEL, Yoram. Optimal timing of innovations. In: **Review of Economics and Statistics**, Harvard, Ed. Harvard Kennedy School, v. 50, n. 11, 1968.
- BESSEN, James, **Learning by doing**. Yale: Yale University Press, 2015.
- BESSEN, James; MEURER, Michael J. **Patent failures**: how judges, lawyers, and bureaucrats put innovation at risk. Princeton (New Jersey): Princeton University Press, 2008.
- BOLDRIN, Michele; LEVINE, David. **Against intellectual monopoly**. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2007.
- BURK, Dan L.; LEMLEY, Mark A. **The patent crisis and how the courts can solve it**. Chicago: University of Chicago Press, 2009.
- BURSTEIN, Michael. Patent markets: a framework for evaluation. In: **Arizona State Law Journal**, Phoenix (Arizona), v. 47, 2015.

CHIEN, Colleen V. Patent assertion entities, presentation to the U.S. Department of Justice and the Federal Trade Commission. Dec. 10, 2012. Available at: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2187314>.

CHIEN, Colleen V. Startups and patent trolls. In: **Stanford Technology Law Review**, Stanford (California), v. 17, 2014.

COHEN, Lauren; GURUN, Umit D.; KOMINERS, Scott Duke. Patent trolls: evidence from targeted firms. Harvard Business School. (working paper n.º 15-002). 2015.

COTROPIA, Christopher A.; KESAN, Jay P.; SCHWARTZ, David L. Unpacking patent assertion entities. In: **Minnesota Law Review**, Minnesota, v. 99, 2014.

COTROPIA, Christopher A.; LEMLEY, Mark A. Copying in patent law. In: **North Carolina Law Review**, North Carolina, v. 87, 2009.

CRANE, Daniel A. Intellectual liability. In: **Texas Law Review**, Austin (Texas), v. 88, 2009.

DASGUPTA, Partha; STIGLITZ, Joseph. Uncertainty, industrial structure, and the speed of R&D. In: **Bell Journal of Economics**, v. 11, issue 1, p. 1-281, 1980.

DUFFY, John F. The marginal cost controversy in intellectual property. In: *University of Chicago Law Review*, Chicago, v. 71, issue 2, article 2, 2004. Available at: <<https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol71/iss2/2>>.

FELDMAN, Robin. Intellectual property wrongs. In: **Stanford Journal Law, Business & Finance**, Stanford (California), v. 18, 2013.

FELDMAN, Robin. Patent demands & startup companies: the view from the venture capital community. In: **Yale Journal Law & Technology**, Yale, v. 16, 2014.

FELDMAN, Robin. **Rethinking patent law**. Harvard: Harvard University Press, 2012.

FELDMAN, Robin; EWING, Tom; JERUSS, Sara. The AIA 500 expanded: the effects of patent monetization entities. In: **UCLA Journal of Law and Technology**, Los Angeles, v. 17, n .1, 2013.

FELDMAN, Robin; FRONDORF, Evan. Patent demands and initial public offerings. In: **Stanford Technology Law Review**, Stanford (California), v. 19, 2015.

FELDMAN, Robin; LEMLEY, Mark A. Do patent licensing demands mean innovation? In: **Iowa Law Review**, Iowa, v. 101, 2015.

GALASSO, Alberto; SCHANKERMAN, Mark. Patent rights and innovations by small and large firms. (working paper). 2016.

GRADY, Mark F.; ALEXANDER, Jay I. Patent law and rent dissipation. In: **Virginia Law Review**, Charlottesville (Virginia), v. 78, 1992.

HABER, Stephen H.; WERFEL, Seth H. Why do inventors sell to patent trolls? experimental evidence for the asymmetry hypothesis. (working paper). 2015.

HRDY, Camilla A. Commercialization awards. In: **Wisconsin International Law Journal**, Madison (Wisconsin), v. 13, 2015.

KHAN, B. Zorina. Trolls and other patent inventions: economic history and the patent controversy in the twenty-first century. In: **George Mason Law Review**, Arlington (Virginia), v. 21, 2014.

KIEFF, F. Scott. Property rights and property rules for commercializing inventions. In: **Minnesota Law Review**, Minnesota, v. 85, 2001.

KITCH, Edmund W. The nature and function of the patent system. In: **Journal of Law & Economics**, Chicago, Ed. University of Chicago Law School, v. 20, 1977.

LANDES, William M.; POSNER, Richard A. In: **Economic structure of intellectual property law**. Cambridge, Massachusetts and London (England): Harvard University Press, 2013.

LEMLEY, Mark A. Ex ante versus ex post justifications for intellectual property. In: **University of Chicago Law Review**, Chicago, v. 71, 2004.

LEMLEY, Mark A. Faith-based intellectual property. *Ucla Law Review*, Los Angeles, v. 62, Stanford Public Law Working Paper n.º 2587297, March 30, 2015. Available at: <<https://ssrn.com/abstract=2587297>> or <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2587297>>.

LEMLEY, Mark A. Ignoring patents. In: **Michigan State Law Review**, Michigan, v. 19, 2008.

LEMLEY, Mark A. Patenting nanotechnology. In: **Stanford Technology Law Review**, Stanford (California), v. 58, 2005.

LEMLEY, Mark A. Should patent infringement require proof of copying? In: **Michigan State Law Review**, Michigan, v. 105, 2007.

LEMLEY, Mark A. The economics of improvement in intellectual property law. In: **Texas Law Review**, Austin (Texas), v. 75, 1997.

LEMLEY, Mark A. The myth of the sole inventor. In: **Michigan State Law Review**, Michigan, v. 110, 2012.

LEMLEY; Mark A.; TANGRI, Ragesh K. Ending patent law's willfulness game. In: **Berkeley Technology Law Journal**, Berkeley (California), v. 18, 2003.

LOVE, Brian. An empirical study of patent litigation timing: could a patent term reduction decimate trolls without harming innovators? In: **University of Pennsylvania Law Review**, Pennsylvania, v. 161, 2013.

MERGES, Robert P. A few kind words for absolute infringement liability in patent law. (working paper). 2014. Available at: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2464756>.

MERGES, Robert P. **Justifying intellectual property**. Harvard: Harvard University Press, 2011.

MERGES, Robert P.; NELSON, Richard R. On the complex economics of patent scope. In: **Columbia Law Review**, New York, v. 90, 1990.

MORTON, Fiona M. Scott; SHAPIRO, Carl. Strategic patent acquisitions. In: **Antitrust Law Journal**, New York, Ed. American Bar Association. v. 79, n. 2, 2014.

OUELLETTE, Lisa Larrimore. Do patents disclose useful information? In: **Harvard Journal of Law and Technology**, Harvard, v. 25, 2012.

OUELLETTE, Lisa Larrimore; HEMEL, Daniel H. Beyond the patents-prizes debate. In: **Texas Law Review**, Austin (Texas), v. 92, 2013

RANTANEN, Jason. Peripheral disclosure. In: **University of Pittsburgh Law Review**, Pittsburgh, v. 74, n. 1. 2012.

REINGANUM, Jennifer F. The timing of innovation: research, development, and diffusion. In: SCHMALENSEE, Richard; WILLIG, Robert D. (Ed.). **Handbook of industrial organization**, v. 1. Amsterdam (Netherlands): Elsevier, 1989.

ROIN, Benjamin N. The disclosure function of the patent system (or lack thereof). In: **Harvard Law Review**, Harvard, v. 118, 2007.

ROIN, Benjamin N. Unpatentable drugs and the standards of patentability. In: **Texas Law Review**, Austin (Texas), v. 87, 2009.

ROOKSBY, Jacob H. Innovation and litigation: tensions between universities and patents and how to fix them. In: **Yale Journal Law & Technology**, Yale, v. 15, 2013.

SAG, Matthew. IP litigation in the United States District Courts: 1994 to 2014. In: Iowa Law Review, Iowa, v. 101, n.º 1065, 2016. (forthcoming) (manuscript at 17). Available at: <http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=25708032016>.

SHAPIRO, Carl. Prior user rights. In: **American Economic Review**, Berkeley (California), Ed. American Economic Association, v. 96, 2006.

SICHELMAN, Ted. Commercializing patents. **Stanford Technology Law Review**, Stanford (California), v. 62, 2010.

SPULBER, David F. Intellectual property and the theory of the firm. In: KIEFF, F. Scott; PAREDES, Troy A. (ed.). **Perspectives on commercializing innovation**. Cambridge (New York): Cambridge University Press, 2012.

TEECE, David J. Profiting from technological innovation: implications for integration, collaboration, licensing and public policy. In: **Research Policy**, Amsterdam (Netherlands): Elsevier, v. 15, 1986.

THOMAS, John R. The end of “patent medicines” thoughts on the rise of regulatory exclusivities. In: **Food & Drug Law Journal**, Washington (DC), v. 70, 2015.

TIROLE, Jean Jean. The theory of industrial organization. Massachusetts: **Massachusetts Institute of Technology Press**, 1988.

UNITED STATES. Council on Government Relations. The Bayh-Dole Act: a guide to the law and implementing regulations. 1999.

UNITED STATES. Units States Code. Title 35. Pat II. Chapter 14. Washington, 1952.

VERMONT, Samson. Independent invention as a defense to patent infringement. **Michigan State Law Review**, Michigan, v. 105, 2006.

Submissão em: 21 agosto 2018

Pareceres favoráveis em: 4 outubro 2018

Contracts Drafting in Common Law System

MEDHAT SOLIMAN¹

¹ Doctor of Law (J.D.) - Professional Doctorate Program in International Commercial Arbitration (Ain Shams University). Master's Degree - Legal Logistic and Dispute Settlement (Arab Academy for Science, Technology and Maritime Transport). Master Equation in Criminal Law (Supreme Council of Universities). Professional Diploma - Negotiation and Contract Drafting (British Phoenix Academy). Professor in Real-Estate Laws (Abu Dhabi - United Arab Emirates). Lawyer. United Arab Emirates.

1 INTRODUCTION

1.1 Hide and Seek game in Contracts

When it comes to drafting a contract, most of the legal advisors prefer to use model contracts, or worth, a contracts templates, it may be easier for some people but it will be a disaster after that, especially if the drafter doesn't understand exactly what he is doing and how to use models or templates as just guideline.

As soon as the contract execution began, or the disaster may be delayed – as a maximum – when a dispute arises at the horizon, the drafter will figure at this point what he did how much he was wrong, but it's too late.

Using a model contract could be a Time-Bomb in many cases, even when you use an international model like FIDIC, even those models are not perfect, it's just been made as a guideline, actually, the copy-paste idea is not accepted at all in legal field whatever is written.

Drafting a contract is a very special art, it's more like a hide and seek game – in my opinion – you draft a contract and try as you can to make it perfect for the sake of your client – one of the parties – and that's why you start to hide your bad intention into verbs, modal verbs... etc., and your bad intention could be just being afraid of the other party, not something evil.

On the other side of the contract, there's another player, I mean the other legal adviser who is playing for the sake of the second party, his mission is to seek for the bad intention and anything that may cause any harm for his side, in this phase he should search between the lines, or contract clauses, or even behind the scene, like every correspondence between parties, to see if there are somewhere documents or any kind of messages which may turn the contract upside down.

It's all about hide and seeks, one of the parties' hide something and the other(s) seek for it. Personally, I love this game.

That's why I said at the beginning that it's a risk to use a model or template contract, every drafter should have a full control on his contract, and understand all of its dimensions, and I saw before two legal advisers in a commercial litigation regarding a real estate agreement didn't even read all the contract details and start to discover a new details through the litigation process.

So, to be a good drafter you should be a good player in this game, and always be ready for any litigation or even a small negotiation about potential amicable settlement, and try to use your imagination as far as you can, and ask yourself a question after drafting every contract' article, what kind of disputes may arise from this article and imagine the answer and how to avoid it as much as you can of course.

At the end you should always remember; when it comes to the legal drafting. One size does not fit all.

2 COMMON LAW SYSTEM

Drafting a contract in Common Law system is different from drafting it in Civil Law system. In Civil Law we know a Rule called "General Abstract Rule", which makes contract is more simple and very short, and although it's short, it can protect most of the Parties' rights, but – to be honest – it's not that clear for Parties, in a way or another, there's Ambiguity in the contract even if the drafter try his best to avoid it, Contracts in Civil Law written by a lawyer to be understood by a lawyer... and what I mean with Ambiguity, not just the drafter mistakes, but also if one of the Parties not from a legal background, he will not understand what is written except superficially, in Civil Law contracts if you are not a lawyer you should know...

“If it’s not written in your contract, it does not mean that you don’t have the right to it, and if it’s written in your contract it doesn’t mean that you must apply it” (Dr. Medhat Soliman)

3 STRANGE, RIGHT?!

It’s a long story to explain the previous rule I mentioned, and it’s not the appropriate place for that, maybe I will explain it in another article, but my advice for you now just consult a specialist in case of problems.

Back to our Subject. I will start a series of Articles explaining contracting drafting. I will start with the Common Law System, because it’s the most important part to know if you are drafting a contract in English Language, then I will start another series about the Civil Law contracts, which will be in both Arabic and English Language, the series is a little long so try to stay patient with me.

To draft a contract well, a drafter must know the rules of good writing – and more. Among other things, a drafter must:

- . understand the business deal;
- . know how to use the contract concepts to reflect the parties’ deal accurately;
- . and be able to draft and recognize nuances in language that change the deal.

In addition, a good drafter knows how to add value to a deal by discerning and resolving business issues.

From my point of view, the drafter should also have a Great Imagination, to imagine the result of every word he will write, the good drafter is Artist whether he understands it or not.

I am in love with drafting contracts more than anyone can imagine, and drafting a contract requires more than good writing and organizational skills. A drafter should have keen analytical skills; a superior ability to negotiate; a sophisticated understanding of business, the business deal, and the client’s business; a comprehensive knowledge of the law; and a discerning eye for details.

“To draft in a right way, you also should fall in love with contracts”

Dr. Medhat Soliman

4 WHAT DOES A CONTRACT DO?

A contract establishes the terms of the parties’ relationship. It reflects their agreement as to the rules that will govern their transaction. The rules generally include:

- . the statements of facts that each party made that induced the other to enter the transaction;
- . each party’s promises as to its future performance;
- . each party’s rights;
- . the events that must occur before each party is obligated to perform;
- . each party’s discretionary authority;
- . how the contract will end, including the events that constitute a breach and the remedies for breach; and
- . the general policies that govern the parties’ relationship.

Unlike litigation, which looks back in time, contracts look forward to the parties’ future relationship and reflect their joint plans.

As you can notice, the IMAGINATION, the drafter should imagine the Birth, Life, and End of the contract; as we will see later together.

5 WHAT ARE A CONTRACT’S GOALS?

When drafting, you are trying to create a document that serves multiple purposes. Sometimes, you may not be able to accomplish all of them, but you should try. A well-written contract should do the following:

- . accurately memorialize the business deal;
- . be clear and unambiguous;
- . resolve problems pragmatically;
- . be sufficiently specific that the parties know their rights and obligations, but be flexible enough to cope with changed circumstances;

- . advance the client's goals and reduce its risks;
- . give each side enough of what it needs so that each leaves the table feeling that it negotiated a good deal;
- . be drafted well enough that it never leaves the file drawer;
- . prevent litigation.

6 THE BUILDING BLOCKS OF CONTRACTS

6.1 The Seven Contract Concepts

Here are the seven contract concepts, which when integrated into a contract's parts, result in a contract:

- . representations;
- . warranties;
- . covenants;
- . rights;
- . conditions;
- . discretionary authority;
- . declarations.

A representation is a statement of a past or present fact, made as of a moment in time to induce a party to act.

A warranty is a promise that if the statement in the representation is false, the maker of the statement will indemnify the other party for any damages suffered because of the false statement.

A covenant is a promise to do or not to do something. It creates a duty to perform. A right is the flipside of a covenant.

A right entitles a party to the other party's performance.

A condition of an obligation is a state of facts that must exist before a party is obligated to perform.

Discretionary authority gives a party a choice or permission to act. Sometimes the exercise of discretionary authority is subject to the satisfaction of a condition.

A **declaration** is a fact as to which both parties agree, generally a definition or a policy for the management of the contract. Sometimes a declaration is subject to the satisfaction of a condition.

6.2 A Representation

A representation is a statement of a past or present fact as of a moment in time intended to induce reliance.

Example: if Bob purchases the house after his contractor inspects the roof and tells Bob that the roof is much older than four years, Bob cannot justifiably rely on Sally's representation that the roof is four years old. Accordingly, Bob would not have a cause of action in tort for fraudulent misrepresentation as to the roof's age. He might, however, have a separate cause of action for breach of warranty based on Sally's statement in the representation about the roof's age.

6.3 "Warranty"

A warranty is a promise by the maker of a statement that the statement is true. Thus, a warranty requires the statement's maker to pay damages to the statement's recipient if the statement was false and the recipient damaged. The warranty acts as an indemnity. Generally, it does not matter whether the recipient knew the statement was false and did not rely on it.

Because Sally also warranted the roof's age, Bob would be able to sue for a breach of warranty post-closing – so long as he told Sally when they were closing that he was reserving his right to make a claim.

The Seller represents and warrants to the Buyer as follows.

By virtue of this one line, every statement in the sections that followed would be both a representation and a warranty.

Seller's Representations and Warranties.

Let's take an Example. The Seller represents and warrants to the Buyer as follows:

- . the house was built in 1953, along with the other houses in the neighborhood;
- . the roof is four years old;
- . all the appliances are in excellent condition;
- . the house is wired for Internet and cable television, and the wiring is functioning properly;
- . a swimming pool is on the property;
- . a swimming pool water heater is on the property, and it uses propane gas for fuel. The propane gas tank is on the property;
- . the tank is exactly one-half full with propane gas;
- . the living room's walls are painted eggshell white and were painted one year ago;
- . the house is on a one-acre lot.

6.4 Representations and Warranties are Common Law Concepts

Out-of-pocket damages are equal to the amount the plaintiff paid for the property minus the actual value.

Although some lawyers colloquially speak of breaches of representations, that terminology is incorrect. A breach is a violation of a promise. Because representations are not promises, they cannot be breached. Instead, a party makes misrepresentations. It is correct, however, to speak of breaches of warranties, as warranties are promises.

Recall that Sally told Bob that the propane gas tank was exactly one-half full. That is a precise statement. It is posited as an absolute, without any kind of wiggle room. It is a flat representation. It is a high-risk statement for Sally because if she is even a little wrong, Bob has a cause of action for misrepresentation and breach of warranty. He might not have a claim for a great deal of money, but he could certainly bring a nuisance suit and hope for a quick settlement/price reduction.

Sally could have reduced her risk by making a less precise statement. She could have made a qualified representation. For example, she could have said, “[...] The tank is approximately half-filled.” Then if the propane gas tank had been less than one-half its capacity, Sally might still have been able to contend that her statement was true. Her risk of having made a false statement would have been reduced. Bob, however, would have assumed a greater risk with respect to Sally's statement about the amount of fuel in the

tank. Originally, Bob would have had a cause of action if the tank was even a little less than half full. Now, in order to prove a misrepresentation and breach of warranty, Bob must argue what approximately means. The risk allocation has shifted more of the risk to Bob.

Understanding the impact of risk allocation is essential to fulfilling your role as a counsellor. Clients too often misunderstand the purpose of representations and warranties and think that the time spent negotiating them is mere wordsmithing².

By explaining to a client that the wording of the representations and warranties can affect potential liability, you have explained that money is on the table, something that clients readily understand.

Imagine that after Sally and Bob have agreed to a price, Bob tells Sally that he cannot immediately purchase the house as he first needs to obtain a mortgage. A delayed closing is acceptable to Sally, and they agree to close the sale on the last day of the next month. This delay creates a gap period between the signing of the purchase contract and the closing.

7 DEGREES OF OBLIGATION

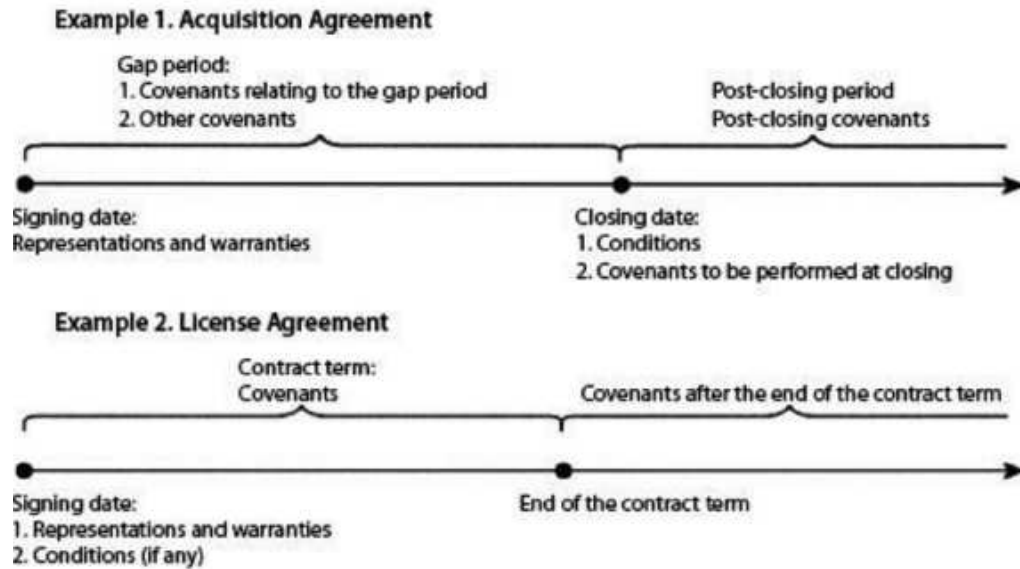
A covenant is a promise to do or not to do something. It creates a duty to perform if a contract has been formed. The duty to perform is sometimes called an obligation.

Seller's Covenants. The Seller:

- . shall not paint the walls between the signing and the closing; and
- . shall cause the propane gas tank to be at least one-third full with propane gas on the closing date.

² Wordsmithing has a pejorative connotation. It suggests that a lawyer redrafts language for no substantive reason, wasting time and money.

The following timelines of an acquisition agreement and a license agreement show how covenants can be used at difficult stages in a transaction



Example 1 is the timeline of an acquisition agreement. As we have seen, in this type of transaction, the parties use covenants during the gap period to control the seller's actions with respect to the subject matter of the contract (e.g., the house).

Note: a gap period between signing and closing is routine in acquisition transactions. It arises for multiple reasons. First, the buyer may need to obtain financing. Second, the parties may need to obtain consents to the transaction or to the transfer of particular assets. Finally, the buyer may want to perform due diligence if it did not previously do so. Due diligence is the corporate equivalent of test-driving a car before purchasing it. (To be sure that a target company is worth purchasing, the buyer-to-be examines, among other things, the seller's contracts, equipment, and financial statements).

Submissão em: 6 agosto 2018

Pareceres favoráveis em: 25 outubro 2018

O Percurso Jurídico do Assédio Laboral¹

PAULA QUINTAS²

Resumo: No presente e breve estudo pretende-se, como dita o título, analisar o percurso jurídico do assédio laboral. A montante, procede-se a uma sumária análise do tema como fenómeno e analisa-se o respetivo enquadramento histórico. Critica-se, ainda, a sistematização do assédio na codificação laboral pretérita e, mormente, atual. Alinhava-se, ainda, uma despreziosa contextualização em sede de Direito Comunitário. *De jure constituto*, realça-se que todo o assédio é uma agressão maior da integridade física e moral do trabalhador como direito de personalidade em geral e em particular. Após a definição de assédio, indica-se a finalidade e formas de seu exercício, o qual pode ter por motivação a dissolução contratual forçada por parte do trabalhador ou a construção de uma arquitetura penitenciária de desempenho. *De jure constituendo*, questiona-se se para angariação de dignidade civil e penal é exigível um comportamento instantâneo ou duradouro (requisito de inspiração jurisprudencial) e debate-se a diabólica e problemática questão do ónus da prova. Pretende-se envolver o tema, ainda incipiente, da responsabilidade civil do empregador, e abre-se a discussão à responsabilidade contratual *versus* aquiliana, bem como à responsabilidade subjetiva *versus* objetiva. Seria nosso ensejo desenvolver o assédio como doença profissional e como acidente de trabalho, pretensão que sucumbiu em face de não regulamentação, à data deste escrito, da Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto. Por último, critica-se a ausência de tipologia própria para o (crime de) assédio.

Palavras-chave: Enquadramento histórico da figura - Definição de assédio, finalidade e forma de exercícios - Comportamento instantâneo ou duradouro - Ónus da prova - Responsabilidade contratual v. aquiliana - Responsabilidade subjetiva v. objetiva - Doença profissional - Acidente de trabalho - Tipologia criminal.

¹ O presente texto corresponde, na generalidade, à participação na sessão de 13 de abril de 2018 (Porto) no contexto da ação de formação promovida pelo CEJ, C4 - Temas de Direito do Trabalho e de Processo do Trabalho.

² Doutorada em Direito do Trabalho (Universidade Autónoma de Lisboa). Mestrado em Relações Internacionais (Universidade Portucalense). Graduação em Direito (Universidade de Coimbra). Professora-Adjunta no Instituto Superior de Entre Douro e Vouga - ISVOUGA/UPP. Portugal.

1 INTRODUÇÃO

A Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto, retificada pela Declaração de Retificação n.º 28/2017, de 02 de outubro, veio reforçar a prevenção e o combate do assédio no local de trabalho, alterando os arts. 29^{o3}, 127^o, 283^o, 331^o, 349^o, 394^o e 563^o do Código do Trabalho.

O Governo não regulamentou, ainda, a Lei n.º 73/2017, nomeadamente, quanto à atualização da lista de doenças profissionais (com a sintomatologia de, entre outros, problemas cardíacos, digestivos e dermatológicos, depressão, *stress* emocional, esgotamento). Ainda que estando descrito no artigo 6.º, da Lei n.º 73/2017 (Regulamentação):

O Governo define, em sede de regulamentação própria, os termos de aplicação da presente lei, na parte referente aos acidentes de trabalho e doenças profissionais, no prazo de um mês a contar da data da sua publicação.

2 O ASSÉDIO COMO FENÓMENO HISTÓRICO

Desde os primórdios das relações subordinadas, se assiste a assédio, em particular, no que concerne ao género.

O assédio sexual iniciou-se com a feminização do trabalho, nomeadamente, trabalhadoras fabris e domésticas. Culturalmente, era tolerado e desvalorizado o abuso de poder,

³ A Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto preceitua o óbvio, *é proibida a prática de assédio* (reformulação do n.º 1, do art. 29º, do CT). E reforça que a prática de assédio constitui ilícito civil, conferindo expressamente à vítima direito de indemnização, nos termos gerais do direito (n.º 4); contraordenacional de natureza muito grave; e penal (n.º 5).

nomeadamente, sexual, do patrão, do qual resultava, com frequência, descendência (considerada ilegítima) e agravamento da vulnerabilidade da mulher.

E igualmente era desconsiderado o tratamento de *despersonalização* dos trabalhadores, nomeadamente, das mulheres, ditas serviçais. As patroas (*mater familias*) renomeavam-nas, habitualmente, de Maria, não em homenagem à Virgem, mas pela vulgarização entre o povo, deste (quase sempre primeiro) nome próprio.

O assédio era e é um fenómeno transversal, dado ser, essencialmente, cultural.

A cultura da apropriação, da impunidade e do abuso (ou desvio) do poder numa relação juridicamente desigual explica as práticas de assédio. A relação apartitária do contrato de trabalho fragiliza a parte dependente e a subjugação, em silêncio, muitas vezes, daqueles que não podem ter voz ou voz credível.

Assim, e como manifestação internacional, denomina-se assédio moral, assédio psicológico, *mobbing* (Brasil); *acoso moral*, *acoso psicológico*, *hostigamiento laboral*, *psicoterror laboral* ou *psicoterrorismo* (Espanha e países latino-americanos); *moral harassment*, *emotional abuse*, *counter-productive workbehavior*, *psychological harassment* (Estados Unidos da América); *harcèlement moral* (França); *bullying* ou *harassment* (Inglaterra, Austrália e Irlanda); *ijime* (Japão); *mobbing* (países nórdicos e da Europa Central); *coação moral*, *terrorismo moral* ou *assédio moral* (Portugal).

3 SISTEMATIZAÇÃO DA FIGURA

A proibição de assédio encontra-se prevista na Divisão II, da Subsecção III (*igualdade e não discriminação*), da Secção II (Sujeitos), do Capítulo I (Disposições Gerais), do Título II (Contrato de Trabalho), do Livro I.

Os *direitos de personalidade* estão vertidos na Subsecção II.

Na era pré-codificação o artigo 19º, al. c) da LCT, que consagrava dever do empregador proporcionar ao trabalhador boas condições de trabalho, tanto do ponto de vista físico como moral, era invocado nos casos de assédio moral. Esse dever está hoje refletido no art. 127º, n.º 1, al. c), do CT/2009.

A inserção na parte respeitante à *igualdade e não discriminação* fazia algum sentido no CT/2003 que conotava o assédio a práticas discriminatórias. O art. 24º, n.º 1, indicava expressamente: “Constitui discriminação o assédio a candidato a emprego e a trabalhador”.

Pese embora, o assédio não tenha subjacente, necessariamente, uma prática discriminatória.

Segundo o n.º 2, entendia-se por assédio todo o comportamento indesejado *relacionado com um dos fatores indicados no n.º 1 do artigo anterior* (ou seja, ascendência, idade, sexo, orientação sexual, estado civil, situação familiar, património genético, capacidade de trabalho reduzida, deficiência ou doença crónica, nacionalidade, origem étnica, religião, convicções políticas ou ideológicas e filiação sindical) praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objetivo ou o efeito de afetar a dignidade da pessoa **ou** criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

Com o CT/2009 que considera o elemento discriminação como *meramente exemplificativo*⁴, seria de rever a inserção da figura, retirando-a da Subsecção III (*igualdade e não discriminação*) e acolhendo-a na Subsecção II, relativa aos *direitos de personalidade*, em complemento ao art. 15º (Integridade física e moral)⁵, pois se trata, e sempre, de uma violência psicológica (assédio moral) ou psicológica/física (pois o assédio sexual igualmente perturba o foro psicológico).

Já na exposição dos motivos da Proposta de Lei n.º 216/X, o legislador indicava que a definição de assédio, passaria “a abarcar situações não relacionadas com qualquer fator de discriminação”.

⁴ O artigo 29º (Assédio) indica:

1 - É proibida a prática de assédio.

2 - Entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em fator de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objetivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

3 - Constitui assédio sexual o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma verbal, não verbal ou física, com o objetivo ou o efeito referido no número anterior.

4 - A prática de assédio confere à vítima o direito de indemnização, aplicando-se o disposto no artigo anterior [acolhendo-se os danos patrimoniais e não patrimoniais].

5 - A prática de assédio constitui contraordenação muito grave, sem prejuízo da eventual responsabilidade penal prevista nos termos da lei [Crimes laborais embora e apenas se verificados os pressupostos da lei geral penal].

6 - O denunciante e as testemunhas por si indicadas não podem ser sancionados disciplinarmente, amenos que atuem com dolo, com base em declarações ou factos constantes dos autos de processo, judicial ou contraordenacional, desencadeado por assédio até decisão final, transitada em julgado, sem prejuízo do exercício do direito ao contraditório [Legitimação do *whistleblower*].

⁵ O empregador, incluindo as pessoas singulares que o representam, e o trabalhador gozam do direito à respetiva integridade física e moral.

O CT/2009 remete, contudo, para o dano por ato discriminatório, refém da sistematização que acolheu (art. 29º, n.º 4, do CT).

Com a Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto, indica-se expressamente o direito de indemnização por *danos patrimoniais e não patrimoniais*, nos termos gerais de direito, em virtude de assédio discriminatório ou não discriminatório (art. 28º, *ex vi*, art. 29º, n.º 4, do CT).

A violação da *integridade física e moral do empregador* possui um quadro sancionatório próprio (art. 328º, do CT), atendendo à violação do dever de respeito (previstos no art. 128º, n.º 1, al. *a*), do CT).

A sanção decretada, se expulsiva (despedimento por facto imputável ao trabalhador), dissolve a relação laboral.

A violação da *integridade física e moral do trabalhador* que cabe ao empregador respeitar situa a questão nos arts. 29º e 127º, n.º 1, als. *a*), *c*), *k*) e *l*), do CT e no respeito pelo regime jurídico da segurança e saúde no trabalho (aprovado pela Lei n.º 102/2009, de 10 de setembro, na redação dada pela Lei n.º 146/2015, de 9 de setembro).

4 A INTEGRIDADE FÍSICA E MORAL DO TRABALHADOR COMO DIREITO DE PERSONALIDADE

A tutela dos direitos fundamentais em Portugal recebe, numa primeira fase, apenas o reconhecimento da civilística. Só com o Código Civil de Seabra (1867) se apresenta expressamente uma tutela civil dos direitos fundamentais, apontando para o reconhecimento de um direito geral de personalidade, apoiado na sistemática antropocêntrica ou “indivíduo-cêntrica”.

Esse entendimento não foi acolhido pelo positivismo que marcou a composição do Código Civil de 1966, fortemente influenciado pelo Código Civil francês, o qual admitiu somente diversos direitos especiais de personalidade

Muito depois, se assiste à sua constitucionalização. E relevamos somente a Constituição da República Portuguesa de 1976.

As Constituições anteriores não detêm uma tutela significa ou desconsideram a questão social.

A conveniência da *constitucionalização* dos direitos fundamentais está ligada ao esvaziamento ou à redução pretendida pelo legislador ordinário. A constitucionalização

de *direitos, liberdades e garantias* visa dotá-los de uma tutela reforçada a determinados bens jurídicos. A Constituição Portuguesa de 1976 apresenta um catálogo extenso de direitos fundamentais, divididos em “direitos, liberdades e garantias”. A elevação da dignidade constitucional a princípios protetivos dos trabalhadores criou a denominação de *Constituição Laboral* (arts. 53º a 57º), assumida como um conjunto de normas e de “princípios gerais ou fundamentais”. Por sua vez, os direitos sociais são considerados como direitos a prestações (art. 58º, da CRP). (QUINTAS, 2013, p. 100-101).

Prestam-se a certa ambiguidade terminológica os conceitos de *direitos do homem*, *direitos fundamentais* e *direitos de personalidade*, pese embora, não sejam necessariamente coniventes e convergentes

Os *direitos do homem* ganharam fôlego no direito internacional e os direitos fundamentais no direito constitucional.

Quanto aos *direitos de personalidade*, explica Jorge Miranda (2008, p. 58-59):

Os direitos fundamentais pressupõem relações de poder, os direitos de personalidade relações de igualdade. Os direitos fundamentais têm uma incidência *publicis* imediata, ainda quando ocorram efeitos nas relações entre os particulares [...]; os direitos de personalidade uma incidência *privatística*, ainda quando sobreposta ou subposta à dos direitos fundamentais. Os direitos fundamentais pertencem ao domínio do Direito Constitucional, os direitos de personalidade ao Direito Civil.

Paulo Ferreira da Cunha (2007, p. 839) critica a dicotomia de Jorge Miranda, e citando Larenz explica que:

O direito privado é um segmento da ordem jurídica global e, assim como esta, não cura de indivíduos que vivem isoladamente, antes de pessoas que com outras vivem numa comunidade social.

Encontra-se ainda subordinado a exigências da justiça social. É certo que ao Direito privado cabe antes de mais a realização da personalidade particular nas relações com os outros. [...]. Em suma: continuamos a pensar que os direitos de personalidade são a manifestação *privatística* de direitos fundamentais, e que estes não são apenas a sua versão *publicista* [...]. O facto de vincularem entidades públicas e privadas (art. 18º, n.º 1, da CRP) parece-nos esclarecer que se não limitam ao direito público, ou a relações em que um dos sujeitos seja público. Também valem nas relações totalmente inter pares, *intercives*... Além disso, há direitos fundamentais de pessoas coletivas e organizações. [...]. Assim, por ex., se considerarmos um direito geral de personalidade, como faz Orlando de Carvalho, enquanto “direito à pessoa ser e à pessoa devir”, e se o compararmos com o direito ao livre desenvolvimento da personalidade (art. 26º, n.º 1, da CRP), vemos como a coincidência ou fungibilidade objetiva está crescentemente ocorrendo (CUNHA, 2007, p. 842).

A nível internacional, domina a terminologia *direitos do homem* (ONU, 1948), sendo o conceito *direitos fundamentais* domínio das leis nacionais. A romper com a tradição, surge a “Carta dos *Direitos Fundamentais* da União Europeia”.

A expressão *direitos fundamentais* parece ter surgido em França, por volta de 1770. Todavia, veio a adquirir projeção na Alemanha, onde os *Grundrecht* passaram a dominar o sistema de relações entre o indivíduo e o Estado. Jellinek descreve o *status* como “uma relação com o Estado que qualifica o indivíduo.” (*apud* ALEXY, 2008, p. 357).

Para Alexandrino (2007, p. 32) os *direitos de personalidade* são as “situações jurídicas básicas do homem reconhecidas pela lei civil”.

Quanto à existência de direitos de personalidade na Constituição da República Portuguesa (CRP), assim configurados, a resposta é perentoriamente negativa. Os direitos previstos expressamente na Constituição denominam-se *direitos fundamentais* e não direitos de personalidade, atendendo à respetiva razão histórica da sua consagração: a de proteger, essencialmente, os particulares contra o Estado. Por outro lado, o de obrigar o próprio Estado a proteger os particulares de outros particulares. No entanto, os direitos ditos de personalidade consagrados no Código do Trabalho, possuem integral acolhimento superior, assentando na ideia constitucional da liberdade.

Por tradição histórica, a distinção entre direitos e liberdades realiza-se atendendo à posição jurídica do cidadão perante o Estado, numa relação de verticalidade legitimidade pela heterotutela conferida ao poder público. Estes direitos de primeira geração, na sua interpretação clássica, estão associados a um *status negativus*, que impõe ao Estado um dever de abstenção perante as manifestações da pessoa, as *liberdades* visam defender, na sua essência, o cidadão perante a intervenção do Estado (QUINTAS, 2013, p. 112).

Os *direitos*, querem “os tradicionais ‘direitos naturais’, inerentes ao homem (direito à vida, à integridade das pessoas), quer os direitos ligados ao *status activus* do indivíduo” (sob a designação de direitos políticos, liberdades-participação, direitos do cidadão), permitem ao respetivo sujeito um campo de intervenção positiva ou negativa perante a comunidade em geral.

Por *garantias*, entende-se “quer o direito dos cidadãos a exigir dos poderes públicos a proteção dos seus direitos, quer o reconhecimento dos meios processuais adequados a essa finalidade” (ALEXY, 2008, p. 311).

Ou seja, as garantias apresentam um nível de proteção maior do que os próprios direitos.

Mais do que nunca, na adversidade laboral, os *direitos de personalidade* não podem ser postergados. O espaço do direito do trabalho nasce da aceitação jurídica das desigualdades das partes, da relação não paritária, e assim se deverá manter. O trabalhador não é titular

da empresa, não quinhua na sua dinâmica financeira (nos lucros e nas perdas); não obstante, ele é também a empresa, a sua voz, as suas mãos. A *coisificação* do trabalhador que o relaciona como um recurso (o recurso humano, entre outros, porventura mais valiosos, como a maquinaria e o capital) e que lamentavelmente hoje ainda perdura, não pode levar à sua desumanização.

5 DIREITO COMUNITÁRIO

Para além da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (EU), são de destacar algumas fontes de direito comunitário derivado.

O ponto (6) da diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de julho de 2006 [relativa à aplicação do princípio da igualdade de oportunidades e igualdade de tratamento entre homens e mulheres em domínios ligados ao emprego e à atividade profissional (reformulação)]⁶ indica expressamente que

O assédio e o assédio sexual são contrários ao princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres e constituem discriminação em razão do sexo para efeitos da presente diretiva. Estas formas de discriminação ocorrem não só no local de trabalho, mas também no contexto do acesso ao emprego, à formação profissional e às promoções na carreira. Por conseguinte, estas formas de discriminação deverão ser proibidas e sujeitas a sanções efetivas, proporcionadas e dissuasivas.

A Resolução do Parlamento Europeu, de 8 de outubro de 2015, sobre a aplicação da Diretiva 2006/54/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de julho de 2006, “Exorta a Comissão a propor medidas claras para combater de forma mais eficaz o assédio sexual no local de trabalho” (Ponto 17).

A Convenção do Conselho da Europa para a Prevenção e o Combate à Violência Contra as Mulheres e a Violência Doméstica, de 11-5-2011, censura todas as formas de violência contra as mulheres, incluindo a violência doméstica (art. 2º, n.º 1).

A Resolução do Parlamento Europeu A5-0283/2001 destaca o assédio no local de trabalho (UNIÃO EUROPEIA, 2002).

⁶ Indica o artigo 34º, n.º 1 (Revogação) que: As diretivas 75/117/CEE, 76/207/CEE, 86/378/CEE e 97/ /80/CE são revogadas com efeitos a partir de 15 de agosto de 2009 sem prejuízo das obrigações dos Estados-Membros no que respeita aos prazos de transposição para o direito interno e de aplicação das diretivas constantes do anexo I, parte B.

O princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres que exerçam uma atividade independente encontra-se regulado pela Diretiva 2010/41/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 7-7-2010.

O debate em Bruxelas dedicado ao movimento #MeToo fez com que várias vítimas de assédio sexual, que trabalham ou trabalharam no parlamento, se fizessem ouvir durante a discussão.

Do debate, conclui-se que as vítimas mais frequentes são assistentes e estagiários que, pelo seu contrato de trabalho, se encontram mais vulneráveis (RODRIGUES, 2017).

6 ENQUADRAMENTO HISTÓRICO DA FIGURA

O termo *mobbing* (*to mob*) surgiu com o etologista austríaco Konrad Zacharias Lorenz (1963). Nesse contexto, é visto como um comportamento de preservação da espécie, de ataque coletivo face ao perigo, por exemplo, um predador.

Mais tarde, o conceito é usado pelo médico alemão Peter-Paul Heinemann (1969), para retratar o comportamento entre crianças nas escolas, o hoje designado *bullying*.

A obra do antropólogo e psiquiatra norte-americano Carroll Brodsky, *The Harassed Worker* (1977) foi pioneira no estudo do assédio laboral, enquadrando inclusive o assédio sexual.

O termo *workplace bullying* surge com o psicólogo alemão (mais tarde, naturalizado sueco) Heinz Leymann na obra *Mobbing and psychological terror at workplaces*:

In recent years, the existence of a significant problem in workplaces has been documented in Sweden and other countries. It involves employees “ganging up” on a target employee and subjecting him or her to psychological harassment. This “mobbing” behaviour results in severe psychological and occupational consequences for the victim. This phenomenon is described, its stages and consequences analyzed. An ongoing program of research and intervention that is currently being supported by the Swedish government is then considered (LEYMANN, 1990, p. 119-126, *passim*).

O termo *mobbing* (nascido na etologia, como vimos) é agora usado em contexto laboral e o exemplo de Leif (e a sua pronúncia dinamarquesa) que Heinz Leymann⁷ apresenta pode estar na causa da (con) fusão entre assédio e prática discriminatória.

⁷ “Leif worked in a large factory in Norway. His job, as a repairman, was to keep the machine park up and running. He was a skilled worker on high wages. He came originally from Denmark and his workmates often made fun of him as he spoke Norwegian with a Danish accent. This happened so often that his personal relations became seriously disturbed — he became isolated. On one occasion he became so irritated that he thumped the table with his fist and demanded an end to all further jokes about his accent” (LEYMANN, 1990, p. 111).

Para Leif, terror psíquico ou o assédio moral em contexto laboral significam uma

comunicação hostil e antiética dirigida de maneira sistemática, por uma ou várias pessoas, a outra. Há também casos em que o assédio é mútuo até que um dos participantes se torne o mais fraco. Estas ações ocorrem com frequência (quase todos os dias) e durante um longo período (pelo menos por seis meses⁸) e, devido a essa frequência e duração, colocam o visado numa situação de tormento psíquico, psicossomático e social (LEYMANN, 1990, p. 120).

O termo isolamento social ou ostracismo deve muito ao trabalho de Heinz Leymann.

Para Einarsen e Skogstads (1996, p. 186), psicólogos noruegueses, o fenómeno de assédio moral engloba: todas as situações em que um ou mais indivíduos durante um período de tempo se sentem submetidos a atos negativos contra os quais não se conseguem defender. Assim, não é assédio moral se duas partes de forças aproximadamente iguais estão em conflito ou se o incidente é um evento isolado.

A configuração de assédio como ato prolongado e de submissão é assim reafirmado.

Para a psiquiatra e psicanalista francesa Hirigoyen, o assédio moral consiste em “qualquer conduta abusiva que se manifesta especialmente por comportamentos, palavras, atos, gestos, escritos que possam atingir a personalidade, a dignidade ou integridade física ou psicológica de uma pessoa e pôr em perigo o emprego desta ou degradar o clima de trabalho”.

A autora assim define:

- *mobbing*: “ações repetidas e repreensíveis, ou nitidamente negativas, dirigidas contra os empregados de uma maneira ofensiva e que podem conduzir ao seu afastamento da comunidade local de trabalho” ou *harassment*;
- *bullying*: mais abrangente do que o conceito anterior, vai da troça e da exclusão às condutas abusivas com conotação sexual ou às agressões físicas,
- *whistleblowers*: correspondendo às represálias sofridas pelos trabalhadores que denunciam as fraudes, os atos de corrupção ou as violações da lei;
- *ijime*: conceito japonês de assédio moral, o qual é usado para descrever, nas empresas japonesas, as pressões de determinados grupos para formar os novos trabalhadores ou dominar os elementos perturbadores (HIRIGOYEN, 2002, p. 69 e ss.)

⁸ Esta indicação temporal, citada por alguma jurisprudência nacional, não decorre expressamente da lei.

7 DEFINIÇÃO DE ASSÉDIO

Entende-se por assédio o *comportamento indesejado*, nomeadamente o baseado em fator de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, como objetivo (*elemento finalístico*) ou o efeito (*elemento potencial*) de perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador (art. 29º, n.º 2, do CT)⁹.

Relembre-se que cabe igualmente ao empregador honrar o contrato de trabalho e o *homem laboriense*.

⁹ 1) IV – O assédio moral pressupõe comportamentos real e manifestamente humilhantes, vexatórios e atentatórios da dignidade do trabalhador, aos quais estão em regra associados mais dois elementos: certa duração; e determinadas consequências. V – De acordo com o disposto no art. 29º, n.º 1, do CT, no assédio não tem de estar presente o “objetivo” de afetar a vítima, bastando que este resultado seja “efeito” do comportamento adotado pelo “assediante”. VI – Apesar de o legislador ter (deste modo) prescindido de um elemento volitivo dirigido às consequências imediatas de determinado comportamento, o assédio moral, em qualquer das suas modalidades, tem em regra associado um objetivo final ilícito ou, no mínimo, eticamente reprovável [Ac. STJ, de 21-4-2016. In: <www.dgsi.pt> (Proc. n.º 299/14.5T8VLGP1.S1)].

2) I - O assédio pressupõe um conjunto encadeado de comportamentos destinados a criar um ambiente hostil, degradante, humilhante ou desestabilizados ao trabalhador que o leve, por si, à desvinculação da relação laboral. II - Não se poderá concluir pela existência de assédio quando se provam factos demonstrativos de um clima de críspação mas com origem tanto em comportamentos da autora como em comportamentos da ré [Ac. RP, de 28-10-2015, CJ, n.º 265, Ano XL, T. IV, p. 248].

3) I - O assédio pressupõe um conjunto encadeado de comportamentos destinados a criar um ambiente hostil, degradante, humilhante ou desestabilizados ao trabalhador que o leve, por si, à desvinculação da relação laboral. II - Não se poderá concluir pela existência de assédio quando se provam factos demonstrativos de um clima de críspação mas com origem tanto em comportamentos da autora como em comportamentos da ré [Ac. RP, de 28—9-2015, CJ, n.º 265, Ano XL, T. IV, p. 248].

4) I - As condutas que configuram assédio não se acham necessariamente reportadas a situações de discriminação, como o assédio sexual ou as referidas no art. 24.º do C.T./2009, verificando-se assédio moral não discriminatório quando o comportamento indesejado não se baseia em qualquer fator discriminatório concreto mas, pelo seu caráter continuando e insidioso, produz os mesmos efeitos hostis. II - O assédio moral implica comportamentos, em regra, oriundos do empregador ou de superiores hierárquicos do trabalhador visado, real e manifestamente humilhantes, vexatórios e atentatórios da dignidade do mesmo, aos quais estão, em princípio, associados mais dois elementos: uma certa duração e determinadas consequências. III - Muito embora o legislador, para a verificação de uma situação de assédio, não imponha um elemento volitivo traduzido no facto de o agente do mesmo pretender afetar a vítima, bastando que esse resultado derive objetivamente das condutas adotadas por aquele, tal instituto, em qualquer das suas vertentes, tem, em princípio, associado um objeto final ilícito ou, pelo menos, eticamente censurável [Ac. STJ, de 3-12-2014, CJ, n.º 259, Ano XXII, T. III, p. 258].

5) I - Deve considerar-se como não escrito o vocábulo “ameaçou” pois o mesmo não constitui um facto mas antes um conceito puramente normativo. II - O assédio moral pressupõe comportamentos do empregador ou superiores hierárquicos manifestamente humilhantes e atentatórios da dignidade do trabalhador, com determinada duração e que tenha como resultado o afetar a vítima causando-lhe perturbação ou constrangimento. III - O assédio moral pode existir independentemente da sua conexão com fatores de discriminação ou da existência de uma ação concertada entre o empregador e o superior hierárquico autor imediato dos comportamentos lesivos. IV - O empregador é responsável pelo ressarcimento dos danos sofridos pelo trabalhador em consequência dos atos de assédio praticados pelo superior hierárquico nos termos do art. 800º, n.º 1 do Código Civil [Ac. STJ, de 12-3-2014, CJ, n.º 254, Ano XXII, T. I, p. 264].

Assim, há que distinguir o assédio moral discriminatório (baseado em fator de discriminação) e o assédio moral não discriminatório. Este último assenta em dois grandes pilares: a *pessoa no próprio trabalhador* (e o valor dignidade como um dos garantes do direito geral de personalidade) e/ou *ambiente de trabalho*.

O assédio sexual distingue-se do moral pela manifestação própria: “comportamento indesejado de caráter sexual, sob forma verbal, não-verbal ou física¹⁰” (n.º 3).

Ambos decorrem de um comportamento indesejado e possuem o objetivo (finalidade) **ou** o efeito (elemento potencial) de causar uma lesão, culposamente ou não, criada pelo empregador ou decorrente da organização empresarial. Embora nos custe vislumbrar uma prática de assédio não intencional.¹¹

Atendendo à dificuldade de aplicação da concetualização, a lei portuguesa não se ancora apenas no elemento da vontade (elemento volitivo), refletindo, igualmente, o elemento potencial.

8 FINALIDADE E FORMAS DE ASSÉDIO MORAL

O assédio moral tem sempre por finalidade ou efeito o desgaste, a erosão do trabalhador que se tornou *persona non grata* ou sujeito de escrutínio e represália:

- por questões emocionais: rivalidades, desconfiança, inveja;
- políticas de empresa relativas a reestruturação ou redução de pessoal;
- regimes legais de proteção vistos como um encargo, como o regime da parentalidade);
- em consequência da sua personalidade e dos seus valores, caso do politicamente não alinhado ou de um legítimo *whistleblower*¹²;
- fatores externos, preterição a favor de outro trabalhador por conveniência de recrutamento, nepotismo.

A finalidade pode ser, em casos extremos, a denúncia contratual, dado que perante a falta de ilicitude disciplinar é impensável o despedimento por causa imputável ao trabalhador.

¹⁰ Com o objetivo ou o efeito perturbar ou constranger a pessoa, afetar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente inti-midativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador

¹¹ Para uma definição de assédio e sobre a necessidade ou não do elemento volitivo, v. Santos (2017, p. 286 a 293).

¹² Como o caso dos representantes dos trabalhadores para a segurança e saúde no trabalho, dos trabalhadores encarregados de proteção de dados.

Neste caso, o assédio é usado com uma precisa finalidade, designando-se de *assédio estratégico*.

Contudo, pode não ser essa a pretensão do empregador, antes pelo contrário, este pretende manter a relação laboral recorrendo a um processo disciplinador e punitivo da posição do trabalhador, para mais bem o submeter e explorar. Conhecido como *assédio emocional*, dado estar relacionado com a personalidade do assediador¹³.

- uma forma institucional vertical descendente [do superior hierárquico para os trabalhadores];¹⁴
- uma forma institucional horizontal;¹⁵

Os agentes são os próprios colegas de trabalho, por motivos tão díspares como a dissolução do espírito de coesão do grupo, concorrência, rivalidade, ascensão na carreira, alinhamento conveniente com a hierarquia, colocando em causa os direitos e as garantias dos trabalhadores.

- uma forma não institucional.

Neste caso, o assédio provém de terceiro, não relacionado com a hierarquia institucional, por ex., por parte de um cliente.

O empregador é responsável pelo facto, contanto que tendo conhecimento nada tenha feito para o evitar ou impedir a sua repetição.

O assédio institucional estratégico está intimamente ligado às políticas de:

- I. *esvaziamento de funções*, que o legislador proíbe expressamente (v. art. 129º, n.º 1, al. b), do CT, dedicado à prestação efetiva de desempenho);
- II. *isolamento social* (tratamento de silêncio) com os superiores hierárquicos (a quem reportam) e/ou os colegas;

¹³ Apesar de ainda pouco estudado, o perfil deste tipo de assediante denuncia uma sociopatia.

¹⁴ Dos inferiores hierárquicos para o superior, quando se questiona a chefia.

¹⁵ No assédio moral misto, os próprios trabalhadores (colegas de trabalho) são coautores da ação de assédio moral praticada pelo superior.

- III. violação da própria *arquitetura de desempenho e das condições de trabalho*, através de uma estratégia de desgaste (inclusive *burn out*¹⁶) e de perseguição profissional, uma espécie de *bossing* intencional e com o objetivo de não permitir a concretização de tarefas para, mais tarde, invocar violação de deveres legais e contratuais de desempenho, desvalorização pública; críticas injustificadas e humilhantes ao comportamento laboral; atribuição de tarefas para o qual o trabalhador não possui competência; construção de um ambiente de constante suspeição e conspiração;
- IV. *intimidação*, através de ameaças sistemáticas de despedimento, sabendo do receito do trabalhador em perder o posto de trabalho; manipulação de fatores sensíveis como crise económica e avaliação de desempenho¹⁷;
- V. *discriminação*, devido a características (físicas, psicológicas, etc.) do trabalhador que o vulnerabilizam.

9 COMPORTAMENTO INSTANTÂNEO OU DURADOURO

A construção científica e jurisprudencial¹⁸ da figura do assédio ao longo do tempo postulou uma atuação por parte do agressor com caráter duradouro e sistemático.

Contudo, a prática de assédio na atualidade e de acordo com o próprio entendimento legal pode se consumir instantaneamente, não carece, para possuir dignidade jurídica, de

¹⁶ A Resolução da Assembleia Legislativa da Região Autónoma da Madeira n.º 7/2018/M, recomenda ao Governo da República o reconhecimento da síndrome de Burnout como acidente de trabalho: <<https://dre.pt/web/guest/home/-/dre/114771735/details/maximized?serie=I&day=2018-02-27&date=2018-03-01>>.

¹⁷ É de relevar nos novos critérios de despedimento por extinção do posto de trabalho, a avaliação do desempenho.

¹⁸ 1) I – O assédio moral não é um conceito de natureza jurídica, mas sociológica. II – O assédio moral pode concretizar-se numa de duas formas: o assédio moral discriminatório, em que o comportamento indesejado e com efeitos hostis se baseia em qualquer fator discriminatório que não o sexo (*discriminatory harassment*); e o assédio moral não discriminatório, quando o comportamento indesejado não se baseie em nenhum fator discriminatório, mas pelo seu caráter continuado e insidioso tem os mesmos efeitos hostis, almejando, em última análise, afastar o trabalhador da empresa (*mobbing*). III – O comportamento subsumível ao conceito de assédio moral há de ser sistemático, repetitivo e com clara premeditação de realização daquela intenção. IV – Só pode ter-se por registada uma situação de *mobbing* naqueles casos em que subjacente ao comportamento indesejado do empregador ou dos superiores hierárquicos esteja a pretensão de forçar o trabalhador a desistir do seu emprego; dito de outro modo, essa pretensão constitui um elemento objetivo implícito do tipo de contraordenação previsto no art. 29º, n.ºs 1 e 4 do C.T./2009 [Ac. da RC, de 14-1-2016. In: <www.dgsi.pt> (Proc. n.º 1565/14.5T8LRA. C1)].

2) I – Configura-se uma situação de assédio moral ou *mobbing* quando há aspetos na conduta do empregador para com o trabalhador (através do respetivo superior hierárquico), que apesar de isoladamente analisados não podem ser considerados ilícitos, quando globalmente considerados, no seu conjunto, dado o seu prolongamento no tempo (ao longo de vários anos), são aptos a criar no trabalhador um desconforto e mal estar no trabalho que ferem a respetiva dignidade profissional e integridade moral e psíquica. II – Não se tendo apurado materialidade suficiente para se poder concluir por uma conduta persecutória intencional da entidade empregadora sobre o trabalhador, que visasse atingir os valores da dignidade profissional e da integridade física e psíquica, não se pode considerar integrada a figura do assédio moral [Ac. do STJ, de 29-3-2012. In: <www.dgsi.pt> (Proc. n.º 429/09.9TTLSB.L1.S1)].

prolongamento no tempo, verificada em atos repetidos e sistemáticos. O que deve ser relevado é a *gravidade do ato*.

Atente-se no assédio sexual, uma única violação, por exemplo, um único ato, é causa bastante para destruir toda a relação jurídica (no plano contratual) e colocar a vítima num estado de afetação e perturbação da sua dignidade (no plano criminal).

O mesmo se diga para o assédio moral, um único ato de humilhação pública (pense-se em reuniões de Chefia e nas desautorizações ou despromoções) pode colocar o visado num sofrido estado de degradação perante os seus pares e subordinados. Desse único ato pode advir uma insustentável e frágil posição que se irá manifestar numa deterioração da relação de trabalho.

O *incidente* apodrece debaixo do tapete e com ele a posição do trabalhador.

Aliás, nem se pondera outra possibilidade, tal a proteção que a integridade física e moral merece.

Não faz sentido, a não ser para efeito e como medida de reparação do dano moral, a distinção entre assédio sistemático e atos assediadores pontuais, desde que dotados de gravidade (que igualmente são assédio)¹⁹.

10 ÓNUS DA PROVA

“Ter o ónus da prova significa que é *aconselhável* ter a iniciativa da prova, a fim de evitar a consequência da falta de prova, o que leva alguma doutrina a preferir falar em *ónus de iniciativa da prova*” (FREITAS, 2017, p. 421).

No caso do *assédio não discriminatório*, tal ónus recai integralmente sobre o trabalhador, por força das regras gerais insertas no artigo 342º, n.º 1, do CC, o qual estipula que “àquele que invocar um direito cabe fazer prova dos factos constitutivos do direito alegado”.

¹⁹ Discordamos de Redinha (2003a, p. 833-847) que caracterizou o *mobbing* como uma “prática insana de perseguição, metodicamente organizada, temporalmente prolongada, dirigida normalmente contra um só trabalhador que, por consequência, se vê remetido para uma situação desesperada, violentado e frequentemente constrangido a abandonar o seu emprego, seja por iniciativa própria ou não.”. Definindo-o como, “prática de perseguição metódica e prolongada, dirigida a um trabalhador normalmente com a finalidade de o excluir da coletividade de trabalho.” (REDINHA, 2003b, p. 169-171).

Estando em causa o chamado *assédio discriminatório*, ocorre uma repartição do ónus da prova, cabendo ao empregador demonstrar a ausência de discriminação (art. 25º, n.º 5, do CT).

O exposto regime de prova foi mantido no CT/2009.

Como bem conclui Santos (2017, p. 305-306), “deste modo, da qualificação do comportamento como discriminatório resulta uma evidente vantagem para o lesado dada a modificação das coadjuvantes que permitem a sua aplicabilidade que, não obstante, correspondem ao padrão existente no direito pregresso.”.

Assim, estando em causa o *assédio não discriminatório*, a prova cabe ao trabalhador, sendo, por inerência, uma prova diabólica, face ao carácter oculto e insidioso do assédio, que será o adotado no grosso dos casos, agravado pela inexistência de demonstração palpável ou física. Como exemplo de uma prova diabólica, veja-se o seguinte Ac.:

III – Constitui exercício arbitrário do poder de direção a entidade empregadora alterar unilateralmente a situação profissional da trabalhadora, esvaziando o seu âmbito funcional e atribuindo-lhe funções inerentes a uma categoria profissional inferior à que detinha, sem motivo justificativo.

Contudo, tal factualidade é, por si só, insuficiente para se concluir que estamos perante uma situação de *mobbing*, na medida em que a trabalhadora não logrou provar as específicas condutas persecutórias que aponta à sua empregadora, nem a sua intencionalidade [RL, de 13-4-2011. In: <www.dgsi.pt> (Proc. n.º 71/09.4TTVFX.L1)].

A essa dificuldade foi sensível o legislador de 2017, com o reforço de regime de proteção para o denunciante e testemunhas de situações de assédio, que não podem por esse facto ser alvo de procedimento disciplinar, salvo se atuarem com dolo (art. 29º, n.º 6, do CT) e da presunção de abusivo o despedimento ou outra sanção aplicada alegadamente para punir uma infração, quando tenha lugar até um ano após a denúncia ou outra forma de exercício de direitos relativos a igualdade, não discriminação e assédio (art. 331º, n.º 1, al. b), do CT).

Por sinal, o art. 29º do Código do Trabalho está assim redigido:

Art. 29º Assédio

1 - É proibida a prática de assédio.

2 - Entende-se por assédio o comportamento indesejado, nomeadamente o baseado em factor de discriminação, praticado aquando do acesso ao emprego ou no próprio emprego, trabalho ou formação profissional, com o objectivo ou o efeito de perturbar ou constranger a pessoa, afectar a sua dignidade, ou de lhe criar um ambiente intimidativo, hostil, degradante, humilhante ou desestabilizador.

3 - Constitui assédio sexual o comportamento indesejado de carácter sexual, sob forma

verbal, não verbal ou física, com o objectivo ou o efeito referido no número anterior.
4 - A prática de assédio confere à vítima o direito de indemnização, aplicando-se o disposto no artigo anterior.

5 - A prática de assédio constitui contraordenação muito grave, sem prejuízo da eventual responsabilidade penal prevista nos termos da lei.

6 - O denunciante e as testemunhas por si indicadas não podem ser sancionados disciplinarmente, a menos que atuem com dolo, com base em declarações ou factos constantes dos autos de processo, judicial ou contraordenacional, desencadeado por assédio até decisão final, transitada em julgado, sem prejuízo do exercício do direito ao contraditório. (grifos nossos).

Tal deveria ser estendido a todos os casos de legítima denúncia relativa às condições de trabalho.

Perdeu-se uma oportunidade nesta alteração legislativa²⁰ de repensar o regime probatório, sendo plausível a solução de repartição do ónus da prova como regime geral. Ao trabalhador competiria demonstrar os factos que indiciam a prática de assédio e ao empregador caberia a prova de que tais factos não correspondem a assédio, pela ausência de intenção de perturbar ou afetar.

Ou acolhendo-se o regime do artigo 344º, do CC, que permite a inversão do ónus da prova, “quando haja presunção legal, dispensa ou liberação do ónus da prova, ou convenção válida nesse sentido, e, de um modo geral, sempre que a lei o determine” (n.º 1) ou “quando a parte contrária tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado” (n.º 2).

Ainda, na alteração de 2017, introduziu-se a obrigatoriedade de adoção de códigos de boa conduta para a prevenção e combate ao assédio no trabalho, sempre que a empresa tenha sete ou mais trabalhadores (art. 127º, n.º 1, al. k), do CT), sob pena de contraordenação grave (n.º 7). A verificação de uma desconformidade ou a verificação de más práticas poderiam ser um fator de presunção legal.

11 DISSOLUÇÃO CONTRATUAL

A violação deste conjunto de dispositivos por parte do empregador permite ao trabalhador *resolver o contrato de trabalho por justa causa subjetiva* (nos termos do art. 394º, n.º 2, al. f)²¹, do CT).

²⁰ O art. 29º do Código do Trabalho teve nova redação determinada pelo art. 2º da Lei 73/2017, Diário da República 157/2017, Série I, de 16 de agosto de 2017, com vigor a partir de 1.º-10-2017.

²¹ A qual engloba agora, via a alteração de 2017, a prática de assédio denunciada à ACT, praticada pelo empregador ou seu representante.

Ocorrendo justa causa subjetiva de resolução, o trabalhador tem direito à indemnização por antiguidade, a determinar entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo, atendendo ao valor da retribuição e ao grau da ilicitude do comportamento do empregador, não podendo ser inferior a três meses de retribuição base e diuturnidades (art. 396º, n.º 1, do CT), podendo este valor aumentar no caso de dano patrimonial e moral de montante mais elevado.²²

Por sua vez, o *despedimento por facto imputável ao trabalhador presume-se abusivo* quando tenha lugar até um ano após a denúncia ou outra forma de exercício de direitos relativos a assédio (art. 441º, n.º 2, al. b), do CT), e nesse caso, é-lhe conferido direito, caso não queira a reintegração, a indemnização por antiguidade de 30 a 60 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo ou fração de antiguidade (n.º 4, o qual remete para o art. 392º, n.º 3, do CT).

Bem como, no contexto dos efeitos gerais da ilicitude, a indemnização por todos os danos causados, patrimoniais e não patrimoniais (art. 389º, n.º 1, al. a), do CT).

12 RESPONSABILIDADE CIVIL

A prática de assédio, dissolvendo-se ou não a relação jurídico-laboral, é passível de indemnização civil por danos causados, à luz respetivamente do art. 396º ou art. 29º, n.º 4, ambos do CT.

Esse direito a indemnização pelo dano (se demonstrado e provado)²³ assenta, quanto a Portugal, numa *responsabilidade subjetiva* (por factos ilícitos ou por culpa, de acordo com o art. 483º, do CC) do empregador tratando-se de assédio vertical; bem como de assédio horizontal ou de terceiro (se do conhecimento do superior hierárquico ou

²² A solução atual corrigiu a injustiça presente no art. 443º, do CT/2003, que apenas acolhia um montante de indemnização correspondente a 15 ou 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade, incluindo o montante dos danos patrimoniais e morais. Dispunha o n.º 1: A resolução do contrato com fundamento nos factos previstos no n.º 2 do artigo 441º confere ao trabalhador o direito a uma indemnização por todos os danos patrimoniais e não patrimoniais sofridos, devendo esta corresponder a uma indemnização a fixar entre 15 e 45 dias de retribuição base e diuturnidades por cada ano completo de antiguidade.

²³ I - O assédio não confere automaticamente o direito a indemnização. Esta depende da alegação e prova de danos de natureza patrimonial ou não patrimonial, bem como do nexo de causalidade entra a situação de assédio e os danos. II - Cabe ao trabalhador o ónus de alegação e prova dos danos e do nexo de causalidade entre aqueles e o comportamento ilícito (assédio) da entidade patronal [Ac. RP, de 1.º-7-2013, CJ, n.º 247, Ano XXXVIII, T. III, p. 216].

empregador, dada a violação dos deveres acessórios previstos no art. 127º, n.º 1, als. c) e l), e eventualmente k)²⁴).

Em consonância como *dever de vigilância* que cabe ao empregador, a alteração de 2017 prevê a obrigatoriedade de instauração de procedimento disciplinar sempre que o empregador tenha conhecimento de alegadas situações de assédio no trabalho (art. 127º, n.º 1, al. l), do CT), sob pena de contraordenação grave (n.º 7).

A responsabilidade civil é ainda *contratual*, posto que está em causa a relação contratual, assente no regime próprio laboral e no art. 762º, do CC.²⁵

Sobre a dificuldade de inserir o **dano moral** na responsabilidade civil, lembra-se que é o próprio art. 28º, do CT (*ex vi*, art. 29º, n.º 4, do CT) que contempla, na relação laboral, os danos patrimoniais e não patrimoniais.

Em consequência dessa contextualização, ocorre uma presunção de culpa do empregador (art. 799º, do CC).

Assim, a responsabilidade é subjetiva e contratual, com o dever de ressarcimento do dano patrimonial e moral.

²⁴ Só em última instância se admite a responsabilidade extracontratual dos trabalhadores assediadores e se isenta a responsabilidade contratual do empregador. Já no acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 12 de março de 2014, se considerou que “sendo os atos de assédio praticados, culposamente, por um superior hierárquico do trabalhador, o empregador é responsável pelo ressarcimento dos danos sofridos, por força do disposto no artigo 800º, n.º 1, do Código Civil”. Processo n.º 590/12.5TTLRA.C1.S1 [Relator Mário Belo Morgado]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/6df21fcfab6d58aa80257c99005923d7?OpenDocument>>. Aliás, vendo o factualismo vertido no aresto, muito se duvida do desconhecimento por parte do empregador da violação ilícita do direito geral de personalidade do trabalhador Vejam-se os pontos 24 - Ante as dificuldades da autora no cumprimento das funções que lhe eram incumbidas CC, começou a dirigir à autora, nomeadamente; as seguintes expressões: “és burra”; “come palha”; “Só estás na BB porque de certeza mais ninguém te queria”; “O que é que aprendeste em 8 anos de casa? Não sabes fazer nada”; “não vales nada”, “Não tens onde cair morta”, “Trata-te”, “Eu sou a hierarquia e tu és o povo”; “eu mando e tu fazes” e 25- Esta atitude hostil, com expressões desta natureza foi-se tornando cada vez mais frequente e ocorreu durante vários meses antes da data em que a autora foi suspensa da sua prestação de trabalho pela entidade empregadora. Pacheco (2007, p. 269) adere à solução que “torna o comitente responsável, mesmo quando o comissário apenas se aproveita das suas funções para praticar o facto danoso”, face à natureza restritiva do preceito.

²⁵ Não subscrevemos, portanto, a posição de Redinha (2003a, p. 833), que postula uma responsabilidade extracontratual e alinhamo-nos com Pereira (2009, p. 221). Para Pacheco (2007, p. 252), “naqueles casos em que o assédio moral provenha do empregador, o trabalhador assediado poderá optar entre a responsabilidade civil extracontratual, por violação do direito subjetivo absoluto, ou contratual, por incumprimento do contrato [...]. Na responsabilidade contratual os danos não patrimoniais são ressarcíveis.”. Ainda, Veiga (2017, p. 121), “Só no quadro de uma relação laboral pode uma doença ser classificada como profissional. A obrigação de proporcionar boas condições de trabalho, designadamente no que respeita à segurança e saúde – artigo 127º, 1, als. c), g) e h), e do CT e demais leis em vigor, que constituem concretização do direito consagrado nas als. c) e f) do artigo 59º, da CRP, constituem deveres e direitos contratuais”.

13 ASSÉDIO COMO DOENÇA PROFISSIONAL

A Lei n.º 73/2017, de 16 de agosto, enquadra a responsabilidade do empregador pela reparação dos danos emergentes de doenças profissionais resultantes da prática de assédio (art. 283º, do CT), em termos que carecem de regulamentação própria, ainda não publicada, face ao carácter tipificado e de *numerus clausus*²⁶ da Tabela Nacional de Doenças Profissionais aprovado pelo Decreto Regulamentar n.º 6/2001, de 5 de maio e alterado pelo Decreto-Regulamentar n.º 76/2007, de 17 de julho²⁷.

²⁶ 1 - A elaboração e atualização da lista das doenças profissionais prevista no n.º 2 do artigo 283º do Código do Trabalho é realizada por uma comissão nacional, cuja composição, competência e funcionamento são fixados em legislação especial (art. 94º, n.º 1, da LAT).

²⁷ Já em 2002, Parreira (2003, p. 209 e ss.) indicava que os danos resultantes do assédio não se podem considerar, ao abrigo da LAT “nem como acidentes de trabalho porque não consubstanciam um facto fortuito, mas um ato deliberado do agressor, nem como doenças profissionais porque não integram a respetiva lista taxativa legal”. Em conformidade, v. o Ac. RP, de 10 de março de 2008, no que concerne ao acidente de trabalho e à doença profissional: As situações de “mobbing” ou de assédio não são configuráveis, entre nós, como acidentes de trabalho, nem como doenças profissionais: os primeiros, porque o facto não é instantâneo, nem fortuito, mas reiterado e deliberado e as segundas porque não constam da respetiva lista. Daí que as condutas ilícitas que surjam nesta área apenas sejam ressarcíveis no âmbito da responsabilidade civil, verificados os pressupostos dos artigos 483º e seguintes do Cód. Civil. É indicado no Ac: “Alega, para tanto, que sendo trabalhadora da R. C. em meados de dezembro de 2002 foi convidada a rescindir o contrato de trabalho por mútuo acordo ou a despedir-se, o que a A. veio a declinar em 2003-1-20, pelo que a partir do dia seguinte foi colocada numa secretária, sem lhe serem dadas tarefas para realizar e sendo proibida de falar com as colegas e estas de dirigir a palavra àquela, ficando também proibida de atender o telefone, usar o computador e de atender os clientes ao balcão, situação que se prolongou até 2003-2-21, data em que, não mais suportando o esgotamento nervoso, recorreu ao Serviço Nacional de Saúde, tendo-lhe sido dada baixa médica, o que tudo lhe determinou incapacidade permanente e parcial – com incapacidade permanente para o exercício da profissão habitual – de 19% e incapacidade temporária absoluta a partir desta última data, bem como danos não patrimoniais (Ponto 5). Proc. n.º 0716615 [Relator Ferreira da Costa]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/d1d5ce625d24df5380257583004ee7d7/01df3a917791a7aa80257418004e2965?OpenDocument>>.

Ainda, o Ac. STJ, de 13-1-2010, entendeu que:

V - A matéria de facto determinada de que a trabalhadora, na sequência da proposta realizada pela entidade empregadora para rescisão do seu contrato de trabalho, transferência para outro local de trabalho, e posterior inclusão num despedimento coletivo, entrou em situação de baixa médica, tendo-lhe sido diagnosticada uma “reação mista ansioso/depressiva prolongada”, que resultou da incerteza sobre a sua situação profissional, patologia essa desenvolvida entre dezembro de 2002 e julho de 2003 que lhe provocou uma incapacidade de 19% para o exercício da profissão habitual, não é reconduzível à noção de acidente de trabalho. VI - E isto porque a subitaneidade ou imprevisibilidade constitui a característica essencial da noção de “acidente”, entendendo-se esse pressuposto como reportado ao surgimento do sinistro no tempo e não já à sua concreta verificação (que tem a ver com o ciclo causal). VII - E é essa característica que permite distinguir, desde logo, o “acidente” da “doença profissional”, já que esta, em contraponto daquele, exige o desenvolvimento de um processo temporalmente continuado. VIII - A factualidade referida no ponto V também não integra a figura do “mobbing” consagrada no Código do Trabalho de 2003 (no caso não aplicável, face à temporalidade dos factos atendíveis) que se caracteriza por três facetas: a prática de determinados comportamentos; a sua duração, e as consequências destes, sendo usual associar-se a intencionalidade da conduta persecutória, o seu carácter repetitivo e a verificação de consequências na saúde física e psíquica do trabalhador e no próprio emprego. IX - Estes requisitos, constitutivos da figura do “mobbing”, para além de não se verificarem na factualidade provada nos autos, nunca integrariam a noção normativa atual de “acidente”. X - Atualmente, os atos lesivos decorrentes do “mobbing” apenas conferem à vítima, no quadro legal vigente, a reparação, nos termos gerais, dos danos sofridos (art. 26º CT). Proc. n.º 1466/03.2TTPRT.S1 [Relator Sousa Grandão]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7b5fdce3b0e4c049802577140032def0?OpenDocument>>

Em sintonia com a estratégia “Europa 2020” e o seu objetivo de aumentar as taxas de emprego, deverá ser prestada atenção à prevenção e eliminação dos riscos a que os trabalhadores estão mais frequentemente expostos, como é o caso dos problemas específicos relacionados com o tipo de tarefa ou a elevada intensidade de trabalho, bem como aqueles com um forte impacto sobre a sustentabilidade do trabalho, tais como a violência ou o assédio.

A Fundação Europeia para a Melhoria das Condições de Vida e do Trabalho (EUROFOUND) indica no Relatório *First findings: Sixth European Working Conditions Survey - Adverse social behaviour in the workplace*:

Violence in the workplace can take different forms and is a major risk factor for depression, anxiety and suicide. It is hard to gather reliable data on this subject, especially in a comparative framework. The survey aims to capture the reported incidence of various types of adverse social behaviour such as verbal abuse, unwanted sexual attention, threats and humiliating behaviour in the month before the survey and the occurrence of physical violence, sexual harassment and bullying/harassment over the previous 12 months. In 2015, 17% of women and 15% of men report having been exposed to adverse social behaviour, and 7% of all workers report having experienced some type of discrimination (up from 5% in 2005 and 6% in 2010).

Apesar do arts 283º, n.º 3, do CT e 94º, n.º 2, da LAT, indicarem que a lesão corporal, perturbação funcional ou a doença não incluídas na lista de doenças profissionais são indemnizáveis desde que se prove serem consequência necessária e direta da atividade exercida e não representem normal desgaste do organismo, ou seja, desde que se prove o respetivo nexo causal.

No entanto, esta norma residual apresenta-se parca e pouco exequível, pelo que urge uma regulamentação adequada, a enquadrar na Tabela Nacional de Incapacidades por Acidentes de Trabalho e Doenças Profissionais (Anexo I) e na Tabela Indicativa para a Avaliação da Incapacidade em Direito Civil (Anexo II) aprovadas pelo Decreto-Lei n.º 352/2007, de 12 de outubro.

No *direito laboral*, por exemplo, está em causa a avaliação da incapacidade de trabalho resultante de acidente de trabalho ou doença profissional que determina perda da capacidade de ganho, enquanto no âmbito do *direito civil*, e face ao princípio da reparação integral do dano nele vigente, se deve valorizar percentualmente a incapacidade permanente em geral, isto é, a incapacidade para os atos e gestos correntes do dia-a-dia, assinalando depois e suplementarmente o seu reflexo em termos da atividade profissional específica do examinando.

Estes regimes de concurso podem, no entanto, na aplicação prática, não serem complementares. Basta que o dano corporal (alterações na integridade psicofísica) esteja contemplado apenas num deles.

Assim, e estando prevista a reparação integral do dano, via responsabilidade civil, para uma adequada articulação é necessária a consagração legal das consequências da prática do assédio como doença profissional.

Pese embora, a bondade do enquadramento legal, duvidamos da sua exequibilidade, em particular para certas profissões ou desempenhos.

O efeito estigmatizador e desvalorizador será para muitos algo a equacionar devidamente. Ou seja, e numa visão realista, o diagnóstico pode provocar por si só, novo *assédio*.

14 ASSÉDIO COMO ACIDENTE DE TRABALHO

Continua, no entanto, por qualificar o assédio como acidente de trabalho, dado o carácter meramente enquadrador do art. 283º, do CT.

Tal qualificação obriga à revisão de toda a doutrina infortunistica e, consequentemente, da LAT, dado o entendimento de acidente como evento de carácter súbito e fortuito²⁸ e pela consagração legal do chamado risco profissional ou de negócio, gerador de uma responsabilidade meramente objetiva, pese embora, o agravamento de responsabilidade previsto no art. 18º.

O acidente de trabalho no caso de assédio é consequência direta, necessária ou eventual das condições de trabalho (nomeadamente *burn out*), atendendo a que está subjacente um *comportamento indesejado* com o objetivo (elemento finalístico) **ou** o efeito (elemento potencial) de provocar dano.

Considera-se acidente de trabalho aquele que se verifique no local e tempo de trabalho, produzindo lesão corporal, perturbação funcional ou doença de que resulte redução na capacidade de trabalho, de ganho ou a morte (art. 8º, n.º 1, da LAT - Lei n.º 98/2009, de

²⁸ Relembre-se que o assédio laboral é considerado, como se viu, mormente, pela jurisprudência como sistemático.

04 de setembro), ocasionado por um sinistro (acontecimento súbito e imprevisto) (QUINTAS, 2016, p. 148).

Após a revisão da definição, será de incluir, atento o factualismo, o acidente, como acontecimento súbito ou não, na atuação culposa do empregador (art. 18º, LAT²⁹), salvo provando-se o total desconhecimento da prática de assédio por parte do empregador ou superior hierárquico, o que se nos afigura algo admissível, tanto pelo requisito “indesejado”, como pela responsabilidade *in vigilando* que cabe ao empregador³⁰.

Após a revisão da definição, será de incluir, atento o factualismo, o acidente, como acontecimento súbito ou não, na atuação culposa do empregador (art. 18º, LAT), salvo provando-se o total desconhecimento da prática de assédio por parte do empregador ou superior hierárquico, o que se nos afigura algo admissível, tanto pelo requisito “indesejado”, como pela responsabilidade *in vigilando* que cabe ao empregador.

É de maior importância o enquadramento do assédio, se na primeira ou segunda parte do art. 18º, da LAT, para efeito de ónus da prova e de ressarcimento por dano moral³¹.

15 TIPOLOGIA CRIMINAL

A prática de assédio gozava de um regime de impunidade criminal até 2015.

²⁹ 1 - Quando o acidente tiver sido provocado pelo empregador, seu representante ou entidade por aquela contratada e por empresa utilizadora de mão-de-obra, ou resultar de falta de observação, por aqueles, das regras sobre segurança e saúde no trabalho, a responsabilidade individual ou solidária pela indemnização abrange a totalidade dos prejuízos, patrimoniais e não patrimoniais, sofridos pelo trabalhador e seus familiares, nos termos gerais.

2 - O disposto no número anterior não prejudica a responsabilidade criminal em que os responsáveis aí previstos tenham incorrido.

3 - Se, nas condições previstas neste artigo, o acidente tiver sido provocado pelo representante do empregador, este terá direito de regresso contra aquele.

³⁰ Pelo que não subscrevemos integralmente o entendimento de Parreira (2003, p. 242) que defende a possibilidade da equiparação do assédio moral aos acidentes de trabalho, aplicando-se o regime da responsabilidade pelo risco, com a consequente obrigação de transferir essa responsabilidade para uma seguradora.

³¹ I - A responsabilidade agravada da empregadora, prevista no artigo 18.º da LAT, pode ter um de dois fundamentos: (a) que o acidente tenha sido provocado pela empregadora, seu representante ou entidade por aquela contratada e por uma empresa utilizadora de mão de obra, ou (b) que o acidente resulte da falta de observância, por parte daqueles, das regras sobre segurança e saúde no trabalho; II - A única diferença entre estes dois fundamentos reside na prova da culpa, necessária no primeiro caso, e desnecessária no segundo; III - Todavia, ambos os fundamentos exigem, para além do comportamento culposos ou da violação normativa, respetivamente, a necessária prova do nexo causal entre o ato ou omissão que os corporizam e o acidente que veio a ocorrer. Ac. TRE, de 30-3-2017. Proc. 298/14.7TTFAR.E1 [Relator João Nunes]. Disponível em: <<http://www.dgsi.pt/jtre.nsf/134973db04f39bf2802579bf005f080b/52d8a69d639a7b2f8025810800326854?OpenDocument>>.

Não existe o tipo legal de *crime de assédio laboral*, pelo que as práticas descritas no preceito só serão punidas, verificados os pressupostos da lei geral penal.

A Lei n.º 83/2015, de 05 de agosto, aditou ao Código Penal, o crime de Perseguição, previsto no artigo 154º-A:

Quem, de modo reiterado, perseguir ou assediar outra pessoa, por qual-quer meio, direta ou indiretamente, de forma adequada a provocar-lhe medo ou inquietação ou a prejudicar a sua liberdade de determinação, é punido com pena de prisão até 3 anos ou pena de multa, se pena mais grave não lhe couber por força de outra disposição legal (n.º 1) (v. QUINTAS, 2013, p. 194).

E alterou o artigo 170.º (Importunação sexual)³²:

Quem importunar outra pessoa, praticando perante ela atos de carácter exibicionista, formulando propostas de teor sexual ou constringendo-a a contacto de natureza sexual, é punido com pena de prisão até 1 ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

Ambos os tipos legais de crime podem ser praticados em contexto ou para-contexto laboral e qualificam-se nos crimes contra as pessoas, estando a *Perseguição* incluída no capítulo dos crimes contra a liberdade pessoal e a *Importunação sexual* no capítulo dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais**: introdução geral. Cascais: Principia, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva São Paulo: Malheiros, 2008. Título original: *Theorie der Grundrechte*. (Berlin: Suhrkamp Verlag, 2006). Tradução da 5.ª ed. alemã.

BRODSKY, Carroll. **The harassed worker**. Lexington (Massachusetts): Lexington Books, 1977.

³² Este tipo legal de crime foi criado pela Lei n.º 59/2007, de 04 de setembro, sendo na sua altura, o seu teor: Quem importunar outra pessoa praticando perante ela atos de carácter exibicionista ou constringendo-a a contacto de natureza sexual é punido com pena de prisão até um ano ou com pena de multa até 120 dias, se pena mais grave lhe não couber por força de outra disposição legal.

CUNHA, Paulo Ferreira da. **Desafio metodológico dos direitos de personalidade**: categorias e conceitos nos 20 anos do CSC: homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier. BFDUC. v. III. Varia, Coimbra: Coimbra Ed. 2007.

EINARSEN, Stålee; SKOGSTADS, Anders. Bullying at work: epidemiological findings in public and private organizations. In: European Journal of Work and Organizational Psychology, 5, 1996. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1080/13594329608414854>>.

FERNANDES, António Monteiro. **Direito do trabalho**. 14. ed. Coimbra: Almedina, 2014.

FREITAS, José Lebre de. In: PRATA, Ana (Coord.). **Código civil anotado**. v. I. Coimbra: Almedina, 2017.

GOMES, Júlio Gomes. **Direito do trabalho**. v. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2007.

HIRIGOYEN, Marie France. **O assédio no trabalho**: como distinguir a verdade. Cascais: Pergaminho, 2002.

LEYMANN, Heinz. Mobbing and psychological terror at workplaces: violence and victims 5. Disponível em: <<http://www.mobbingportal.com/LeymannV&V1990.pdf>>.

LOPES, Sónia Kietzmann. **O assédio moral no trabalho**. Lisboa: PDT, 2009-82.

MATTHIESSEN, Stig Berge; EINARSEN, Ståle. Perpetrators and targets of bullying at work: role stress and individual differences. Disponível em: <<http://folk.uib.no//pssm/documents/Bullying-Matthiesen-Einarsen-2007.pdf>>.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. t. IV. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2008.

ONU. ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção Europeia dos Direitos do Homem. **Declaração Universal dos Direitos do Homem**. 10 de dezembro de 1948.

PACHECO, Mago Graciano de Rocha. **O assédio moral no trabalho: o elo mais fraco**. Coimbra: Almedina, 2007.

PARREIRA, Isabel Ribeiro. O assédio moral no trabalho. In: **V CNDT**. Coimbra: Almedina, 2003.

PEREIRA, Rita Garcia. **Avaliação dos danos patrimoniais do trabalhador resultantes de assédio e de violação do dever de ocupação efetiva: análise da jurisprudência**. Lisboa: PDT, 2017-II.

PEREIRA, Rita Garcia. **Mobbing ou assédio moral no trabalho**. Coimbra: Coimbra Ed., 2009.

PORTUGAL. Decreto-Lei n.º 48/95. Código Penal. **Diário da República**, n.º 63/1995, Série I-A, de 15 de março de 1995. Lisboa.

PORTUGAL. Lei 7/2009. Código do Trabalho. **Diário da República**, n.º 30/2009, Série I, de 12 de setembro de 2009. Lisboa.

QUINTAS, Paula. **Manual de segurança e saúde no trabalho**. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2016.

QUINTAS, Paula. **Os direitos de personalidade consagrados no código do trabalho na perspetiva exclusiva do trabalhador subordinado: direitos (des)figurados**. Coimbra: Almedina, 2013.

REBELO, Glória. **Assédio moral e dignidade no trabalho**. Lisboa: PDT, 2007 - 76-77-78.

REDINHA, Maria Regina Gomes. Assédio moral ou mobbing no trabalho. In: **Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa: estudos em homenagem ao Professor Raul Ventura**. v. II. Coimbra: Coimbra Ed., 2003a.

REDINHA, Maria Regina Gomes. Assédio moral ou mobbing no trabalho (sumário). In: **V CNDT**. Coimbra: Almedina, 2003b.

RODRIGUES, Judite. Parlamento Europeu com “dificuldade” em investigar acusações de assédio. Lisboa, Ed. Shifter, 31 de outubro de 2017. Disponível em: <<https://shifter.pt/2017/10/parlamento-europeu-acusacoes-de-assedio/>>.

SANTOS, Pedro B. **Do assédio laboral**: pelo reenquadramento do assédio moral no ordenamento jurídico português. Coimbra: Almedina, 2017.

UNIÃO EUROPEIA. Parlamento Europeu. O assédio no local de trabalho. Resolução A5-0283/2001 do Parlamento Europeu sobre o assédio no local de trabalho (2001/2339 (INI), de 20 de setembro de 2001. Jornal Oficial das Comunidades Europeias, p. 139-141, 28 de março de 2002. Disponível em: <<http://cite.gov.pt/imgs/resolucs/18Resol.pdf>>.

VEIGA, Antero. **A responsabilidade da entidade patronal por culpa na produção da doença profissional**: o ónus de prova e a fase administrativa prévia à ação. Lisboa: PDT, 2017-II.

VERDASCA, Ana Teresa Moreira. Assédio moral no local de trabalho: o caso do sector bancário português. Tese (Doutoramento)–ISEG - Instituto Superior de Economia e Gestão, Lisboa. 2011.

Submissão em: 9 agosto 2018

Pareceres favoráveis em: 12 outubro 2018

Il passaggio dai poteri istruttori di natura amministrativa alle funzioni di polizia giudiziaria e la valutazione di sospetti, indizi e notizie di reato¹

PIETRO SORBELLO²

Sommario. Il principio di legalità non è rivolto soltanto al diritto penale, ma guarda anche al processo ed attraverso il rispetto delle regole del procedimento probatorio intende assicurarne la giustizia. Se la circolazione degli elementi di prova acquisiti nell'esercizio dei poteri istruttori costituisce un limite ai principi di oralità e del contraddittorio, l'art. 220 disp. att. c.p.p. pone un controlimite all'utilizzabilità delle risultanze acquisite in sede amministrativa dal momento in cui emergono indizi di reato. Tra le diverse funzioni esercitate, l'art. 220 disp. att. garantisce, a livello di legislazione ordinaria, alcuni diritti fondamentali internazionalmente riconosciuti e costituzionalmente tutelati, in particolare, dall'art. 111 della Costituzione a norma del quale "la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge".

¹ Il presente contributo è stato pubblicato sulla Rivista della Guardia di Finanza, 1/2016: www.gdf.gov.it

² Dottore di ricerca in Diritto Penale. Tenente Colonnello, titolato Corso Superiore di Polizia Tributaria, in servizio presso il Nucleo di polizia-economico-finanziaria della Guardia di Finanza di Roma.

1 PREMESSA

Nel considerare la nozione di illecito l'immediata associazione d'idee sulla relativa declinazione è probabilmente influenzata dalla formazione e dalle esperienze individuali. Uno studioso del diritto civile potrà quindi specificarlo in termini "contrattuale" o "aquiliano" in vista di un'azione di risarcimento per il conseguente danno. Un penalista penserà invece al reato e tra gli attori nel procedimento penale, secondo le rispettive funzioni, alcuni saranno chiamati a svolgere indagini ed a raccogliere elementi sulla responsabilità dell'autore del fatto; altri, attraverso la prova, sosterranno in giudizio l'accusa a suo carico one assumeranno la difesa; vi è chi, infine, valutate le prove legittimamente acquisite, potrà condannare soltanto "se l'imputato risulta colpevole del reato contestatogli al di là di ogni ragionevole dubbio".

Sebbene la nozione di illecito sia stata tradizionalmente descritta in termini ora di contrarietà tra fatto e diritto³, ora di conformità del primo al secondo⁴, queste relazioni acquistano significato soltanto in rapporto alle sanzioni comminate dall'ordinamento (PAGLIARO, 2009, p. 231), nominalmente distinte in civili, amministrative o penali. Senza spingersi nell'individuare le differenze strutturali nelle situazioni giuridiche conseguenti alla commissione dell'illecito si vuole qui soltanto citare la categoria dell'"illecito di diritto

³ Secondo Carnelutti (1951, p. 227), l'illecito rappresenta "il rovescio ossia il fallimento del diritto".

⁴ La conformità è intesa quale requisito giuridico del fatto "che può costituire la ragione e la misura della valutazione negativa dell'ordinamento" In questi termini Dell'Andro (1958, II, p. 542 ss.).

pubblico” che accoglie le violazioni sanzionate in via tanto amministrativa quanto penale riguardo alle quali, a ragione della rilevanza pubblicistica degli interessi tutelati⁵, l’ordinamento attribuisce agli organi competenti poteri c.d. istruttori.

Le successive riflessioni saranno rivolte all’esercizio dei poteri istruttori di natura amministrativa, in particolare al momento che costituisce lo spartiacque tra questi e le funzioni di polizia giudiziaria e che l’art. 220 disp. att. c.p.p. fissa nell’emergere degli indizi di reato. Da questo momento è prescritta l’osservanza delle disposizioni del codice di rito finalizzata ad “assicurare le fonti di prova e raccogliere quant’altro possa servire per l’applicazione della legge penale”. Saranno quindi descritte le diverse funzioni affidate all’art. 220 disp. att. e spiegate le ragioni per le quali, rappresentando il primo contatto tra il diritto e la procedura penale, la sua osservanza esprima non già strumentalità del procedimento all’applicazione della legge penale quanto una pariteticità informata al rispetto di una duplice legalità.

2 IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E L’INTERAZIONE TRA DIRITTO PENALE E PROCESSO

Riconoscere al principio di legalità un’origine penalistica sarebbe riduttivo perché la sua matrice ha natura politica e scaturisce dall’esigenza di subordinare alla legge l’esercizio di ogni potere dello Stato (FOIS, 2010, p. 383).

In materia penale, il richiamo al principio di legalità coinvolge immediatamente il corollario della riserva di legge stabilito dall’art. 25, secondo comma, della Costituzione a norma del quale “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”. Se al diritto penale è riconosciuto il compito di assicurare le condizioni minime della convivenza sociale, comminando sì la sanzione più grave a fatti lesivi dei più importanti beni giuridici, il processo penale non deve perseguire soltanto “la funzione di tutelare la società contro la delinquenza, ma anche quella di difendere l’accusato dal pericolo di una condanna ingiusta”⁶. Alla dimensione sostanziale della legalità penalistica,

⁵ Sul punto si rinvia ad Antolisei (2013, p. 13).

⁶ Così Tonini (2015, p. 2 ss.), per il quale “le due esigenze hanno pari importanza. Non deve indurre in errore la considerazione secondo cui l’esigenza di tutela della società contro il delinquente riguarda tutti i cittadini e, perciò, costituisce un interesse pubblico, mentre la difesa dell’accusato è oggetto di un interesse privato. Da ciò non si può dedurre che la difesa della società debba prevalere sulla difesa dell’imputato [...] limitare le possibilità di difesa può ridurre il pericolo di assolvere il colpevole, ma aumenta il rischio di condannare l’innocente”.

la legge costituzionale 23 novembre 1999, n. 2, ne affiancò, simmetricamente, una processuale attraverso la riforma dell'art. 111 Cost.: stabilendo che “la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge”, l'art. 111, primo comma, ha elevato il giusto processo a condizione di legittimità della funzione giurisdizionale⁷.

Il “nessuno può essere punito se non in forza di una legge” ed il “giusto processo regolato dalla legge” esprimono quindi un'interazione tra diritto penale e processo che si sviluppa in termini di necessaria legalità (PADOVANI, 1999, p. 530), sul tradizionale versante sostanziale e su quello processuale, con particolare riferimento alla legalità probatoria⁸ la cui introduzione, nella dogmatica processual penalistica, è più recente⁹. Ancor prima dell'entrata in vigore del nuovo codice di procedura penale, invero, si affermò la consapevolezza che i diritti inviolabili dell'uomo potessero essere gravemente compromessi quando “a carico dell'interessato vengono fatti valere, come indizi o prove, attività compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino”¹⁰.

Fin dalle origini della sua elaborazione, la legalità probatoria è stata quindi indissolubilmente legata alla tutela dei diritti del singolo accusato e la disciplina del procedimento probatorio all'interno del processo penale esprime l'equilibrio tra i

differenti rapporti di forza che ogni ordinamento può raggiungere con riferimento all'immanente conflitto processuale fra potere dell'autorità e diritti dell'individuo [in vista di] una concezione dialettica della prova in forza della quale il dato conoscitivo è utilmente acquisito solo in un determinato ambito rispettoso delle modalità di formazione (DINACCI, 2008, p. 1)¹¹.

⁷ In questi termini Galantini (2011). Sulla riforma dell'art. 111 Cost. si rinvia a Cecchetti (2001, p. 49).

⁸ Per queste riflessioni si rinvia a Mazza (2011, p. 1525 ss.), il quale segnala “la necessità che il processo, e quindi anche ogni esperimento probatorio, sia integralmente regolato da disposizioni di legge e si svolga nel rigoroso rispetto delle prescrizioni normative”.

⁹ Per una ricostruzione storica si veda Santoriello (2010, p. 417 ss.). Con riferimento alla fase istruttoria, la Corte costituzionale affermò che le “attività probatorie compiute in dispregio dei fondamentali diritti del cittadino non possono essere assunte di per sé a giustificazione ed a fondamento di atti processuali a carico di quelle attività costituzionalmente illegittime abbia subito”. Così Corte cost., sentenza 06.04.1973, n. 34. In: Giurisprudenza (1973, p. 341), con nota di Grevi (1973, p. 341) il quale segnala la necessità di un “deciso rafforzamento del principio di legalità della prova anche a livello costituzionale”.

¹⁰ Così Corte cost., sent. 06.04.1973, n. 34. In: Giurisprudenza (1973, p. 341).

¹¹ Così Dinacci (2008, p. 1), per il quale, affinché la legalità processuale sia osservata, il giudice deve formare il proprio convincimento nel rispetto delle regole che sono “fondamentali proprio per individuare il corretto bilanciamento fra diritto e potere. Questo, infatti, implica l'esistenza di un limite che è individuabile proprio nel diritto del soggetto contro cui il potere si esercita. [Significativamente] in altre parole, il modo dell'accertamento vale quanto l'accertamento stesso”.

L'interazione tra diritto penale e processo si presenta quindi dinamica e bidirezionale perché comunica valori da entrambe le componenti, dovendosi così respingere quel dogma della strumentalità che relegava il processo al ruolo di "servo muto" rispetto ad un sistema di valori affermato solo nel codice penale. Al contrario, come efficacemente osservato, il processo penale è "servo loquace ed anche paritario"¹² perché esprime valori propri in base ai quali svolge una funzione necessariamente selettiva rispetto alle inosservanze immesse nel suo circuito (PADOVANI, 1999, p. 529).

Se il diritto penale trova attuazione solo mediante il giusto processo regolato dalla legge, un processo potrà dirsi giusto soltanto quando è orientato alla garanzia di tutti i valori costituzionali coinvolti perché un processo carente sotto il profilo delle garanzie, non è conforme al modello costituzionale a prescindere dall'esito al quale può pervenire¹³. Oltre che trovare specificazione nei principi enunciati nei commi successivi (TROCKER, 2001, p. 45), la nozione di giusto processo di cui all'art. 111, primo comma, Cost., evoca un "concetto ideale di Giustizia", preesistente alla legge e direttamente collegato a quei diritti inviolabili che lo Stato, in base all'art. 2 Cost., si impegna a riconoscere ed il cui contenuto può essere ricavato dai patti internazionali ai quali l'Italia ha aderito (TONINI, 2015, p. 42).

Nella prospettiva del giusto processo e del rispetto dei diritti fondamentali sarà quindi affrontata la questione dell'attività istruttoria in materia tributaria con particolare riferimento all'applicabilità della Convenzione europea dei diritti fondamentali ed alle condizioni e limiti al transito nel processo penale degli elementi di prova raccolti in sede amministrativa.

3 POTERI ISTRUTTORI IN MATERIA TRIBUTARIA, DIRITTI FONDAMENTALI ED APPLICABILITÀ DELLA CONVENZIONE EDU

L'art. 13 della legge 24 novembre 1981, n. 689 attribuisce, agli "organi addetti al controllo sull'osservanza delle disposizioni per la cui violazione è prevista la sanzione amministrativa",

¹² L'ulteriore metamorfosi si avrebbe dalla fase del "socio paritario" a quella del "socio tiranno" nella misura in cui "il processo penale assume il soddisfacimento delle esigenze di prevenzione generale correlate ai valori modali della prontezza e della celerità della pena, intervenendo direttamente sugli istituti sostanziali, di cui prospetta un "governo" a fini esclusivamente processuali [...] il processo finisce allora col garantire l'effettività di se stesso [...] autolegittimandosi come strumento di controllo sociale che trova in sé la propria giustificazione". Così Padovani (1992, p. 436).

¹³ In questo senso Corte costituzionale, sent. 04.12.2009, n. 317, richiamata da Mazza (2013, p. 4).

poteri istruttori “per l’accertamento delle violazioni di rispettiva competenza [...] fatto salvo l’esercizio degli specifici poteri di accertamento previsti dalle leggi vigenti”. È sufficiente accennare che l’espressione “poteri istruttori” definisce il complesso di poteri autoritativi di natura amministrativa, finalizzati al controllo dell’osservanza di determinati obblighi e qualificati istruttori perchè funzionali (anche) all’irrogazione di sanzioni amministrative¹⁴. Tale complesso si articola nei poteri di: *a*) richiedere, sia al contribuente che a terzi, la trasmissione di dati e notizie; *b*) richiedere, sia al contribuente che a terzi, l’esibizione e la trasmissione di determinati atti o documenti; *c*) invitare il contribuente a comparire, di persona o a mezzo di un proprio rappresentante, per fornire informazioni o chiarimenti; *d*) procedere all’esecuzione di accessi, ispezioni e verifiche, sia presso il contribuente che presso terzi¹⁵.

In materia tributaria, ad esempio, l’esercizio dei poteri istruttori persegue lo scopo (immediato) di controllare l’adempimento spontaneo del contribuente rispetto ad una serie di obblighi (tenuta di scritture contabili, dichiarazione del presupposto, autoliquidazione e versamento dell’imposta) e (più mediato) di esercitare la funzione di accertamento dei tributi, di riscossione e di irrogazione delle sanzioni (MICELI, 2012, p. 615 ss.). Al fine del corretto svolgersi dell’accertamento edell’attuazione del tributo sono inoltre previste specifiche sanzioni, amministrative o penali, comminate alla violazione degli obblighi sopracitati e del principio di collaborazione (mancata ottemperanza alle richieste di informazioni o documenti¹⁶ oppure esibizione o trasmissione di atti o documenti falsi o comunicazione di dati e notizie non rispondenti al vero¹⁷).

¹⁴ In materia fiscale, ad esempio, il principale modulo ispettivo adottato dalla Guardia di Finanza è la “verifica”, attività endoprocedimentale “finalizzata ad acquisire ed a comunicare all’Autorità amministrativa titolare del procedimento di accertamento delle imposte e di applicazione delle sanzioni, dati, elementi e notizie utilizzabili per la determinazione delle basi imponibili fiscalmente rilevanti e delle imposte nonché per l’irrogazione di sanzioni” amministrative. Così Italia (2008a, p. 4).

¹⁵ Per un’efficace sintesi si rinvia a Vanz (2014).

¹⁶ Il riferimento è agli illeciti amministrativi di cui agli artt. 9, secondo comma, ed 11, primo comma, del D.Lgs. 18.12.1997, n. 471. Diversa è la questione nel reato di occultamento di scritture contabili *ex* art. 10 del D.Lgs. 10.03.2000, n. 74, in cui, secondo la Suprema corte, il semplice rifiuto di esibizione non appare sufficiente ad integrare la fattispecie: “l’occultamento delle scritture contabili che integra gli estremi del delitto contestato può realizzarsi con qualsivoglia modalità e, quindi, con il materiale nascondimento nello stesso posto o in altro luogo rispetto a quello ove i documenti devono essere conservati e con il rifiuto a esibirli”. Così Cassazione Penale, Sez. III, sent. 07.10.2010, n. 38224. In: Italia (2010).

¹⁷ Si veda l’art. 11, primo comma, del D.L. 06.12.2011, convertito dalla legge 22.12.2011, n. 214 ed il relativo approfondimento di Lanzi; Aldrovandi (2014, p. 358).

Il profilo di maggior interesse è verificare se gli obblighi di collaborazione verso l'amministrazione finanziaria siano inderogabili o sussistano, invece, situazioni nelle quali il contribuente possa rifiutare di collaborare senza incorrere in sanzioni. La questione riguarda il riconoscimento, anche all' "uomo contribuente", del diritto fondamentale al silenzio¹⁸, ma ancor prima l'applicabilità della Convenzione EDU alla materia tributaria.

A ragione della dicotomia tra "materia civile" e "materia penale"¹⁹, contenuta all'art. 6 della Convenzione, la Corte EDU ha tradizionalmente escluso l'applicazione del diritto ad un processo equo²⁰ alla materia pubblicistica²¹ e soprattutto alla fiscalità, come indicherebbe l'art. 1 del primo Protocollo addizionale, sulla protezione della proprietà, a norma del quale la relativa salvaguardia non può pregiudicare "il diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie [...] per assicurare il pagamento delle imposte [...]"²². Una così rigida interpretazione della norma è stata progressivamente temperata da una lettura evolutiva della Convenzione EDU che ne ha riconosciuto l'applicabilità con riferimento a: il diritto ad un processo equo nella prospettiva non dei "diritti e doveri di carattere civile", bensì della materia penale²³; il *ne bis in idem*²⁴; la tutela del domicilio nel corso delle verifiche fiscali²⁵; il diritto al silenzio (anche) di

¹⁸ Sebbene non espressamente previsto nella Convenzione EDU, il diritto al silenzio ed a non contribuire alla propria incriminazione rappresenta un elemento importante della nozione di equo processo di cui all'art. 6. Sul punto si veda Corte EDU, sentenza 11.07.2006 (Jalloh c. Germania), par. 102.

¹⁹ Per l'approfondimento si veda Mazzacava (2013, p. 1.899), nonché, sulla "nozione di materia penale a geometria variabile", Vozza (2013).

²⁰ Sul tema si rinvia a Focarelli (2001).

²¹ La posizione è espressa nella sentenza 12.07.2001 (Ferrazzini c. Italia), in cui la Corte EDU affermò che "la materia fiscale fa parte ancora del nucleo duro delle prerogative della potestà pubblica" (par. 29).

²² Sulla questione si rinvia a Del Federico (2014, p. 72 ss.), il quale non manca di criticare "l'antistorica e pregiudizievole" concezione della Corte EDU "in cui la posizione Fisco-Amministrazione finanziaria tenuta ad attuare la legge, viene confusa con quella del Fisco-Stato impositore che mediante la legge (questa espressione di sovranità e supremazia) dispone il prelievo".

²³ Nella sentenza 23.11.2006 (Jussila c. Finlandia) la Corte ha ritenuto che se un processo tributario ha ad oggetto una sanzione che non solo assolve ad una funzione compensativa del danno prodotto, ma assume una valenza punitiva oltre che deterrente, esso deve rispettare l'art. 6, senza che la tenuità della sanzione sia decisiva per escluderne la natura penale (parr. 29-39) dovendosi tenere conto, anche alternativamente, dei criteri adottati nella sentenza 08.06.1976 (Engel c. Paesi Bassi).

²⁴ Il riferimento è ancora ai criteri di ENGEL, da ultimo ribaditi nelle sentenze 20.05.2014 (Nikänen c. Finlandia) e 10.02.2015 (Kiiveri ed Österlund, entrambe contro la Finlandia) nelle quali è stata accertata la violazione dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della CEDU.

²⁵ Nella sentenza 21.02.2008 (Ravon c. Francia) la Corte affermò che le garanzie dell'art. 6 non riguardano solo la fase processuale strettamente intesa, ma valgono anche nel corso del procedimento tributario e che è manifesto il carattere "civile" del diritto al domicilio (par. 24) tutelato, inoltre, dall'art. 8 (nel caso di specie, era in questione il diritto del contribuente a trovare adeguata tutela nel corso di una verifica fiscale che si era concretizzata in un accesso domiciliare).

fronte alle richieste che l'amministrazione finanziaria rivolge al contribuente, nel contempo, indagato in un procedimento penale.

Sotto quest'ultimo profilo, nella sentenza Chambaz²⁶ la Corte EDU affermò che, in presenza di "diverse procedure distinte condotte in parallelo [ed] in maniera tale che è impossibile distinguere le fasi della procedura che verte su 'un'accusa in materia penale' da quelle che hanno un altro oggetto" (par. 42), è possibile "esaminare globalmente, sotto l'angolo dell'art. 6, un insieme di procedure se queste sono sufficientemente legate tra loro per ragioni relative sia ai fatti sui quali poggiano, sia alle modalità di conduzione da parte delle autorità nazionali" (par. 43): di fronte a richieste dell'amministrazione finanziaria che possano portare ad un'autoincriminatione, il diritto al silenzio travalica pertanto i confini dei procedimenti penali, affacciandosi come garanzia ineludibile anche nei confronti dell'autorità amministrativa²⁷.

In realtà, il diritto al *nemo tenetur se detegere* era già stato riconosciuto dalla Corte di giustizia, in una procedura esclusivamente amministrativa, avuto riguardo all'esercizio dei poteri "di raccogliere informazioni e richiedere documenti" attribuiti alla Commissione dal Regolamento 6 febbraio 1962, n. 17, in materia di concorrenza:

benché possa obbligare un'impresa a fornirle tutte le informazioni necessarie [la Commissione] non può però pregiudicare i diritti della difesa [né] può pertanto imporre

²⁶ Il Sig. Chambaz, cittadino svizzero, fu indagato per evasione fiscale ed anche sottoposto ad un controllo fiscale nel corso del quale si rifiutò di consegnare documenti bancari. Per questo rifiuto si vide irrogate delle sanzioni amministrative. Nell'impugnare il provvedimento, il ricorrente lamentò la violazione del suo diritto a un equo processo, visto che obbligarlo a fornire i documenti richiesti nel procedimento amministrativo violava il diritto a non autoincriminarsi, in relazione alle parallele indagini per evasione.

²⁷ Posizione sostanzialmente simile a quella dell'ordinanza della Corte costituzionale 26.02.2002, n. 33 sulla questione di legittimità dell'art. 51, secondo comma, numero 2, del D.P.R. 633/1972 e dell'art. 32, primo comma, numero 2, del D.P.R. 600/1973 sollevata dalla CTR di Ancona con riferimento all'art. 24, secondo comma, Cost. Secondo il remittente sussisteva "una inconciliabile antinomia fra il regime istruttorio-probatorio proprio del procedimento penale, nel cui ambito l'indagato ha il diritto di non rispondere [...] e quello proprio della materia tributaria, in cui, a seguito della contestazione delle risultanze bancarie, la mancata o insufficiente giustificazione comporta l'applicazione della "presunzione di ricavi". [Pertanto, vi sarebbe] "un momento in cui il contribuente-indagato si trova a dover scegliere se rinunciare ai suoi diritti di indagato (silenzio) per far valere i suoi diritti di contribuente ovvero se rinunciare ai secondi per far valere i primi, esponendosi in tal modo alle previste sanzioni tributarie compresa l'applicazione di presunzioni legali sfavorevoli". Nel dichiarare la manifesta inammissibilità della questione, secondo la Corte "l'alternativa in cui si trova il contribuente fra l'avvalersi pienamente del diritto al silenzio di cui egli usufruisce in sede penale e il fornire elementi che potrebbero giovargli in sede tributaria ma, in ipotesi, nuocergli in altra sede, non realizza alcuna situazione di contrasto con il diritto di difesa, che si esplica in ogni procedimento secondo le regole proprie di questo: bensì attiene alle personali scelte che, di fatto, il contribuente-indagato può compiere circa le strategie con le quali difendersi in ciascuno dei distinti procedimenti, fermo restando, in ciascuno di essi, il rispettivo regime probatorio stabilito dalla legge". In: *Giurisprudenza* (2002, p. 304).

all'impresa l'obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l'esistenza della trasgressione (parr. 34-35)²⁸.

In estrema sintesi, la sentenza Chambaz interessa il rapporto tra l'esercizio di poteri istruttori da parte della P.A. e la circolazione di materiale probatorio dal procedimento amministrativo-tributario a quello penale²⁹. Tale rapporto pone una questione di garanzia del diritto fondamentale alla difesa il quale, senza qui considerare le diverse disposizioni costituzionali che ne impongono l'osservanza³⁰, sarà di seguito affrontata per verificare se l'ordinamento nazionale preveda una disciplina sufficientemente garantista che, sia scusato il gioco di parole, garantisca la giustizia del processo ai sensi dell'art. 111, primo comma, Cost.

4 LE ATTIVITÀ A FINALITÀ MISTA E LE FUNZIONI DELL'ART. 220 DISP. ATT. C.P.P.

È stato segnalato che una violazione del *ne bis in idem* in materia tributaria sorgerebbe per effetto dell'applicazione giurisprudenziale poiché, nelle ipotesi di omesso versamento,

²⁸ Nella sentenza 18.10.1989, causa 374/87 (Orkem c. Commissione), preso atto che il Regolamento n. 17 “non riconosce all'impresa [...] alcun diritto di sottrarsi per il motivo che potrebbe risultarne la prova di un'infrazione [...] le incombe, anzi, un obbligo di attiva collaborazione” (par. 27), la Corte di giustizia si chiese se, “in mancanza di un diritto al silenzio espressamente sancito [...] in qual misura, i principi generali di diritto comunitario, di cui fanno parte integrante i diritti fondamentali e alla cui stregua vanno interpretate tutte le norme di diritto comunitario, impongano il riconoscimento di non fornire informazioni che possono essere utilizzate per provare, contro chi le fornisce, l'esistenza di un'infrazione delle norme sulla concorrenza” (par. 28). Poiché “gli ordinamenti giuridici degli Stati membri riconoscono il diritto di non testimoniare contro se stessi solo all'imputato in un procedimento penale, l'analisi comparativa dei diritti nazionali, pertanto, non consente di concludere nel senso dell'esistenza di detto principio [...] in favore delle persone giuridiche e per infrazioni di natura economica” (par. 29). Non trovando un aggancio nell'art. 6 della Convenzione Edu né all'art. 14 n. 3, lett. g), del Patto internazionale, secondo la Corte “talune limitazioni al potere di investigazione della Commissione nel corso dell'indagine preliminare [...] scaturiscono dalla necessità di garantire il rispetto dei diritti della difesa, considerati dalla Corte un principio fondamentale dell'ordinamento giuridico comunitario” (par. 32).

²⁹ Si rinvia a Garuti (2012, p. 777).

³⁰ Per l'approfondimento si veda Manacorda (2011, p. 147 ss.), nonché Manes (2012, p. 48 ss.). Basti qui segnalare che al rispetto dei diritti fondamentali sono stati subordinati anche i valori della certezza e stabilità del giudicato. Nella sentenza 07.04.2011, n. 113, infatti, la Corte costituzionale ha ritenuto illegittimo l'art. 630 c.p.p. “per la violazione dell'art. 117, primo comma, e dell'art. 46 della Cedu, nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna per la riapertura del processo, quando ciò sia necessario per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea”. Secondo la Corte, “l'obbligo di conformarsi alle sentenze definitive della Cedu comporta infatti anche l'impegno degli Stati contraenti a permettere la riapertura dei processi, su richiesta dell'interessato, quante volte essa appaia necessaria ai fini della *restitutio in integrum* in favore del medesimo, nel caso di violazione delle garanzie riconosciute dalla Convenzione [...] garanzie che, con particolare riguardo alle previsioni dell'art. 6 della Cedu, trovano ampio riscontro nel vigente testo dell'art. 111 della Costituzione”. In: Giurisprudenza (2011, p. 2.646), con nota di Pustorino (2011, p. 2.646).

la Suprema Corte ha ritenuto sussistere un rapporto non già di specialità bensì di progressione criminosa³¹. Questo semplice accenno, da una parte, lascia apprezzare l'esistenza di settori normativi nei quali, alla stregua di criteri selettivi fissati dalla fattispecie incriminatrice, alcune violazioni accertate “nel corso delle attività ispettive o di vigilanza” possono assumere rilevanza penale³²; dall'altra, consente d'introdurre il fenomeno degli atti a finalità “mista” il cui referente normativo è costituito dall'art. 220 disp. att. c.p.p. a norma del quale “quando nel corso di attività ispettive o di vigilanza previste da leggi o decreti emergono indizi di reato, gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale sono compiuti con l'osservanza delle disposizioni del codice”³³. Si tratta di una norma plurifunzionale e per la cui operatività è necessario individuare il contenuto della locuzione “indizi di reato” e, conseguentemente, il momento della loro emersione.

Senza poter scendere nel dettaglio, secondo le Sezioni unite il presupposto di operatività dell'art. 220 disp. att. deve rinvenirsi nella “mera possibilità di attribuire comunque rilevanza penale al fatto che emerge dall'inchiesta amministrativa e nel momento in cui emerge, a prescindere dalla circostanza che esso possa essere riferito ad una persona determinata”³⁴. In questo caso, analogamente ad altre ipotesi codicistiche³⁵, la nozione di indizio assume un significato dinamico, diverso rispetto all'art. 192, secondo comma, c.p.p.: mentre nelle prime ipotesi l'indizio, “collegato solo indirettamente all'attività di verifica di un addebito [...] mira a soddisfare esigenze connesse a sviluppi intermedi del procedimento penale senza essere finalizzato alla fissazione del fatto oggetto del medesimo” (UBERTIS, 1997, p. 8), nella seconda, alle condizioni di pluralità, gravità precisione e concordanza, l'indizio integra la prova indiretta intesa quale ragionamento

³¹ Quanto all'omesso versamento delle ritenute “la presenza della previsione dell'illecito amministrativo ex art. 13, primo comma, D.Lgs. 471/1997, e la consumazione in concreto di esso, non sono di ostacolo all'applicazione, per lo stesso periodo d'imposta e nella ricorrenza di tutti gli specifici presupposti, della statuizione relativa all'illecito penale di cui al D.Lgs. 74/2000 art. 10-*bis*. [...]”. Così Cass. pen., Sez. unite, sent. 12.09.2013, n. 37425 (Favellato). Si consenta il rinvio a Sorbello (2014, p. 1.768).

³² Anche il dato normativo considera l'evenienza al citato art. 2 del D.Lgs. 68/2001 che demanda alla Guardia di Finanza “compiti di prevenzione, ricerca e repressione delle violazioni [intese come illeciti amministrativi o penali] ferme restando le norme del codice di procedura penale”.

³³ Per l'approfondimento si rinvia a Kostoris (1990, p. 74 ss.).

³⁴ Così Cass. pen., Sez. Unite, 28.11.2001, n. 45477. In: *Giurisprudenza* (2002, p. 1.235).

³⁵ Ad esempio gli artt. 63, primo comma (dichiarazioni indizianti), 267, primo comma, (presupposti del provvedimento di intercettazioni), 273, primo comma, (condizioni generali di applicabilità delle misure cautelari personali), 384, primo comma (fermo d'indiziato di delitto).

logico che da un fatto certo (provato) ricava l'esistenza di un ulteriore fatto (incerto) che costituisce l'oggetto di prova³⁶.

4.1 Raccordo tra Legislazione Speciale e Codice di Procedura Penale

Ad un *primo* livello, l'art. 220 disp. att. funge da raccordo tra legislazione speciale e codice qualora, nel corso dell'esercizio di poteri istruttori di natura amministrativa, si abbia conoscenza di fatti penalmente rilevanti.

È stata sottolineata la genericità dell'art. 220 disp. att. perché la locuzione "attività ispettive e di vigilanza" non definirebbe i tipi di accertamento in questione né consentirebbe di ricondurre ad una previsione unitaria i diversi accertamenti previsti dalla legislazione speciale. Al contrario, evitando un approccio casistico, la medesima disposizione permette la più ampia operatività della norma così riconoscendo le garanzie del diritto di difesa quando, nell'esercizio di poteri istruttori di natura amministrativa, emergono indizi di reato (MARINELLI, 1999, p. 590): da tale momento, infatti, "si deve ritenere iniziata un'indagine penale, ancorché non sia stata formulata un'ipotesi di reato con indicazione delle norme di legge che si assumono violate"³⁷.

Come anticipato, la disciplina generale dei poteri istruttori della pubblica amministrazione è contenuta all'art. 13 della legge 689/1981, al quale la legislazione speciale affianca previsioni che consentono di specificarne l'attività in relazione al settore d'intervento, ad esempio in materia tributaria³⁸, antiriciclaggio e valutaria³⁹ e, più in generale, di polizia economico-finanziaria le cui funzioni, ai sensi dell'art. 1 del D.Lgs. 19 marzo 2001, n. 68, la Guardia di Finanza assolve "a tutela del bilancio pubblico, delle regioni, degli enti locali

³⁶ In senso conforme, Fanuele (2012, p. 51), per la quale il termine "indizi" sta a significare una "qualificata probabilità di reato", indicando solo il minimum necessario per iniziare il procedimento penale; ma non richiama il concetto di indizio in senso tecnico (quello, cioè, di "segno" adoperato ai fini d'una operazione logica inferenziale".

³⁷ Così Cass. pen. Sez. III, sent. 24.09.2001. In: Giurisprudenza (2002, p. 1.035).

³⁸ I poteri di polizia tributaria sono disciplinati dagli artt. 34 e 35 della legge 07.01.1929, n. 4, sulla repressione delle violazioni delle leggi finanziarie, nonché, per i principali tributi, dagli artt. 51 e 52 del D.P.R. 26.10.1972, n. 633, in materia di IVA, e 32 e 33 del D.P.R. 29.09.1973, n. 600, in materia di accertamento delle imposte sui redditi. Sul tema si rinvia a Itàlia (2008, p. 61 ss.).

³⁹ Ai sensi dell'art. 8, commi quarto e quinto, del D.Lgs. 21.11.2007, n. 231, di attuazione della direttiva 2005/60/CE in materia antiriciclaggio, per effettuare gli approfondimenti delle segnalazioni di operazioni sospette ed eseguire i controlli antiriciclaggio "gli appartenenti al Nucleo speciale di polizia valutaria della Guardia di Finanza esercitano anche i poteri loro attribuiti dalla normativa valutaria" di cui al D.P.R. 31.03.1988, n. 148. Sul punto si veda Italia (2012a, p. 86).

e dell'Unione europea"⁴⁰. A prescindere dalla tipologia di accertamento ispettivo, l'emergere degli indizi di reato segna il confine tra procedimento amministrativo ed indagini preliminari, tra poteri di polizia amministrativa e funzioni di polizia giudiziaria, e l'art. 220 disp. att. diventa così una regola di comportamento doveroso.

La dottrina prevalente ritiene che la locuzione "indizi di reato" equivalga a quella di notizia di reato⁴¹ non ostante le argomentate posizioni contrarie⁴²: poiché con la formula "gli atti necessari per assicurare le fonti di prova e raccogliere quant'altro possa servire per l'applicazione della legge penale" l'art. 220 disp. att. reimpiega quella usata all'art. 55, primo comma, c.p.p. nel delineare le funzioni di polizia giudiziaria successive alla presa di conoscenza della notizia di reato (BELLANTONI 2009, p. 112, nota 27), si ritiene infatti che l'emergere degli indizi "integri gli estremi di una notizia di reato di cui informare senza ritardo il pubblico ministero a norma dell'art. 347 c.p.p. e qualifica senz'altro gli atti successivi di approfondimento come atti di polizia giudiziaria"⁴³.

4.2 Regola di Graduazione Comportamentale tra Sospetti ed Indizi di Reato

Ad un *secondo* livello l'art. 220 disp. att. integra una regola di comportamento doveroso volta a prevenire che "attraverso l'adozione, senza soluzione di continuità, dei moduli propri dell'attività amministrativa, si finisca per eludere il regime stabilito dal codice di procedura penale per il compimento degli atti delle indagini" (RAFARACI, 2015, p. 674)⁴⁴.

⁴⁰ A norma del successivo art. 2, quarto comma, "ferme restando le norme del codice di procedura penale e delle altre leggi vigenti, i militari del Corpo della Guardia di Finanza si avvalgono delle facoltà e dei poteri previsti dagli articoli 32 e 33 del D.P.R. 600/1973, 51 e 52 del D.P.R. 633/1972": tale previsione ha esteso i poteri istruttori, originariamente previsti per il settore tributario, alla prevenzione, ricerca e repressione di qualsiasi violazioni in materia economico finanziaria, come definita all'art. 1, secondo comma, del D.Lgs. 68/2001. In senso conforme, secondo la Suprema corte l'attività di verifica svolta ai sensi dell'art. 2, D.Lgs. 68/2001 ha assunto un ambito di operatività più ampio, sostanzialmente coincidente con quello di una vera e propria polizia economico-finanziaria e quindi non limitato alla sola materia fiscale e tributaria. Così Cass. pen., Sez. III, ord. 28.03.2012, n. 14026. In: Italia (2012b). Sulle funzioni di polizia economico finanziaria si rinvia a Scuola (2004).

⁴¹ Così Orlandi (1992, p. 156), per il quale "la notizia di reato, allo stesso modo dell'indizio *ex* art. 220, è il presupposto al cui verificarsi deve seguire l'applicazione della normativa processuale penale". Si veda anche Kostoris (1990, p. 83).

⁴² Si veda Aprati (2010, p. 17 ss.), la quale accosta gli "indizi di reato" *ex* art. 220 disp. att. al "sospetto di reato" sorto per la morte di una persona, che autorizza il p.m., se del caso, a ordinare l'autopsia ai sensi dell'art. 116 disp. att. c.p.p. In senso conforme Italia (2008b, p. 159), secondo cui l'art. 220 disp. att. "fa riferimento ad "indizi di reato" e, quindi, è da ritenere che l'obbligo dalla stessa contemplato si perfezioni in un momento antecedente al manifestarsi di quello concernente la comunicazione di notizia di reato al Pubblico Ministero".

⁴³ In questi termini Rafaraci (2015, p. 675).

⁴⁴ Si veda anche Uberris (1993, p. 144 ss.).

Il passaggio dalle funzioni di polizia amministrativa a quelle di polizia giudiziaria non comporta però la sospensione delle prime perché l'attività amministrativa potrà legittimamente continuare secondo il corrispondente regime⁴⁵.

Poiché la norma richiede un'osservanza finalizzata all'applicazione della legge penale⁴⁶, se l'inosservanza dell'art. 220 disp. att. non inficia l'utilizzabilità ai fini amministrativi, essa può eventualmente determinare in capo agli operatori conseguenze di natura sia penale, per omessa denuncia (361, commi primo⁴⁷ o secondo, c.p.) e per omissione di eventuali ulteriori atti da compiere per "ragioni di giustizia" (art. 328, primo comma, c.p.), che disciplinare se agli operatori sono attribuite anche funzioni di polizia giudiziaria (art. 16 disp. att.). L'accennata eventualità, avuto almeno riguardo alle indicate ipotesi delittuose integrate dal dolo, deriva dalla difficoltà d'individuare il momento della "metamorfosi funzionale" a partire dal quale è richiesta l'osservanza dell'art. 220 disp. att.; tale la difficoltà è maggiore qualora la medesima autorità ispettiva cumuli le qualifiche di polizia amministrativa e di polizia giudiziaria⁴⁸.

Se la corretta acquisizione della formula "indizi di reato" è funzionale alla regola comportamentale, l'osservanza dell'art. 220 disp. att. non è prescritta in presenza di una

⁴⁵ In senso conforme Kostoris (1990, p. 81), nonché Italia (2008b, p. 162), per cui l'emergere degli indizi di reato "non significa evidentemente che tale ultima attività [la verifica] deve arrestarsi, potendo la stessa proseguire sulla base delle disposizioni normative e procedurali di carattere fiscale, con riguardo a fatti e situazioni di natura diversa rispetto a quelli aventi rilevanza penale"

⁴⁶ Non appare condivisibile l'auspicio di prescrivere l'osservanza delle norme del codice fin dall'avvio dell'attività ispettiva e, quindi, ancor prima dell'emergere di indizi di reato, considerandosi equivalente all'attività di polizia giudiziaria quella amministrativa qualora "finalizzata a verificare se il soggetto controllato abbia o meno violato norme di rilievo penale". Così Furin (1999, p. 2.726). In verità, Rafaraci (2015, p. 676), riporta che durante i lavori preparatori del codice, la stessa posizione era stata propugnata dalla Commissione parlamentare che suggeriva di anticipare le garanzie fin dall'inizio delle "attività ispettive o di vigilanza di per sé suscettibili di far emergere dati di rilevanza anche penale". L'auspicio era forse condivisibile quando non esistevano le leggi 241/1990 (sul procedimento amministrativo) e 212/2000 (sullo Statuto dei diritti del contribuente) il cui art. 12 riconosce il diritto di farsi assistere, nel corso di un'attività ispettiva, da un professionista abilitato alla difesa dinanzi alla giustizia tributaria (si veda BORRELLI, 2015, p. 216), né si era ancora affermato il principio del contraddittorio ai sensi e per gli effetti (diretti) dell'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che va oltre l'ambito penale processuale. Su quest'ultimo punto si veda Thione; Vaccaro (2015, p. 139), nonché Caneschi [s. d., in corso di pubblicazione].

⁴⁷ Il richiamo al primo comma dell'art. 361 c.p. consente di precisare che l'art. 220 disp. att. non attribuisce funzioni di polizia giudiziaria al pubblico ufficiale che ne sia sprovvisto quando, nel corso delle attività ispettive o di vigilanza, emergono indizi di reato.

⁴⁸ In questi termini Kostoris (1990, p. 74), per cui l'emergere degli indizi di reato comporta il passaggio alle funzioni di polizia giudiziaria di cui all'art. 55 c.p.p. In senso conforme Felicioni, (2012, p. 163), per la quale "una volta che sono emersi indizi di reato, vi è una progressione dell'attività di polizia amministrativa in attività di polizia giudiziaria e non possono essere adottate modalità di accertamento diverse da quelle previste dal codice di rito".

rappresentazione del fatto che non supera il livello del sospetto nella “catena che può condurre alla verifica dell’oggetto di prova”⁴⁹. Tale catena segue uno sviluppo verticale direttamente proporzionale all’intensità persuasiva degli strumenti gnoseologici e nella sua progressione il sospetto presenta “scarsa persuasività” e l’indizio avrebbe minore efficacia dimostrativa rispetto alla prova (in senso stretto) e maggiore rispetto al sospetto⁵⁰.

In forza delle indicazioni codicistiche e della legislazione speciale possono distinguersi livelli di rappresentazione del fatto reato cui corrispondono comportamenti doverosi differenti.

In linea generale, il sospetto non nega l’esistenza di un fatto, ma la sua persuasione ha un’efficacia quantitativamente differenziata e diversamente apprezzata dall’ambito normativo di riferimento, in particolare nella legislazione tributaria⁵¹, allorquando è qualificato come presupposto operativo: al di fuori dell’art. 116 disp. att., il sospetto produrrà la descritta metamorfosi funzionale soltanto nelle ipotesi in cui gli è normativamente riconosciuta una posizione analoga all’indizio “nella catena degli atti che segnano l’avvio e gli immediati sviluppi del procedimento penale.” (BONTEMPELLI, 2009, p. 173).

Con la scelta dell’una (sospetto) o l’altra (indizi) formula il legislatore “determina nell’organo procedente una graduazione comportamentale nella salvaguardia dei valori eventualmente lesi dall’attività investigativa”⁵², ma il passaggio dalle funzioni di polizia amministrativa a

⁴⁹ Sul punto rinvia ad Ubertis (1997, p. 7).

⁵⁰ Così Ubertis (1995, p. 296 ss.). A differenza del sospetto, tradizionalmente descritto come ipotesi priva di riscontro obiettivo perchè derivata da un’intuizione soggettiva, l’indizio poggia invece su un elemento certo e concreto (il fatto noto) dal quale acquisire la conoscenza del fatto ignoto attraverso un procedimento inferenziale. Si veda Battaglio (1995, p. 410). Una distinzione basata sul riscontro obiettivo che distinguerebbe l’indizio dal sospetto è stata tuttavia ritenuta illusoria: a meno che non si ammetta che l’organo procedente “possa agire in conformità a proprie fantastiche od oniriche rivelazioni, è evidente che anche il più esile sospetto non possa che trarre spunto da elementi concreti. Non va confusa, cioè, la scarsa persuasività di questi ultimi con la loro inesistenza”. Così Ubertis (1997, p. 7). In senso conforme, in materia di prevenzione dell’utilizzo del sistema finanziario a scopo di riciclaggio, ai fini della segnalazione di operazioni sospette l’art. 41, primo comma, del D.Lgs. 231/2007 precisa che “il sospetto è desunto dalle caratteristiche, entità, natura dell’operazione o da qualsivoglia altra circostanza conosciuta in ragione delle funzioni esercitate, tenuto conto anche della capacità economica e dell’attività svolta dal soggetto cui è riferita, in base agli elementi a disposizione dei segnalanti, acquisiti nell’ambito dell’attività svolta ovvero a seguito del conferimento di un incarico”. Sul concetto di operazione sospetta si rinvia a Capolupo (2015, p. 429 ss.).

⁵¹ A titolo esemplificativo e non esaustivo si segnalano gli artt. 33 della citata legge 4/1929 e 18, terzo comma, lett. d) del D.Lgs. 504/1995, recante il testo unico in materie di imposte sulla produzione e sui consumi, che legittimano perquisizioni domiciliari in caso di “notizia o fondato sospetto” di violazioni costituenti reato con riferimento a tributi tassativamente previsti.

⁵² In questi termini Ubertis (1997, p. 8).

quelle di polizia giudiziaria può non essere agevole perché dinamico e potenzialmente condizionato da valutazioni soggettive⁵³. L'applicazione dell'art. 220 disp. att., infatti, è in alcuni casi esposta ad incertezze non facilmente superabili dovute non soltanto al tipo legale⁵⁴, ma anche alla variabilità delle fattispecie concrete, all'impostazione dell'attività di controllo, alla sensibilità degli operatori. Questa valutazione non sempre è agevole, in particolare con riferimento ai reati caratterizzati da soglie di punibilità⁵⁵, a quelli di pericolo concreto⁵⁶ ed ai reati integrati da condotte fiscalmente elusive⁵⁷.

⁵³ Sempre in materia tributaria, tale difficoltà potrebbe sorgere con riferimento all'accesso presso il domicilio del contribuente che gli artt. 52 del D.P.R. 633/1972 e 33 del D.P.R. 600/1973 consentono, previa autorizzazione del procuratore della Repubblica, solo in presenza di gravi indizi di violazioni tributarie. Sul punto è stato correttamente evidenziato che se i gravi indizi di reato riguardano la commissione di un reato, la polizia tributaria non dovrebbe agire secondo le modalità di cui all'art. 52, ma secondo le disposizioni del codice di rito. Muovendo dalla prassi per cui "l'indicazione della violazione tributaria non costituisce indice della sua sussistenza, che deve essere ancora verificata", l'Autrice avverte che lo "spostamento dell'emersione sostanziale degli indizi di reato ad un periodo successivo, pur dichiarandone formalmente l'esistenza" determinerebbe il rischio del mancato riconoscimento delle garanzie richieste dall'art. 220 disp. att. Così Alesci (2015, p. 93). Ferma restando l'utilizzabilità dei documenti precostituiti, si ritiene che questo rischio sia escluso dall'art. 63 c.p.p., in particolare il secondo comma, a norma del quale "se la persona doveva essere sentita sin dall'inizio in qualità di [...] persona sottoposta alle indagini, le sue dichiarazioni non possono essere utilizzate".

⁵⁴ Sul punto si rinvia ad Orlandi (1996, p. 568 ss.), che segnala lo stretto rapporto tra determinatezza delle fattispecie incriminatrici e possibilità di vincolare l'operato e i poteri dell'accusa "alle condizioni che dovrebbero accompagnare l'inizio di un procedimento penale: la precisa individuazione del presupposto di fatto che dà corpo alla *notitia criminis*". Così Insolera (2011, p. 452).

⁵⁵ Secondo la Suprema Corte, durante una verifica fiscale gli indizi di reato di dichiarazione infedele di cui all'art. 4 del D.Lgs. 74/2000 devono considerarsi emersi non all'avvenuto superamento della soglia di imposta evasa perché questo "comporterebbe che nei reati che prevedono una tale soglia non dovrebbero mai osservarsi le modalità previste dal codice ("una simile posizione non è ammissibile perché elude gli obblighi di legge, con lesione del diritto di difesa e dei principi del giusto processo"), bensì ancor prima, alla concreta probabilità che la medesima sia superata. Così Cass. pen., Sez. III, sent. 4919/2015, In: **Rivista Guardia di Finanza**, 3/2015, p. 675, con nota di Rafaraci (2015, p. 673). In senso contrario Italia (2008b, p. 161), per cui "proprio perché le richiamate soglie di punibilità appaiono costruite quali elementocostitutivi di carattere oggettivo del reato, soltanto la compiuta verifica, in concreto, del lorosuperamento, permette di ritenere integrata, immediatamente ed istantaneamente, la relativa fattispecie delittuosa".

⁵⁶ Si prenda ad esempio l'illecito penale ed amministrativo di manipolazione del mercato, di cui agli artt. 185 e 187-ter del D.Lgs. 58/1998, la cui distinzione poggia principalmente sulla concreta idoneità della condotta "a provocare una sensibile alterazione del prezzo di strumenti finanziari". Sul punto sia consentito rinviare a Sorbello (2008, p. 565).

⁵⁷ Il riferimento è alla rilevanza penale delle operazioni antielusive di cui all'art. 37-bis, terzo comma, D.P.R. 600/1973. A fronte delle operazioni ivi indicate, fino all'entrata in vigore del D.Lgs. 128/2015, l'assenza di valide ragioni economiche integrava l'ipotesi di dichiarazione infedele. Per l'approfondimento si rinvia a Tolla; Rizzo (2014). Tale fenomeno è stato recentemente arginato dall'art. 10-bis, tredicesimo comma, della legge 212/2000 a norma del quale "le operazioni abusive non danno luogo a fatti punibili ai sensi delle leggi penali tributarie. Resta ferma l'applicazione delle sanzioni amministrative tributarie". Sul punto si rinvia a Mucciarelli (2015).

4.3 Norma di Garanzia: l'Inutilizzabilità come Applicazione della Legalità Probatoria

Ad un *terzo* livello, accanto alle eventuali conseguenze di natura penale o disciplinare, all'inosservanza dell'art. 220 disp. att... seguiranno conseguenze certe in termini di inutilizzabilità degli elementi di prova: dal momento in cui emergono gli indizi di reato, per tutelare i diritti della difesa, la disposizione pone infatti il divieto di utilizzazione degli atti assunti in sede amministrativa.

Se le garanzie difensive⁵⁸ non possono di certo applicarsi prima dell'emergere di indizi di reato⁵⁹, è il contenuto di questa formula legislativa che permette di individuare il momento fondamentale ribadire⁶⁰ a partire dal quale i documenti redatti nell'esercizio dei poteri istruttori non hanno più quel l'utilizzabilità probatoria che l'art. 234 c.p.p. riconosce alle prove scritte precostituite. Gli atti formati nell'ambito di attività ispettive o di vigilanza, esterni quindi al procedimento penale, costituiscono documenti ai sensi dell'art. 234 c.p.p. fino a quando non sono emersi indizi di reato, mentre "gli accertamenti compiuti a partire da quel momento dovranno essere considerati 'atti del procedimento', anche se questo non è ancora stato aperto dall'autorità giudiziaria"⁶¹.

Nella sua funzione garantista, pertanto, l'art. 220 disp. att.

scongiora il pericolo che il giudice formi il proprio convincimento sulla base di documenti (i verbali redatti dagli organi ispettivi o di vigilanza) di cui sarebbe altrimenti

⁵⁸ Quali la facoltà di nominare un difensore, senza la cui assistenza le dichiarazioni non sono utilizzabili contro la persona che le ha rese (artt. 63 e 350 c.p.p.), o di farsi assistere dal medesimo alla perquisizione, agli accertamenti urgenti, al sequestro ed all'immediata apertura di plichi autorizzata dal pubblico ministero (art. 356 c.p.p.).

⁵⁹ In questo senso Orlandi (1992, p. 142).

⁶⁰ Già nella vigenza del precedente codice di rito la Corte costituzionale ribadì che "la linea di demarcazione fra indagini generiche ed atti istruttori si identifica necessariamente col momento in cui, in qualsiasi modo, un soggetto risulti indiziato di reato. Questa demarcazione è da considerare essenziale per evitare che la nozione di procedimento si dilati al di là di quei confini che sono da ritenere necessari e sufficienti per garantire a tutti il diritto di difesa: il quale, come è ovvio, non può essere operante prima che un indizio di reato ci sia". Così Corte cost., sent. 27.11.1969, n. 149, In: <www.cortecostituzionale.it>. In senso conforme Cass. pen., Sez. Unite, sent. 28.11.2001, n. 45477, *cit.* Assume una posizione contraria, alla quale non si aderisce, Furin (1999, p. 2.726), per cui "quando l'attività amministrativa è finalizzata a verificare se il soggetto controllato abbia o meno violato norme di rilievo penale, essa equivale a tutti gli effetti ad un'attività di polizia giudiziaria".

⁶¹ Così Scalfati (2009, p. 327). Si veda anche Mazza (2000, p. 1.280 ss.). Sul punto la giurisprudenza consolidata ritiene il PVC della Guardia di Finanza "atto amministrativo extraprocessuale" in grado di costituire "prova documentale anche nei confronti di soggetti non destinatari della verifica fiscale" *ex* art. 234 c.p.p. a condizione che non siano emersi indizi di reato a partire dai quali l'art. 220 disp. att. impone di procedere secondo le modalità del c.p.p.: "la parte del documento redatta successivamente a detta emersione non è utilizzabile" dal punto di vista probatorio. Così, da ultimo, Cass. pen., Sez. III, sent. 20.07.2015, n. 31391, In: **Leggi d'Italia.**

surrettiziamente sostenibile l'indiscriminata acquisizione (pure nell'eventualità di mancata osservanza delle salvaguardie difensive) qualora gli atti ivi documentati fossero reputati appartenere ad un "diverso" procedimento (amministrativo)⁶².

5 LA NOTIZIA DI REATO QUALE COLLEGAMENTO TRA DIRITTO PENALE E PROCESSO

L'accenno all'equivalenza degli effetti collegati all'emergere degli indizi di reato ed all'acquisizione della notizia di reato impone delle brevi riflessioni su quest'ultimo istituto volte a sottolinearne la funzione di collegamento tra diritto penale e processo quale "momento genetico del procedimento penale"⁶³.

Nonostante costituisca un presupposto di fatto al procedimento penale e ad essa sia intitolato il secondo titolo del libro quinto dedicato alle indagini preliminari, proprio ad evidenziarne il ruolo propulsivo, l'ordinamento processuale penale non contiene una definizione di notizia di reato⁶⁴. Dall'esame dell'istituto è tuttavia possibile sintetizzare due profili di rilevanza della notizia di reato: la percezione di un dato (profilo di fatto) e la sua qualificazione come penalmente rilevante (profilo di diritto). Mentre per il primo rileva la "consistenza" della notizia di reato intesa come "livello di corrispondenza a dati effettuali verificati"⁶⁵, il secondo guarda invece al suo "contenuto" ovvero al "grado di conformità ad una fattispecie tipica (reato)"⁶⁶.

⁶² In questi termini Ubertis (1991, p. 317 ss.).

⁶³ Per l'approfondimento si veda Aprati (2010, p. 6 ss.), nonché Zappulla (2012, p. 890), il quale sintetizza efficacemente che "la notizia di reato si colloca quale primo gradino che, nella scala procedimentale, conduce alla formazione del giudicato, attraverso l'imputazione prima e la sentenza. In tale contesto, la notizia di reato viene comunemente vista, per quel che riguarda il livello di sussunzione di un fatto storico all'interno di una norma incriminatrice, come un *quid minoris* rispetto all'imputazione o alla pronuncia di condanna, che presuppongono una diretta e totale coincidenza fra concreta ricostruzione storica e astratta fattispecie penale".

⁶⁴ Sul tema si rinvia a Spangher (2012).

⁶⁵ In questi termini Padovani (1999, p. 531). In senso conforme Aprati (2010, p. 8), per la quale non si tratta di "un'attività valutativa, ma di semplice constatazione [né, in questa fase] deve essere effettuato quel giudizio, seppur prognostico, di conformità. Se, infatti, la notizia di reato rappresenta l'*incipit* e solo dopo che essa sia stata iscritta il pubblico ministero e la polizia giudiziaria sono autorizzati a compiere le indagini preliminari (ad esempio sono illegittime le perquisizioni per ricercare una notizia di reato), si comprende come sia impossibile stimare la consistenza di alcunché [...] perché è la volontà del legislatore a rinviarla ad un successivo momento processuale", quale ad esempio la valutazione sull'infondatezza dell'accusa ai fini della richiesta di archiviazione, ai sensi dell'art. 125 disp. att. c.p.p.

⁶⁶ Si tratta del risultato di una valutazione, dovendosi "appurare se il dato di cui si ha cognizione sia contenuto in una delle fattispecie incriminatrici dell'ordinamento. In altre parole, quanto costituisce oggetto dell'informazione appresa dagli organi investiganti deve in qualche modo ricondursi a una norma penale". Così Aprati (2010, p. 9).

Volendo assicurare l'attuazione del principio di legalità di cui all'art. 25 della Costituzione fin dalla genesi del procedimento penale, la notizia di reato deve contenere "enunciati referenziali" corrispondenti agli "enunciati legislativi" di una "figura criminosa" (FERRUÀ, 2010, p. 296 ss.), come prescritto dall'art. 347 c.p.p. a norma del quale "acquisita la notizia di reato, la polizia giudiziaria, senza ritardo, riferisce al pubblico ministero, per iscritto, gli elementi essenziali del fatto" inteso come fatto tipico. Costituisce pertanto notizia di reato "la mera apprensione di avvenimenti concreti corrispondenti al frammento più significativo di una norma incriminatrice, quello in cui si incentra l'offesa al bene giuridico: la condotta e, in aggiunta o in alternativa a quest'ultima (per esempio nei reati causalmente orientati), l'evento naturalistico"⁶⁷. Affinché vi sia una notizia di reato è pertanto necessario rilevare una fattispecie concreta obiettivamente riconducibile, in assenza di ogni giudizio di valore complementare (antigiuridicità, dolo), ad una ipotesi riconoscibile come fattispecie di reato⁶⁸.

Nella prospettiva processuale i medesimi elementi costituiscono, ma non esauriscono, l'oggetto della prova di cui all'art. 187 c.p.p. ed il rispetto della legalità probatoria, nei termini sopra accennati, assicurerà la giustizia del processo richiesta dall'art. 111, primo comma, della Costituzione⁶⁹.

RIFERIMENTI

ALESCI, Teresa. L'autorizzazione del procuratore della repubblica all'accesso presso i locali del contribuente: natura e regime giuridico. In: **Processo Penale e Giustizia**, Torino, Ed. G. Giappichelli, n. 1, 2015.

⁶⁷ Così Aprati (2010, p. 10). In senso conforme, per la Suprema corte, affinché vi sia una notizia di reato, è necessario rilevare una fattispecie concreta obiettivamente riconducibile, in assenza di ogni giudizio di valore complementare (antigiuridicità, dolo), ad una ipotesi riconoscibile come fattispecie di reato". Così Cass. pen., Sez. VI, sent., 13.03.2014, n. 12021. In: **Leggi d'Italia**.

⁶⁸ Così Cass. pen., Sez. VI, sent., 13.03.2014, n. 12021. In: **Leggi d'Italia**. In senso conforme Italia (2015, p. 12), secondo la quale "la polizia giudiziaria ha il compito di procedere alla denuncia di ogni fatto costituente reato quando la situazione risulti integrare una specifica fattispecie astratta prevista dal legislatore da un punto di vista esclusivamente oggettivo".

⁶⁹ La rilevanza costituzionale del giusto processo ha modificato lo scenario della circolazione del materiale probatorio dalla sede amministrativa al processo penale perché la nuova formulazione dell'art. 111 Cost. impone di ripensare "i delicati equilibri fra prova precostituita e prova costituenda" alla luce dei principi costituzionali della legalità processuale e del contraddittorio nella formazione della prova. Per queste riflessioni si rinvia a Mazza (2011, p. 1.525).

APRATI, Roberta. **La notizia di reato nella dinamica del procedimento penale**. Napoli: Jovene, 2010.

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di diritto penale: parte generale**. Milano: Giuffrè, 2013.

BATTAGLIO, Silvia. Indizio e prova indiziaria nel processo penale. in: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 2, 1995.

BELLANTONI, Giuseppe. Attività ispettive e di vigilanza e processo penale. In: BELLANTONI, Giuseppe. **Nuovi scritti di procedura penale**. Torino: G. Giappichelli, 2009.

BONTEMPELLI, Manfredi. **L'accertamento amministrativo nel sistema processuale penale**. Milano: Giuffrè, 2009

BORRELLI, Paolo. Accessi fiscali e statuto del contribuente: questioni ancora aperte. In: **Il fisco**, Milano, Ed. Wolters Kluwer, n. 3, 2015.

CANESCHI, Gaia. I confini extrapenalici del principio del contraddittorio. In: **Alla prova dei fatti: i rapporti tra diritto penale e processo nello scenario internazionale ed europeo**. (in corso di pubblicazione).

CAPOLUPO, Saverio. Obblighi di segnalazione. In: CAPOLUPO, Saverio; CARBONE, Michele; STURZO, Gaspare; BATTAGLIA, Sergio Maria. **Antiriciclaggio: obblighi dei professionisti, intermediari e altri soggetti**. Assago: Ipsoa, 2015,

CARNELUTTI, Francesco. **Teoria generale del diritto**. v. III. Roma, 1951.

CECCHETTI, Marcello. Il principio del "giusto processo" nel nuovo art. 111 della costituzione: origini e contenuti normativi generali. In: TONINI, Paolo (a cura di). **Giusto processo: nuove norme sulla formazione e valutazione della prova**. Padova: Cedam, 2001.

DELL'ANDRO, Renato. Antigiuridicità (voce). In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano, Ed. Giuffrè, annali, v. II, p. 542 ss, 1958.

DEL FEDERICO, Lorenzo. Quadro teorico e itinerari giurisprudenziali per giungere all'applicazione della Cedu in materia tributaria. In: BILANCIA, Francesco; CALIFANO, Christian; DEL FEDERICO, Lorenzo; PUOTI, Paola. **Convenzione europea dei diritti dell'uomo e giustizia tributaria italiana**. Torino: G. Giappichelli, 2014.

DINACCI, Filippo Raffaele. **L'inutilizzabilità nel processo penale**: struttura e funzione del vizio. Milano: Giuffrè, 2008.

FANUELE, Chiara. **La ricostruzione del fatto nelle investigazioni penali**. Padova: Cedam, 2012

FELICIONI, Paola. **Le ispezione e le perquisizioni**. Milano: Giuffrè, 2012 (Collana: Trattato di procedura penale, XX).

FERRUA, Paolo. Il giudizio penale: fatto e valore giuridico. In: FERRUA, Paolo; GRIFANTINI, Fabio M.; ILLUMINATI, Giulio; ORLANDI, Renzo. **La prova nel dibattimento penale**. Torino: G. Giappichelli, 2010.

FOCARELLI, Carlo. **Equo processo e convenzione europea dei diritti dell'uomo**. Padova: Cedam, 2001.

FOIS, Sergio. Legalità (principio di). In: FOIS, Sergio. **La crisi della legalità**: raccolta di scritti. Milano: Giuffrè, 2010.

FURIN, Novello. Diritto di difesa, indizi, sospetti e l'art. 220 norme att. c.p.p. In: **Cassazione Penale**, fasc. 9, p. 2.713, 1999.

GALANTINI, Novella. Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova. In: **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, Ed. Diritto Penale Contemporaneo, 07 settembre 2011.

GARUTI, Giulio (a cura di). Diritto a un equo processo: nemo tenetur se detegere e reati tributari. In: Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo. In: **Diritto Penale e Processo**, Milano, Ed. Wolters Kluwer, n. 8, 2012.

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, Milano, Ed. Giuffrè, 1973.

GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, Milano, Ed. Giuffrè, 2002.

GIURISPRUDENZA ITALIANA, Roma, Ed. Utet, n. 12, 2002.

GIURISPRUDENZA ITALIANA, Roma, Ed. Utet, n. 12, 2011.

GREVI, V. Insegnamenti, moniti e silenzi della Corte costituzionale in tema di intercettazioni telefoniche. In: **Giurisprudenza Costituzionale**, Milano, Ed. Giuffrè, p. 317 ss., 1973.

INSOLERA, Gaetano. In: ORLANDI, Renzo; CAPRIOLI, Francesco; INSOLERA, Gaetano. **La ricerca della notizia di reato da parte dell'accusatore**: criminalia. Pisa, Ed. ETS, 2011.

ITALIA. **Centro Elettronico di Documentazione (C.E.D.) Corte di Cassazione**. 2010.

ITALIA. **Centro Elettronico di Documentazione (C.E.D.) Corte di Cassazione**. 2012b.

ITALIA. Comando Generale Guardia di Finanza. Circolare n. 1/2008. Istruzioni sull'attività di verifica. v. I, p. 4, 2008a. Disponibile in: <www.gdf.it>.

ITALIA. Comando Generale Guardia di Finanza. Circolare n. 1/2008. Istruzioni sull'attività di verifica. v. III, 2008b. Disponibile in: <www.gdf.it>.

ITALIA. Comando Generale Guardia di Finanza. Circolare 83607/2012. Attività della Guardia di Finanza a tutela del mercato dei capitali. 2012a. Disponibile in: <www.gdf.it>.

ITALIA. Comando Generale Guardia di Finanza, Circolare 331248/15, del 10.11.2015, D.Lgs. 24 settembre 2015, n. 158, concernente la "revisione del sistema sanzionatorio": Preliminari direttive operative. Disponibile in: <www.gdf.it>.

ITALIA. Scuola di Polizia Tributaria: la Polizia economico-finanziaria: il ruolo della Guardia di Finanza (a cura dei frequentatori del 31° Corso Superiore "Enrico de

Nicola”). In: **Notiziario della Scuola di Polizia Tributaria della Guardia di Finanza**, Lido de Ostia, Ed. Scuola di Polizia Tributaria, n. 5, 2004.

KOSTORIS, Roberto E. Appendice: norme di coordinamento e transitorie. In: UBERTIS, Giulio (a cura di); CHIAVARIO, Mario (Coordinato da). **Commentario al nuovo codice di procedura penale**. Milano, 1990.

LANZI, Alessio; ALDROVANDI, Paolo. **Diritto penale tributario**. Padova: Cedam, 2014.

MANACORDA, Stefano. Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e Cedu: una nuova topografia delle garanzie penalistiche in Europa? In: MANES, Vittorio; ZAGREBELSKY, Vladimiro (a cura di). **La convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano**. Milano, 2011. p. 147 ss.

MANES, Vittorio. **Il giudice nel labirinto: profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali**. Roma: Dike, 2012.

MARINELLI, Claudio. Non costituiscono prova documentale gli atti dei procedimenti ispettivi: nota a Cass. pen., Sez. VI, sent. 10.09.1998. In: **Diritto Penale e Processo**, Milano, Ed. Wolters Kluwer, n. 5, 1999.

MAZZA, Oliviero. I diritti fondamentali dell’individuo come limite della prova nella fase di ricerca e in sede di assunzione. In: **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, Ed. Diritto Penale Contemporaneo, n. 3, 2013.

MAZZA, Oliviero. Le insidie al primato della prova orale rappresentativa: l’uso dibattimentale di materiale probatorio preconstituito. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 54, n. 4, 2011.

MAZZA, Oliviero. L’utilizzabilità processuale del verbale di constatazione redatto dalla Guardia di Finanza. In: **Corriere Tributario**, v. 23, fascicolo 18, p. 1.280-1.287, 2000.

MAZZACUVA, Francesco. La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 4, p. 1.899 ss., 2013.

MICELI, Rossella. L'attività istruttoria tributaria. In: FANTOZZI, Augusto. **Diritto tributario**. IV ed. Torino, 2012.

MUCCIARELLI, Francesco. Abuso del diritto e reati tributari: la Corte di Cassazione fissa limiti e ambiti applicativi (nota a Cass., Sez. III pen., sent. 01.10.2015, n. 40272). In: **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, Ed. Diritto Penale Contemporaneo, 9 ottobre 2015.

ORLANDI, Renzo. **Atti e informazioni dell'autorità amministrativa nel processo penale**: contributo allo studio delle prove extracostituite. Milano: Giuffrè, 1992.

ORLANDI, Renzo. Inchieste preparatorie nei procedimenti di criminalità organizzata: una riedizione dell'inquisitio generalis? In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 2-3, 1996.

PADOVANI, Tullio. Il crepuscolo della legalità nel processo penale: riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale. In: **Indice Penale**, n. 2, 1999.

PADOVANI, Tullio. La disintegrazione del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale. In: **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 35, n. 2, p. 419-452, 1992.

PAGLIARO, Antonio. **Il diritto penale fra norma e società**: scritti 1956-2008. v. I, Milano: Giuffrè, 2009.

PUSTORINO, Pietro. Un nuovo intervento della Corte costituzione in tema di riapertura di procedimenti penali per contrarietà alla Cedu. In: **Giurisprudenza Italiana**, Roma, Ed. Utet, n. 12, 2011.

RAFARACI, Tommaso. Reati tributari con soglia di punibilità e applicazione dell'art. 220 disp. att. c.p.p.: la Cassazione rimarca i diritti della difesa (nota a Cass. pen., Sez. III, sent. 03.02.2015, n. 4919). In: **Rivista della Guardia di Finanza**, n. 3, 2015.

SANTORIELLO, Ciro. La legalità della prova. In: DINACCI, Filippo Raffaele (a cura di). **Processo penale e costituzione**. Milano: Giuffrè, 2010.

SCALFATI, Adolfo. **Trattato di procedura penale**. Assago: Utet, 2009.

SORBELLO, Pietro. Economia e sanzione: (il possibile) disimpegno della pena in materia di market abuse. In: **Indice Penale**, v. 8, n. 2, p. 565-598, 2008.

SORBELLO, Pietro. I diritti fondamentali come limite alla politica criminale. In: **Rivista della Guardia di Finanza**, n. 6, p. 1.745-1.776, novembre-dicembre 2014.

SPANGHER, Giorgio. **La pratica del processo penale**. v. II. Padova: Cedam, 2012.

THIONE, Marco; VACCARO, Lucio. Il contraddittorio procedimentale: il travagliato iter giurisprudenziale e prospettive de lege ferenda. In: **Rivista della Guardia di Finanza**, Lido de Ostia, Ed. Comando Generale Guardia di Finanza, n. 1, 2015.

TOLLA, Marco; RIZZO, Andrea. **Dall'elusione fiscale all'abuso del diritto: i confini del lecito risparmio d'imposta tra normativa vigente e interpretazioni giurisprudenziali**. Assago: Ipsoa, 2014.

TONINI, Paolo. **Manuale di procedura penale**. Milano: Giuffrè, 2015.

TROCKER, Nicolò. Il valore costituzionale del "giusto processo". In: CIVININI, Maria Giuliana; VERARDI, Carlo Maria. **Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il giusto processo civile**. Milano: FrancoArgeli, 2001.

UBERTIS, Giulio. Documenti e oralità nel nuovo processo penale. In: BASSOUNI, Mahmoud Cherif; LATAGLIATA, Angelo Raffaele; STILE, Alfonso Maria (a cura di). **Evoluzione e riforma del diritto e della procedura penale: studi in onore di Giuliano Vassalli: diritte penale**. v. I. Milano, 1991.

UBERTIS, Giulio. I fondamenti normativi della metodologia, il linguaggio processuale ("fonte di prova", "elemento di prova", "mezzo di prova", "criterio", "risultato", "indizio", "sospetto"). In: **Quaderni Consiglio Superiore Magistratura**, n. 98, 1997.

UBERTIS, Giulio. L'utilizzazione dibattimentale di prelievi ed analisi di campioni. In: UBERTIS, Giulio. **Sisifo e Penelope: il nuovo codice di procedura penale dal progetto preliminare alla ricostruzione del sistema**. Torino: G. Giappichelli, 1993.

UBERTIS, Giulio. Prova in generale. In: **Digesto delle discipline penali**. X ed. Torino: Utet, 1995

VANZ, Giuseppe. Poteri istruttori [dir. trib.]. In: **Diritto On Line**, p. 1-11, 2014.

VOZZA, Donato. I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell'Unione Europea. In: **Diritto Penale Contemporaneo**, Milano, Ed. Diritto Penale Contemporaneo, 15 Aprile 2013.

ZAPPULLA, Angelo. Notizia di reato (voce). In: **Enciclopedia del Diritto**, Milano, Ed. Giuffrè, annali, volume V, 2012.

Submissão em: 2 agosto 2018

Pareceres favoráveis em: 21 outubro 2018

***Amicus Curiae* y Legitimación en la Nueva Casación Contencioso-Administrativa: el auto de 1 de febrero de 2018**

RAÚL CESAR CANCIO FERNÁNDEZ¹

Resumen: La legitimación es el problema procesal más umbilicalmente conectado con la cuestión de fondo, por lo que su delimitación es aspecto nuclear del proceso contencioso-administrativo. Uno de los efectos del nuevo régimen casacional en este orden, es la eventualidad de que una vez resueltos los primeros recursos admitidos y establecida la doctrina jurisprudencial correspondiente sobre una determinada cuestión, muy probablemente se ocluirá el acceso a futuros recursos de casación sobre la misma materia y cuestiones, al carecer ya de interés casacional toda vez que existe doctrina de la Sala sobre el particular. Se analiza ahora el primer intento de salvar ese obstáculo procesal por parte de terceros que sin haber sido parte en el asunto, albergan sin embargo un interés en que se adopte una decisión en el sentido más favorable para sus pretensiones, a través de la solicitud de personación en calidad de *amicus curiae* o al socaire de un interés indirecto en el procedimiento.

Palabras Clave: Legitimación. Proceso contencioso-administrativo. Tribunal Supremo. Recurso de casación. Interés indirecto. Personación. *Amicus curiae*. Derecho comparado.

Subjetc: Legitimation is the procedural problem more umbilically connected to the substantive issue, so that its delimitation is a core aspect of the contentious-administrative process. One of the effects of the new casational regime in this order is the eventuality that once the first admitted remedies have been resolved and the corresponding jurisprudential doctrine has been established on a certain question, access to future appeals on the same matter will most likely be obstructed, and questions, since it no longer has a casational interest, since there is a doctrine of the Chamber on the subject. We are now analyzing the first attempt to overcome this procedural obstacle by third parties who, without having been a party to the matter, nevertheless have an interest in adopting a decision in the most favorable sense for their claims, through the request of person acting as *amicus curiae* or as a result of an indirect interest in the procedure

Keywords: Legitimation. Contentious-administrative process. Supreme Court. Appeal. Indirect interest. Personal court appearances. *Amicus curiae*. Comparative law

¹ Doctor en Derecho. Letrado del Tribunal Supremo. Académico Correspondiente Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. España.

I INTRODUCCIÓN

Uno de los efectos del nuevo régimen casacional en el orden contencioso-administrativo construido sobre el arquitrabe del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, es la eventualidad de que una vez resueltos los primeros recursos admitidos y establecida la doctrina jurisprudencial correspondiente sobre una determinada cuestión, muy probablemente se ocluirá el acceso a futuros recursos de casación sobre la misma materia y cuestiones, al carecer ya de interés casacional toda vez que existe doctrina de la Sala sobre el particular. A continuación se examinará el primer intento de salvar ese obstáculo procesal por parte de terceros que sin haber sido parte en el asunto, albergan sin embargo un interés en que se adopte una decisión en el sentido más favorable para sus pretensiones. Ese mecanismo ha sido la solicitud de personación en calidad de *amicus curiae* o al socaire de un interés indirecto en el procedimiento. Antes de examinar la respuesta de la Sala a esta petición, transitaremos brevemente por los orígenes de este añejo instituto procesal, para después analizar su empleo en el derecho comparado, el tratamiento que la Sala Tercera le ha dispensado y la doctrina constitucional existente al respecto.

II ORÍGENES HISTÓRICOS

Con las cautelas que toda referencia histórica acarrea, podríamos situar la institución del *amicus curiae* o “amigo del tribunal” en el 63.a.d.C., año en el que Marco Tulio Cicerón

pronunció en el senado de Roma sus célebres *Catilinarias*, en las que sostenía la facultad del *judex* (juez) para citar a un *advocati* (abogado), quien precedido de sus conocimientos y experiencia aconsejaría al tribunal convocante. Ese rol lo desempeñó por aquel entonces Catón el Joven, nuevo *tribunus plebis*, quien apoyó jurídicamente a Cicerón en sus acusaciones contra la conspiración orquestada por Lucio Sergio Catilina. Adviértase que la actuación del *amicus* no tenía, por entonces, otro objeto que la asistencia a los magistrados en los casos de dudas o para salvar un error, guiándose exclusivamente por el brocardo *Honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*. Es decir, los *amicus* no tenían compromiso con los intereses de las partes, sino con la conclusión justa del pleito.

Y así fue también en su primera recepción por el derecho anglosajón, no en vano, el *Abbott's Dictionary of Terms and Phrases* define esta figura, en sus orígenes, como la que “se aplica a un tercero, quien careciendo de interés en el caso, efectúa algunas sugerencias por su propia cuenta sobre una cuestión de derecho o de hecho para la información del juez competente”. El primer vestigio británico de esta institución romana puede rastrearse, como antecedente remoto, en el año 1066, en pleno relevo de la casa de Wessex por la de Normandía, cuando la denominada *curia regis*, grupo itinerante formado por nobles y obispos, asesoraban al rey donde éste se encontrara, con funciones administrativas y judiciales y de dónde procede la tradicional separación del sistema judicial inglés entre el *common pleas* y el *King's Bench*, es decir, la jurisdicción ordinaria y la corte de apelaciones ubicada en la desaparecida Cámara de los Lores. Más específica es la figura contemplada en el año 1403, durante el reinado del Lancaster Enrique IV, cuando se abrió la posibilidad de que un extraño al pleito pudiera formular peticiones ante el tribunal; tercero que originariamente sólo podía ser un abogado, y dentro de ellos, únicamente los *barristers*, para luego ampliar tal facultad también a los *councillors* o *solicitors*, incorporándose, finalmente, incluso terceros legos o *bystanders*. En cualquier caso, el desarrollo de la figura vino de la mano de la práctica judicial inglesa, siendo reseñable a este respecto la intervención de Sir George Treby, miembro del Parlamento inglés, en el *Caso Horton & Ruesby* (1686) para informar al tribunal sobre el contenido de una ley controvertida por las partes. Ejemplo de su empleo reciente en el Reino Unido ha sido, sin duda, el caso *Jodie and Mary*, fallado el 22 de septiembre de 2000 por la Corte de Apelaciones en Gran Bretaña, asunto particularmente complejo con múltiples interrogantes éticos en el que dos gemelas siamesas, que compartían órganos vitales,

carecían virtualmente de posibilidades de vida aceptables, salvo que se intentase, mediante una intervención médica, la separación; intervención que, al tiempo de ofrecer expectativas razonables de vida a una de ellas (Jodie), tendría como consecuencia *cuasi* necesaria la muerte de su gemela (Mary).

Al otro lado del Atlántico, el *Caso Schooner Exchange v. McFaddon* (1812) constituye uno de los primeros precedentes en la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América donde se empleó una institución jurídica de naturaleza semejante al *amicus curiae*, al autorizarse al Fiscal del Distrito de Pensilvania a realizar una indicación (*suggestion*) al Tribunal que fue finalmente admitida y jugó un papel determinante en el fallo. Ahora bien, el reconocimiento definitivo y expreso de la institución por parte del Tribunal Supremo se demoraría hasta 1823, cuando con ocasión del asunto *Green v. Biddle*, se solicitó la asistencia de un tercero –el Senador Henry Clay– para dilucidar la interpretación de una disposición normativa discutida por las partes en aquel litigio.

No obstante, el instituto, en el derecho anglosajón, abandonará paulatinamente aquel carácter aséptico con respecto a las partes, transformándose con el tiempo en un tercero interesado y comprometido con la causa, que resultaría así promovida, patrocinada o apoyada por el *amicus curiae*, en un ejercicio de asimilación judicial, particularmente en los Estados Unidos, de la práctica lobista que se desarrollaba en el Congreso con toda naturalidad y amparo legal. Este importante cambio de paradigma precisó del consiguiente ajuste procesal, aprobándose la conocida *Rule 36* de las Reglas de Procedimiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos, que reglamentó la institución del *amicus* fijando la oportunidad de su presentación y previendo cómo debía de ser la intervención de aquel según hubiere mediado o no aceptación de las partes en que el interesado intervenga. La naturaleza del *amicus* en el ámbito del Tribunal Supremo norteamericano, exige que el tercero, aunque ajeno al proceso, acredite interés en la dilucidación del mismo. Sin ánimo de exhaustividad, son muy recordados, en materia antidiscriminatoria (*Regents of the University of California v. Bakke* –438 U. S. 265 [1978]–); en disputas abortistas-antiabortistas (*Websterv. Reproductive Health Services* –492 U. S. 490 [1989]–) o el célebre *Edgard vs. Aguillard* (1986), en el que se presentaron como *amicus* setenta y dos premios Nobel y otras tantas Academias de ciencia que informaron sobre el conflicto entre ciencia y religión.

Más al sur, pero también en el continente americano, la Corte de Justicia de la república Argentina aprobó por mayoría el Acuerdo núm. 28, de 14 de julio de 2004, por el cual, sin necesidad de *interpositio legislatoris* y reivindicando facultades propias, se habilita y reglamenta la intervención de “Amigos del Tribunal” en las causas sometidas a su jurisdicción originaria o apelada, en aras de permitir la participación ciudadana en la administración de justicia, en los casos en que se ventilen asuntos de trascendencia institucional o que resulten de interés público, siempre que estos *amicus curiae* cuenten con una reconocida competencia sobre la cuestión debatida y demuestren un interés inequívoco en la resolución final del caso.

La imparable penetración que el instituto tuvo en el derecho anglosajón, así como en los países recipiendarios de la tradición del *common law*, determinó su incorporación al derecho internacional de los derechos humanos, donde la divulgación de la figura elevó la cotización del debate judicial a través del aporte esclarecedor allí donde el derecho de los tratados, la costumbre internacional o el derecho de los jueces no resultaba preciso. Así, en la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos el *amicus* se ha empleado en asuntos importantes como el *Caso Consuelo Benavides Cevallos/Ecuador* y en práctica la totalidad de las opiniones consultivas. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) también contempla este tipo de intervención procesal, y así el artículo 36 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1º del Protocolo núm. 11, relativo a la reestructuración del mecanismo de control establecido por el convenio, pauta la “intervención de terceros” ante el TEDH y, específicamente, en el apartado segundo, establece que, en interés de la buena administración de justicia, el presidente del tribunal podrá invitar a cualquier alta parte contratante que no sea parte en el asunto o a cualquier persona interesada distinta del demandante, a que formule observaciones por escrito o a participar en la vista. Esta tendencia se advierte asimismo en los tribunales especiales como el Penal Internacional para la ex Yugoslavia, donde ha sido habitual la convocatoria de terceros no parte para deponer en los procedimientos sustanciados ante él.

III LEGISLACIÓN ESPAÑOLA Y REFLEJO EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

Tanto desde un prisma sustantivo como procesal, España carece de normativa específica que logre legitimar y sistematizar la intervención de esta suerte de tercero en el proceso.

No obstante, la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de analizar y valorar su pertinencia en algunas contadas ocasiones. Así, por ejemplo, es muy relevante la cláusula incorporada a la Ley Jurisdiccional en su artículo 19.1. f), por medio de la cual el Ministerio Fiscal tiene reconocida legitimación para actuar en el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, si bien –como se indica– “en los procesos que determine la Ley” [STS de 28 de noviembre de 2014], actuando como si de un *amicus curiae* se tratase.

En el ámbito de las controversias surgidas en aplicación de Convenio Económico entre el Estado y la Comunidad Foral de Navarra, a la Junta Arbitral encargada de resolver esas cuestiones, se le ha reconocido, sin ser parte demandada, su capacidad para intervenir en esa calidad en un procedimiento de determinación competencial para la práctica de devoluciones relativas al IVA [STS de 15 de diciembre de 2010].

Finalmente, también puede advertirse la presencia del instituto en la resolución de la impugnación del acuerdo la Comisión Nacional de la Competencia en el que, entre otros pronunciamientos, se impuso a una entidad sanción de multa por importe de 22.641.000 euros como responsable de una infracción del artículo 81.1.a) del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y del artículo 1.1.a) de la Ley 16/1089, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, como consecuencia de prácticas para la fijación de unos precios mínimos (tasas mínimas, primas mínimas, recargos mínimos y valores del metro cuadrado construido mínimos) en el seguro de daños a la edificación [STS de 22 de mayo de 2015].

IV EL *AMICUS CURIAE* EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Tampoco la doctrina constitucional ha sido especialmente receptiva con este instituto procesal. El Auto 175/2004, de 11 de mayo, examinaba la constitucionalidad de la Ley del Parlamento de Andalucía 7/2003, de 20 de octubre, por la cual se regulaba la investigación en esta comunidad autónoma, con pre-embriones humanos no viables para la fecundación *in vitro*. El postulante particular, con base en el artículo 81.1 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre (LOTIC), pretendía coadyuvar con la Junta en defensa de la ley justificando su petición en el hecho de que era padre de una menor con determinadas patologías que podría beneficiarse de la investigación con los pre-embriones humanos. Sin embargo, el Tribunal Constitucional denegó su petición y defendió la “naturaleza abstracta de los recursos de inconstitucionalidad, limitados al enjuiciamiento de la constitucionalidad de

una Ley”, y que por eso hay que “excluir, como regla general, la intervención de cualquier persona distinta a las enunciadas en los arts. 162 CE, 32 y 34 LOTC”.

En este mismo sentido fue la decisión del Auto 248/2008, de 24 de julio, resultante de un recurso de inconstitucionalidad presentado por el presidente del Gobierno en contra de algunos artículos de la Ley de Canarias 13/2007, de 17 de mayo, relativa a la ordenación del transporte por carretera de dicha comunidad autónoma. La Asociación de Empresarios de Gran Turismo de Vehículos de Alquiler con Conductor solicitó su personificación como parte coadyuvante con vistas a defender los intereses y derechos de sus representados que, no obstante, fue denegada por falta de previsión legal. Del mismo modo, el Auto 260/2003, de 15 de julio, rechazó la petición de la Diputación Provincial de Barcelona para figurar como coadyuvante en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por el presidente de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, quien planteaba la constitucionalidad del artículo 59.c) de la Ley de Cataluña 5/1994, de Regulación de los Servicios de Prevención y Extinción de Incendios y de Salvamentos, en virtud de posible contradicción con las Leyes Orgánicas 4/1979 y 8/1990.

Proscripción que se ha extendido también a la admisión de los partidos políticos como coadyuvantes, sosteniendo que el hecho de que la sentencia afecte al interés de personas físicas o jurídicas no genera por sí solo la indefensión para estas, en virtud del carácter abstracto y objetivo del recurso de inconstitucionalidad, en el cual “no pueden hacerse valer intereses distintos a la pura o simple impugnación o defensa de la Ley recurrida”.

Diferente escenario se ha verificado en la admisibilidad de los órganos del Gobierno como coadyuvantes en los procedimientos de inconstitucionalidad. El Auto 172/1995, de 6 de junio, analiza un recurso de inconstitucionalidad propuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Popular, contra algunos artículos de la Ley Orgánica 16/1994 que modifican la Ley Orgánica 6/1985, del Poder Judicial. En el trascurso de la demanda, la Generalidad de Cataluña solicitó comparecer como coadyuvante del Gobierno de la nación, arguyendo que los preceptos impugnados afectaban de forma sustancial al ámbito de su autonomía y que su gobierno tenía un interés directo en el reconocimiento de su constitucionalidad. Además, sustentó que la falta de previsión explícita de esta figura en el recurso de inconstitucionalidad no debía ser un impedimento para su admisibilidad al considerar que la ley confiere legitimación activa para las comunidades autónomas en estos procesos. El Constitucional admitió a la Generalidad como coadyuvante, y ello

porque la ley les atribuye legitimidad activa para proponer un recurso de inconstitucionalidad de conformidad con lo previsto en el artículo 32 LOTC. Además, para poder figurar como tercero, las comunidades autónomas tienen que cumplir con el requisito general e indispensable previsto en esta misma ley, a saber, que el tema debatido afecte de alguna manera al ámbito de su autonomía.

Existe otra brillante y audaz excepción, la contenida en la sentencia 214/1991, de 11 de noviembre, donde se legitima procesalmente a un miembro de un grupo étnico o social determinado para recurrir en amparo, cuando se ofende el honor de todo el colectivo de que forma parte.

V LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD

Como nos recuerda la sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2014, la legitimación es el problema procesal vinculado en forma más íntima con la cuestión de fondo o el derecho sustantivo, por lo que su delimitación se muestra como cuestión nodal salvo que, como imagina muy agudamente el magistrado del Tribunal Supremo Rodríguez Zapata, viviéramos en una sociedad utópica

en la que el sentido de la legalidad estuviera tan desarrollado en todos los ciudadanos, que cada uno –al margen de su provecho– sintiese como propio el interés de la salvaguardia del ordenamiento jurídico, de forma que se permitiese a cualquiera de ellos que –nada más conocer la existencia de una vulneración del ordenamiento jurídico– la pudiesen traer a conocimiento del juez para obtener (*uti cives*) la restauración del orden vulnerado.

El artículo 19 LJCA regula la legitimación en el proceso contencioso-administrativo con una técnica compleja, que establece una regla general y supuestos específicos. Con carácter general, concede legitimación a las personas físicas o jurídicas que ostenten un derecho o interés legítimo, dejando a los apartados b) a i) del mismo precepto los supuestos singulares.

Esa legitimación *is cuius interest* vino a suprimir la “legitimación por interés directo” que establecía la Ley de lo contencioso-administrativo de 1956, derogando también la tradicional discriminación entre los legitimados para pedir la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones y quienes tuvieran pretendieren, además, el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y el restablecimiento de la misma.

La sustancia de este interés legítimo radica en el grado de utilidad que al administrado le proporciona la actuación legal de la Administración Pública. Gradación que oscila entre una vinculación directa y subjetiva y otra que, si bien no garantiza efectos de manera inmediata y subjetiva al administrado, sí delimita un marco de garantías para que, potencialmente, puedan satisfacerse los intereses del ciudadano. Derecho subjetivo e interés legítimo resultan protegidos, así, por la común garantía de una utilidad y se diferencian en que la utilidad protegida puede ser sustancial y directa (derecho subjetivo) o simplemente instrumental (interés legítimo).

La jurisprudencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo subraya que la respuesta al problema de la legitimación debe ser casuística, toda vez que su concurrencia viene ligada a la del interés legítimo de la parte a cuya satisfacción sirva el proceso, lo que sitúa el análisis en la búsqueda de ese interés, cuya alegación y prueba, cuando es cuestionado, es carga que incumbe a la parte que se lo arroga. La sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera de 8 de junio de 2015 reitera esta doctrina y recuerda que la legitimación constituye un presupuesto inexcusable del proceso e implica la existencia de una relación material unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión deducida en el recurso contencioso-administrativo, en referencia a un interés en sentido propio, identificado y específico, de tal forma que la anulación del acto o la disposición impugnados produzca automáticamente un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio), actual o futuro, pero cierto.

Mayor debate se suscita en el terreno de la legitimación a los intereses colectivos, supraindividuales, “de categoría” o difusos. Con respecto a estos últimos, corresponderían, en principio, por igual a todos los ciudadanos y encuentran, normalmente, su reconocimiento jurídico en normas constitucionales especialmente relacionadas con la configuración del Estado social y democrático de Derecho. La sentencia de 13 de julio de 2017 es importante en este terreno porque niega legitimación a una asociación profesional de jueces y magistrados para impugnar un acuerdo del Consejo General del Poder Judicial, que declaraba en una situación administrativa de servicios especiales a un magistrado. Considera la Sala muy razonadamente que el interés que mueve a la recurrente no trasciende el mero interés por la legalidad y precisa que, conforme al citado artículo 19.1 b) LJCA la legitimación que debe adornar a la asociación tiene que ser una legitimación por interés legítimo.

La orientación actual de la jurisprudencia muestra una extraordinaria dosis de cautela en esta cuestión, subrayando su perfil netamente casuístico sin que sea aconsejable una afirmación ni una negación indiferenciada para todos los casos.

VI EL AUTO DE 1 DE FEBRERO DE 2018

En el recurso que ahora traemos aquí y que se resolvió por el referido Auto, se denegó la personación como recurrida de una entidad mercantil, con el argumento de

que como se obtiene del artículo 89, apartados 1 y 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, únicamente pueden ser partes en el recurso de casación quienes lo fueron o debieron serlo en el proceso en que se dictó la resolución recurrida.

Frente a esta decisión, la sociedad dedujo recurso de reposición, interesando que se le tuviese como parte codemandada o *amicus curiae* del recurso de casación, todo ello, por ostentar interés legítimo en la resolución del mismo al amparo de lo dispuesto en los artículos 19 y 21 LJCA y a pesar de que, ciertamente, no había sido parte demandante ni demandada en el litigio de instancia.

La recurrente defiende su pretensión de legitimidad al socaire de que el nuevo modelo del recurso de casación, que pivota sobre el sintagma del *interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*, impediría el acceso a eventuales recursos de casación futuros, de contenido idéntico o similar, una vez resueltos los primeros recursos admitidos y establecida la doctrina jurisprudencial correspondiente, de modo que debería darse a quienes estuvieran en tal peculiar situación –en esos otros procesos distintos pero de objeto semejante–, la oportunidad de formular alegaciones anticipatorias en que se pudiera sostener cuál es la doctrina correcta a su parecer. Para soslayar ese efecto que entiendo inicuo, interesa le sea reconocida su condición bien de co-rrecurrido, bien de *amicus curiae*.

No lo entiende así el Auto de 1 de febrero de 2018, al considerar que la entidad quejosa únicamente podía adoptar dos posiciones:

o bien ostentaba originariamente legitimación activa, por su interés legítimo y propio, para su impugnación jurisdiccional, en cuyo caso debe padecer ahora las consecuencias adversas para sus intereses derivadas de su falta de iniciativa procesal; o bien, por el contrario, carecía de esa conexión objetiva necesaria, derivada del interés legítimo en

la anulación de la ordenanza [...], lo que significa que no puede ser parte o intervenir en el recurso de casación que dimana de dicho proceso, por no permitirlo el citado artículo 89.1, en relación con el 89.5 de la LJCA.

Subrayando que la enfatización del *ius constitutionis* en el nuevo régimen casacional

no autoriza a configurar el recurso de un modo abstracto o desvinculado de los concretos intereses legítimos en debate [...] ni por ende convierte la casación en un recurso abstracto o puramente dogmático o doctrinal, sino que en cierta medida se superpone a él, complementándolo.

La Sala apunta una doble solución de *lege ferenda* al ineludible efecto de que, una vez fijada la doctrina que proceda, se verán probablemente inadmitidos los nuevos recursos de casación que se pretendieran suscitar sobre una cuestión ya decidida por el Tribunal Supremo, bien la vindicación de

un nuevo y más amplio concepto de la legitimación por el interés en el recurso de casación, con carácter extensivo, otorgándolo, del lado activo o pasivo, en favor de quienes mostraren interés en el establecimiento o modificación de la doctrina jurisprudencial de cuya fijación se trata, lo que no es admisible por no permitirlo nuestra ley procesal.

O bien

se quiere instaurar una nueva idea de interés reflejo o indirecto, que también desborda los márgenes de la legitimación procesal que estatuye el artículo 19 LJCA, que derivaría del hecho de poseer interés en otros procesos judiciales distintos, pero referidos a actos o disposiciones iguales o semejantes, con lo cual ese interés se centraría en contribuir, en asunto ajeno, a la formación de la jurisprudencia, o en prevenir la posibilidad de que ésta quedara establecida de un modo desfavorable para tales terceros.

Finalmente (RJ 6º) el Auto identifica inequívocamente la institución del *amicus curiae* con su versión romana o paleoanglosajona, en el sentido de que el rol ante el tribunal debe limitarse a labores de colaboración, de asesoramiento imparcial, de protección de intereses públicos o, en fin, para paliar determinadas anomalías procesales por falta de previsión legal específica. Es más, le dice al recurrente en reposición que en realidad

no quiere ser *amicus curiae*, pues no se halla en una posición objetiva, neutral y distante de los intereses en conflicto, sino aspira a ser parte para alegar lo que, legítimamente, considera que conviene a sus derechos e intereses propios, lo que es bastante para descartar la posibilidad en este asunto de acogerse a tal figura procesal, respecto de la que no aclara, por lo demás, en qué se diferenciaría, en su caso, de la cualidad de recurrida.

Y en cierto sentido, no le falta razón, pues el recurrente, en efecto, no quiere ser el *amicus* romano, sino el norteamericano o iberoamericano, recuérdese, aquella suerte de tercero interesado y comprometido con la causa de una de las partes, que resultaría así promovida, patrocinada o apoyada por éste, como depositario de un acreditado interés reflejo en la causa, no en vano, su resolución, en un sentido u otro, afectará directamente a sus intereses.

Submissão em: 23 julho 2018

Pareceres favoráveis em: 29 setembro 2018

Acessibilidade para Pessoas com Deficiência: um direito fundamental de terceira dimensão

RICARDO MAURÍCIO FREIRE SOARES¹

MILTON SILVA DE VASCONCELLOS²

¹ Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Roma. Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito (Especialização/Mestrado/Doutorado) da Universidade Federal da Bahia. Professor e Coordenador do Núcleo de Estudos Fundamentais da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Pós-Doutor pela Università Degli Studi di Roma. Professor dos cursos de Graduação e Pós-graduação em Direito (Especialização/Mestrado/Doutorado) da Universidade Federal da Bahia. Professor e Coordenador do Núcleo de Estudos Fundamentais da Faculdade Baiana de Direito. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia.

² Mestrando em Políticas Sociais e Cidadania (UCSAL). Especialista em Direito Público (Nassau) Professor universitário (graduação e pós-graduação).

1 INTRODUÇÃO

Com o advento do paradigma constitucional de 1988, inaugura-se no Brasil uma perspectiva de atuação estatal voltada para a afirmação da dignidade da pessoa humana e a consequente consolidação dos direitos fundamentais. Nesse sentido, em face da possibilidade de ingresso com *status* de Emenda à Constituição de Tratados Internacionais que versem sobre Direitos Humanos, alteram-se, por absoluto, as políticas públicas voltadas a pessoas com deficiência. Sobretudo, perante a Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgada pelo Decreto 6.949, de 2009. Fato que exige, assim, novas posturas face à pessoa com deficiência. E faz alcançar, dessa forma, todos os temas derivados e de interesse a estas pessoas. Nesse sentido, destaca-se a acessibilidade, como um conceito-chave para inclusão social desta população, motivo pelo qual sua noção ultrapassa a definição legal trazida pelo Estatuto à Pessoa com Deficiência, para alcançar um *status* de direito fundamental, compreendido no âmbito da proposta doutrinária como de terceira dimensão.

2 O NEOCONSTITUCIONALISMO COMO EXPRESSÃO DO PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

Uma das tendências mais marcantes do pensamento jurídico contemporâneo reside na convicção de que o fundamento do sistema jurídico não deve ser procurado na esfera metafísica do cosmos, da revelação religiosa ou da estrutura de uma razão humana

universal. Tais argumentos jusnaturalistas, baseados na existência de supostos direitos naturais, revelam-se inadequados em face da constatação de que a ordem jurídica deve ser compreendida em sua dimensão empírica e, portanto, vinculada ao plano histórico-cultural da convivência humana.

De outro lado, consolida-se o entendimento de que o fenômeno jurídico não pode ser justificado pela manutenção de um conjunto meramente formal de regras jurídicas, apartadas do mundo dos fatos e valores, como sugere o idealismo típico das diversas doutrinas positivistas, que promovem o distanciamento social e o esvaziamento ético do Direito.

Diante dos limites do jusnaturalismo e do positivismo jurídico, a ciência jurídica atual vem buscando formular novas propostas de fundamentação e legitimação do Direito, de modo a permitir a compreensão de suas múltiplas dimensões – normativa, fática e valorativa – e a realização ordenada da justiça no âmbito das relações concretas.

Esse novo momento de reflexão do conhecimento jurídico, intitulado de pós-positivismo jurídico – vem procurando reconstruir os laços privilegiados entre o Direito e a Moral, aproximando o fenômeno jurídico das exigências da realidade social.

Nesse diapasão, afirma Torres (2002, p. 3) que se presencia hoje a mudança de paradigmas jurídicos que implica a reaproximação entre Direito, Ética e Justiça, bem como a preeminência dos princípios jurídicos no quadro do ordenamento, emergindo um modelo pós-positivista que consagra os direitos fundamentais enunciados pela principiologia constitucional, incorporando representações de valores da liberdade, igualdade e dignidade de todos os seres humanos.

Como expressão do pós-positivismo no Direito Constitucional, a doutrina vem utilizando as expressões “neoconstitucionalismo”, “constitucionalismo avançado” ou “constitucionalismo de direitos” para designar um novo modelo jurídico-político que representa o Estado Constitucional de Direito no mundo contemporâneo.

Segundo Ariza (2012, p. 239), este novo modelo de compreensão e aplicação do Direito Constitucional se revela em alguns sistemas constitucionais surgidos após a Segunda Guerra Mundial, cujas funções se contrapõem ao papel que desempenhavam as Cartas

Constitucionais no contexto da modernidade jurídica, de modo a tentar recompor a grande fratura existente entre a democracia e o constitucionalismo ocidental.

Para tanto, o neoconstitucionalismo pressupõe o reconhecimento de uma Teoria da Constituição substancialista, ancorada numa prévia ontologia cultural. Isso porque até a metade do século XX, não existia uma autêntica Teoria da Constituição em face das seguintes razões: os Tratados e Manuais de Direito Constitucional consideravam abstrato o tema; o positivismo jurídico era refratário a enfoques extranormativos ou metajurídicos; as incursões teóricas de natureza histórico-social não eram consideradas aceitáveis, tal como se verifica na corrente formalista e axiologicamente neutra da Teoria Pura do Direito, formada por Kelsen e seus seguidores; a vertente neokantiana de que o método constrói o objeto, presente no pensamento de Kelsen, inviabiliza a correlação entre método e realidade, indispensável ao realismo próprio de uma Teoria da Constituição como ciência cultural.

Decerto, autores como Montequieu, Rousseau, Sieyes, Constant e Payne podem ser situados como integrantes de um constitucionalismo burguês, de inspiração racionalista-individualista. Tal vertente de pensamento foi debilitando, gradativamente, o conceito substancial de Constituição, para formalizar o seu conteúdo através dos postulados do nascente positivismo jurídico, com o uso do método exegético e a conexão entre liberdade, propriedade, segurança e lei.

De outro lado, o constitucionalismo anglo-saxônico legou à cultura constitucional euroatlântica a Constituição inglesa, o *common law*, as declarações britânicas e norte-americanas. Não obstante este progresso constitucional, a importação do constitucionalismo anglo-saxônico não é tarefa fácil, ante à mentalidade pragmática e utilitarista desta tradição jurídica.

Outrossim, predominam, na Europa Continental, o racionalismo, o formalismo e a metodologia abstrata, como se percebe nas diferenças entre o *rule of law*, o *due process of law* e o *rechtsstaat*, embora apresentem pontos de convergência: a legalidade, a hierarquia normativa, a publicidade das normas, a irretroatividade das disposições restritivas de direitos individuais, a segurança jurídica, a responsabilidade e a arbitrariedade dos poderes públicos.

Posteriormente, verifica-se a influência da doutrina germânica, desde o final do século XIX até o século XX, na configuração da dogmática constitucional, citando os nomes de juristas como Gerber, Laband, Jellinek e Kelsen. Todos eles poderiam ser situados no campo do formalismo positivista, com exceção do enfoque sociológico conferido por Jellinek à sua Teoria dualista do Estado.

A República alemã de Weimar, entre 1919 e 1932, foi o microcosmo da cultura constitucional europeia, que logo seria transportada para o mundo ocidental. As diversas tendências que brotaram neste momento histórico do constitucionalismo germânico se caracterizaram pelo combate ao positivismo jurídico, sob o influxo do antiformalismo expresso na Filosofia vitalista, na Sociologia e na atenção doravante dedicada à Ciência Política. Neste período, aparecerá a Teoria da Constituição em 1928 com as obras de Schmitt, Smend e seus discípulos, tornando patente a necessidade de abordar o condicionamento cultural e a fundamentação axiológica da Teoria da Constituição, a fim de demonstrar a íntima conexão entre cultura, valores e direito constitucional.

Segundo Verdu (1998, p. 21), a meditação constitucional é consciente de que toda especulação cultural a respeito da Constituição consiste numa inspiração ideológica, fundada em valores que operam na realidade social e política. Tais pautas axiológicas iluminam e fundamentam Direitos Humanos, mediante a delimitação dos poderes públicos a uma organização normativa que se encontra fundada numa estrutura sociopolítica democrática.

Sendo assim, a substantividade da Teoria da Constituição se apresenta como uma inovação em face das posturas positivistas passadas e presentes, pois toda Constituição se funda em valores que se exprimem em princípios constitucionais, como a liberdade, a igualdade, a fraternidade e, sobretudo, a dignidade da pessoa humana, conferindo uma dimensão axiológica e teleológica ao constitucionalismo pós-moderno.

Com o neoconstitucionalismo, ocorre também o processo de normatização da Constituição, que deixa de ser considerada um diploma normativo com um valor meramente programático ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata.

Decerto, uma das grandes mudanças ocorridas no Direito Constitucional ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do *status* de norma jurídica, superando-

-se o modelo anacrônico segundo o qual a Constituição era vista como um mero convite político à atuação dos Poderes Públicos. A eficácia das normas constitucionais ficava, assim, condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador, não se reconhecendo ao Poder Judiciário qualquer papel relevante na realização dos valores e fins da Carta Magna.

Como bem salienta Cunha Júnior (2006, p. 32), a Constituição deixou de ser concebida como simples manifesto político para ser compreendida como um diploma composto de normas jurídicas fundamentais e supremas. Isto porque a Constituição, além de imperativa como toda norma jurídica, é particularmente suprema, ostentando posição de proeminência em face das demais normas, que a ela deverão se conformar quanto ao modo de elaboração (compatibilidade formal) e quanto à matéria (compatibilidade material).

A supremacia constitucional desponta, assim, como uma exigência democrática, para sintetizar os valores e anseios do povo, titular absoluto do poder constituinte que originou a Carta Magna, a fonte máxima de produção da totalidade do Direito e o último fundamento de validade das normas jurídicas, conferindo unidade e caráter sistemático ao ordenamento jurídico.

Partindo-se do postulado de que a Constituição define o plano normativo global para o Estado e para a Sociedade, vinculando tanto os órgãos estatais com os cidadãos, dúvidas não podem mais subsistir questionamentos sobre a natureza jurídica das normas programáticas. As normas programáticas, sobretudo as atributivas de direitos sociais e econômicos, devem ser entendidas, assim, como diretamente aplicáveis e imediatamente vinculantes de todos os órgãos dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Neste sentido, são tão jurídicas e vinculativas as normas programáticas, malgrado sua abertura ou indeterminabilidade, que, na hipótese de não realização destas normas e destes direitos por inércia dos órgãos de direção política (Executivo e Legislativo), restará caracterizada a inconstitucionalidade por omissão.

Conforme leciona ainda Cunha Júnior (2006, p. 107), o Estado, inclusive o Estado brasileiro, está submetido ao ideal de uma Democracia substantiva ou material, pelo que as eventuais inércias do Poder Legislativo e do Poder Executivo devem ser supridas pela atuação do Poder Judiciário, mediante mecanismos jurídicos previstos pela própria Constituição que instituiu um Estado Democrático de Direito (por exemplo, o Mandado de Injunção, a

Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental).

Sendo assim, a concepção de uma Constituição como norma afeta diretamente a compreensão das tarefas legislativa e jurisdicional. De um lado, o caráter voluntarista da atuação do legislador cede espaço para a sua submissão ao império da Constituição. De outro lado, o modelo dedutivista de aplicação da lei pelo julgador, típico da operação lógico-formal da subsunção, revela-se inadequado no contexto de ampliação da margem de apreciação judicial, especialmente na concretização de princípios, abrindo margem para o recurso da operação argumentativa da ponderação.

Gera-se, pois, um conflito permanente entre esse tipo de constitucionalismo e a democracia, ante a primazia concedida ao Poder Judiciário em detrimento da posição subalterna assumida pelo Poder Legislativo. Exemplo disso pode ser encontrado quando se verifica a tensão entre eficácia imediata (que exige a atuação dos juízes) e mediata (que requer a necessária atuação do legislador), ao denotar a dificuldade do neoconstitucionalismo de estabelecer os limites ou articular uma proposta que permita conjugar o labor jurisdicional e a função do legislador.

Com efeito, oscila-se entre um constitucionalismo débil, que reivindica a importância da legitimidade democrática do legislador e das pautas formais inerentes ao Estado de Direito (a segurança jurídica, a igualdade formal e a separação dos poderes), e um neoconstitucionalismo que valoriza o ativismo judicial como via para a substancialização do regime democrático.

Como proposta de superação desta aparente dicotomia, destaca-se o pensamento de Canotilho (1991, p. 98), a promover a conciliação entre as noções de Estado de Direito e democracia. Isto porque, segundo o autor, o Estado constitucional é mais do que o Estado de Direito, visto que o elemento democrático serve não só para limitar o Estado, mas também legitimar o exercício do poder político, potencializando a compreensão da fórmula do Estado de direito democrático.

De outro lado, o neoconstitucionalismo pressupõe a positivação jurídica de princípios, pautas axiológicas de conteúdo indubitavelmente ético, daí decorrendo importantes consequências, tais como a necessidade de se adotar uma posição de participante para

explicar o funcionamento do Direito, bem como a necessidade de superar-se a ideia positivista de uma separação entre o Direito e a Moral.

Decerto, o modelo neoconstitucionalista não parece coadunar-se com a perspectiva positivista, que se mostra tanto antiquada, por haver surgido no contexto do Estado liberal-individualista, quanto inadequada, por não incorporar os *standards* de moralidade social ao estudo e à interpretação do fenômeno jurídico.

O modelo de ciência jurídica que exige o neoconstitucionalismo contrasta também com aquele defendido pelo positivismo jurídico. Rejeitam-se, assim, as noções de distanciamento, neutralidade valorativa e função descritiva da ciência jurídica, para se incorporar as ideias de compromisso, intervenção axiológica, prioridade prática e caráter político do conhecimento científico do Direito.

O denominador comum das teorias ditas neoconstitucionalistas parece ser a necessidade de superar um modelo que estabeleça que a Ciência Jurídica deva se ocupar exclusivamente de descrever o Direito, através de uma atividade neutra aos valores sociais e alheia ao problema fático da efetividade do sistema jurídico.

A partir do momento em que alguns padrões de moralidade são incorporados às Constituições através dos princípios ético-jurídicos, a tarefa de determinar o que o Direito diz não pode ser concebida como uma atividade totalmente científica ou objetiva, visto que entram em jogo as opiniões e as considerações morais, o que confere verdadeira natureza política à atividade do jurista.

Nesse sentido, o neoconstitucionalismo, além de evidenciar que algumas proposições podem ter uma significação política, vem apresentando a virtude de evidenciar que não se deve colocar todos os juízos de valor no mesmo plano e que nem todos os juízos de valor conduzem ao âmbito incontrolável da subjetividade hermenêutica.

Por fim, verifica-se que o movimento neoconstitucionalista, com a internalização dos valores consubstanciados pelos princípios jurídicos, revela-se favorável à ideia de uma aceitação moral do Direito, resultando na adoção de perspectivas interna e externa de compreensão do fenômeno jurídico. A legitimação do sistema jurídico passa pela busca de um equilíbrio entre os pontos de vista de crítica interna, cujo parâmetro é a Constituição, e de crítica externa, cujo parâmetro é o substrato axiológico da moralidade social.

Desse modo, o neoconstitucionalismo, como manifestação do pós-positivismo jurídico, abarca um conjunto amplo de mudanças ocorridas no Estado Democrático de Direito e no Direito Constitucional, reaproximando as Constituições do substrato ético dos valores sociais e, ao mesmo tempo, abrindo espaço para o reconhecimento da força normativa da Constituição e de uma nova interpretação constitucional de base principiológica.

3 NEOCONSTITUCIONALISMO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Como se pôde depreender do tópico anterior, uma das características mais marcantes do neoconstitucionalismo, expressão do pós-positivismo jurídico no Direito Constitucional, consiste na frequente utilização de princípios jurídicos no embasamento de processos hermenêuticos e decisórios, como espécies normativas que permitem conciliar as estimativas de Justiça (legitimidade), típicas do jusnaturalismo, com as exigências de segurança (legalidade), próprias do positivismo jurídico.

A valorização desses princípios jurídicos vem sendo acompanhada, *pari passu*, pela progressiva constitucionalização destes cânones éticos, promovendo a transição do modelo formal de Constituição, que a reduz a um mero catálogo de competências e procedimentos – para o paradigma material de Carta Magna, que a eleva ao patamar de repositórios dos valores fundantes do Estado e do conjunto da Sociedade civil.

Como salienta Moraes (2003, p. 107), tais princípios jurídicos, extraídos da cultura, exprimem a consciência social, o ideal ético e, portanto, a noção de Justiça presente na sociedade, figurando, portanto, como os valores por meio dos quais aquela comunidade se organizou e se organiza. É nesse sentido que se deve entender o real e mais profundo significado, marcadamente axiológico, da chamada constitucionalização principiológica, através da qual a Constituição passa a representar o conjunto de valores sobre os quais se constrói, na atualidade, o pacto axiológico fundamental da convivência coletiva.

Com a valorização da principiológica constitucional pelo neoconstitucionalismo, torna-se a Carta Constitucional uma expressão viva e concreta do mundo dos fatos e valores, adquirindo uma inegável tessitura axiológica e teleológica. A principiológica de cada Lei Fundamental se converte, assim, no ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e, sobretudo, da legitimidade (dimensão

valorativa) de um dado sistema jurídico, abrindo espaço para a constitucionalização do direito justo.

As diversas concepções neoconstitucionalistas parecem convergir para o entendimento de que o Direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação de princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de modo a potencializar a realização da Justiça.

Decerto, dentre os diversos princípios ético-jurídicos que adquiriram *status* constitucional nas últimas décadas, merece destaque a dignidade da pessoa humana. Especialmente porque, na esteira do pós-positivismo jurídico, evidencia-se, cada vez de modo mais patente, que o fundamento último e a própria *ratio essendi* de um Direito justo não é outro senão o próprio homem. Considerado este homem em sua dignidade substancial de pessoa, como um ser que encerra um fim em si mesmo, cujo valor ético intrínseco impede qualquer forma de degradação, aviltamento ou coisificação da condição humana.

Segundo Comparato (2005, p. 21), inspirado no pensamento kantiano, a pessoa é um fim em si mesmo, não podendo se converter em instrumento para a realização de um eventual interesse, pois o ser humano e, de um modo geral, todo ser racional, existe como uma finalidade própria, sem figurar como meio do qual esta ou aquela vontade possa se servir a seu talante. Pela sua vontade racional, ao contrário das coisas, só a pessoa humana vive em condições de autonomia, isto é, como ser capaz de guiar-se pelas leis que ele próprio edita. Logo, todo homem tem dignidade e não um preço, como as coisas.

Sendo assim, o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência, quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante.

Como salienta Vieira (2006, p. 37), ao servir de veículo para a incorporação dos direitos da pessoa humana pelo Direito, os Direitos Fundamentais passam a se constituir numa importante parte da reserva de Justiça do sistema jurídico. Sobretudo, pela abertura dos direitos fundamentais à moralidade, o que se verifica pela internalização de valores morais, como a dignidade humana. Uma sociedade que respeita os direitos decorrentes da dignidade

da pessoa humana pode ser considerada, se não uma sociedade justa, ao menos muito próxima do ideal de Justiça.

Sendo assim, a dignidade da pessoa humana, sob os influxos do pós-positivismo neoconstitucionalista, converteu-se numa verdadeira fórmula de justiça substancial, passível de ser invocada concretamente pelos sujeitos de direito, sem os limites decorrentes das concepções jusnaturalista e positivista de fundamentação do direito justo.

Não é outro o entendimento de Pardo (2003, p. 197), para quem a relação dos princípios com os valores, especialmente dos princípios jusfundamentais com o valor da dignidade, permitem identificar a Constituição como um sistema normativo aberto à moralidade social cambiante, o que possibilita afirmar que todo o sistema jurídico recebe irradiação desse sentido de Justiça emanado do conjunto dos princípios jusfundamentais e dos Direitos Fundamentais que os traduzem normativamente.

Destarte, convém investigar os elementos que definem esse processo de positivação do Direito justo, a partir do suporte axiológico e teleológico do princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana, desde o processo da internacionalização dos Direitos Humanos até a sua expressa conversão em normatividade constitucional.

4 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E A POSITIVAÇÃO NO NEOCONSTITUCIONALISMO

Embora o respeito à dignidade da pessoa humana seja uma concepção que brota de matrizes culturais remotas, desde a antiguidade greco-latina e cristã, até o renascimento e o iluminismo antropocêntrico da idade moderna.

No pensamento filosófico da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade da pessoa humana estava relacionada com a posição social ocupada pelo indivíduo e o seu grau de reconhecimento pelos demais membros da comunidade. Por outro lado, já no pensamento estóico, a dignidade era tida como a qualidade que, por ser inerente ao ser humano, o distinguia das demais criaturas, no sentido de que todos os seres humanos eram dotados da mesma dignidade.

Durante o período medieval, segundo a religião cristã, o ser humano foi criado à imagem e semelhança da Divindade, premissa da qual o cristianismo extraiu a consequência de

que o ser humano é dotado de um valor próprio e que lhe é inerente, não podendo ser transformado em mero objeto ou instrumento. Destacou Tomás de Aquino, o qual chegou a referir expressamente o termo *dignitas humana*, ratificado, já em plena Renascença, pelo humanista italiano Pico Della Mirandola, que, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, postulou ser esta a qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino.

No âmbito do pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, a concepção da dignidade da pessoa humana, assim como a ideia do Direito Natural em si, passou por um processo de racionalização e laicização, mantendo-se, todavia, a noção fundamental da igualdade de todos os homens em dignidade e liberdade. Dessa concepção jusnaturalista decorreu a constatação de que uma ordem constitucional que consagra a ideia da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão-somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado.

Após o refluxo da preocupação filosófica pela dignidade humana, por força do cientificismo positivista do século XIX, a retomada do debate acerca da dignidade da pessoa humana teve, como marco simbólico, a década de quarenta do século passado, após o término da Segunda Grande Guerra Mundial, cujas barbáries e atrocidades cometidas contra o ser humano demonstraram a incongruência da metafísica jusnaturalista e do alheamento ético do positivismo jurídico.

Como bem refere Martinez (2003, p. 11), a luta pela afirmação da dignidade da pessoa humana, em meados do século vinte, robustecida após a traumática experiência totalitária na Segunda Guerra Mundial, como fonte dos Direitos Fundamentais do cidadão, trata-se de uma resposta tanto ao movimento jusnaturalista, quanto às construções positivistas que debilitaram as referências morais do fenômeno jurídico, erigindo o respeito à condição do ser humano como valor supremo dos sistemas jurídicos de inspiração democrática.

Decerto, os grandes textos normativos desse período histórico passaram a reconhecer a ideia dignidade da pessoa humana, seja no âmbito do Direito Internacional, seja no plano específico do Direito Nacional de cada Estado soberano.

Inicialmente, esse processo ocorreu com a internacionalização dos direitos humanos, que passaram a ser enunciados no âmbito da comunidade jurídica supranacional. Nesse sentido,

a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas em 1948, é inaugurada com a afirmação de que todos os seres humanos nascem livres e iguais, em dignidade e direitos (art. 1.º), além de proclamar o caráter de igualdade fundamental dos direitos humanos, ao dispor que cada qual pode se prevalecer de todos os direitos e todas as liberdades proclamadas na presente Declaração, sem distinção de espécie alguma, notadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião pública ou de qualquer outra opinião, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação (art. 2.º).

Como sustentam Dimoulis e Martins (2007, p. 40), os direitos fundamentais no âmbito internacional recebem o nome de Direitos Humanos, indicando o conjunto de direitos e faculdades que garantem a dignidade da pessoa humana e se beneficiam de garantias internacionais institucionalizadas. Essa internacionalização vai além do relacionamento binário Estado-Indivíduo que é a concepção tradicional dos Direitos Fundamentais, trazendo uma nova concepção de tutela da dignidade do ser humano: ampliação dos titulares de direitos; possibilidade de responsabilizar o Estado de forma externa; politização da matéria devido à necessidade de se realizar contínuos compromissos entre os Estados e os atores internacionais.

A partir da internacionalização da dignidade da pessoa humana e dos Direitos Humanos correlatos, seguiu-se o fenômeno da constitucionalização desses Direitos Humanos, que passaram a ser denominados, com a positivação constitucional, de Direitos Fundamentais, ampliando a possibilidade de garantir a sua aplicabilidade nas relações sociais desenvolvidas no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos.

Ao tratar da exteriorização da dignidade da pessoa humana como princípio do constitucionalismo ocidental, observa Canotilho (1998, p. 221) que o ser humano passou a despontar como o fundamento da República e limite maior ao exercício dos poderes inerentes à representação política. Perante as experiências históricas de aniquilação do ser humano (inquisição, escravatura, nazismo, stalinismo, polpotismo, genocídios étnicos) a dignidade da pessoa humana significa, sem transcendências ou metafísicas, o reconhecimento do *homo noumenon*, ou seja, do indivíduo como limite e fundamento do domínio político da República.

Exemplos não faltam desse processo de positivação constitucional da dignidade da pessoa humana. A Constituição da República Italiana, de 27 de dezembro de 1947, estatui que “todos os cidadãos têm a mesma dignidade social” (art. 3.º). A Constituição da República Federal Alemã, de 1949, contempla solenemente, em seu art. 1.º, que “a dignidade do homem é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é dever de todos os Poderes do Estado.”. Analogamente, a Constituição Portuguesa de 1976 abre-se com a proclamação de que “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária.”. Outrossim, a Constituição Espanhola de 1978 declara que “a dignidade da pessoa, os direitos invioláveis que lhe são inerentes, o livre desenvolvimento da personalidade, o respeito à lei e aos direitos alheios são o fundamento da ordem política e da paz social.” (art. 10).

Esse progressivo reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana, como sustenta Alexy (2007, p. 10), representa a passagem dos Direitos Humanos, dotados de natureza suprapositiva e de universalidade moral, geralmente expressos em Tratados em Convenções Internacionais, para os Direitos Fundamentais, que se apresentam como direitos que foram acolhidos numa Constituição. A positivação desses direitos do homem não anula a sua validade ética, reforçando, em verdade, a sua exigibilidade jurídica, diante de conflitos de interesse entre os atores sociais.

Com efeito, a proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na grande maioria das Constituições contemporâneas, conduziu ao reconhecimento da eficácia jurídica dos Direitos Humanos, afastando-se a concepção anacrônica da sua inexigibilidade em face de comportamentos lesivos à vida digna do ser humano, por ações de governantes ou de particulares.

Desse modo, como bem salienta Häberle (2000, p. 82), embora o modelo do Estado Constitucional no Ocidente possa sofrer variações nacionais que dependem das especificidades de cada cultura jurídica, resultando da diversificada convergência de filosofias políticas, textos clássicos, políticas públicas, experiências, sonhos e utopias, ressalvadas as singularidades de cada sociedade, as Constituições hoje costumam prever, como um programa de obrigações constitucionais, a afirmação de uma dignidade humana como ideia antropológica-cultural e o conceito de democracia como a consequência no plano organizacional das instituições político-sociais.

5 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO NEOCONSTITUCIONALISMO BRASILEIRO

A importância do princípio da dignidade da pessoa humana é incontestável no atual quadro evolutivo das sociedades humanas, o que leva Barcellos (2002, p. 103) a afirmar que um dos poucos consensos teóricos do mundo contemporâneo diz respeito ao valor essencial do ser humano, despontando a dignidade da pessoa humana como um axioma da civilização ocidental e talvez a única ideologia remanescente no início do novo milênio.

O sistema constitucional brasileiro foi também influenciado por esses novos sopros libertários, tendentes à emancipação do ser humano, através do respeito à dignidade intrínseca, mormente com o advento da Constituição Federal de 1988, gestada que foi no contexto político-social de redemocratização do país, após o longo período autocrático da ditadura militar.

Conforme assinala Barroso (2006, p. 364), na Constituição Federal de 1988, o princípio da dignidade da pessoa humana foi elevado ao patamar de fundamento do Estado Democrático de Direito (art. 1.º, inciso III), integrando a categoria dos princípios fundamentais do Título I da Carta Magna, ao lado de outros importantes cânones ético-jurídicos correlatos, a saber: a cidadania; os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; o princípio republicano, (art. 1.º); o princípio da separação de poderes (art. 2.º); os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil – construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; (art. 3.º), e os princípios que orientam as relações internacionais, como a prevalência dos Direitos Humanos (art. 4.º).

Uma vez situado como princípio basilar da Constituição Federal de 1988, o legislador constituinte brasileiro conferiu à ideia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de Direitos Fundamentais, tais como os direitos individuais à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade (art. 5.º); os direitos sociais a educação, a saúde, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados (art. 6.º); os direitos sociais

dos trabalhadores urbanos e rurais (arts. 7.º a 11); os direitos da nacionalidade (arts. 12 e 13); os direitos políticos (arts. 14 a 17); os direitos difusos, regulados em diversos preceitos da Carta Magna, a exemplo do direito de manifestação e acesso às fontes da cultura nacional (art. 215), bem assim o direito difuso ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225).

Ademais, saliente-se, por oportuno, que a dignidade da pessoa humana figura como princípio ético-jurídico capaz de orientar o reconhecimento, a partir de uma interpretação teleológica da Carta Magna pátria, de Direitos Fundamentais implícitos, por força do art. 5.º, § 2.º, define um catálogo aberto e inconcluso de Direitos Fundamentais, ao estabelecer que os direitos e garantias expressos na Constituição brasileira não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos Tratados Internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

A dignidade da pessoa humana serve de parâmetro, inclusive, para a intelecção àqueles Direitos Humanos previstos em Tratados e Convenções Internacionais, que, aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão considerados hierarquicamente equivalentes às Emendas Constitucionais, convergindo, assim, as ordens jurídicas externa e interna para o primado de uma existência digna, a teor do que prescreve o art. 5.º, § 3.º, inserido pela Emenda Constitucional 45/2004.

Enfim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se desdobra em inúmeros outros princípios e regras constitucionais, conformando um arcabouço de valores e finalidades a serem realizadas pelo Estado e pela Sociedade Civil, como forma de concretizar a multiplicidade de Direitos Fundamentais da Carta Magna brasileira, inclusive, o Direito Fundamental de acessibilidade pessoas com deficiência.

6 O MODELO BIOMÉDICO DE DEFICIÊNCIA

Remontando aos fins do século XX (1976), por meio de documentos da Organização Mundial de Saúde, a compreensão da deficiência enquanto estado de patologia concretiza aquilo que viria a ficar conhecido como modelo biomédico, em que a definição de pessoa com deficiência é relacionada à ideia a um distúrbio orgânico, um estado patológico do indivíduo.

Para esta linha de pensamento deficiência seria:

[...] a perda ou anormalidade de estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica, temporária ou permanente. Incluem-se nessas a ocorrência de uma anomalia, defeito ou perda de um membro, órgão, tecido ou qualquer outra estrutura do corpo, inclusive das funções mentais. Representa a exteriorização de um estado patológico, refletindo um distúrbio orgânico, uma perturbação no órgão (AMIRALIAN et al., 2000).

Dessa forma, em brevíssima síntese, para este ângulo de visão, a deficiência é consequência natural da lesão ao corpo, motivo pelo qual a pessoa deficiente deveria ser objeto de cuidados médicos. Nesse contexto a deficiência seria compreendida como um problema do indivíduo. Acerca do tema, pondera Diniz (2007, p. 41) que com a publicação em 1980 pela Organização Mundial de Saúde (OMS) de um catálogo oficial de lesões e deficiências, surge a Classificação Internacional de Lesão, Deficiência e *Handicap* (*International Classification of Impairments, Disabilities, and Handcaps – ICIDH*), criando assim uma catalogação similar a já existente para as doenças (CID: Classificação Internacional de Doenças), em que as lesões e deficiências seriam neste universo compreendidas. A intenção, mais do que simplificar o tema, era padronizar a terminologia internacional para fins de elaboração de políticas de saúde voltadas a esta área. Propondo tal padronização, a ICIDH passa a definir a tripartição conceitual lesão-deficiência-*handicap* como:

Lesão: qualquer perda ou anormalidade psicológica, fisiológica, anatômica de estrutura ou função.

Deficiência: qualquer restrição ou falta resultante de uma lesão na habilidade na habilidade de executar uma atividade da maneira ou da forma considerada normal para os seres humanos.

Handicap: desvantagem individual resultante de uma lesão ou deficiência que limita ou dificulta o cumprimento do papel considerado normal (DINIZ, 2007, p. 42).

Graças a tal visão, a deficiência é considerada um problema do indivíduo, cabendo a ele se adaptar à sociedade ou se submeter a processos de reabilitação/cura daquilo que era então concebido como uma patologia. Por tal motivo, este modelo terminou estimulando o surgimento de uma visão resistente o sentido de que caberia à sociedade mudar suas estruturas para que tais pessoas fossem incluídas. E, desta forma, atingir seus respectivos desenvolvimentos em todos os campos (pessoal, social, laboral, educacional, etc.), com vistas a superar uma tradicional visão segundo a qual a sociedade não tinha qualquer responsabilidade sobre este fenômeno. Pois, sendo a deficiência um problema do indivíduo,

restaria suficiente à sociedade prover algum tipo de serviço/tratamento para estas pessoas (SASSAKI, 1997, p. 28).

Acerca do modelo biomédico, pondera Sasaki que:

[...] de acordo com este modelo, a pessoa deficiente é que precisa ser curada, tratada, reabilitada, habilitada, etc. a fim de ser adequada à sociedade como ela é, sem maiores modificações. O modelo médico da deficiência tem sido responsável, em parte, pela resistência da sociedade em aceitar a necessidade de mudar suas estruturas e atitudes para incluir em seu seio as pessoas portadoras de deficiência e/ou de outras condições atípicas para que estas possam, aí sim, buscar o seu desenvolvimento pessoal, social, educacional e profissional. É sabido que a sociedade sempre foi, de um modo geral, levada a acreditar que, sendo a deficiência um problema existente exclusivamente na pessoa deficiente, bastaria prover-lhe algum tipo de serviço para solucioná-lo (SASSAKI, 1997, p. 28).

Em resposta a referido modelo biomédico, muitas críticas foram propostas, suscitando assim a superação/limitação deste modelo conceitual. De acordo com Diniz (2007, p. 43), tais críticas (em número de cinco) viriam a inaugurar o conhecido modelo social de deficiência. Acerca de tais críticas e, amparado em (DINIZ, 2007) e em outra obra da qual a autora participa, tem-se o que se segue, em diversos atos.

O primeiro deles dizia respeito à representatividade: argumentava-se nesse sentido que a catalogação proposta pela OMS (o ICIDH) teria sido feita por pessoas que não possuíam nenhuma experiência *na* deficiência, mas sim apenas *sobre* deficiência, do que resultaria – para os adeptos desta linha de oposição ao modelo biomédico – uma fronteira ética importante.

O segundo deles se relaciona aos fundamentos morais do documento, pois ao se basear na expectativa do que seria um padrão de “normal”, cria-se, por via indireta uma noção de que tudo que não se encaixasse neste padrão seria passível de ser compreendido como “anormal”.

O terceiro ataca a suposta causalidade entre lesão e deficiência. Nesse sentido, enquanto a primeira geração de teóricos do modelo social da deficiência buscava por meio do materialismo histórico explicar a existência de uma opressão por meio dos valores centrais do capitalismo, outras visões passaram a compreender a deficiência com atributos corporais neutros, sendo a discriminação uma espécie de opressão sofrida pelas pessoas com

impedimentos em ambientes com barreiras. (CORKER; SHAKESPEARE, 2002, p. 10 *apud* DINIZ; BARBOSA; SANTOS, 2009).

Acerca do tema, considera a doutrina:

Antes mesmo da ICIDH, o modelo social já se mostrava imprecisões no sistema classificatório do modelo médico, o qual pressupunha que as desvantagens experimentadas pelos deficientes resultavam exclusivamente das suas lesões. O enfoque biomédico desconsiderava a hipótese inversa, isto é, a possibilidade de os contextos oprimirem as pessoas com lesões e as segregarem socialmente (DINIZ, 2007, p. 45).

A quarta parte da crítica formulada se volta para a própria ICIDH como um tipo de intervenção no corpo do deficiente. Afirma-se isso pois, como a ICIDH era uma espécie de expansão da CID, o discurso biomédico terminaria por propiciar uma maior possibilidade de ações medicalizantes sobre o corpo da pessoa com deficiência (uma vez que a deficiência era compreendida como um tipo de doença)

A quinta e última crítica citada à era de ordem política. Neste sentido, uma vez que a catalogação proposta pela Organização Mundial da Saúde (OMS) compreendia a gênese das desvantagens nas lesões do próprio indivíduo, esse terminaria sendo um problema do indivíduo, exonerando-se assim de responsabilidade a sociedade e Estado. Nesse sentido, para Diniz (2007, p. 45) a perspectiva da deficiência compreendida pelo viés da responsabilidade do indivíduo, ou tragédia pessoal/limitação corporal significava que as ações prioritárias seriam medidas sanitárias, de reabilitação, e não de proteção social ou reparação da desigualdade.

7 O MODELO SOCIAL DE DEFICIÊNCIA

Fundados numa forte inspiração o materialismo histórico, a concepção do modelo social de deficiência, surge a contrapor-se a visão biomédica. Dessa forma, além de buscar justificar tal visão social numa tentativa de explicação da opressão por meio dos valores centrais do capitalismo, reage-se à ideia da inutilidade dos corpos com impedimentos face à lógica produtiva capitalista e muito pouco sensível à diversidade (DINIZ, 2007, p. 23).

Acerca do tema, discorre a doutrina:

Os corpos com impedimentos seriam inúteis à lógica produtiva em uma estrutura econômica pouco sensível à diversidade. Já o modelo biomédico afirmava que a experiência de segregação, desemprego, baixa escolaridade, entre tantas outras variações da desigualdade, era causada pela inabilidade do corpo com impedimentos para o trabalho produtivo. Hoje, a centralidade no materialismo histórico e na crítica ao capitalismo é considerada insuficiente para explicar os desafios impostos pela deficiência em ambientes com barreiras, mas se reconhece a originalidade desse primeiro movimento de distanciamento dos corpos com impedimentos dos saberes biomédicos (CORKER; SHAKESPEARE, 2002, p. 3).

O conhecido modelo social da deficiência tem início na Inglaterra no fim dos anos 70. Supera-se, assim, a visão da deficiência como um problema do indivíduo, uma enfermidade a exigir um tratamento, para que se alcance uma noção de exclusão destas pessoas, por força de barreiras. Nesse sentido, o advento de uma diferente compreensão reflete, mais do que o esgotamento de um paradigma anterior, mas também o surgimento de uma nova compreensão, fruto de uma visão que relaciona a deficiência ao meio ambiente, decorrendo daí novos elementos para construção de uma nova visão (COHEN, 2006, folhas 44)

Analisando as diferenças entre o modelo médico e o social de incapacidade, percebe-se que, enquanto aquele enfatiza a dependência, reproduzindo assim a noção da pessoa incapacitada como um problema, o modelo social rompe com tal visão para considerar as desvantagens individuais e coletivas das pessoas com deficiência como um problema institucional, segundo a qual a deficiência é concebida com uma forma de opressão da sociedade, uma vez que são as barreiras do meio urbano, as causas de limitação à participação social destas pessoas (AMIRALIAN, 2000).

Para Cohen (2006, folhas 25), a deficiência é um conceito que pode variar em um sentido cultural, social e até mesmo ambiental:

A deficiência pode ser uma situação que faz parte de um contexto cultural, social e ambiental das pessoas que a possuem. Também pode ser vista como um aspecto especial que oferece novas oportunidades para a experiência e o amadurecimento do nosso sujeito no mundo. Posturas corporais, competências motoras e motricidades específicas podem revelar pontos de vista mais de acordo com uma nova ordem que libere o tratamento do corpo deficiente dos modelos de um padrão idealizado.

Nesse contexto mais amplo, a deficiência deixa de ser um problema e passa a ser compreendida como um atributo do indivíduo, uma característica deste, sendo um elemento

essencial para que se compreenda a noção de “acessibilidade”, bem como de “barreiras”, trazidas pela legislação para que se entendam tais definições como uma “causa” ou “consequência” da relação que estas pessoas estabelecem com a sociedade contemporânea.

A partir desta visão social da deficiência, surgem ainda novas perspectivas acerca da deficiência, compreendidas como formas auxiliares de compreensão de ocorrências econômicas e sociais frente à deficiência. São elas o modelo baseado em Direitos, o modelo da Capacidade/*Empowering*, o modelo de Mercado, Modelo Social Adaptado, Modelo *Spectrum* de Deficiência e Modelo Econômico (AUGUSTIN, 2012).

Acerca dos modelos citados, pondera a doutrina:

A partir dos preceitos do Modelo Social, podem-se apontar modelos que surgem para auxiliar a compreensão de ocorrências econômicas e sociais frente à deficiência: Modelo baseado em Direitos – inspirado em estratégias de movimentos sociais em defesa dos direitos civis; Modelo da Capacidade/*Empowering* – a pessoa com deficiência e sua família definem o curso do seu tratamento e dos serviços prestados; Modelo de Mercado – foco no empoderamento econômico; Modelo Social Adaptado: apesar de a pessoa com deficiência ter limitações, a sociedade ainda é mais limitadora do que a deficiência em si. Modelo *Spectrum* de Deficiência: refere-se à audibilidade, visibilidade e sensibilidade da deficiência. Ou seja, a entidade ou a essência do que a deficiência revela na pessoa; Modelo Econômico – a deficiência é definida como um custo social causado pelos recursos voltados para pessoa com deficiência e pela sua produtividade limitada no trabalho, em relação às pessoas sem deficiência (AUGUSTIN, 2012, p. 4).

Para além dos modelos biomédico e social, pode-se identificar outros modelos de deficiência que concebem outras visões em função da perspectiva científica em que se apoiam. Nesse sentido é que se concebem os modelos de deficiência a partir da educação inclusiva, a saber: o modelo caritativo, modelo religioso, modelo moral, Modelo da Capacidade/*Empowering*, modelo de mercado, naquilo que, para fins de sistematização aqui proposta será chamado “visão da deficiência proposta por outros modelos”.

Certos de que, seja por causas temporais ou estruturais, os conceitos tendem a se modificar é que, superando-se eventuais definições de deficiência trazida pela doutrina ou pela lei, sugere-se aqui um conceito constitucional de pessoa com deficiência, proposto a partir da definição trazida pela Organização das Nações Unidas (ONU).

A Convenção da Guatemala já sinalizara no sentido desse avanço ao definir pessoa com deficiência utilizando-se de aspectos clínicos e sociais, de forma genérica, no

entanto. É inegável, porém, que as discussões que a lastrearam aviaram o consenso político que mobilizou a sociedade civil por intermédio dos 800 representantes que participaram da Assembleia de setembro de 2006, quando se finalizou o texto da Convenção da ONU. Pretendia-se, naquele momento, que fosse radicalmente alterado o enfoque político sobre as pessoas com deficiência, abandonando-se, definitivamente, o tom piegas e assistencialista que sempre norteou as legislações voltadas ao assunto, cuja consequência direta resultava em ausência de políticas públicas ou, na melhor das hipóteses, em políticas meramente assistencialistas, que, conforme se constata do próprio preâmbulo da Convenção da ONU, acarretavam e acarretam a verdadeira morte civil das pessoas com deficiência (FONSECA, 2012, p. 45).

Para Fonseca (2012, p. 47) a adoção pelo texto constitucional da expressão “pessoa portadora de deficiência” dá-se como consequência da forte movimentação do segmento à época da Assembleia Constituinte. Nesse sentido, Pretendia-se a época superar a utilização de termos ainda piores, utilizados pela legislação brasileira até então, tais como “inválidos”, “incapazes”, “deficientes”, etc.

Destaque-se que, mais que simples superação de termos inadequados, a opção à época era evitar as ideias de exclusão que estas definições traziam de forma implícita. Esta própria definição “portador de pessoa com deficiência” é hoje também inadequada sendo superada pela definição constitucional de deficiência como uma ideia em evolução e que resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas.

Em síntese, pode-se compreender como conceito de pessoa com deficiência aquele que:

[...] constitucionalmente adotado pelo Brasil por força da ratificação da Convenção Internacional da ONU sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, e que transcende o aspecto meramente clínico e assistencialista que pautava a legislação anterior. Ressalta o fator político para que se reconheça a necessidade de superarem-se as barreiras sociais, políticas, tecnológicas e culturais (FONSECA, 2012, p. 53)

Deve-se, assim, compreender a deficiência bem como nomenclaturas às pessoas que decorram de tal situação como peculiaridades inerentes à diversidade humana, da mesma forma que se costuma fazer quanto ao gênero, etnia e orientação sexual. A deficiência, portanto, tem como pilares de compreensão não elementos clínicos/médicos que sugerem uma noção excludente, mas, sim, uma noção em que a deficiência, vista como atributo de algumas pessoas não possa impedir a plena participação e inclusão em sociedade.

8 ACESSIBILIDADE: NOÇÕES CONCEITUAIS

A compreensão acerca da acessibilidade suscita dúvidas e a aproxima de outra ideia, a mobilidade, ensejando certa variação conceitual na qual ora tais ideias são compreendidas como realidades distintas, ora como ideias complementares. Nesse sentido, para Raia Júnior (2015, folhas 4), mobilidade urbana pode ser compreendida como os deslocamentos diários (viagens) de pessoas no espaço urbano, expressando assim uma relação desta ideia com o transporte urbano a seu turno a acessibilidade tem caráter mais amplo, compreendendo desde os deslocamentos até a própria noção de acesso a direitos.

Nesse sentido e de forma sintética, para este autor:

O conceito de mobilidade está relacionado com os deslocamentos diários (viagens) de pessoas no espaço urbano. Não apenas a sua efetiva ocorrência, mas também a facilidade e a possibilidade de ocorrência. [...] Em sua abordagem convencional, a mobilidade sempre foi tratada por meio de uma abordagem quantitativa, significando os deslocamentos ou viagens que acontecem nas cidades, que tem como referência um local de origem e outro de destino, sendo que muitas vezes refere-se, tão-somente, às viagens motorizadas. No entanto, a atual complexidade urbana ajudou a compor um conceito mais complexo que capta a mobilidade como um fenômeno multifacetado, com dimensões diferenciadas, em nível social, econômico e político, e as especificidades de sua inserção nas diversas esferas que o urbano oferece (RAIA JÚNIOR, 2015, p. 4).

Seguindo tal linha de compreensão, a mobilidade, portanto, tem estreita relação às de ações sobre o uso e ocupação do solo, bem como a gestão dos transportes, sendo comumente concebida a partir da valoração entre o sistema de transportes e uso do solo (CAMPOS, 2006, p. 99).

Dessa forma a mobilidade seria um meio de efetivação da acessibilidade, uma forma que, no âmbito das cidades, buscar-se-ia para efetivar a dinâmica e funcionamento das cidades e respectiva inserção daqueles que nela se inserem.

Corroborando tal ideia, Cardoso e Matos (2007) enfatizam que:

[...] acessibilidade urbana é condicionada pela interação entre o uso do solo e o transporte e se constitui como um importante indicador de exclusão social, ao lado, dentre outros, da mobilidade, da habitação, da educação e da renda. Nesse sentido, a acessibilidade, ao ser parte integrante e fundamental da dinâmica e do funcionamento das cidades, passa a ser um elemento que contribui para a qualidade de vida urbana, na medida em que facilita o acesso da população aos serviços e equipamentos urbanos,

além de viabilizar sua aproximação com as atividades econômicas (CARDOSO; MATOS, 2007)

Sob o ponto de vista normativo, a acessibilidade tem previsão no art. 53 da Lei 13.146, de 2015, de onde se extrai uma noção acerca da acessibilidade como um “direito a garantir à pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e participação social”. Dessa forma, para além de uma compreensão restrita, a noção de acessibilidade trazida pela norma ora referida, busca ao promover a inclusão de forma ampla, alcançando assim a equiparação de oportunidades e o exercício da cidadania para todas as pessoas (com deficiência ou mobilidade reduzida).

Para que se entenda o espírito da Lei 13.146, de 2015, deve-se, sobretudo, considerar que fundamento tem estreita ligação com a Convenção do Direito das Pessoas com Deficiência, Documento Internacional de Direito Humanos, promulgada no Brasil por meio do Decreto 6.949, de 2009, que no item 9.1 define a acessibilidade como:

A fim de possibilitar às pessoas com deficiência viver de forma independente e participar plenamente de todos os aspectos da vida, os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade [...]

Com isso, a temática afeita à acessibilidade, por meio do Estatuto da Pessoa com Deficiência, vem propiciar a defesa da pessoa com deficiência como consequência dos Direitos Humanos, importando, assim, superação do modelo egoístico, para uma compreensão que insere a pessoa com deficiência (e todos os temas correlatos e de interesse a estas pessoas, tais como a acessibilidade) como algo de interesse da sociedade como um todo, harmonizando-se assim com o ideal da dignidade da pessoa humana como fundamento maior do Estado Democrático de Direito (FARIAS, 2016, p. 18).

Sendo, pois, matéria afeita à temática dos Direitos Humanos, cumpre uma melhor abordagem sobre o tema a fim de que se possa compreender de que forma este conjunto normativo se desenvolve historicamente e assume a noção e importância que se tem atualmente.

9 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Compreendidos com produto cultural humano, os Direitos Humanos Fundamentais guardam forte carga histórica, expressando assim o resultado das lutas do homem nos contextos históricos e paradigmas em que se inserem. Por tal razão, para compreensão de sua atual realidade, mostra-se imprescindível uma abordagem histórico-evolutiva, a fim de que se verifique a variedade de condições de realização dos direitos do homem, dentro da perspectiva e desenvolvimento da própria “aventura humana” no mundo (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 461).

Apesar de se ter notícias de fatos que remontam a Antiguidade, incluindo:

- **Mesopotâmia**, de onde já se esboçam direitos individuais relativos à vida, propriedade e honra, que alcançam todos os súditos do Império;
- **Grécia**, com destaque a compreensão dos ideais democráticos e de soberania popular ativa abrangendo um sistema de responsabilidade, resultando assim num ideal de limitação do poder político e conseqüente reflexão sobre a superioridade normativa de determinadas normas mesmo frente à vontade do poder;
- **Roma**, com a consagração de vários direitos, como propriedade, liberdade, personalidade jurídica, entre outros, bem como o reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos, em especial pela aceitação do *jus gentium*, o direito aplicado a todos, romanos ou não (RAMOS, 2017, p. 77).

Também citados pela doutrina, os precedentes históricos do Código de Hamurabi, a Lei das Doze Tábuas e a doutrina antiga do cristianismo são relevantes para conformação deste paradigma histórico da antiguidade.

Acerca do Código de Hamurabi, descreve a doutrina:

[...] representa um conjunto de leis escritas talhado em pedra por determinação de Hamurabi, então rei da Mesopotâmia, em aproximadamente 1700 a. C. [...] é considerada a mais antiga legislação escrita a prever direitos e deveres, em especial os relacionados à vida, à propriedade, à honra e à família (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 466).

A doutrina antiga do cristianismo, aqui também apontada como importante elemento para formação deste paradigma da Antiguidade no contexto dos antecedentes históricos dos Direitos Humanos, é apontada pela doutrina nos seguintes termos:

[...] por meio do ideal de amor ao próximo expresso pela máxima cristã segundo o qual os homens, por serem criados à imagem e semelhança de Deus, possuem alto valor interno e liberdade própria inerente à sua natureza, encerrando assim a ideia de que eles têm direitos e devem ser respeitados por todos e pela sociedade política (RIVERO *apud* CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 466).

A moral cristã, dessa forma, encerraria um ideal rudimentar de igualdade fundado na máxima de que sendo, todos, obras de Deus, todos os homens seriam irmãos.

A seu turno, a Lei das Doze Tábuas, resultado da luta por igualdade levada a cabo pelos plebeus, expressa criação de uma magistratura no ano de 461 a. C. encarregada de fazer redigir uma forma de lei que diminuísse o arbítrio dos cônsules.

Avançando na abordagem histórica e valorando-se a idade média, citam-se as ideias de Tomás de Aquino, que, baseando-se na vontade de Deus, permitem uma contribuição aos Direitos Humanos, na medida em que se condenavam ações violentas e discriminações em geral:

No final da Idade Média, no século XIII, aparece a grande figura de São Tomás de Aquino que, tomando a vontade de Deus como fundamento dos direitos humanos, condena as violências e discriminações, dizendo que o ser humano tem direitos naturais que devem ser sempre respeitados, chegando a afirmar o direito de rebelião dos que forem submetidos a condições indignas (DALLARI, 2012, p. 10).

Apesar da importância do pensamento de Tomás de Aquino, mostra-se, contudo, como principal marco nesse período histórico, o advento da Magna Carta, em 1225, pelo Rei da Inglaterra:

Assinada em 15 de junho de 1215 e tornada definitiva em 1225 a Magna *Charta Libertatum*, embora outorgada por João Sem Terra, Rei da Inglaterra, representou um dos muitos pactos da história constitucional da Inglaterra, uma vez que constituiu um acordo entre esse Rei e os barões revoltados apoiados pelos burgueses, em face do qual se lhes reconheciam certos foros, isto é, privilégios especiais (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 593)

Para Comparato (2008, p. 75) como reflexo deste importante acordo histórico, reconhecem-se garantias à liberdade e inviolabilidade dos direitos da Igreja, condicionando assim o rei à lei, fato inédito até então.

Acerca do tema, pondera a doutrina:

A Magna Carta também trouxe consigo a proteção de direitos ainda não presentes na história, tais como a existência do *habeas corpus*, o direito de propriedade e o devido processo legal. Entretanto, Antiguidade e Idade Média não trouxeram nestes tempos uma proteção suficiente para os direitos humanos. Lógico que quando se enfoca o aparecimento dos direitos humanos, verificamos na Magna Carta o seu nascedouro, todavia é possível afirmar que um enorme desenvolvimento dos direitos humanos surgiu na Idade Moderna (MATOS, 2015, p. 13)

Apesar de sua incontestável importância histórica, Cunha Júnior (2012, p. 595) explica que a Magna Carta estendeu também aos Senhores Feudais as mesmas limitações de poder impostas ao rei, bem como aos clérigos e leigos relativamente àqueles de quem dependem. Tais aspectos, contudo, não afastam o fato de que tais direitos são criticados por terem sido outorgados pelo Rei em meio a um paradigma marcado pela desigualdade, o que terminaria por afastar a natureza destes direitos como de autênticos Direitos Fundamentais:

[...] sem olvidar de sua importância para o ulterior desenvolvimento e reconhecimento dos direitos fundamentais na Constituição, sobretudo em face do seu referido item 39, os direitos declarados na Magna Carta não ostentavam o caráter de autênticos direitos fundamentais, uma vez que foram outorgados pelo Rei num contexto social e econômico marcado pela desigualdade, tratando-se mais de privilégios de cunho estamental, concedidos a certas castas nas quais se dividia a sociedade medieval, afastando a grande parcela da população do seu desfrute (SARLET, 2015, p. 85).

No período imediatamente posterior, conhecido como Idade Moderna, é que irão ser identificados, por meio das chamadas revoluções liberais, importantes documentos que concretizam os antecedentes históricos dos Direitos Humanos, a partir da abordagem de seis documentos: O *Habeas Corpus Act*, o *Bill of Rights*, o *Act of Settlement*, a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão.

De forma muito sintética, o primeiro dos documentos citados, o *Habeas Corpus Act*, foi criado em 1679, como reflexo das reivindicações de liberdade, consistindo assim em garantia de liberdade individual, limitando e retirando dos déspotas a possibilidade de prisões arbitrárias (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 596).

Em sequência, o *Bill of Rights*, editado em fevereiro de 1689, suprime o regime monárquico em sua expressão absolutista, representando assim a transição para a monarquia constitucional.

Basicamente, o *Bill of Rights* inglês instituiu um sistema de divisão de poderes, com a declaração de que o Parlamento é um órgão encarregado de defender os súditos perante o rei e cujo funcionamento não pode ficar sujeito ao arbítrio deste. Para além disso, fortaleceu a instituição do Juri e reafirmou alguns direitos fundamentais, como o direito de petição e a proibição de penas inusitadas ou cruéis (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 597).

O terceiro documento citado foi o *Act of Settlement* (Ato de Sucessão no Trono), editado em 1701 e que reforça o conteúdo já previsto pelo *Bill of Rights*, na medida em que amplia as limitações ao poder monárquico, trazendo assim importante contributo para formação de uma doutrina sobre direitos fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 597).

Destaque-se, ao fim, com bem pondera Cunha Júnior (2012, p. 597), que, apesar da indiscutível importância histórica das declarações inglesas citadas (*Act of Settlement*, *Bill of Rights* e *Habeas Corpus Act*), estas não podem ser consideradas como o registro de nascimento dos Direitos Fundamentais, pois tais documentos apesar de estabelecerem limitações ao Poder monárquico, não vinculavam o Parlamento.

Por tal motivo, conclui-se que

[...] não obstante já conformada no século XVII, a doutrina dos direitos fundamentais se difundiu no século XVIII e se desenvolveu a partir desse centenário quando se tornou elemento básico da reformulação políticas. E as declarações de direitos que sucederam cuidaram de reconhecê-la (FERREIRA FILHO *apud* CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 599).

Os dois últimos documentos citados foram a Declaração de Direitos do Bom Povo da Virgínia e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. O primeiro deles expressa a primeira declaração de direitos em sentido moderno, caracterizada pela transição dos direitos de liberdade do povo inglês para os direitos fundamentais constitucionais (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 598).

Sobre este importante documento em seu aspecto histórico, há as seguintes palavras:

A Declaração de Virgínia, formulada pelos representantes do bom povo de Virgínia (uma das treze colônias Inglesas na América do Norte), em 16 de junho de 1776, ou seja, antes mesmo da declaração de independência das treze colônias inglesas, preocupou-se, essencialmente, com a fundação de um governo democrático e organização de um sistema de limitação de poderes, inspirada na crença da essência de direitos naturais e imprescritíveis do homem. Para termos uma ideia dessa afirmação, basta observarmos o que dispunham os dois primeiros parágrafos da declaração em comento, que expressam com clareza os fundamentos do regime democrático: o reconhecimento de direitos inatos de toda pessoa humana e o princípio de que todo poder emana do povo. Firma também os princípios da igualdade de todos perante a lei (rejeitando os privilégios e a hereditariedade dos cargos públicos) e da liberdade. (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 598).

Por fim, o último documento citado é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Promulgada no fim do século XVIII (1789) com forte inspiração jusnaturalista, é considerada o marco culminante do constitucionalismo liberal, concretizando-se assim como instrumento de ascensão política e econômica da burguesia, com importantes repercussões para a sociedade como um todo (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 600).

Marcada pelo universalismo, proclama como princípios básicos a liberdade, a igualdade, a propriedade e a legalidade, concretizando assim as garantias individuais liberais, que ainda se encontram nas declarações contemporâneas.

10 TEORIA GERACIONAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Sabe-se serem os Direitos Fundamentais um produto cultural humano, motivo pelo qual, graças a este caráter histórico, eles ampliam-se em função do desenvolvimento evolutivo da história, por meio deste caráter, e confirma-se a noção de que estes direitos expressam o resultado de demandas concretas, suscitadas por lutas contra agressões e defesa a uma existência digna (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 496)

De tal atributo histórico decorrem ainda duas características comuns a estas normas que expressam Direitos Fundamentais (o caráter da irreversibilidade e irrevogabilidade) – suscitando assim sua complementaridade, ou seja, a noção de que o reconhecimento de novos direitos não implica em supressão dos direitos anteriormente reconhecidos.

Propostas tradicionalmente em três gerações (ou dimensões), tal abordagem tem existência em separado apenas para fins didáticos, uma vez que expressam sempre consequência de cada paradigma histórico a que se referem. Logo, devem ser compreendidos como um conjunto, em que, não raro, um funciona como pressuposto do outro.

Quanto à nomenclatura, observa-se na doutrina uma variação de uso entre o termo “geração” ou “dimensões”, existindo prevalência para este último. Nesse sentido, a doutrina aponta a inadequação do termo “gerações” por ensejar a falsa impressão da substituição gradativa de uma geração por outra. Tal argumento, em que pese correto, mostra-se insuficiente para justificar o abandono da expressão “gerações”, haja vista todos os autores que a adotam destacarem o caráter da complementaridade dos Direitos Fundamentais (CUNHA JÚNIOR, 2012, p. 496).

Nesse sentido, com mais propriedade para justificar a adoção do termo “dimensões” em vez de “gerações”, argumenta-se que as gerações anteriores não se extinguem pelo advento das novas, mas notadamente, porque os direitos reconhecidos em uma geração assumem outra dimensão quando em relação com os novos direitos gestados posteriormente. A guisa de exemplo, cita-se a propriedade – direito fundamental típico de primeira dimensão que, quando compreendido no paradigma posterior (2.^a dimensão) é visto então condicionado ao cumprimento de uma função social, o mesmo acontecendo quando inserida no paradigma posterior (3.^a dimensão) em que esta função social é concebida a considerar também o interesse da tutela ambiental.

10.1 Direitos Fundamentais de Primeira Dimensão

Em linhas gerais, os Direitos Fundamentais da primeira dimensão expressam os direitos civis e políticos, correspondem às chamadas liberdades públicas, compreendendo os direitos civis (vida, liberdade, propriedade, etc.). Por terem sido os primeiros direitos solenemente reconhecidos, o que se deu através das Declarações do Século XVIII e das primeiras Constituições escritas no Ocidente, terminam por refletir pensamento liberal-burguês da época.

Inseridos no contexto histórico do Estado mínimo em sua essência, são direitos marcadamente individualistas, afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, também conhecidos como “direitos de defesa” e concretizando um espaço de autonomia individual impermeável, perante o Estado.

10.2 Direitos Fundamentais de Segunda Dimensão

Os Direitos Fundamentais de segunda dimensão expressam-se como sociais, econômicos e culturais. Sob o ângulo histórico, refletem a reação ao Estado mínimo concebido pelo pensamento liberal burguês do século XVIII, amparado na defesa do Estado intervencionista e refletem a passagem do Estado liberal para o Estado Social. Nesse sentido, são também reflexos do contexto histórico decorrente do Século XIX (revolução industrial) e, início do século XX (reconhecimento após 1.^a Guerra Mundial). Pode-se ainda citar como importantes parâmetros a Constituição do México (1917) e a Constituição de Weimar (1919).

Em linhas gerais, os Direitos Fundamentais de segunda dimensão são os direitos sociais ou coletivos, afirmando-se como direitos prestacionais e expressando assim o dever estatal de interferência (Estado intervencionista).

10.3 Direitos Fundamentais de Terceira Dimensão

Os Direitos Fundamentais de terceira dimensão expressam os direitos de solidariedade, sendo de titularidade coletiva ou difusa, e refletem um momento de extrema importância no processo de desenvolvimento de afirmação dos Direitos Fundamentais.

Sob o ângulo histórico, tais direitos refletem o paradigma firmado no fim do Século XX, em específico após 2.^a Guerra Mundial. Enquanto conjunto normativo, os Direitos Fundamentais de terceira dimensão são usualmente chamados de direitos de solidariedade ou fraternidade em razão do interesse comum que liga e une as pessoas, e seu caráter universal (proteção a dignidade da pessoa humana). Destaque-se, por fim, que alguns destes direitos já logram reconhecimento constitucional e posituação na Constituição Federal brasileira de 1988, tais como os direitos:

- ao ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 CF/88);
- à autodeterminação dos povos (art. 4.º, III, CF/88);
- ao desenvolvimento (art. 3.º, II CF/88);
- à paz mundial (art. 4.º VI e VII, CF/88).

Acerca do direito à paz, repousa certa divergência doutrinária. Alguns autores, dentre eles, Paulo Bonavides, o transfere para a 5.^a dimensão.

10.4 Direitos Fundamentais de Quarta Dimensão

Os Direitos Fundamentais de quarta dimensão expressam os direitos à democracia direta e os direitos relacionados à biotecnologia. Enquanto resultado do paradigma histórico que sucede a terceira dimensão, tal conjunto normativo, no dizer de Paulo Bonavides é resultado da globalização dos Direitos Fundamentais.

Consoante pondera o Professor Cunha Júnior (2012, p. 495) “Correspondem a última fase da institucionalização do Estado Social e representariam a concretização da sociedade aberta do futuro.”.

Além da democracia direta e direitos relacionados à biotecnologia, são também exemplos de Direitos Fundamentais de 4.^a dimensão o direito contra a manipulação genética e direito à mudança de sexo.

10.5 Direitos Fundamentais de Quinta Dimensão

Expressas o direito à paz. Nesse sentido, a paz enquanto Direito Fundamental seria um direito de quinta dimensão por ser uma condição indispensável ao progresso de todas as nações.

Acerca do tema, diz-se que

[...] a concepção da paz no âmbito do Direito configura um dos mais notáveis progressos já alcançados pela teoria dos direitos fundamentais. Desse modo, a importância jurídica da paz deriva do reconhecimento universal que se lhe deve enquanto pressuposto qualitativo da existência da humanidade, elemento de conservação da espécie. Tal relevância unicamente se obtém, em termos constitucionais, mediante a elevação autônoma e paradigmática da paz a direito da quinta geração (CUNHA JÚNIOR, 2015, p. 495).

Numa tentativa de síntese acerca desta parte do seminário, compreende-se que a conhecida divisão dos direitos fundamentais em “gerações” (dimensões), apenas reforça o caráter histórico destas normas e enaltece seu caráter de complementaridade, a suscitar uma noção de que a evolução dos Direitos Fundamentais confirma a ideia de que estes expressam o resultado de demandas concretas, alcançadas por lutas contra agressões e defesa a uma existência digna.

11 A ACESSIBILIDADE COMO DIREITO FUNDAMENTAL DE TERCEIRA DIMENSÃO

Compreendida como um dos objetivos principais do presente trabalho, após valorar as dimensões em que se manifestam os Direitos Fundamentais, resta o enfoque específico sobre o concretiza o problema de pesquisa: a acessibilidade pode ser considerada um direito fundamental de terceira dimensão?

Para tanto, à luz da definição de acessibilidade já trazida neste trabalho, especialmente no art. 53 da Lei 13.146, de 2015, que a concebe como um “direito a garantir à pessoa com deficiência ou mobilidade reduzida viver de forma independente e exercer seus direitos de cidadania e participação social”, percebe-se um alcance de titularidade a este direito de forma coletiva ou difusa, refletindo ainda um momento de concretização de direitos de pessoas com deficiência (ou mobilidade reduzida) no processo de desenvolvimento de afirmação dos direitos fundamentais.

Para além, contudo, da definição legal e doutrinária já trazida, deve-se destacar que a noção de acessibilidade (nos termos que dispõe o art. 53 citado) é um reflexo/pressuposto do próprio direito à cidade.

Proposto por Lefebvre (1968), a ideia de um direito à cidade como direito de não exclusão da sociedade urbana das qualidades e benefícios da vida urbana, ressoa na doutrina para que se afirme que

[...] O direito à cidade é muito mais do que a liberdade individual para acessar os recursos urbanos: é o direito de mudar a nós mesmos, mudando a cidade. Aliás, com frequência, não se trata de um direito individual uma vez que esta transformação depende, inevitavelmente, do exercício de um poder coletivo para remodelar os processos de urbanização. A liberdade de criar e recriar nossas cidades e a nós mesmos é, eu quero argumentar, um dos mais preciosos e dos mais negligenciados dos nossos direitos humanos (HARVEY, 2008, p 73).

Ademais, destaque-se que com o advento da Carta Mundial do Direito à Cidade (2005), reforça-se a ideia da cidade como conjunto de instituições e atores que intervêm na sua gestão, pressupondo a participação de todos na vida social (em todos os sentidos), sendo, assim, a acessibilidade (também compreendida aqui em sentido amplo) um direito fundamental que, por não ser direcionado a um grupo específico ou determinado insere-se como de terceira dimensão.

12 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Concebidos como produtos culturais humanos, os direitos fundamentais ampliam-se em função do desenvolvimento da história, e graças ao seu caráter de irreversibilidade e irrevogabilidade, adotam aspecto de complementaridade, decorrendo assim que o reconhecimento de novos direitos, não implica em supressão dos direitos anteriormente reconhecidos.

Nesse sentido, identificou-se que a utilização da expressão “dimensões” é mais apropriada que o termo “geração”, uma vez que, face seu caráter histórico, tais direitos, uma vez inseridos em outro paradigma, apresentam nova dimensão.

Identificou-se ainda que a noção de deficiência interfere diretamente sobre o conceito que se faça sobre estas pessoas, sendo que a perspectiva do modelo biomédico de deficiência não mais se sustenta diante do paradigma constitucional vigente, sendo portanto utilizado o chamado modelo social de deficiência, a compreender esta como um atributo do indivíduo, exprimindo dessa forma reflexos diretos sobre todos os institutos ligados a esta população.

Dessa forma, identificou-se que a previsão legal de acessibilidade, trazida na Lei Brasileira de Inclusão, reflete este instituto como consequência da natureza de Direitos Humanos que esta temática assume (sobretudo após o advento da Convenção dos Direitos da Pessoa com Deficiência). Por tal razão, a acessibilidade, para além da definição legal, é concebida também como um Direito Fundamental, de terceira dimensão face sua titularidade ampla e alcance difuso haja vista sua motivação voltar-se a um caráter universal (proteção a dignidade da pessoa humana), alcançando assim não apenas pessoas com deficiência, mas todas as demais pessoas possuidoras de algum tipo de limitação (tratadas atualmente pela lei como pessoas de mobilidade reduzida).

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**. São Paulo: Landy, 2001.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: CEPC, 2002.

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez e escolha**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

AMIRALIAN, Maria Lúcia Toledo Moraes et al. Conceituando deficiência. In: **Revista de Saúde Pública**, São Paulo, Edusp, v. 34, n. 1, p.97-103, 2000.

ARIZA, Santiago Sastre. La ciencia jurídica ante el neoconstitucionalismo. In: AUGUSTIN, Ingrid. Modelos de deficiência e suas implicações na educação inclusiva. SEMINÁRIO DE PESQUISA EM EDUCAÇÃO NA REGIÃO SUL (ANPED Sul), IX. 2012. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/1427/655>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

AUGUSTIN, Ingrid. Modelos de deficiência e suas implicações na educação inclusiva. SEMINÁRIO DE PESQUISA EM EDUCAÇÃO NA REGIÃO SUL (ANPED Sul), IX. 2012. Disponível em: <<http://www.ucs.br/etc/conferencias/index.php/anpedsul/9anpedsul/paper/viewFile/1427/655>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **A nova interpretação constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. São Paulo: Saraiva, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

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

BRASIL. Lei 7.853, de 24 de outubro de 1989. Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência - Corde, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências. Presidência da República Casa Civil Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 out. 1989.

BRASIL. Lei 8.112, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 dez. 1990.

BRASIL. Lei 8.213 de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 jul. 1991.

BRASIL. Lei 8.742, de 7 de setembro de 1993. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 set. 1993.

BRASIL. Lei 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 jul. 2015.

CAMARGO, Marcelo Novelino. **Leitura complementares de direito constitucional**. Salvador: JusPodivm, 2007.

CAMPOS, Vânia Barcellos Gouvêa. Uma visão da mobilidade sustentável. In: **Revista dos Transportes Públicos**, São Paulo, Ed. Associação Nacional de Transportes Públicos (ANTT), v. 2, n. 110, p. 99-106, 2.º trimestre de 2006.

CANARIS, Claus Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Tradução de A. Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. Coimbra: Almedina, 1991.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almadina, 1998.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da constituição**. Coimbra: Ed. Coimbra, 1991.

CARBONELL, Miguel (Org.). **Neoconstitucionalismo(s)**. Madrid: Trotta, 2003.

CARDOSO, Leandro; MATOS, Ralfo. Acessibilidade urbana e exclusão social: novas relações, velhos desafios. In: SIMPÓSIO NACIONAL DE GEOGRAFIA URBANA, X. 2007, Florianópolis, 2007, Florianópolis, Santa Catarina. **Anais...** Florianópolis: Editora UFSC, 2007.

COHEN, Regina. Cidade, corpo e deficiência: percursos e discursos possíveis na experiência urbana. Tese (Doutorado)–EICOS – Programa de Estudos Interdisciplinares de Comunidades e Ecologia Social. UFRJ, Rio de Janeiro, 2006.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. São Paulo: Saraiva, 2005.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

COMPARATO, Fábio Konder. **Ética: direito, moral e religião no mundo moderno**. São Paulo: Cia. das Letras, 2006.

CORKER, Mairiam; SHAKESPEARE, Tom. Mapping the terrain. In: **Disability/postmodernity**: embodying disability theory. Londres: Continuum, 2002. p. 1-17,

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle de constitucionalidade**: teoria e prática. Salvador: JusPodivm, 2006.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle judicial das omissões do poder público**. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de direito constitucional**. 6. ed., rev., atual. e amp. Salvador: JusPodivm, 2012.

DALLARI, Dalmo Abreu. Um breve histórico dos direitos humanos. In: CARVALHO, José Sérgio (Org.). **Educação, cidadania e direitos humanos**. Petrópolis: Vozes, 2004.

DANTAS, David Diniz. **Interpretação constitucional no pós-positivismo**: teoria e casos práticos. São Paulo: Madras, 2005.

DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. **Teoria geral dos direitos fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Débora. **O que é deficiência**. São Paulo: Brasiliense, 2007.

DINIZ, Débora; BARBOSA, Lívia; SANTOS, Wederson Rufino dos. Deficiência, direitos humanos e justiça. In: **SUR: Revista Internacional de Direitos Humanos**, São Paulo, Ed. Conectas Direitos Humanos, v. 6, n.º 11, dez. 2009

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Tradução de Marta Guastavino. Barcelona: Ariel, 1997.

DWORKIN, Ronald. **Uma questão de princípio**. Tradução de Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

ENGISCH, Karl. **El ambito de lo no jurídico**. Córdoba: Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1960.

ENGISCH, Karl. **Introdução ao pensamento jurídico**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1988.

ENTERRÍA, Eduardo García. **Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho**. Madrid: Civital, 1986.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceitos de princípios constitucionais**: elementos para uma dogmática constitucionalmente adequada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIAS, Cristiano Chaves de. **Estatuto da pessoa com deficiência comentado**. 2. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2016.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 34. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

FLEINER, Thomas. **O que são direitos humanos?** São Paulo: Max Limonad, 2003.

FLÓREZ VALDÉS, Joaquín Arce y. **Los principios generales del derecho y su formulación constitucional**. Madrid: Civitas, 1990.

FONSECA, Ricardo Tadeu Marques da. O novo conceito constitucional de pessoa com deficiência: um ato de coragem. Revista do TRT da 2.^a Região, São Paulo, n. 10, 2012. Disponível em: <https://juslaboris.tst.jus.br/bitstream/handle/1939/78834/2012_fonseca_ricardo_novo_conceito.pdf?sequence=1>. Acesso em: 14 nov. 2017.

GABRILLI, Mara. Desenho universal: um conceito para todos. São Paulo, 2007. Disponível em: <http://www.vereadoramragabrilli.com.br/files/universal_web.pdf>. Acesso em: 23 jun. 2017.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

GUERRA FILHO, Willis S. **Autopoiese do direito na sociedade pós-moderna**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997a.

GUERRA FILHO, Willis S. **Dos direitos humanos aos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997b.

GUERRA FILHO, Willis S. Sobre o princípio da proporcionalidade. In: LEITE, George Salomão. **Dos princípios constitucionais**: considerações em torno das normas principiológicas da constituição. São Paulo: Malheiros, 2003.

GUERREIRO, Patrícia (Coord.). **Instituto Benjamin Constant: 150 anos**. Rio de Janeiro: Instituto Benjamin Constant, 2007.

GUIBOURG, Ricardo A. et al. **Introducción al conocimiento científico**. Buenos Aires: Ed. Universitaria de Buenos Aires, 1996.

GUIMARÃES, Aquiles Côrtes. **Fenomenologia e direitos humanos**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

HARVEY, David. Direito à cidade. In: Lutas Sociais, São Paulo, n. 29, 2008. Disponível em: <<http://www4.pucsp.br/neils/downloads/neils-revista-29-port/david-harvey.pdf>>. Acesso em: 17 nov. 2017.

HÄBERLE, Peter. The constitutional state and its reform requirements. In: **Ratio Juris**, Oxford, Ed. Blackwell. v. 13. n. 1, 2000.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. Nova Iorque-Londres: Norton, 1999.

JANUZZI, Gilberta S. de Martino. **A educação do deficiente no Brasil**: dos primórdios ao início do século XXI. 2. ed. Campinas: Autores Associados, 2006.

KELMAN, Celeste Azulay. **Desenvolvimento humano, educação e inclusão escolar**. Brasília: Ed. UnB, 2010.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha**: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: SAFE, 2002.

LANNA JÚNIOR, Mário Cléber Martins. **História do movimento político das pessoas com deficiência no Brasil**. Brasília: Secretaria de Direitos Humanos. Secretaria Nacional de Promoção dos Direitos da Pessoa com Deficiência, 2010.

LARENZ, Karl. **Metodologia da ciência do direito**. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

LARENZ, Karl. **Derecho justo**: fundamentos de ética jurídica. Madrid: Civitas, 1993.

MATOS, Francisco de Castro. Direitos humanos: historicidade. In: Revista Jus Navigandi. 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/39446/direitos-humanos-historicidade>>. Acesso em 14 nov. 2017.

MATTOS, Ilmar Rohloff. **O tempo saquarema**. São Paulo: Hucitec, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Tomo IV. Coimbra: Coimbra Ed., 2000.

MORAES, Maria Celina Bodin de. O conceito de dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Constituição, direitos fundamentais e direito privado**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MOURULLO, Gonzalo Rodríguez. **Aplicación judicial del derecho y lógica de la argumentación jurídica**. Madrid: Civitas, 1988.

NADAL, Fábio. **A constituição como mito**: o mito como discurso legitimador da constituição. São Paulo: Método, 2006.

NEVES, Marcelo C. P. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Acadêmica, 1994.

NEVES, Marcelo C. P. Constitucionalização simbólica e desconstitucionalização fática: mudança simbólica da Constituição e permanência das estruturas reais de poder. In:

Revista de Informação Legislativa, Brasília-DF, Ed. Senado Federal, n. 132, p. 321-330, out./dez. 1996.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2002.

PARDO, Davi Wilson de Abreu. **Os direitos fundamentais e a aplicação judicial do direito**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

PECES-BARBA, Gregório Martínez. **La dignidad de la persona desde la filosofía del derecho**. Madrid: Dykinson, 2003.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

RAIA JÚNIOR, Archimedes Azevedo. Mobilidade e acessibilidade urbanas sustentáveis: a gestão da mobilidade no Brasil. 2005. Disponível em: <www.ambiente-augm.ufscar.br/uploads/A3-039>. Acesso em: 14 nov. 2017.

RAMOS, André de Carvalho. **Curso de direitos humanos**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 1995.

REALE, Miguel. **Fundamentos do direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais; Universidade de São Paulo, 1972.

REALE, Miguel. **Teoria tridimensional do direito**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROCHA, Solange Maria da. **Memória e história: a indagação de Esmeralda**. Rio de Janeiro: Arara Azul, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SASSAKI, Romeu Kazumi. **Inclusão: construindo uma sociedade para todos**. Rio de Janeiro: WVA, 1997

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

SOUZA, Jacira Gomes de Oliveira. Formação de professores e o contexto da sociedade inclusiva. In: **Programa de Pós-Graduação em Processos de Desenvolvimento Humano e Saúde (PGPDS)**, Brasília, Ed. UnB, 2011.

TORRES, Ricardo Lobo (Org.). **Legitimação dos direitos humanos**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

VERDÚ, Pablo Lucas. **Teoría de la constitución como ciencia cultural**. 2. ed. Madrid: Dykinson, 1998.

VIEIRA, Oscar Vilhena. **Direitos fundamentais: uma leitura da jurisprudência do STF**. São Paulo: Malheiros, 2006.

Submissão em: 26 abril 2018

Pareceres favoráveis em: 23 setembro 2018

ECOS ACADÊMICOS

A Terceira Idade da Constelação da Crise: espaço para a intervenção psico-inclusiva¹

CARLOS ALBERTO POIARES²

¹ O presente texto corresponde, no essencial, à conferência de encerramento apresentada no XIX Congresso da INFAD, realizado em Lisboa, na ULHT, em 2012, revisto em 2018.

² Doutor em Psicologia (Universidade do Porto). Professor e Vice-Reitor da Universidade Lusófona de Humanidades e Tecnologias (Lisboa). Presidente da Associação para a Intervenção Juspsicológica (PSIJUS). Vice-Presidente da Asociación Iberoamericana de Psicología Jurídica (AIPJ).

1

A conferência a apresentar neste XIX Congresso da INFAD – *A Psicologia num Mundo em mudança e crise: Propostas de intervenção* – erige como problema central a problemática da terceira idade. Estava já preparada quando um acontecimento inusitado veio despertar a opinião pública internacional, forçando-a a apartar-se do marasmo em que se refugiara: Dimitris Christoulas, cidadão grego, farmacêutico reformado, de 77 anos, disparou um tiro contra a própria cabeça, junto a uma árvore na celebrada Praça Syntagma. Deixava uma carta explicativa das razões por que decidira contribuir para o acréscimo de cerca de 40% da taxa de suicídio na velha Grécia – a mais baixa da Europa, até à chegada àquele país da troica, cuja “irmã siamesa” os portugueses também conhecem. Tratar-se-ia “apenas” de mais um suicídio, que os técnicos locais e externos comentariam durante dois dias em jornais radiofónicos e televisivos, se não fosse a mensagem final contida no discurso que a carta de morte corporizava. Afinal, não era “apenas” mais um ato desesperado; não se resumia tão-só a uma ação “tresloucada” de um velho – como tantas vezes se veiculam estes casos. Era um sinal; era uma denúncia; era um libelo acusatório. Todavia, é também (muito) mais do que isso: porque teve assinatura, porque teve encenação, porque agitou as comunidades. Dimitris, cidadão grego, suicidando-se, alegadamente em nome da dignidade que o impedia de buscar alimento nos mais que vasculhados caixotes do lixo, erguia um dedo acusador enquanto o seu corpo tombava, em frente ao Parlamento – o mesmo lugar onde, tempos antes, a austeridade cega e surda fora decretada, também para os reformados e pensionistas, condenando-os à miséria, quando não à morte cívica. Apontava responsáveis, dizia querer

evitar deixar um legado de dívidas, mas esse dedo era mais do que uma acusação, era um remetente. Dimitris representa a generalidade dos velhos gregos, espoliados das reformas que, em decénios de trabalho, pagaram, criando não apenas expectativas jurídicas, mas certezas. Encarna todos aqueles – gregos, portugueses, irlandeses ou de qualquer outra nacionalidade, pouco importa – que, depois de uma carreira contributiva, assistem à chegada de uns tantos estrangeiros que os esbulham, em flagrante violação das leis e da Constituição de qualquer Estado democrático de Direito.

Dimitris assumiu, no ato solitário mas gerador de rotas solidárias, a face visível do drama; recusou que este vandalismo da ditadura financeira do FMI, do BCE e da UE passasse como se fosse algo incontornável; morreu pela sua dignidade e pela dos seus concidadãos, particularmente os de mais idade, por isso mesmo com menos carácter reivindicativo e com recursos sociais e psicológicos mais frágeis. Morreu na Praça Syntagma em nome da defesa de um segmento etário – a terceira idade – e em nome das franjas mais desfavorecidas dos tempos que correm.

Um dos responsáveis pelo programa dito de assistência à Grécia apressou-se a verter as sempre convenientes lágrimas de crocodilo, lamentando a perda. Organizemo-nos: até para a hipocrisia há limites.

Há duas décadas, uma Praça penetrou na História da Humanidade: Tiananmen, com os seus heróis e mártires da opressão chinesa. Syntagma entra agora no nosso património histórico-cultural e político: chama-se Dimitris, foi um cidadão que, em desespero de causa – da sua e dos idosos, seus irmãos – usou a arma contra si mesmo e apelou à revolta, à não resignação.

Talvez nos deva convocar para a reflexão: não tanto das troicas, de lá ou de cá, não tanto das ditaduras orçamentais, não tanto dos deslizos e derrapagens da gestão das finanças dos Estados – porém, dos idosos, daqueles sem voz de quem Dimitris assumiu a voz, o inconformismo, a defesa das Pessoas, Mulheres e Homens, aos quais é fácil subtrair a esperança. Dimitris Christoulas – apenas um nome, apenas um gesto, apenas as palavras; mas uma multidão de cidadãos de idades mais avançadas, vítimas da intempérie social e política dos governantes idadistas – e não apenas gerontofóbicos –, nestes anos de todos os acontecimentos.

2

A opção por este grupo social para a presente Conferência decorreu, no essencial, de três ordens de razão: (i) em primeiro lugar, pela premência que o tema reveste, quando é consabido que estamos a tratar de um excerto populacional em expansão, por motivos diversos – basta uma leitura atenta dos censos realizados nos últimos trinta anos para que nos possamos aperceber desta evolução, que não é apenas – nem sobretudo – estatística, nem apenas preocupação financeira; (ii) em segundo lugar, porque esta realidade continua a ser, com frequência, desbaratada ao nível das intervenções, das políticas prosseguidas pelos Estados e pela Comunidade Internacional e, também, pela investigação científica – poucas são as entidades nacionais que se dedicam, com dinamismo e sem interesses económicos, ao estudo de propostas de ação/intervenção nesta vertente do saber; e, (iii) porque é necessário preparar o futuro da sociedade portuguesa, incluindo daqueles que são agora crianças ou adolescentes, jovens ou pessoas na idade ativa, mas que engrossarão, a médio-longo prazo, as colunas da idade mais envelhecida. Ora, os dados estatísticos disponíveis e as previsões dos vários organismos, portugueses e internacionais, sublinham o mais que seguro aumento dos índices de envelhecimento, o que será consequência quer do aumento da esperança média de vida – a Medicina e as ciências farmacológicas encarregam-se de prolongar a vida, o que nem sempre corresponde ao prolongamento da vivacidade, do bem-estar, da saúde –, quer da melhoria das condições de vida alcançadas, entre nós, no final da década de setenta, fruto da emergência do Estado Social, possibilitada pela Revolução de 25 de Abril e pela construção ímpar do Serviço Nacional de Saúde, autêntica revolução forjada e implementada pelo então Ministro António Arnaut. A conjugação destes fatores requer uma cada vez mais cuidada intervenção junto das idades avançadas, reclamando uma presença constante e progressivamente mais intensa da Psicologia. Os decénios de Setenta e Oitenta possibilitaram a implantação, com cobertura universal, de estruturas de saúde (SNS), as quais se tornaram contribuintes daquela mudança; tem faltado, no entanto, o acompanhamento, regular e em sede de unidades de saúde ou sociais, por parte de psicólogos – porque, estranhamente, a Psicologia ainda continua a ser representada pelos decisores políticos como um luxo ou uma não urgência.

3

A abordagem da terceira idade enquanto problema que interessa – e de maneira assaz premente – à Psicologia poderá epicentrar-se em vários quadrantes do saber psicológico: na Psicologia Clínica, na Psicologia do Envelhecimento (FONTAINE, 2000), na Psicologia

do Ciclo de Vida (FONSECA, 2012), na Neuropsicologia (ALMEIDA, 2006) ou na Psicologia da Exclusão Social.

Esta problemática constitui-se em questão fraturante, ainda que invisível, ainda que (quase) impercetível, requerendo, para a obtenção de conhecimento, que se recorra à captação das falas dos idosos, das suas discursividades, dos afetos e emoções. Porque, muito frequentemente, fala-se de velhos através da voz de cuidadores ou de terceiros, olvidando-se a necessidade de os escutar – e não apenas ouvir. Os mais envelhecidos, que assumem com regularidade um estatuto próximo do de *estrangeiros* no seu próprio terreno, aparecem como desassimilados culturais, traduzindo uma nova face da questão social.

Importa mudar de paradigma no que tange a esta população – por outras palavras, operar um salto qualitativo para um novo modelo de ação/intervenção, que privilegie menos o assistencialismo e mais a intervenção psico-inclusiva. Por exemplo: que sentido faz a ausência de psicólogos no sistema de saúde? Nada temos a opor à presença e ao trabalho dos assistentes sociais, cuja função é relevante; mas não se concebe que os centros de saúde, os hospitais ou até muitas autarquias não disponham de psicólogos, nomeadamente da exclusão social e clínicos. Estas são algumas das razões por que é indispensável reforçar a carreira de técnicos de Psicologia no domínio sanitário e nas instâncias locais – sob pena de se andar a brincar com a saúde e a integração dos indivíduos de mais idade. É tempo de o Estado-Providência, que as instituições europeias e nacionais parecem querer arrasar, passar a ser *também* um Estado-Ético, capacitado da inevitabilidade de alterar este modo de agir das atuais sociedades desclassificadoras dos idosos.

Será, por conseguinte, neste nível de preocupações – com âncora na Psicologia da Exclusão Social – que focaremos o tema.

A este ramo da Psicologia cabe estudar os comportamentos das pessoas que, por qualquer motivo, foram excluídas do acesso a determinados bens, direitos ou serviços, tenha este apartamento acontecido por decisão própria (autoexclusão) ou de terceiros, pessoas ou instituições (heteroexclusão), passando a viver, total ou parcialmente, em rutura com o sistema (familiar, económico, laboral, social), fruto de um processo de desvinculação, que poderá conduzir à completa *desqualificação social*, para se recorrer ao conceito forjado por Paugan (2000), ou ao *défice de integração*, na terminologia carreada por Castel (2000).

A heteroexclusão acontece por pressão externa, realizada por um grupo ou pela sociedade, que vai centrifugando o sujeito, afastando-o do centro grupal ou comunitário – arredando-o, transformando-o em habitante das margens. Contudo, a autoexclusão pode ser precipitada por tentativas grupais, levando o indivíduo a captar a mensagem e a executar o movimento que o aparta do coletivo integrado, como se de uma autorrealização de profecias se tratasse.

Na nossa perspectiva, optamos por referir a existência de dois polos: o da *cidadania plena*, quando o indivíduo se encontra inserido em redes familiares, profissionais, sociais, económicas, culturais, usufruindo do sentimento de pertença a uma comunidade, na qual desempenha um papel, como *ator de corpo inteiro*, por contraposição à *cidadania deficitária*, conceito que remete para a ocorrência de uma (ou mais) ruturas, em qualquer dos laços do sujeito para com os outros, vedando-lhe o acesso a bens materiais, a direitos ou a serviços, porventura com perdas simbólicas, amputando-lhe, pois, o exercício completo da cidadania; conseqüentemente, a Psicologia da Exclusão Social visa estabelecer diagnósticos de carência, ou seja: de pré-exclusão ou de exclusão, nas suas várias dimensões, bem como promover a inclusão dos indivíduos que se acham em rota de colisão com a plenitude da sua esfera de direitos, definindo também os meios em cada caso idóneos à prossecução daquela finalidade (POIARES, 2008). Neste entendimento, quando nos reportamos à exclusão estamos naturalmente a aludir a situações de *desqualificação social* e de *défice de integração*, acentuando a lógica psicológica que deve pontificar no diagnóstico e na definição de meios de intervenção, que possam ser tributários da habilitação de medidas e projetos de inclusão – o que remete para a *reprogramação dos sujeitos* e para a *reconfiguração do sistema*, como veremos. Mas também se deve curar das situações que se poderão designar de *desertificação psicoafetiva*, isto é, aquelas em que o indivíduo está em estado de isolamento ou de abandono, desprovido de redes, social ou familiar.

4

Assentando nos territórios da Psicologia da Exclusão Social, poder-se-á questionar sobre os fundamentos que determinam esta afiliação. Serão os idosos cidadãos excluídos? Se a resposta for afirmativa, tal facto corresponderá à autoexclusão ou à heteroexclusão? Mais: poderá definir-se um quadro de exclusão ou, pelo menos, um quadro de risco para a exclusão, de um modo genérico e abstrato? Existe uma exclusão ou um cardápio de exclusões?

Por partes: há idosos incluídos, vivendo em condições de confortabilidade psicoafetiva, em situações relacionais boas ou muito boas. E há idosos excluídos, total ou parcialmente. Existem idosos que são excluídos por diversos grupos – seja a família ou a macroestrutura social – e há idosos que, por razões idiossincráticas, se autoexcluem. No caso da heteroexclusão, são concebíveis processos excludentes que partem do núcleo familiar, por motivos vários – é difícil imaginar “motivos” para se excluir alguém da própria família –, podendo recair em situações de abandono ou de isolamento forçado – por exemplo, pelo internamento em lares, contra a vontade do sujeito, ou por “depósito” em hospital, sem que se preocupem em o ir buscar; ao nível macroestrutural, é evidente que as sociedades contemporâneas, por causas de diferentes etiologias, são excludentes daqueles que (já) não são úteis. O pragmatismo e o utilitarismo atuais, marcados, como refere Lipovetsky (1989), pela *era do vazio*, caracterizada pelo hedonismo e pelo consumo exacerbado, promovem a seriação dos mais velhos, confinados ao ostracismo, quer em guetos residenciais (por vezes as próprias casas, onde já não aparece ninguém, ou as casas dos descendentes, onde não são, ou não se sentem, autónomos), quer em unidades destinadas à terceira idade – que, por via de regra, outros guetos são.

Os tempos coetâneos não favorecem a integração dos mais envelhecidos, ainda que estejam saudáveis, especialmente aos primeiros sinais – ou receios – de diminuição de autonomia. Acresce que neste setor etário, como nos demais, a exclusão não é unicamente – nem principalmente – de natureza económica. Pode possuir-se estatuto económico que preserve a independência e, apesar disso, ser-se excluído (ou estar excluído). O diagnóstico de exclusão revela, frequentemente, com morbilidade entre várias dimensões (v. g.^a a económica, a de saúde física, a de saúde mental, a social); mas muitos casos existem em que a vertente económica não é sinalizada e, não obstante, o sujeito vive em contexto de exclusão. Mas a exclusão conhece, dentro do xadrez que a forma, outra dimensão, a que nem sempre se atribui a relevância exata: reportamo-nos novamente à psicoafetiva, correspondendo ao isolamento do idoso face àqueles que constituem – ou constituiriam – o núcleo íntimo: filhos ou netos, designadamente. Esta valência da exclusão psicoafetiva deve ser igualmente estudada – porque acontece com crescente frequência.

Soulet (2000, p. 13) explica que “Passámos portanto de uma exclusão pensada como marginalidade em relação à sociedade, em virtude de défices individuais, a uma exclusão apresentada como um estar de fora do social, em consequência de uma falha dos mecanismos integradores” (p. 13).

Nesta conformidade, haverá que pensar, no que respeita à hipotética definição, genérica e abstrata, de um quadro de exclusão, ou de um quadro de risco para a exclusão, que é possível a sua criação através de alguns indicadores, nomeadamente: (i) o grau de integração no âmbito familiar; (ii) o nível de interação com os descendentes – já que a existência de um *grau de integração* não pressupõe, necessariamente, uma *interação positiva* com os descendentes; (iii) o nível de autonomia por parte do sujeito idoso e as formas do seu suprimento; (iv) as condições de acesso ao exterior, a partir do local de residência, tendo em conta as eventuais limitações da pessoa; (v) a inserção em grupos sociais (de pares, associações não exclusivamente destinadas a pessoas de idade avançada, etc.); (vi) as competências e interesses do indivíduo; (vii) as condições de saúde, física e mental, e a prestação dos necessários cuidados; e, (viii) a existência de rendimentos próprios suficientes.

Mas esta análise deve ter em conta que a eventual *falha dos mecanismos integradores*, aludida por Soulet, é repartível, no que aos idosos se reporta, por dois planos específicos: o micro, ou seja, o sociofamiliar e psicoafetivo; e o macro, isto é: o apoio das estruturas e dos dispositivos oficiais (Estado, proteção social). Acresce que não se pode deixar de levar em conta que, em sede de processologia da exclusão, são fundamentais as redes de ajuda provindas quer da vertente micro quer da macro. Por outro lado, tenhamos em conta que, como demonstrou Xiberras (1993), a exclusão é um conceito que assume opacidade: com efeito, nem sempre a exclusão é visível à vista desarmada, dado que coexistem muitas formas de a camuflar – aquelas que, como sublinha esta Autora: “[...] não se vêem, mas que se sentem, outras que se vêem, mas de que ninguém fala e, por fim, formas de exclusão completamente invisibilizadas, dado que nós nem sonhamos com a sua existência, nem possuímos *a fortiori* nenhum vocábulo para designá-las.” (p. 20).

A exclusão traduz-se num processo de desafiliação entre o indivíduo e a comunidade envolvente, ou com seus segmentos. Corte de laços, representando o ponto de partida para o início do processo excludente, convivendo a rutura do laço e do vínculo simbólico, âncoras que, em regra, mantêm a religação entre o sujeito e a sociedade (XIBERRAS, 1993). A quebra de vínculos que retinham o indivíduo junto de um grupo implicará também a perda do acervo comum de representações; o percurso para a exclusão pode conhecer vários pontos fundamentais, sublinhando o afastamento da pessoa com os outros atores – e com as realidades por estes materializadas. Todo o processo conducente a uma exclusão

é iniciado no ponto nevrálgico que a ruptura representa – aconteça esta ao nível familiar, económico, social ou laboral. E,

[...] a exclusão não se desenvolve somente de maneira visível ou materializável por uma ruptura do laço social, isto é, por atitudes e comportamentos de evitamento, de desconfiança, de rejeição ou de ódio. Porque a exclusão assume também a forma mais dissimulada de uma ruptura do laço simbólico: isto é, do vínculo de adesão que liga os actores sociais a valores ou, mais simplesmente, uma ruptura que procede por quebra de sentido (XIBERRAS, 1993, p. 33).

5

As questões que temos colocado no domínio da exclusão social são também reportáveis aos mais idosos, na medida em que estes cidadãos se convertem em alvo privilegiado do apartamento com a comunidade – seja ao nível macro ou no plano micro. Este apartamento, como o designámos, pode ser iniciado quer pela comunidade quer pelo próprio idoso, numa dualidade entre a rejeição daquela (implícita ou explícita) e o evitamento desenhado pelo idoso, face à rejeição e como reacção defensiva. Estas situações implicam, como é consabido, desconfortabilidade pessoal, convertendo cada sujeito em morador de um território com o qual se identifica cada vez menos, podendo desenvolver-se um circuito de completa desvinculação e de desinvestimento – com custos muito elevados.

Os casos de suicídio das pessoas de mais idade acabam por constituir reflexo, direto ou indireto, desta face da realidade que é ser-se velho em sociedades que não foram feitas para os mais idosos e que os excluem – por toda a sorte de razões a que nos vimos referindo. Como sublinham Marques e Ramalheira (2006), as taxas de suicídio aumentam acentuadamente nos homens, aos 55 e aos 75 anos, ao passo que nas mulheres esse aumento é progressivo ao longo da vida. Vários autores estabelecem conexão entre o acréscimo do suicídio entre idosos e a possibilidade de existência de processos biológicos decorrentes do envelhecimento, mas sem prejuízo de fatores socioculturais; porém, não podemos descartar a componente psicológica e psicopatológica: os casos de suicídio idoso aparecem relacionados com a depressão, que é uma perturbação comum entre os grupos mais envelhecidos, numa taxa de 60%-80%, (MARQUES; RAMALHEIRA, 2006). Todavia, nas situações de risco para a ocorrência do suicídio devem ser considerados, entre outros fatores, o desinvestimento do *self*, o desenquadramento afetivo, a incapacidade de gerir com tolerância as limitações físicas, a já referida possibilidade de depressão (BARRETO, 2006), bem como a sucessão de perdas – mortes de próximos e do

companheiro de vida, por ilustração da questão, quebra de rendimentos – que podem conduzir à exclusão (há perdas afetivas e simbólicas).

No âmbito das situações de risco para a exclusão social, a percepção de inutilidade do próprio pode também revelar-se tributária do desinvestimento e da consequente interiorização da perda de estatuto, quer ao nível familiar quer em contexto social. Referimos já a vertente da desqualificação dos idosos em virtude de estarem afastados do circuito de produção: o atual modelo económico, assente no liberalismo revisitado – ou requentado? –, tem contribuído fortemente para este plano de observação (CASTEL, 2000). Já escrevemos que ser idoso nas sociedades contemporâneas corresponde à privação de qualquer estatuto, ponto que pode inaugurar um processo excludente, tanto em termos materiais como simbólicos; se se cumular a perda da casa com o reenvio do sujeito para um lar ou para casa de terceiros, mesmo que se trate dos filhos, a quebra de vínculo subjacente acabará por gerar uma percepção acrescida de fragilização, de perda de autonomia – até da vontade – e de desafetação do grupo das pessoas reputadas úteis. Uma pessoa idosa e desinvestida, institucionalizada ou em casa de parentes, acaba por vivenciar a redução, ou até mesmo a perda, do seu espaço íntimo, submetida que fica ao tempo, ao território e às convivialidades de outro(s); estar em casa de outras pessoas, ainda que integrem o círculo próximo e afetivo, comporta a subtração ao *habitat* organizador e livre, provocando o sentimento de exílio, por vezes acentuado pela discursividade, verbal ou não verbal, das pessoas de acolhimento. Quanto tanto se fala de coesão social, constata-se que a mesma é insuficientemente praticada e que o idadismo, na vertente gerontista, e a gerontofobia produzem todos os ingredientes de que a *máquina da exclusão* carece para esmagar psicologicamente os mais velhos. Nas mensagens sociais, como no âmbito político e nos meios de comunicação, são recorrentes os enunciados de xenofobia em relação aos idosos, consubstanciando a apreciação negativa do todo social face a esta parcela da comunidade: os jornais relatam crimes cometidos contra sexagenários, acidentes de septuagenários e a pobreza de octogenários; os políticos, quando as campanhas se tornam mais agressivas, utilizam os cidadãos de mais idade como mercadoria trazida para a ribalta dos *fora* onde se digladiam; mesmo familiarmente, a ideia de avô ainda aparece associada a confusão e intromissão. Ora, o afastamento entre gerações, que resulta em muitos casos de problemas exógenos às famílias, por exemplo, as políticas de habitação, é suscetível de determinar conotações negativas da idade: dir-se-á que o idadismo tem múltiplas faces, expressas de maneiras muito diferentes, mas todas igualmente dolorosas e em violação de princípios e direitos fundamentais, consignados especialmente

na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia e na Constituição da República Portuguesa (1976) (MARQUES, 2011).

6

Nos imaginários coletivos, a velhice aparece ligada a diminuição de capacidades, em particular cognitivas, a inutilidade – quando não a imprestabilidade. Os mais velhos são representados ou como *amas secas* dos netos, quando necessário e se a saúde os ajudar, ou como pessoas desprovidas de funções sociais, verificando-se faltas constantes de atenção pela opinião dos idosos, ou a sua minimização, e até pelas suas preferências: de certa maneira, os mais novos – familiares ou cuidadores formais – parecem suprir a vontade dos sujeitos com mais idade em vários aspetos dos quotidianos, como se eles fossem sempre inábeis para meras opções; e mesmo em sede de prestação de cuidados médicos, é frequente assistir-se à enunciação de queixas por parte dos acompanhantes – por vezes com a complacência dos médicos e demais técnicos de saúde –, o que não apenas põe em causa a autoestima do indivíduo como o desautoriza plenamente, criando uma modalidade de guetização. Assumiu-se, de um modo geral, que ter idade é estar confinado ao espaço dos idosos, o que dá lugar a representações que são, desde logo, ostracizantes e estigmatizantes. Aceita-se que uma pessoa idosa se equivoque constantemente, a ponto de se deixar de fazer fé aquilo que verbaliza, sendo habitual evidenciar em grupo os lapsos, reais ou fabulados por terceiros, como se um velho nunca tivesse razão, como se um velho nunca dissesse verdades. E não é pouco frequente que o estabelecimento de relações afetivas ou conjugais em fase mais avançada da vida seja ainda considerado absurdo, como se as pessoas perdessem afetos, sexualidade e o direito à felicidade a partir de uma idade previamente definida pelos mais novos. E aqui regressamos ao idadismo e à sua perversidade.

Ora, a velhice não tem que ser necessariamente patológica. Fontaine (2000) distingue vários modelos: normal, patológico e bem-sucedido, remetendo, no que toca a este último, para o célebre tratado de Cícero (106-43 a.C.), *De Senectute*. Como escreve aquele Autor, há que atender ao *processo diferencial* que o envelhecimento contém, que é variável de caso para caso; mas também aos “[...] dados subjectivos que constituem a *representação* que a pessoa faz do seu próprio envelhecimento. Tal significa [continua Fontaine] que cada um de nós tem diversas idades.” (p. 23).

Esta pluralidade etária, chamemos-lhe assim, corresponde à tríade de dimensões que integra a pessoa humana – biológica, psicológica e social; mas existe também a idade que é atribuída por terceiros, isto é, a idade que o sujeito aparenta ter – seja pelo aspeto físico seja pela preservação de capacidades ou de integração em atividades sociais. Quando as pessoas podem e querem prolongar a vida ativa, continuando a exercer funções profissionais, o envolvimento social será maior e a idade pode ser escamoteada pelo desempenho que têm. Porque a idade também pode ser uma construção do próprio, porque a idade também se faz – desde que para tanto existam condições físicas e mentais. Vários artistas e intelectuais, por exemplo, conseguem protelar por essa via a fase de declínio, assegurando uma imagem favorável. De algum modo, a onda de reformas antecipadas que, por força do combate ao desemprego, varreu muitos países, pode ser responsabilizada pela precipitação de situações de exclusão, dada a precocidade com que se fizeram sair do mercado de trabalho indivíduos que, aos 55 ou sessenta anos, ofereciam ainda boas condições para a manutenção de vínculos laborais – com vantagens para o próprio, para a entidade patronal e para a comunidade.

7

Durante várias centúrias, a proteção aos idosos esteve suportada apenas no nível micro: era a família, em regra alargada, que providenciava os cuidados aos mais velhos, em boa parte também por omissão de redes públicas de cuidados de saúde ou de apoio social, que apenas foram instituídas com a implementação e reforço do Estado-Providência, de matriz acentadamente social – o chamado *Estado do bem-estar*. As mudanças na estrutura das sociedades acarretou a alter(c)ação deste *status*, desde logo por fenómenos sociodemográficos e económicos, que remeteram as classes trabalhadoras urbanas para as periferias das cidades, reservando estas, em parte considerável, à geração já fora do ativo, residindo em casas de rendas mais ou menos baratas, envelhecidas e desgastadas, demasiadamente pequenas para albergarem filhos e netos. Os modelos de vida determinaram também o fim das famílias alargadas, sem ser em exclusivo por força do espaço disponível nas casas: na etiologia desta mudança militam plúrimas razões, além das do foro económico, a que já aludimos – por exemplo, as gerações autonomizadas após os anos Quarenta-Cinquenta do século passado deixaram de se rever numa microestrutura familiar muito abrangente, piramidal, assente na conceção do *pater* e no seu *potestas*, privilegiando-se a separação geracional; por outra banda, a partir dos decénios de Sessenta-Setenta, o casamento tradicional deixou de ser a única alternativa para se

sair da casa parental, pois priorizou-se a emancipação dos mais jovens através da obtenção de espaço independente para instalação da vida, em coabitação ou em contextos unipessoais. Consequentemente, o apoio do Estado revelou-se indispensável, através de misericórdias, autarquias, instituições particulares de solidariedade social (IPSS): e a componente macro assumiu o espaço deixado em aberto pelo nível micro, cabendo aos Estados providenciar pela colmatação de lacunas registadas no domínio familiar – e o assistencialismo revigorou-se enquanto paradigma dominante.

Nesta flutuação entre os planos micro e macro, Soulet (2000) refere-se à “diluição das redes de protecção mais próximas, que produzem portanto de certa forma uma desaliança generalizada e uma crise de cidadania.” (p. 17). De algum modo, a população mais envelhecida está, no nosso país, com frequência, em situação de instabilidade – psico-afetiva, económica, social –, inscrevendo-se num plano que Castel considera estar no domínio do “[...] novo aumento da vulnerabilidade social” (p. 22), ou “[...] sem um lugar determinado na sociedade.” (p. 26). Efetivamente, como este Autor explica, a exclusão não se reduz a pobreza: a exclusão passa também – e sobretudo – pelo eixo do isolamento, pela seriação, pelo gueto – como acontece, múltiplas vezes, com os idosos, colocados no patamar daqueles que Castel designa como *supranumerários*, isto é: os que não possuem utilidade social e “[...] a sua existência é ‘a mais’, só traz problemas e talvez até problemas insolúveis.” (CASTEL, *id. ib.*) – por exemplo, para os Estados, que se referem aos pensionistas e reformados mais na ótica financeira da despesa pública do que como cidadãos de corpo inteiro. Esta existência supranumerária, ou melhor: esta inexistência social e psicoafetiva explica por que motivo se têm detetado alguns casos de idosos que, vivendo sozinhos, à margem de todos os campos de sociabilidade (micro e macro), isolados da comunidade, morreram nas suas residências e só meses ou anos mais tarde foram descobertos os cadáveres. Sociedade selvática? Nem por isso: nas sociedades antigas, que rotulamos justamente de selváticas, estes casos talvez não fossem tão possíveis nem tão frequentes. Curiosamente, vivemos em comunidades ditas integradas, interessadas, empenhadas, que gostam de se afirmar solidárias. Somos capazes de nos mobilizarmos em nome da defesa de diversas minorias, de espécies animais ou vegetais em vias de extinção – e é bom que assim seja! No entanto, não se assistiu (ainda?) a nenhuma manifestação em prol dos direitos dos mais velhos. E os quotidianos marcam o progressivo corte entre as gerações, apesar de as distâncias serem vencíveis com grande facilidade. Inventaram-se já grandes tecnologias de comunicação, destinadas à aproximação de pessoas, grupos, comunidades. Assumimos o mito comunicacional. Porém, nunca

comunicámos tão pouco – e tão deficientemente. Comunicação descomunicante, já o referimos, ou, como salienta de Bal (2000), *solidão paradoxal*, já que o que liga as pessoas é a técnica, não o corpo – nem a vontade de comunicar, adiantamos; ou seja: existe ligação, não religação. Por isso é possível que as gerações mais velhas estejam esquecidas, em lares ou nas suas casas, como que em *arquivo morto*, sem que ninguém as visite, semanas ou meses a fio, sem que ninguém lhes telefone, ao menos para um *olá* de ocasião. Uma idosa de 85 anos, institucionalizada num lar, descrevia a sua situação de uma maneira absolutamente inexcusável: “compreendo que não tenham tempo para vir cá – os filhos e netos adolescentes –; até percebo que têm mais que fazer do que telefonar todos os dias. Mas ao menos no Natal, ao menos nos meus anos, podiam ligar...”.

Face ao que enunciámos, a abordagem da terceira idade sob a óptica da Psicologia da Exclusão Social encontra fundamento nas noções de desvinculação e, por decorrência, na de cidadania deficitária (em qualquer dimensão), sendo ambas suscetíveis de onerar os cidadãos mais idosos.

8

A terceira idade, assim designada, é um fenómeno poliédrico, comporta plúrimos significados, havendo a salientar, no entanto, um eixo comum entre todos, que consiste em remeter para a estação mais longeva da vida, quiçá a época derradeira, ciprestal, anunciadora da morte – nas suas dimensões biológica e simbólico-litúrgica: porque, não raramente, a morte social já antecedeu em muito a transição física. Nesta linha de pensamento, a terceira idade inscrever-se-á no calendário pessoal e vivencial enquanto consequência inevitável da trajetória dos dias por dentro dos tempos, esse percurso veloz, traçado com maior ou menor mestria na cartografia da existência. Andamento subsequente à fase adulta, reputada a mais útil, depois dos devaneios, aventuras e desventuras que sinalizam e marcam a adolescência e a juventude; andamento final, porém epílogo das atribulações que se depararam na gramática das décadas, perante a Pessoa em permanente construção – porque a velhice continua a constituir, em si mesma, uma construção temporal, mesmo quando eivada de recuos, de retrocessos, como um compasso mal sucedido numa sinfonia que se revelara apaixonante: o lado marginal e desviante, incrustado no todo considerado harmónico dos anos que se desfiaram após os anos.

Referimo-nos à morte nas suas coordenadas biológica, simbólica e litúrgica: mas também a morte psicológica, acontecida por vezes antes da biológica, quando a pessoa ainda

respira, está alimentada, em registo normal ou por uma sonda, vegetando num jogo de sombras chinesas, como se observasse o firmamento e os horizontes a partir de pontos fixos e imutáveis. Vidas sem vida, desprovidas de elementos fundamentais, onde o ser psicológico se converteu (ou rendeu?) à não existência, à ausência de si, à mera metafísica: o *self* já morto, ainda que não notificado do decesso. Perante a passagem da linha da meia-idade para a terceira idade – fronteira duplamente temida e temível, perturbante e perturbadora –, eis que tudo parece transformar-se para o sujeito, como que emergindo de um espaço de luz para territórios da obscuridade: de súbito, as dores físicas que se avolumam, porventura psicalgias, embora ainda ontem – ou há um mês, ou há um ano, pouco importa – fossem discretas, leves, geríveis mesmo sem recurso a fármacos – apesar de se divulgarem *spots* publicitários a pastilhas, comprimidos, drageias e emplastos, de venda livre, para cujas representações publicitárias são convocados figurantes da idade maior, cabelos esbranquiçados e rostos curtidos pelo sofrimento de muitos sóis; e, de repente, também, os dias que parecem prolongar-se, entre os tempos livres (ou mortos?) das reformas, num relógio real que não acompanha já o relógio íntimo de cada um, envolvido que está na densa e pesada atmosfera comandada por um espírito de metacronismo, e dos acasos ocorridos em pregressos decênios. Algures, acode uma reminiscência, no ritual das memórias que se revisitam, no caleidoscópio dos afetos e das emoções que povoam os dias e as noites, rosa-dos-ventos dos sonhos que habitam as vigílias, dos terrores da incapacidade ou sepulcrais – acasos rumo ao ocaso, que se (pres)sente, que se pensa desejar – e, por vezes, se deseja efetivamente, mas que, ao mesmo tempo, assusta e apavora. A estrada do tempo foi já longa – contudo, esse trajeto, uma espécie de pretérito não perfeito, não é avaliado na correta perspetiva temporal, e os anos, em lugar de trezentos e sessenta e cinco dias cada um, não parecem ter possuído mais do que as horas ou os momentos dos episódios, a recordar ou a esquecer – e que, por isso mesmo, teimam em persistir, insistindo na não diluição por entre as sinapses do tempo. Dessas viagens por dentro das estações, qual peregrinação pelos interstícios afetivos, busca-se a síntese e o saldo. *Valeu a pena? E que fazer com o que me resta?* Porque a vida foi apenas um sopro, como escreveu José Rodrigues dos Santos (2008). Por vezes, a visão arqueológica da Pessoa, escavando nas ruínas mais ou menos dissimuladas dos *ontens*, na privação das expectativas *dos amanhãs* (que já não sabem cantar, que nunca souberam cantar).

A terceira idade corresponde a bifurcação, a aporia, a perda. O sujeito observa-se a si e ao tempo, este repartido com maior intensidade entre um passado, já longo e distante, e um porvir – exíguo, enviesado, como se o pretérito engolisse o futuro e arrastasse o

presente nessa maldição; o indivíduo não raciocina tanto no advérbio *ainda*, preferindo o *já*: não dirá *ainda tenho uma vida para viver* – e esta não é apenas, nem principalmente, uma questão semântica, é um problema psicológico.

O itinerário da Pessoa passa a sentir e a visualizar a aporia de vida: o passado nem sempre é *inútil como um trapo*, como na expressão poética de Eugénio de Andrade: magoa, frequentemente, dói nas entranhas, entre o feito e o por fazer, entre os vividos e os agidos, nos hematomas da alma, nas quimeras que percorreram o indivíduo, num xadrez maniqueísta, porventura (pré)anunciador da morte. Observador e observado, o sujeito deambula, sentado na cadeira de baloiço que a velhice também é, convocando os fantasmas que não exorcizou, suportando a dor pelo que não fez (ou não conseguiu fazer), pelo que não disse (ou não conseguiu dizer). Autojulgamento, quando não autoflagelação, como se o tempo desfiasse em mosaicos face às retinas (oculares e da memória) do sujeito, num *flashback* que pode mostrar-se seviciador. Ato de contrição de inspiração cristã? Autocrítica de influência marxista? Talvez ambas as faces do mesmo mecanismo de busca do *Eu* e das suas catacumbas, exercícios, por vezes, de amargura ou da *mágoa sem remédio de perder*, para parafrasear Camões. Aporia, dúvida, incerteza – e o medo do fim que se antevê, que se crê aproximar-se, que se teme, desde logo pelo fim do estar aqui, mas também pelos temores implantados e inculcados do estar além. E mesmo quando para o indivíduo o universo aparece escancarado de certezas, por força de crenças religiosas, por vezes marcadamente securizantes, nem sempre falha uma ilhota de incerteza, um momento de temor, um ponto de interrogação. Perda: porque a velhice é (quase) sempre sinónimo de perda: física, económica, afetiva, motora, cognitiva. Aliás, a velhice é também um vasto atlas de perdas e de incapacidades, no rumo crepuscular. E como se não bastassem as perdas endógenas, ainda as que são exogenamente provocadas, como as resultantes do idadismo ou dos cortes abruptos nas pensões e reformas, como sucedeu durante vários anos. Perdas de cônjuges ou companheiros de vida; perdas de amigos e referências em todos os quadrantes; perdas de consideração por parte de terceiros; perdas de estatuto profissional e socioeconómico; perdas de capacidades físicas e psicológicas; perdas de aptidões e de competências; perdas de autoestima e de autoconceito; perdas afetivas por separações indesejadas e indesejáveis; perdas por ruturas de vínculos; perda do espaço privado e íntimo, desde logo a casa, abandonada ou cedida, a contragosto, trocada por um lar – supremo estágio da perda, terreno vestibular da última passagem, complemento circunstancial de lugar onde a morte psicológica faz a sua aparição, último reduto antes da caminhada para os ciprestes derradeiros; perda até do animal de estimação,

quantas vezes companheiro silencioso de anos de vida, ao qual é vedada a entrada no lar ou na casa dos filhos, se esse for o destino; perda da autonomia, enfim, quando a cidadã ou o cidadão ficam reconduzidos ao segmento dos sem-estatuto, a versão sem-abrigo determinada pela idade. (Porque o gerontismo é um verdadeiro flagelo social.)

A terceira idade é desvinculação – e, com ou sem correspondência com a realidade –, vê-se rodeada de atribuições conducentes à desrazão, pelo menos nas representações daqueles que (ainda) estão em redor – físico ou psicoafectivo – do idoso. Uma pequena gargalhada – pequena e sem graça – emoldura as frases e os ditos do sujeito: “está enganado, tiozinho, não foi na quarta, foi na quinta-feira que foi ao hospital, para o médico lhe ver as escaras!” Que raio de importância terá um mísero dia no calendário das escaras do indivíduo? E as falas infantilizadoras, como se todo o cidadão de mais idade tivesse que estar confuso, desorientado ou, na terminologia popularucha, “gagá”, como por vezes (tantas vezes!) se escuta, mesmo entre profissionais dos cuidados: “o *fulano* está gagá; já não diz coisa com coisa”. Opta-se, então, ao nível dos cuidadores, formais e informais, pelo discurso pluralizado, assistencialista – e irritante, que, se não fosse deprimente, na sua génese e nas consequências, seria hilariante; ouvem-se técnicos sociais e de saúde utilizando as mesmas expressões de senso comum, que é como quem diz de senso nenhum, com tiradas melodramáticas: “estamos melhorzinhas, minha querida? Tão linda, esta menina!”, como se a destinatária destas paupérrimas parolices tivesse três anos!

9

A velhice revela-se com um duplo sentido: receia-se, pelo que encerra, em termos de perdas de aptidões e do acervo competencial, e deseja-se, ainda que sempre o mais tarde possível, em exercício de procrastinação, numa ambivalência sem paralelo. Receamos envelhecer pelo que de martirizante está consagrado a esta fase do desenvolvimento. Envelhecer significa morrer; o medo da morte, a angústia da morte, a sua antecipação, fazem sofrer. Mas também as incapacidades que podem surgir ou a incapacidade relativa de passar dias e noites, noites e dias, baloiçando-se numa cadeira, sem poder usar a locomoção, ou em incontinência que, se percebida, será causa maior de sofrimento. Como se não bondassem já as agruras das constelações temporais, marcando na cara, na coluna, nos membros, no raciocínio, na fala, na orientação, na visão, na audição, na sexualidade, no paladar, no olfato, no tato, os signos do envelhecimento! Como se não bastassem as dificuldades motoras, cognitivas! Como se não fossem cruz suficiente as perdas – de

familiares e do grupo de pares – e as desvinculações com o círculo (que se supunha) íntimo, como os filhos e os netos! Como se o envelhecimento percebido não fosse doloroso! Como é possível não temer a terceira idade?

Afinal, que bem aportará ao cais da finitude próxima do nosso tempo? Ah, o descanso, o prazer da reforma. *Aí o alívio de não ter que sair da cama às sete (raios partam o despertador, aí é que o ponho no lixo!), já não ter que levar com o patrão, não gramar as filas de trânsito, os almoços rápidos, o ponto para picar, os colegas para aturar! Será sempre um fim de semana, serão sempre férias: vou para a terra, vou ver as oliveiras e as hortaliças a crescer, vou para a minha casa de praia, pescarei robalos ou tainhas. Caçarei pássaros, não importa a crueldade destes desportos, vou à bola e ao cinema, vejo DVD todos os dias até às três da manhã, leio até fartar, oiço os CD que nunca ouvi... E, sempre que quiser, vou à repartição e almoço com a malta, pois então!*

Esta é a paisagem idílica de reforma sob a ancoragem dos 50-55 anos, talvez sessenta. Tantos projetos. O problema é a materialização dos mesmos. Na prática, o tempo vai-se arrastando e muitos dos reformados não conseguem passar a tão bem elaborado enquadramento teórico: começam as deambulações entre o nada e nenhures, sem que as leituras, os filmes, os teatros adiados sejam postos em dia, sem que as esperanças de férias eternas se tornem gratificantes, sem que a agenda se preencha. E quando um dia o indivíduo assoma à repartição, se for a vez primeira, é possível que se sinta ainda em casa e a confraternização poderá acontecer; contudo, a segunda vez será, porventura, mais complexa e o nosso reformado aperceber-se-á que já não está em casa: “desculpa, ó Alves, tenho um prazo para hoje. Vem cá para a semana e vamos às sardinhas da Berta, pode ser?”; ou: “que pena teres vindo hoje, Alice, logo hoje, que estou a fechar o balanço! Volta na segunda... espera, não é nesta segunda, é na outra, põe na agenda, minha querida, põe na agendazinha – ainda tens agenda? – antes que te baralhes”. (Irra! Já não chega afastar a pessoa, ainda se lhe chama baralhada!)

Feitas as contas, reforma e envelhecimento parecem simétricos, coetâneos – por que não expressões sinónimas? Fonseca (2011, p. 13) afirma que a análise feita sobre a investigação produzida sobre a reforma e a condição de reformado

[...] insiste na existência de uma ligação íntima entre “efeitos devidos à reforma” e “efeitos devidos ao envelhecimento”, sendo frequentemente difícil distinguir entre o

impacto psicológico e social da reforma, e a acção de outros aspectos subjacentes ao momento específico do ciclo de vida em que a reforma acontece.

Com efeito, para muitas pessoas a reforma (própria ou alheia) é representada como uma passagem para a velhice, o que resulta também de fatores sociais e económicos complexos, pela perda do estatuto que implica – perda ou diluição, pelo menos – e pelo afastamento do ciclo de produção, com a conseqüente mudança da origem dos rendimentos – em regra, compreendendo a sua diminuição (FONTAINE, 2000). Por vezes, a passagem à reforma marca uma “morte profissional” do titular – com toda a carga simbólica inerente; e pode sublinhar o início do desinvestimento do sujeito, face aos outros e a si próprio, especialmente se não quis, não pôde ou não soube planificar essa fase de mudança acentuada. Uma reforma não preparada pode assemelhar-se a uma imposição, a um facto compulsivo – o que poderá acarretar conseqüências gravosas para a saúde, física e psicológica, do reformado.

Por outras palavras: a reforma deve ser planificada, monitorizada. Um bom envelhecimento pressupõe uma boa transição para a reforma. Esta preparação deveria iniciar-se por volta dos 35-40 anos, justamente quando as pessoas se encontram, em regra, no auge dos respetivos desempenhos profissionais.

10

Desejamos envelhecer, porque, racionalmente, sabemos que o envelhecimento é inevitável e sinal de longa vida, mas procuramos retardá-lo o mais possível: e temos aliados neste processo, pelo menos na promoção que é feita de produtos diversos, que evitam as rugas e a queda do cabelo; que evitam o embranquecimento das cabeleiras ou, em última análise, lhes modificam a cor – e todos e todas seremos mais ou menos louros, ou ruivos, com a idade; que rejuvenescem a pele; que prolongam as competências cognitivas, que ajudam a *performance* sexual; que asseguram a qualidade de vida além de toda a dúvida, reside esta na osteoporose, nas artérias, na audição, na visão. Paralelamente, clínicas produzem milagres, em intervenções de *recauchutagem* humana – leia-se cirurgia estética –, retirando os anos às pessoas e tornando os seus olhos devidamente orientalizados. Um mercado de velhice que se instalou e que os *media* divulgam, com anúncios servidos, em regra, por gentes que, por razões profissionais, vivem o culto do não-envelhecimento, afadigando-se de cirurgia em cirurgia, convencendo, depois, os incautos que tudo se deve a um simples creme ou a um milagroso *botox*! (Porém, nesta onda publicitária, os idosos

aparecem com maior regularidade em anúncios de fraldas: de novo, o gerontismo...) Resulta, assim, que a terceira idade *foi redescoberta*, não tanto pelos motivos mais válidos, mas enquanto provável fonte de lucro, seja nos negócios que o envelhecimento favorece seja em projetos, muitas vezes subsidiados e onde nem sempre impera a transparência.

A Medicina, a Geriatria e a Farmacologia conseguiram notáveis êxitos no que tange ao prolongamento da vida, para o que foi contribuinte – e é – a elevação da qualidade de vida, especialmente nos países desenvolvidos. Fontaine (2000, p. XV) sublinha estes fatores: “A convergência das descobertas farmacológicas, o melhoramento das condições de vida e a elevação do nível cultural provocaram uma verdadeira explosão do número de personalidades com bom funcionamento, boa saúde e felizes por viverem.”.

11

A esperança média de vida em alguns países demonstra esta asserção. No entanto, são diferentes os conceitos de longevidade (física e psicológica) e de qualidade de vida: na realidade, é mais acessível prolongar a vida do que mantê-la em padrões qualitativamente válidos. E estes protelamentos do fim são, não raramente, acompanhados pela completa ausência da qualidade, arrastando vidas descomunicantes e vazias de gentes encamadas, ligadas a máquinas várias: vidas sem vida!

Como refere Marques (2011, p. 27), “Melhores condições de vida, associadas a um considerável progresso económico, social e médico permitiram um aumento da longevidade da população mundial”, como se alcança pelos índices de envelhecimento (IE) dos diversos países (o IE representa o número de cidadãos maiores de 60 anos por cada 100 sujeitos entre os zero e os quatorze anos.) De acordo com estimativas do Índice de Envelhecimento das Nações Unidas, a cifra que, em 2007, se situava em 38,7, deverá ascender a 107,4, no ano de 2050 – ano em que provavelmente os cidadãos com mais de sessenta anos corresponderão ao dobro das crianças, com as inevitáveis (e temidas pelos decisores políticos do mundo) consequências sociais e financeiras, abrangendo também a segurança social. Segundo previsão de 2007 do Instituto Nacional de Estatística (INE), admite-se que, em Portugal, no próximo quartel, as pessoas com mais de 65 anos sejam em número muito superior ao dos jovens (242 para 100) (MARQUES; RAMALHEIRA, 2006; MARQUES, 2011). Seguramente, a maioria destas pessoas viverá só ou em coabitação com outras pessoas de idade superior a setenta anos.

De harmonia com os dados dos Censos 2011, já disponíveis, a população portuguesa integrada por cidadãos com 65 ou mais anos situa-se em 19% (2,023 milhões de sujeitos), contra 15% de pessoas entre os 0-14 anos, o que revela acentuada desproporção. Por outro lado, o índice de envelhecimento da população é de 129, enquanto que em 2001 se quedava em 102 – valor que era já bastante elevado; o Alentejo, com 179, e a região Centro, com 164, apresentam cifras extremamente altas. Outro indicador que aparece mais robustecido e que se correlaciona com a terceira idade é o índice de dependência total (52), que aumentou quatro pontos desde 2001, significando que em cada 100 indivíduos em idade ativa, há 52 dependentes; e o índice de dependência de idosos passou de 24 (2001) para 29 (2011).

Acrescendo a estes dados, já suficientemente preocupantes, outras dimensões revelam mais constrangimentos adicionais deste segmento etário: cerca de quatrocentos mil idosos vivem sozinhos e mais de oitocentos e quatro mil na companhia de outras pessoas também idosas, o que traduz o aumento de cerca de 29%; concomitantemente, regista-se o agravamento do problema da desertificação, havendo povoações que, durante a maior parte do ano, têm como residentes apenas idosos e, mesmo assim, em número muito reduzido – o que decorre também do fenómeno da litoralização do país.

Naturalmente que esta situação de envelhecimento acelerado, que atinge privilegiadamente a Europa – e também Portugal – decorre do concurso de vários fatores, como a diminuição das taxas de natalidade, provocada por razões várias, desde logo as alterações económicas e sociais registadas nas últimas décadas; a mudança dos objetivos de vida, ou seja, o sentido que as pessoas pretendem dar aos seus rumos pessoais, profissionais e familiares; as mudanças sociais, com destaque para a crescente urbanização das sociedades, em que outros apelos e outras necessidades produzem a redução da natalidade; e o aumento considerável da esperança de vida, bastante visível no nosso país, ao longo das últimas três décadas, resultando, como já explicitámos, do reforço de cuidados médicos advenientes da implantação do Serviço Nacional de Saúde, a partir de 1978, assim como da elevação da qualidade de vida e da melhoria das condições económicas, sociais, de habitação e de higiene dos portugueses, entre outras causas.

12

Aludimos, ao longo deste texto, ao idadismo, fenómeno preocupante, ao qual Portugal também não está imune. O conceito de idadismo, forjado em 1969, por Butler, relaciona-

-se com os comportamentos negativos realizados em função da idade; quando o idadismo versa sobre idosos aparece designado, frequentemente, como gerontismo (MARQUES, 2011); esta noção baseia-se em estereótipos, pruridos e preconceitos que oneram os idosos e que surgem não só por força da idade mas também das diversas incapacitações e patologias, físicas e mentais, reais ou imaginárias, que lhes aparecem associadas; porque, com efeito, a representação social do envelhecimento e das pessoas com mais idade assenta na crença que estar a envelhecer e ser velho provocam sempre a degradação do indivíduo, motivo porque é comum a desvalorização, por vezes liminar, daqueles que integram este grupo etário. Concomitantemente, esta população está plenamente convicta que é alvo de discriminação e que o gerontismo e a gerontofobia são muito presentes na nossa sociedade (MARQUES, 2011; PAÚL, 1997).

Num registo paralelo, a violência contra os idosos emerge como problema de magna relevância, tendo em especial atenção a frequência e a intensidade que a integram. Desde a violência física à psicológica, da económica à sexual, e da social à simbólica, percorre-se em todas estas dimensões o corpo e a alma dos mais velhos, ocorrendo quer em casa, particularmente se coabitarem com familiares, quer nas diversas instituições que prestam cuidados. Se a componente psicológica é a mais recorrente – até porque subjaz a todas as outras modalidades de exercício de atitudes violentas –, a física tem aumentado consideravelmente, e também em severidade, segundo os dados que vão sendo disponibilizados, havendo que contar com as inevitáveis cifras negras; a económico-financeira, que consiste, entre outras condutas, na apropriação de bens dos idosos (por exemplo, pensões e reformas, bens móveis), revela-se ainda nos atos dirigidos à obtenção de um testamento, de um legado ou de uma doação ou venda simulada de bens imóveis, para não falar já do acesso a contas bancárias, mediante a abertura de contas conjuntas ou a emissão de procurações; e a dimensão social arrasta para o espaço público a imagem do idoso enquanto pessoa degradada, provocando a sua desvalorização. Simbolicamente, a violência perpetrada pode ser de grande amplitude, bem como a que é praticada do ponto de vista sexual – que abrange todas as dimensões descritas, produzindo lesões quase sempre irreversíveis e de extremo dramatismo. Ilustração da violência mais pesada: o abandono de idosos em hospitais, quando aqueles que os internaram deixam falsas coordenadas de localização! Mas nada disto nos deve surpreender: vivemos em sociedades que guetizam os diferentes, que os remetem para o planeta do esquecimento, que os abandonam quando há férias, como fazem aos cães e gatos – animais de estimação quando não há férias. Sociedades de plástico, que apenas valoriza o útil, o bonito, o política e socialmente adequado.

Detetam-se também comportamentos de cuidadores que consubstanciam formas de violência: a ministração excessiva e não prescrita de tranquilizantes com que os idosos são sedados – e que algumas instituições aplicam quando o pessoal escasseia –, as agressões verbais, físicas e psicológicas de prestadores de cuidados, formais ou informais, que podem passar pelo paternalismo bacoco; ou, como aconteceu recentemente em Portugal, na transição para a televisão digital terrestre, em que os poderes (e poderzinhos) acabaram por menosprezar o acesso ao consumo de televisão por parte destes cidadãos, por incapacidade económica de aquisição dos descodificadores – e sabemos como a televisão traduz tantas vezes a única ponte entre as pessoas isoladas ou com dificuldades de locomoção e o mundo.

13

Referimo-nos aos cuidadores. As sociedades são confrontadas com situações de violência ou negligência praticadas contra idosos, quer em instituições quer em ambiência doméstica. As já mencionadas cifras negras serão, porventura, muito elevadas e, face ao conhecimento de alguns casos, ficamos escandalizados e indignados. Com efeito, nada permitirá desculpar essas atitudes, suscetíveis de pôr em causa o bem-estar físico e psicológico destas pessoas. Porém, sem se recair em registo desculpabilizante, não podemos ignorar que alguns dos comportamentos configuráveis naquele âmbito podem resultar do *stress* ou do *burnout* que oneram as pessoas que, por motivos familiares ou profissionais, consomem grande parte dos dias, e das noites, tratando de outros que, por razões de saúde física e psíquica, produzem desgaste intenso e exaustão nos respetivos cuidadores. Acresce que, na maior parte dos casos, aqueles que cuidam de idosos, em termos familiares – e, também, em número mais elevado do que o desejável, no que toca aos funcionários das instituições –, não possuem competências profissionais para estes desempenhos. Assiste-se ainda a situações em que os cuidadores, filhos dos idosos, envelhecem, precocemente ou não, durante a fase em que prestam cuidados, o que transforma o quadro relacional cuidador-cuidado em algo quase insustentável. Esta temática reclama, no que ao nível institucional concerne, maior sensibilização dos poderes no domínio dos requisitos para exercício profissional, bem como a implementação de sérias medidas de fiscalização (SANTOS; PAÚL, 2006). Torna-se urgente a implementação do já debatido estatuto do cuidador informal, mas também a revisão das normações sobre a prestação formal de cuidados.

Um cuidador profissional deve ter não só competências técnicas como afetivas, de molde a que os lares e residências não sejam meros (e violentos) armazéns de velhos.

14

Torna-se necessário mudar de paradigma – já o referimos – operando a transição do modelo assistencialista para o da intervenção psico-inclusiva, traduzindo-se na criação e aplicação de programas que permitam melhorar a qualidade de vida das pessoas mais velhas, quer residam em habitações, próprias ou de familiares, quer estejam institucionalizadas, assegurando a realização de esforços conducentes à manutenção de vínculos ou à revinculação deste segmento populacional. Também já esclarecemos que consideramos necessária a comparticipação de técnicos de serviço social, bem como de animadores; contudo, não faz sentido a omissão da Psicologia, enquanto entidade científica apta à promoção da inclusão social e da saúde mental. Com efeito, há que reconfigurar todo o sistema, habilitando-se, por essa via, a reprogramação dos sujeitos em ordem à promoção de políticas e ações inclusivas. Todo o sistema vigente foi instituído no sentido da visão assistencialista, naturalmente redutora, implementada na ideação dos idosos como pessoas de poucos ou nulos recursos económicos – o que nem sempre corresponde à realidade. Felizmente. Com efeito, uma boa parte das iniciativas adotadas entre nós priorizaram a componente económica, pelo menos até ao início da subordinação do país à troica. Os governos de J. Sócrates (2005-2011) também acentuaram esta vertente, criando um abono complementar de idosos, chamado contribuição solidária. Foi uma medida muito importante, tal como as reduções especiais dos preços dos passes de transportes, das assinaturas telefónicas, ou do aumento da comparticipação em medicamentos – medidas que, nalguns casos anuladas durante a fase da troica, foram já recuperadas, a partir de 2015. Mas isto não basta! De facto, não podemos confundir o combate à exclusão, que aquelas medidas encerram, com a promoção da inclusão, que incide de maneira muito especial em outros domínios, além do económico. Promover a inclusão social pressupõe o objetivo reprogramador, que deve assentar no trabalho com o sujeito ao nível da motivação para a mudança e na conceção e aplicação de programas promotores da revinculação e da inserção.

A reprogramação do sujeito deve procurar criar condições para que ele deseje a re-inclusão no espaço comunitário: esta adesão é, como se sabe, imprescindível para o êxito do trabalho psicológico. Neste percurso, é conveniente definir e aplicar estratégias de inclusão mais abrangentes, sempre que tal seja viável. Exemplifiquemos: iniciativas

como as universidades seniores são inegavelmente muito importantes; no entanto, as finalidades por estas prosseguidas podem ser reforçadas pela integração de pessoas com mais de 60-65 anos em atividades curriculares das universidades – por outras palavras, cumulativamente à existência de unidades que possuem programas curriculares específicos para a população em apreço, poder-se-ia fomentar a inclusão desses cidadãos nas universidades frequentadas pelos estudantes universitários, tornando-os participantes nas aulas dos planos gerais, evitando-se a guetização e fomentando-se as ligações intergeracionais.

Esta opção, se articulada com outras medidas de iniciativa pública ou social, tornar-se-ia idónea para a necessária partilha de competências e para o estabelecimento de relações entre gerações, que se poderão revestir de elevado potencial para ambos os segmentos. Paralelamente, o incremento do associativismo sénior, em que a formação da vontade das instâncias em que os idosos participam seja feita a partir das suas próprias opiniões, como atores e não comómeros figurantes mudos, pode aumentar o sentimento de pertença em relação às instâncias onde exercem atividades; na realidade, a vinculação do sujeito ao objeto será consideravelmente maior se sentir que faz parte do processo de gestão e escolha de ações, o que permitirá uma mais saudável integração.

15

Nesta conformidade, preconizamos, uma vez mais, a intervenção psico-inclusiva, visando o reenquadramento de pessoas excluídas, ou em rota excludente, por motivos etários ou de patologias decorrentes do envelhecimento. Estas ações podem ser desenvolvidas em instituições, nas residências, nos jardins, ou seja: em qualquer local. Este aspeto do *lugar onde* da intervenção é importante porque não nos devemos esquecer que muitos idosos não podem sair de casa, na maior parte das vezes por problemas de locomoção, e dos elevados custos em que se traduz o recurso a empresas de transporte de doentes; por outro lado, estas entidades nem sempre exercem cabalmente a sua função: em 2005, uma idosa que se deslocava em cadeira de rodas foi transportada por uma empresa da “especialidade”, a *Expresso Vida*, tendo os funcionários olvidado um pormenor: a colocação do cinto de segurança, o que causou danos físicos e psicológicos à transportada durante uma manobra de trânsito. Aludimos a este caso para sublinhar que o trabalho com idosos não pode ser deixado a pessoal incompetente e a empresas irresponsáveis, que apenas visam o lucro fácil e que não cumprem medidas de segurança.

Ora, a promoção da inclusão, procurando opor-se ao desinvestimento dos sujeitos em si próprios e ao isolamento excludente, realiza-se onde tal se torne necessário, podendo recorrer a múltiplas iniciativas e utilizar todos os meios tecnológicos disponíveis, desde a realização de curtas-metragens, criadas especificamente para estes sujeitos, à apresentação de pequenas encenações ou através do uso da fotografia, da música, da pintura e das artes em geral. Para a consecução deste objetivo, a associação de psicólogos forenses, da exclusão social e de técnicos da intervenção juspsicológica e psico-inclusiva (PSIJUS – Associação para a Intervenção Juspsicológica) criou, em 2006, um dispositivo de intervenção com a população mais velha (*PSIDOMO*), que tem desenvolvido várias iniciativas em estruturas de idosos, com a utilização de alguns desses métodos.

A intervenção psico-inclusiva com cidadãos mais envelhecidos deve ser assumida como uma necessidade social premente, cabendo aqui um papel crucial aos decisores políticos e aos atores que desenvolvem funções nas autarquias. Mais do que uma necessidade, trata-se do estabelecimento de uma resposta que se inscreve na gramática dos direitos sociais constitucionalmente consagrados. Há que agilizar meios que permitam consubstanciar a mudança. Para tanto, os detentores do Poder (e dos poderes) precisam de ter vontade política e carecem de apelar ao Saber.

16

Há alguns anos, os japoneses foram confrontados com uma vaga criminal até então desconhecida. Aperceberam-se, depois, que esses crimes patrimoniais eram protagonizados por idosos, com graves dificuldades ao nível económico. Chamaram-lhe *crime grisalho*. Começaram, então, a pensar na mudança das políticas até aí vigentes. Uma pergunta, porventura indiscreta, dirigida aos decisores do nosso país: será necessário que esta vaga delinquencial chegue até nós para que se promova a mudança e a intervenção psico-inclusiva naquela subjacente?

17

Verifica-se, com alguma frequência, que a terceira idade permanece numa atitude de conformismo e de resignação face a uma situação que, como é consabido, é gravosa, a diversos títulos, particularmente nos planos social e económico: além de medidas draconianas de esbulho em relação às pensões, reformas e subsídios – de mais do que duvidosa

constitucionalidade, já o referimos –, outras foram adotadas, entre 2011 e 2015, que puseram em causa a estabilidade dos mais velhos, como a revogação de medidas de apoio social – por exemplo as reduções de preços dos passes de transportes ou dos telefones. Mas esse conformismo resignado é também consequência da (quase) ausência de poder reivindicativo por parte das pessoas de mais idade, que já não podem fazer greve, e cujos movimentos associativos revelam fraca expressão – também neste domínio a exclusão produz efeitos devastadores. A redução de rendimentos a um idoso, além de ataque económico inqualificável, quando incide sobre pensões ou reformas, constitui ainda um duro e soez atentado simbólico: representa a perda de estatuto, de reconhecimento, de dignidade – mesmo quando os atingidos não têm carências económicas.

Na gramática inclusiva da terceira idade importa desenvolver estratégias suportadas cientificamente, com assento nas estruturas que promovem apoio, seja domiciliário seja nos diversos dispositivos disponibilizados, como os centros de dia e lares. Assim, é tempo de se abandonar a lógica exclusivamente assistencialista que preside à prestação desses apoios e avançar para a associação entre as componentes social e psico-inclusiva, agregando técnicos de ambas as vertentes. Como sublinhámos, os cuidados de natureza geral, como a higiene ou a alimentação, assumindo extrema relevância, não substituem – nem dispensam – os que se impõem no âmbito psicológico: e que não podem ser realizados por assistentes sociais nem por técnicos indiferenciados. Sintetizando: não se pode conceber que o trabalho com a terceira idade esteja confinado a auxiliares e a assistentes sociais; se se quiser efetuar trabalho útil e que corresponda às necessidades, há que integrar psicólogos em todas as equipas que, no setor público, no social ou no privado, ministram cuidados aos idosos. Sob pena de se permanecer, voluntária e conscientemente, em situação de défice interventivo.

18

Viajámos pelos horizontes da terceira idade, da exclusão que tantas vezes a acompanha, dos pequenos, médios e grandes dramas dos quotidianos. Evocámos as Pessoas, Homens e Mulheres, fragilizados na estação invernososa do percurso vivencial.

Resta acrescentar que o nível de democracia (material) de uma sociedade deteta-se (também) pela maneira como cuida dos seus cidadãos da designada terceira idade.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Luis Bigotte de. **A idade (não) perdoa?** o idoso à luz da neurologia gerontológica. Lisboa: Gradiva, 2006.
- BARRETO, João. Tratamento actual da depressão no idoso. In: FIRMINO, Horácio (Ed.). **Psicogeriatría**. Coimbra: Ed. Psiquiatria Clínica, 2006, p. 113-124.
- CASTEL, Robert. A precaridade: transformações históricas e tratamento social. In: SOULET, Marque Henry (Org.). **Da não-integração**. Coimbra: Quarteto, 2000. p. 21-38.
- DE BAL, Marcel. A “re-aliança”, desafio crucial para o trabalho social. In: SOULET, Marque Henry. (Org.). **Da não-integração**. Coimbra: Quarteto, 2000. p. 55-74.
- FONTAINE, Roger. **Psicologia do envelhecimento**. Lisboa: Climepsi, 2000.
- FONSECA, António Manuel. **Reforma e reformados**. Coimbra: Almedina, 2011.
- LIPOVETSKY, Gilles. **A era do vazio**. Lisboa: Relógio d’Água, 1989.
- MARQUES, Sibila. **Discriminação da terceira idade**. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2011.
- MARQUES, Luís; RAMALHEIRA, Carlos. Os idosos e o suicídio. In: FIRMINO, Horácio (Ed.). **Psicogeriatría**. Coimbra: Ed. Psiquiatria Clínica, 2006. p. 233-244.
- PAUGAM, Serge. A desqualificação social. In: SOULET, Marque Henry (Org.). **Da não-integração**. Coimbra: Quarteto, 2000. p. 107-136.
- PAÚL, Costança. **Lá para o fim da vida: idosos, família e meio ambiente**. Coimbra: Almedina, 1997.
- POIARES, Carlos Alberto. Justiça, exclusão social e psicologia ou estranhas formas de vida. In: DIAS, Jorge de Figueiredo (Org.). **ARSIVDICANDI** : estudos em homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves: filosofia, teoria e metodologia. v. I. Coimbra: Coimbra Ed., 2008. p. 967-981.

SANTOS, Pedro Manuel Carvalho Machado dos; PAÚL, Constança. Desafios na saúde dos mais velhos: o outro lado da terapia. In: FIRMINO, Horácio (Ed.). **Psicogeriatría**. Coimbra: Ed. Psiquiatria Clínica, 2006. p. 155-178.

SOULET, Marque Henry. Pensar a exclusão nos dias de hoje: não-integração ou desintegração? In: SOULET, Marque Henry (Org.). **Da não-integração**. Coimbra: Quarteto, 2000. p. 9-20.

XIBERRAS, Martine. **As teorias da exclusão**. Lisboa: Instituto Piaget, 1993.

Submissão em: 22 maio 2018

Pareceres favoráveis em: 3 setembro 2018

N O R M A S T É C N I C A S
D E P U B L I C A Ç ã O

NORMAS TÉCNICAS DE PUBLICAÇÃO

- 1 O trabalhos a serem publicados pela *Revista Brasileira de Estudos Jurídicos* deverão ser inéditos em língua portuguesa e versar sobre temas da área jurídica e suas interfaces.
- 2 Deverão ser enviados via email (como arquivo anexo) para o endereço estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br com cópia para eltondx@hotmail.com, em formato Word.
- 3 A Revista não se obriga a publicar os trabalhos enviados. Sua publicação pressupõe aprovação pelos seus Conselhos Editorial e Consultivo.
- 4 Os autores dos trabalhos selecionados, receberão, a título de direitos autorais, 2 exemplares da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, quanto à versão impressa. Não haverá pagamento de *pro labore* ou qualquer vantagem a título de direitos autorais.
- 5 Excepcionalmente o trabalho poderá conter imagens, gráficos ou tabelas, desde que essas sejam disponibilizadas pelo autor, em formato JPG, com definição de 72 dpis. Essas imagens deverão ser designadas como figuras, com numeração sequencial e indicação da fonte de onde foram extraídas.
- 6 O texto deverá ser digitado em fonte Times New Roman ou Arial, tamanho do papel A4, corpo 12, com espaço entre linhas de 1,5 linha.

6.1 Artigos deverão ter, no mínimo, dez páginas, incluindo referências. A Revista considera como ideal entre quinze a vinte páginas. Mas, analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

6.2 Entrevistas, Notas de Leitura e Resenhas devem ter entre cinco e dez páginas. Igualmente, a Revista analisa outros trabalhos em outros tamanhos, em razão do conteúdo.

7 A formatação do texto deverá obedecer às seguintes recomendações:

7.1 Título no alto da página, todo em maiúsculas e centralizado;

7.2 Nome do autor duas linhas abaixo do título, alinhado à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.3 Instituição a que o autor é vinculado logo abaixo do nome do autor, alinhada à direita e com as iniciais em maiúsculas;

7.4 Resumo, em Português e em Inglês, de no máximo 100 palavras, duas linhas abaixo da instituição a que o autor é vinculado, com alinhamento justificado e espaço entre linhas simples;

7.5 Palavras-chave e *keywords*, em número máximo de 5, deverão seguir, respectivamente, o resumo em Português e Inglês.

7.6 O corpo do texto deverá vir duas linhas abaixo do *abstract* e receber alinhamento justificado;

7.7 No corpo do texto, os parágrafos deverão vir sem recuo e com espaço duplo de um para outro;

7.8 As citações maiores do que três linhas deverão ser destacadas do texto, com distância de 4 cm da margem esquerda, e digitadas em corpo 11, sem aspas;

7.9 As notas explicativas deverão se restringir ao mínimo indispensável;

7.10 As referências de citações textuais deverão ser feitas no próprio texto, entre parênteses, conforme o seguinte modelo:

Isso mostra-se possível desde que os partidos atuem sem se agarrarem ao *status quo*, o qual hoje em dia “não é nada mais do que o turbilhão de uma modernização que se acelera a si mesma e permanece abandonada a si mesma” (HABERMAS, 2001, p. 142).

7.11 As referências do trabalho deverão ser indicadas de modo completo ao final do texto, obedecendo ao seguinte padrão:

7.11.1 Publicações Impressas

7.11.1.1 Livros

HABERMAS, Jürgen. **A constelação pós-nacional**: ensaios políticos. Tradução de Márcio Seligmann-Silva. São Paulo: Littera Mundi, 2001. 220p.

7.11.1.2 Artigos em publicações avulsas

XAVIER, Elton Dias . A identidade genética do ser humano como um biodireito fundamental e sua fundamentação na dignidade do ser humano. In: LEITE, Eduardo de Oliveira (Org.). **Grandes temas da atualidade**: bioética e biodireito. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 41-69.

7.11.1.3 Artigos em publicações periódicas

DWORKIN, Ronald. Elogio à teoria. Tradução de Elton Dias Xavier. **Revista Brasileira de Estudos Jurídicos**, Montes Claros, Ed. Santo Agostinho, v. 1. n. 1, p. 9-32, jul./dez. 2006. Título original: *In praise of theory*.

XAVIER, Elton Dias. A bioética e o conceito de pessoa: a resignificação jurídica do ser enquanto pessoa. **Bioética**, Brasília, Ed. CFM, v. 8, n. 2, p. 217-228, 2000.

7.11.2 Documentos eletrônicos disponibilizados na Internet

AVRITZER, Leonardo. Ação, fundação e autoridade em Hannah Arendt. Lua Nova, São Paulo, n. 68, 2006. Disponível em: <<http://www.scielo.br/>

scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452006000300006&lng=en&nrm=iso>.

Acesso em: 30 nov. 2006.

7.11.3 Casos omissos nestas normas

Para os casos omissos, consultar as normas da ABNT referentes à publicação acadêmica.

7.12 As referências mencionadas no item acima deverão ser formatadas com espaço simples entre linhas, precedidas pela expressão “REFERÊNCIAS”, sendo que esta deverá ser colocada duas linhas após o fim do texto.

8 A remessa dos trabalhos implica o conhecimento e a total aceitação das normas aqui descritas.

