

ISSN 1678-8729

REVISTA ELETRÔNICA DE DIREITO

DO CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA

NÚMERO 40 | JANEIRO / ABRIL 2020



Newton

ESTRUTURA FORMAL DA INSTITUIÇÃO

PRESIDENTE DO GRUPO SPLICE: Antônio Roberto Beldi

REITORA: Camila Romeiro

PRÓ-REITORIA ACADÊMICA DA NEWTON: Patrícia da Silva Klahr

SECRETÁRIA GERAL: Ana Paula Matias

PROCURADORA INSTITUCIONAL: Glaucia Corrêa

COORDENAÇÃO DA ESCOLA DE DIREITO: Sabrina Torrês Lage Peixoto de Melo | Valéria Edith Carvalho de Oliveira

ISSN 1678-8729

R449

Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva
n.1 (jan./jun. 2003) – Belo Horizonte: Centro Universitário Newton
Paiva, 2003.

n.40, jan./abr. 2020

ISSN 1678-8729

1. Direito. 2. Pesquisa. I. Centro Universitário Newton Paiva. III.
Título

CDU: 34

(Ficha catalográfica elaborada pelo Núcleo de Bibliotecas do Centro Universitário Newton)

CENTRO UNIVERSITÁRIO NEWTON PAIVA **ESCOLA DE DIREITO**

Av. Presidente Carlos Luz, 220 - Caiçara

Av. Barão Homem de Melo, 3322 - Buritis

Belo Horizonte - Minas Gerais - Brasil



Inovação é a nossa tradição.

EXPEDIENTE

EDITOR

Michael César Silva

CONSELHO EDITORIAL

Adalberto de Souza Pasqualotto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Carlos Frederico Marés de Souza Filho | Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

César Fiuza | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Claudia Lima Marques | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

.David Sanchez Rubio | Universidad de Sevilla, Sevilla, Espanha

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Augusto Alves Vera-Cruz Pinto | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Fernando José Borges Correia de Araújo | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Fredie Souza Didier Junior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Giammaria Milani | Università di Siena, Siena, Itália

Giovani Clark | Universidade Federal de Minas Gerais | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo José Mendes Tepedino | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Ingo Wolfgang Sarlet | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Jean Carlos Dias | Centro Universitário do Estado do Pará, Belém, Pará, Brasil

Jean-Christophe Merle | Universität Vechta, Vechta, Alemanha

Jorge Alberto Caras Altas Duarte Pinheiro | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Jorge Claudio de Bacelar Gouveia | Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

José Luiz Quadros de Magalhães | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juarez Freitas | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Mafalda Miranda Barbosa | Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal

Manuel David Masseno | Instituto Politécnico de Beja, Beja, Portugal

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Marcia Carla Pereira Ribeiro | Pontifícia Universidade Católica do Paraná | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

.Mário Ângelo Leitão Frota | Centro de Estudos de Direito do Consumo de Coimbra, Coimbra, Portugal

Michael César Silva | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Mônia Clarissa Hennig Leal | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Nelson Rosenvald | Complexo Educacional Damásio de Jesus, São Paulo, São Paulo, Brasil

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Paulo Roberto Ribeiro Nalin | Universidade Federal do Paraná, Curitiba, Paraná, Brasil

Rafael Peteffi da Silva | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Regina Linden Ruaro | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Ricardo Rabinovich-Berckman | Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Rubén Martínez Dalmau | Universidad de Valência, Valência, Espanha

Salete Oro Boff | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Simona Picciau | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

CONSELHO DE PARECERISTA

Adilson Silva Ferraz | Faculdade de Filosofia, Ciências e Letras de Caruaru | Faculdade Asces, Caruaru, Pernambuco, Brasil

Adriano Marteleto Godinho | Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, Paraíba, Brasil

Alcides Francisco Antunez Sanchez | Universidad de Granma, Bayamo, Provincia Granma, Cuba.

Alessandra Pearce de Carvalho Monteiro | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Alessandro Jacomini | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil.

Alexandre Antonio Bruno da Silva | Centro Universitário Christus (UNICHRISTUS), Fortaleza, Ceará, Brasil

Alexandre Senra | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Álisson José Maia Melo | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Amanda Flávio de Oliveira | Universidade de Brasília, Brasília, Distrito Federal, Brasil

André Cordeiro Leal | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

André de Carvalho Okano | Centro universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

André Del Negri | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Angela Issa Haonat | Universidade Federal do Tocantins, Palmas, Tocantins, Brasil

Arthur Magno e Silva Guerra | Faculdade de Direito Milton Campos | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Arthur Pinheiro Basan | Universidade de Rio Verde, Rio Verde, Goiás, Brasil

Beatriz Felipe Pérez | Universitat Rovira i Virgili, Tarragona, Espanha

Bernardo Gomes Barbosa Nogueira | Faculdade de Direito Milton Campos, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Carlos Alberto Ferri | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Carlos Henrique Bezerra Leite | Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Carlos Luiz Strapazon | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Carolina Soares Hissa | Escola Superior Associada de Goiânia | Faculdade Cambury, Goiânia, Goiás, Brasil

Caroline Fockink Ritt | Universidade de Santa Cruz do Sul, Santa Cruz do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Clara Cardoso Machado Jaborandy | Universidade Tiradentes, Aracaju, Sergipe, Brasil

Claudio Joel Brito Lóssio | Instituto Juscibernética de Direito e Tecnologia, Juazeiro do Norte, Ceará, Brasil

Claudio Macedo de Souza | Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, Santa Catarina, Brasil

Cristian Kiefer da Silva | Centro Universitário UNA, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Cristiano Chaves de Farias | Faculdade Baiana de Direito | Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS), Salvador, Bahia, Brasil

Cristiano Colombo | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Cyntia Carneiro Lafeté | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Daniel Bettencourt Rodrigues Morais | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Daniela Silva Fontoura de Barcellos | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Davidson Malacco Ferreira | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Dirley da Cunha Júnior | Universidade Federal da Bahia, Salvador, Bahia, Brasil

Eduardo Salles Pimenta | Universidade Paulista, São Paulo, São Paulo, Brasil

Emerson Harvey Cepeda-Rodriguez | Fundación Universitaria Juan de Castellanos, Tunja, Boyacá, Colômbia

Ernani de Paula Contipelli | International Business School University The Hague, The Hague, Netherlands

Eugênio Facchini Neto | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Everilda Brandão Guilhermino | Universidade Federal de Pernambuco | Faculdade Salesiana, Recife, Pernambuco, Brasil

Fábio Gabriel de Oliveira | Universidade do Estado da Bahia, Valença, Bahia, Brasil

Felipe Dalenogare Alves | Faculdade Antonio Meneghetti, Restinga Sêca, Rio Grande do Sul, Brasil

Felipe Peixoto Braga Netto | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Fernanda Dalla Libera Damacena | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Filipe José Medon Affonso | Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ), Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Filipe Piazzi Mariano da Silva | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Guilherme Calmon Nogueira da Gama | Universidade do Estado do Rio de Janeiro | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Guilherme Henrique Lage Faria | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Gustavo Silveira Siqueira | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Gustavo Vidigal Costa | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Helena Telino Neves | Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Portugal

Heleno Florindo da Silva | Faculdade São Geraldo, Cariacica, Espírito Santo, Brasil

Igor Raatz dos Santos | Universidade FEEVALE, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Igor Ajouz | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Igor Emanuel de Souza Marques | Centro Universitário Adventista de Ensino de São Paulo, Engenheiro Coelho, São Paulo, Brasil

Ingrid Paula Gonzaga e Castro | Faculdade Montes Belos, São Luiz de Montes Belos, Goiás, Brasil

João Emilio de Assis Reis | Instituto Federal de Educação, Ciência e Tecnologia do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

João Victor Rozatti Longhi | União das Faculdades das Cataratas (UDC) | Universidade Estadual do Norte do Paraná, Foz do Iguaçu, Paraná, Brasil

José Luiz de Moura Faleiros Júnior | Instituto Brasileiro de Estudos de Responsabilidade Civil, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Juan Claudio Morel | Universidad Nacional del Centro de la Provincia de Buenos Aires, Tandil, Buenos Aires, Argentina

Juliano Madalena | Fundação Escola Superior do Ministério Público, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Júlio César Faria Zini | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Karina Nunes Fritz | Humboldt Universidade de Berlim, Berlim, Alemanha

Larissa Clare Pochmann da Silva | Universidade Candido Mendes, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Leonardo Rabelo de Matos Silva | Universidade Veiga de Almeida, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Lucas Colombera Vaiano Piveto | Centro Universitário Eurípides de Marília, Marília, São Paulo, Brasil

Luis Alberto Reichelt | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Magno Federici Gomes | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maraluce Maria Custodio | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marcelo Milagres | Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Marciano Buffon | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, Rio Grande do Sul, Brasil

Marco Aurelio Rodrigues da Cunha e Cruz | Escola Superior Associada de Goiânia | Universidade do Oeste de Santa Catarina, Chapecó, Santa Catarina, Brasil

Marco Antônio Ribeiro Tura | Universidade Presbiteriana Mackenzie | Escola Superior do Ministério Público da União, Mogi das Cruzes, São Paulo, Brasil

Marcos Augusto de Albuquerque Ehrhardt Júnior | Universidade Federal de Alagoas, Maceió, Alagoas, Brasil

Marcos Catalan | Unilasalle | Universidade do Vale do Rio dos Sinos, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Margareth Vetus Zaganelli | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Mariana Ribeiro Santiago | Universidade de Marília | Universidade Nove de Julho, São Paulo, Brasil

Mariane Camargo D´Oliveira | Universidade Feevale, Novo Hamburgo, Rio Grande do Sul, Brasil

Maria de Fátima de Sá | Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Maria Vital da Rocha | Universidade Federal do Ceará | Centro Universitário 7 de Setembro, Fortaleza, Ceará, Brasil

Miguel Lemos | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

Oscar Ivan Prux | UniCesumar, Maringá, Paraná, Brasil

Osvaldo Alves de Castro Filho | Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Três Lagoas, Mato Grosso do Sul, Brasil

Pedro Modenesi | Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Renata Carlos Steiner Reisdorfer | Universidade Positivo, Curitiba, Paraná, Brasil

René Patricio Bedón Garzón | Pontificia Universidad Católica del Ecuador | Universidad de Los Hemisferios de Quito, Quito, Ecuador

Ricardo Antônio Lucas Camargo | Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Dias Silveira | Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil

Roberto Henrique Pôrto Nogueira | Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, Minas Gerais, Brasil

Ricardo Lupion Garcia | Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Rio Grande do Sul, Brasil

Rodrigo Reis Mazzei | Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, Espírito Santo, Brasil

Rosa Maria Fernandes Guerra | Faculdade de Direito da Universidade Agostinho Neto, Luanda, Angola

Sabrina Tôrres Lage Peixoto de Melo | Escola de Direito do Centro Universitário Newton Paiva, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Henriques Zandona Freitas | Universidade FUMEC, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Sérgio Ricardo Fernandes de Aquino | Faculdade Meridional – IMED, Passo Fundo, Rio Grande do Sul, Brasil

Sofia Alves Valle Ornelas | Faculdades Objetivo, Goiânia, Goiás, Brasil

Suelen da Silva Webber | Centro Universitário da Serra Gaúcha, Caxias do Sul, Rio Grande do Sul, Brasil

Taise Rabelo Dutra Trentin | Faculdade Palotina de Santa Maria, Santa Maria, Rio Grande do Sul, Brasil

Talden Queiroz Farias | Universidade Federal da Paraíba | Universidade Estadual da Paraíba, Campina Grande, Paraíba, Brasil

Thami Covatti Piaia | Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões (URI), Santo Ângelo, Rio Grande do Sul, Brasil

Thais Câmara Maia Fernandes Coelho | Centro Universitário de Belo Horizonte, Belo Horizonte, Minas Gerais, Brasil

Valmir César Pozzetti | Universidade Federal do Amazonas | Universidade do Estado do Amazonas, Manaus, Amazonas, Brasil

Vinícius Lott Thibau | Escola Superior Dom Helder Câmara, Belo Horizonte, Brasil

Wilges Bruscato | Universidade Federal de Alfenas, Poços de Caldas, Minas Gerais, Brasil

Yi Wa Jiang | Faculdade de Direito da Universidade de Macau, Macau, China

APOIO TÉCNICO

Núcleo de Publicações Acadêmicas Newton
Ariane Lopes

sumário



APRESENTAÇÃO

MICHAEL CÉSAR SILVA.....11-12

ARTIGOS

ANALYSIS OF MACAO'S DIVORCE LITIGATION SYSTEM IN THE PAST TWENTY YEARS:
IRRETRIEVABLE BREAKDOWN OF MARRIAGE AND NO-FAULT DIVORCE LITIGATION
JIANG YI WA.....13-36

EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DAS RESPONSABILIDADES COMUNS,
MAS DIFERENCIADAS E RESPECTIVAS CAPACIDADES (PRCDRC) NO SISTEMA
INTERNACIONAL CLIMÁTICO
ERNANI CONTIPELLI | THAIS GIORDANI.....37-52

A REFORMA PSIQUIÁTRICA PROMOVIDA PELA LEI 10.216/01 E OS DIREITOS DAS PESSOAS COM
TRANSTORNOS MENTAIS
INGRID PAULA GONZAGA E CASTRO | MARINA TOMAS DO NASCIMENTO E SILVA.....53-69

EMPRESÁRIO DE MENOR PORTE COMO SUJEITO VULNERÁVEL: REFLEXÕES A PARTIR DA
ABORDAGEM DO PENSAMENTO ABISSAL DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS
ROBERTO HENRIQUE PÔRTO NOGUEIRA | LEILA BITENCOURT REIS DA SILVA.....70-87

O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO E O PORTO DO AÇU: A HETERORREGULAÇÃO
COMO INSTRUMENTO PARA REMEDIAR, PROTEGER E RESPEITAR OS DIREITOS
HUMANOS NAS ATIVIDADES MINERÁRIAS
FERNANDO JOAQUIM FERREIRA MAIA | OSMAR CAETANO XAVIER.....88-99

MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E CONTRATO DE TRABALHO: A REPARAÇÃO DE
DANOS DECORRENTES DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO
TAISA MARIA MACENA DE LIMA | MARIA DE FÁTIMA FREIRE DE SÁ.....100-118

apresentação



A releitura crítica e discursiva dos modelos jurídicos, por meio do estudo da doutrina e da jurisprudência, se apresenta como imprescindível na contemporaneidade, no sentido de permitir o diálogo e reflexões teóricas e práticas de inúmeras questões controversas, presentes no contexto do Estado Democrático de Direito.

Nesse cenário, a Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva (REDCUNP) se destaca como um relevante instrumento de difusão da pesquisa científica, da apreciação crítica do Direito e de fomento à produção intelectual na área jurídica, sob uma perspectiva interdisciplinar de estudo, e, tendo por linha editorial, temáticas relacionadas ao *Estado Democrático de Direito e Solução de Conflitos*.

O Periódico se encontra classificado pela Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES) no *estrato B1* do Sistema *Qualis* de periódicos científicos no Brasil, demonstrando o compromisso da publicação com a qualidade da produção intelectual veiculada.

A Revista atendendo a rigorosos requisitos editoriais, relacionados a excelência de periódicos, se encontra inserida em vários indexadores nacionais e internacionais, com destaque para, a *REDIB* (Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico), o *Latindex* (Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal), o *DOAJ* (Directory of Open Access Journals), o *BDJur* (Biblioteca Digital Jurídica do Superior Tribunal de Justiça), a *RVBI* (Rede Virtual de Bibliotecas do Senado Federal) e o *Portal de Periódicos da Capes*.

É com enorme alegria que se apresenta o primeiro número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva em 2020 (n.40, jan./abr. 2020).

Agradece-se aos autores pela confiança assentada em nossa Revista para publicação de suas pesquisas, aos membros do Conselho Editorial pelo apoio científico e aos membros do Conselho de Pareceristas pelo dispêndio de tempo e trabalho para a realização das avaliações dos artigos.

O presente número do Periódico compõe-se por trabalhos científicos inéditos, cujas temáticas proporcionam ao leitor relevantes discussões sobre conflitos sociais oriundos do cenário de transformações que permeiam a sociedade contemporânea - hipercomplexa, plural e multifacetária - sob a necessária perspectiva do Estado Democrático do Direito.

Por fim, cumpre destacar a honra de apresentar mais um número da Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva elaborado a partir da produção científica de renomados pesquisadores e do compromisso intelectual de qualidade editorial do Periódico.

Espera-se que o diálogo e as reflexões propostos e as perspectivas identificadas pelos autores possam colaborar para futuras pesquisas e para o enriquecimento de toda a comunidade acadêmica.

Boa leitura!

Professor Doutor Michael César Silva
Editor da Revista Eletrônica de Direito do
Centro Universitário Newton Paiva

ANALYSIS OF MACAO'S DIVORCE LITIGATION SYSTEM IN THE PAST TWENTY YEARS: IRRETRIEVABLE BREAKDOWN OF MARRIAGE AND NO-FAULT DIVORCE LITIGATION

O SISTEMA JURÍDICO DE DIVÓRCIO LITIGIOSO EM MACAU APÓS 20 ANOS DE RETORNO À PÁTRIA: DIVÓRCIO-CONSTATAÇÃO DA RUPTURA DO CASAMENTO E DIVÓRCIO LITIGIOSO SEM CULPA

Jiang Yi Wa¹

ABSTRACT: According to the law, both spouses have equal rights and duties within the marriage, meaning that they must act with respect, fidelity, cohabitation, cooperation and assistance, either spouse may request the dissolution of the marriage if the other culpably violates those duties. Although the Macao's Family Law (Book IV of Civil Code of Macao) does not expressly provide for the right to divorce, the interpretation of this right can be done by combining articles n.ºs 25, 38 and 41 of Macao Basic Law, which enshrine the right to freedom for all citizens. The litigious divorce is regulated under articles n.ºs 1635 to 1648 of the Macao's Civil Code, which establish its requirements, the fault of one of the spouses, or, the breakdown of common life, which means that, if one of the parties has not violated marital duties, and there is no disruption of common life due to crucial circumstances (e.g. "de facto" separation for 2 consecutive years), the other spouse cannot resort to the litigious divorce to dissolve the marriage, they can only divorce by mutual consent, which doesn't exist often. This situation conflicts with the principles of a society governed by Law in which freedom is one of its basic principles. To attain a fairer system, there must be rules that balance both individual freedom and the objective of protecting the family institution.

Keywords: freedom to divorce; marriage break; disputed divorce; disputed divorce without guilt; Macau Civil Code; basic law of Macau.

RESUMO: De acordo com a lei, ambos os cônjuges têm direitos e deveres iguais dentro do casamento, que incluem os deveres de respeito, fidelidade, coabitação, cooperação e assistência, podendo qualquer dos cônjuges pedir a dissolução do casamento se o outro violar culposamente aqueles deveres. Embora que a Lei da Família (Livro IV do Código Civil de Macau) de Macau não preveja, de forma expressa, o direito ao divórcio, podemos subentender esse direito pela conjugação dos artigos n.ºs 25, 38 e 41 da Lei Básica de Macau que consagram o direito à liberdade de todos os cidadãos. O divórcio litigioso encontra-se regulado entre os artigos n.ºs 1635 a 1648 do Código Civil de Macau, que prevêem os requisitos para o mesmo, a culpa de um dos cônjuges, ou a ruptura da vida em comum, o que significa que se uma das partes não tiver violado os seus deveres conjugais nem se verifique qualquer outra razão como a ruptura da vida em comum devido a circunstâncias cruciais (ex.: a separação de facto por 2 anos consecutivos), a outra não pode recorrer ao divórcio litigioso para dissolver o casamento, podendo somente divorciar-se por mutuo consentimento, o que muitas vezes não se verifica. Situação esta que conflitua com os princípios de uma sociedade governada pelo Direito em que a liberdade constitui um dos seus princípios basilares. Para que se constitua um sistema equilibrado, são necessárias normas que balancem tanto a liberdade individual, como o objectivo de protecção da instituição família.

Palavras-chave: liberdade ao divórcio; ruptura de casamento; divórcio litigioso; divórcio litigioso sem culpa; Código Civil de Macau; lei básica de Macau.

¹ Bachelor and Master Degree from the Faculty of Law of the University of Coimbra (Portugal). PhD Candidate in Public Law of the same School. Currently Senior Instructor of the Faculty of Law of the University of Macau, also Director of the Introduction to Macau Law Program and Associate Director of the Legal Research Center, both in the same Faculty. Main research areas: Environmental Law, Administrative Law, Administrative Procedure Law, Family Law, Succession law and Tax Law. Lawyer registered in Macao.

PART I. BRIEF INTRODUCTION OF THE DIVORCE LITIGATION SYSTEM IN MACAO

There is a traditional saying in China that it is preferable to tear down ten temples rather than destroy one marriage. By showing the importance given to family values, behind this sentence is the deep foundation of Confucianism, which insist a strong protection (almost stubborn and conservative) from Chinese traditional culture to the relationship established between men and women through marriage. Indeed, marriage, as a system of establishing special relations between two persons, is the embodiment of emotion, ethical principles² and the effectiveness of serious legal relations. In modern societies ruled by law, the direct effect of marriage is to give legal restraint and protection to spouses in marriage. Any violation of legal obligations and rights will have corresponding consequences foreseen by law. On the premise of meeting the legal requirements, everyone has the freedom to enter into marriage. Both husband and wife have equal rights and obligations. They should love, support, respect, cooperate and be loyal to each other. Once married, one should maintain the integrity and harmony of marriage life. However, it is also undeniable that under the principles of equality and freedom, either spouse can freely decide whether to seek for dissolution of marriage. Freedom to divorce is a universal legal value pursued by most countries³. Once irreparable cracks arise in the common life, any party in the marriage relationship has no obligation to reluctantly maintain the relationship against his/her will. At the same time, the protection of the right to request for divorce is also conducive to the protection of their right and freedom to re-enter into marriage after divorce.

However, freedom cannot exist in isolation, nor is it personal and selfish freedom. Freedom must be achieved through the boundaries of equality and justice⁴. That is to say, the limit of freedom is justice. In order to ensure justice, freedom can never be without boundaries. It always accompanies with responsibility and restriction⁵. Therefore, behind the freedom of

2 In the field of sociology, the relationship between people can be divided into primary-level relationship and secondary-level relationship. Primary-level relationship occurs within a relatively small, multi-purpose primary-level group and is an emotional and personal relationship. Family is the most common primary-level group. The maintenance of primary-level relations is mainly based on habits, customs, ethics, morality and group consciousness. When contradictions arise, litigation may not solve the problem effectively. But it is precisely because the normality of family relations generally relies on the internal adjustment of ethics and morality, so when the relationship is established and broken, the intervention of state power is more needed to regulate such relations and protect the vulnerable party appropriately. Secondary-level relations occur in secondary-level groups. Members gather for certain specific purposes. They relate to each other through clear rules and regulations. When disputes arise, it is more likely to be settled by litigation. Therefore, some people also regard the rights in the scope of family law (including the rights of spouses) as a kind of rights that are weak in protection and difficult to complete relief. See Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I, pp.155 ff., 4^a Edição, Coimbra Editora, 2008; Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, pp.173 ff., Faculty of Law of University of Macao, 2016; David Popenop, *Sociology*, pp.172 ff., China Renmin University Press, 1999; Zhan Wei, The Legal Philosophy of Marriage and Family Harmony, in *Hebei Law Science*, pp.47 ff., 2009, no.5.

3 Divorce is an integral part of family relations. It is marriage that creates divorce, which aims to solve problems in family life, and everyone has the right to remarry through divorce. As for the elements, procedures and effectiveness of the divorce system, part of the discussion focuses on the balance of freedom, fairness and justice involved. Especially when the implementation of the divorce system in no-fault litigation is gradually popularized in various countries, the discussion of relevant legal and social issues becomes more prominent. In modern society, although few people oppose the principle of freedom of divorce, there are different opinions on whether and how to restrict such freedom. See Yang Da Wen, *Marriage and Family Law*, China Renmin University Press, 2001; Xia Yin Lan, Research on Divorce Equity Mechanism, in *Journal of China Women's College*, Volume 16, No. 5, 2004, pp.30 ff.; *Freedom and Restriction of Divorce*, China University of Political Science and Law Press, 2007; And *The American Modern Marriage and Family System*, China University of Political Science and Law Press, 1999; Zhang Xian Yu, The Evaluation and Enlightenment of The Reform of Contemporary Foreign Divorce Law, in *China Legal Science*, No. 3, 1991, pp.106 ff.; William Josiah Goode, The Change of Divorce Patterns Around The World (translated by Chen Yi Jun), in *Sociological Research*, No. 3, 1993, pp.105 ff.; And *Family Sociology* (translated by Wei Zhang Ling), Laureate Press, 1988.

4 See Edmund Burke, *Freedom and Tradition*, Chiang Ching, Wang Rui Chang, translated by Wang Tian Cheng, Laureate Press, 2004, pp.113 ff.. At the same time, on the premise of guaranteeing that every individual can enjoy the right of freedom and equality, the strong have the responsibility to give the weak basic compensation, so that they have the opportunity to participate in social competition. Only when the principles of freedom and difference are combined can we call it a just society. See John Rawls, *Justice Theory*, translated by Li Shao Jun, Du Li Yan, Zhang Hong, Laureate Press, 2003. (See through iRead eBooks)

5 Friedrich August Von Hayek pointed out that responsibility is an integral part of freedom, which can help people to determine obligations, and therefore determine whether punishment is applicable or not, which constitutes a constraint on people's freedom of action. See Friedrich August Von Hayek, *principle of free order* (volume 1), translated by Deng Zheng Lai, SDX Joint Publishing Company, 1997, pp.89 ff..

divorce, there are still legal elements that need to be met. The starting point of restricting the freedom of divorce by law is due to careful consideration. Especially when it comes to the social effects of divorce, the absolute individual-based right of freedom becomes more dangerous. Because of this, the principle against hasty divorce is basically the focus of divorce laws in almost every country. Almost all countries seek to balance between freedom and restriction in accordance with their own legal traditions and social norm.

Due to the historic reasons, the profound influence of Portuguese law⁶ can be seen everywhere in the legal system of Macao. Although Macao's laws have specific systems and norms designed to suit local conditions, and before Macao's return to Mainland China, the localization reform of Macao's laws had begun and had been carried out in a systematic way, and various Macao's laws did differ from those of Portugal. Generally speaking, the mother-child relationship (or brotherhood) between Macao's law and Portuguese law is quite obvious. The legal system of divorce litigation serves as an example.

The current Macao Civil Code came into force on November 1st, 1999. Until then, the Portuguese Civil Code of 1966 had been applied. Compared with the past, the Macao Civil Code after the return to Mainland China has been amended to a more suitable system for the actual situation in Macao. However, in terms of the divorce system, there is no structural change from the previous provisions. There is no so-called separation system as the prepositional procedure of divorce⁷ in the current divorce system in Macao where divorce procedure adopts a dual-track system, the divorces via consent and via litigation are in line with the provisions of the Portuguese Civil Code^{8,9}. They are also the two-part parallel divorce system commonly

6 Regarding the history of Macao's legal system, the relationship between Macao's law and Portuguese law, its historical origin and current situation, Mainly refer to António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, written by António Manuel Hespanha, translated by Chao Im Peng / Cheong Weng Chon, Macao Foundation; *The Selection of Studies in Humanities and Social Sciences of Macau*. History, (Editores-in-Chief: Wu Zhi Liang, Lin Fa Qin, He Zhi Hui), *Social Sciences Academic Press*(China), 2010; Tong lo Cheng, *The Way Of Legal Development In Macao: Exploring The Legal Ideal Of One Country, Two Systems In The Puzzlement Of Post-Colonialism In Macao*, in *Collection Of Legal Development Seminars Of Four Places Across The Taiwan Straits In 2014*, pp.213 ff., Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica; Liu De Xue, Reflections On Macao's Legal Reform And Development Strategy Under the Principle Of "One country, Two systems", in *Journal of Administration*, No. 102, pp. 865 ff., 2013; Wei Shu Jun, From Legal Culture to Rule Of Law Culture: Changes of Macao's Legal Culture Before and After the Return, in *Journal of China Executive Leadership Academy Pu Dong*, Volume 11, No. 5, pp.126 ff., 2017.

7 Before demanding divorce, couple must be separated for a certain period of time. Only after the period of separation and it is hopeless to continue the marriage, can one of them apply for divorce. The period of separation acts, in this system, as a request for divorce.

8 Portuguese Civil code (Chinese version), translated by Tong lo Cheng etc., Peking University Press, 2009; and: http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=775&tabela=leis

9 In the past, divorce has been forbidden for generations. Catholicism has forbidden divorce in many countries, or forced the government to repeat it when policies loosened. The Portuguese law did not allow divorce until 1910. The Portuguese Civil Code of 1867 only allowed the division of labour between husband and wife. Only in 1910 did the system of divorce be introduced. (See *Diário do Governo*, n.26, de 4 de Novembro de 1910, the divorce law promulgated on November 3, which was considered the most liberal divorce law of the time. At the same time, Portugal also became the second country that allowed consensual divorce in 1910 after the European continent (1909). Although its divorce system was criticized as a retrogressive amendment in 1940 because of the requirement that Catholic Marriage could not be dissolved, its related system in 1910 was a pioneer. The Portuguese Divorce Act of 1910 allows divorce to be initiated on subjective or objective grounds. If it is a subjective factor, it is necessary to identify the fault party, such as adultery, serious injury, leaving home for not less than three years, etc. The request for divorce may be made at any time after marriage, and there is no statutory requirement of minimum duration of marriage or minimum separation time, but the plaintiff must make a request for solutions to minor children and maintenance problems when filing a complaint. On the contrary, if the basis of litigious divorce is an objective factor, it is not required to identify the fault. For example, the fact that a spouse separates for ten consecutive years with the consent of his or her free will or there is no news for at least four years. At this time, the premise of filing divorce lawsuit is stricter than that of the former, and there is a minimum requirement for the duration of marriage. The Portuguese Civil Code, enacted in 1966, extends the stipulation that religious marriage is not allowed to be dissolved after the amendment of the Civil Code in 1940. At the same time, it also excludes objective factors from the causes of the dissolution of civil marriage. It only allows divorce proceedings to be initiated by subjective factors which are clearly prescribed by law and which have errors. It is a typical punitive divorce system. This situation continued until the enactment of Decree No. 261/75 of 27 May 1975, which reopened the door to divorce proceedings for objective reasons and allowed the dissolution of Catholic marriages. Two years later, the Portuguese Civil Code of 1966 ushered in another reform (Reform of 1977, DL n. 496/77, 25th de November), once again bringing objective and subjective factors into the reasonable requirements of divorce proceedings. In 1998, after the promulgation of Law 47/98, the time limit for suing for divorce was relaxed. At the same time, it was stipulated that divorce should be declared in divorce proceedings if the defendant had not raised any objection and the de facto separation had actually lasted for one year. In fact, since the reform of the Civil Code in 1977, there has been a trend of "divorce to drama/tragedy" in Portugal, which highlights the importance of objective factors in divorce proceedings. With the influence and reference of the relevant systems in other European countries and the convergence and replacement of various theories in the scope of Portuguese civil law, Law 61/2008, promulgated in 2008, finally formalized the system of divorce without fault.

adopted in most countries, which is limited in length and subject matter. This paper mainly discusses the legal issues related to divorce litigation.

Traditionally, divorce proceedings in Portugal (and Macao) can be interpreted as three modes: 1.) punishment model; 2.) irretrievable breakdown; and 3.) relief model¹⁰, and each model has its own advocates¹¹.

Fault is the key word in the punishment model. It is generally believed that divorce is a punishment caused by the fault of one spouse. It is a sanction imposed by law on the spouse for his/her fault when violating marital obligations. The purpose of this punishment is to punish the party and to protect the legitimate rights and interests of the other party through divorce proceedings. According to this theory, as a punishment to the spouse at fault, divorce in litigation can only be brought by the no fault party.

The second model is irretrievable breakdown. According to this theory, the focus of divorce proceedings is not the words and deeds of spouses, but the fact that both spouses are in a situation where their marriage cannot be maintained, and their common life has broken down. This situation may be caused by either spouse or, in some cases, by the spouse of the plaintiff who initiated the divorce. That is to say, no matter which party of the spouse is responsible or whether there is a fault, the only objective factor to be considered in divorce proceedings is: the impossibility of maintaining common life. At the same time, many individuals at both doctrinal and legislative level agree that the theory of irretrievable breakdown cannot be interpreted in an abstract way, but that instead objective facts that can prove the existence of "breakdown" should be verified and analyzed concretely. Therefore, the adoption of this theory is to put the objective dimension of divorce litigation to the highest point, affirming the right of either spouse to pursue happiness as an independent individual right protected by the law. If the spouse cannot continue to obtain happiness from the marriage relationship, he/she has the legitimacy to seek for divorce. In this way, any spouse can sue for divorce as a plaintiff, even if the responsibility for the failure of the marriage (partially or mainly) lies with that spouse¹².

Under the understanding of the relief model of divorce litigation, divorce itself is not been favored but can be regarded as an act of necessity in the event of irreversible crisis in marital life, and a legal relief for the unsustainable marriage relationship. Therefore, when common life is no longer possible, in divorce proceedings, there is no need to identify and punish the party at fault (sometimes there may be no fault behavior or party at fault), but only to determine which party is not responsible for the crisis and unsustainability of the marriage relationship. This is mainly to protect the so-called "innocent party within the couple" and to give such party the legitimacy to sue for divorce on the basis of the words and deeds of the other party¹³. Generally speaking, relief is not an independent legislative motivation, and it is often in a non-dominant position in the divorce system.

10 In Portugal, it is called punishment theory (divórcio-sanção), relief theory (divórcio-remédio) and marriage breakdown theory (divórcio-constatação da ruptura do casamento). Others call it fault doctrine, purposivism and rupture doctrine of divorce legislation principles. See Tao Yi, Ming Xin, Divorce: Single Breakdown Or Mixed Doctrine, in *Chinese Journal of Law*, No. 6, 1999, pp.30 ff.; Xue Ning Lan, the Equity Mechanism in the Legislation of No-Fault Divorce, in *China Law Network*, <https://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?Id=12553> (2019/7/10).

11 See Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008; Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, Almedina, 2016; Eduardo dos Santos, *Do Divórcio, suas Causas, Processo e Efeitos*, 2ª Edição, ELCLA, Almedina&Leitão, Lda., 1998; Antunes Valera, *Direito da Família*, Vol. I, 5ª Edição, revista e atualizada, Livraria Petrony, Lda. Editores, 1999; Fidélia Proença de Carvalho, *O Conceito de Culpa no Divórcio - Crime e Castigo*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, Coimbra Editora, 2004; Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Almedina, 2005.

12 See Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Almedina, 2005, pp.271 ff.

13 Legislative perspectives vary from country to country. But generally speaking, the relief theory is not an independent legislative drive. It often does not play a dominant role in the divorce system, and the theory of marital breakdown and punishment can coexist or be independent. And in the divorce law of civil law countries, fault punishment, problem relief and breakdown of common life are the three main reasons for divorce. See Li Zhi Min (edition), *Comparative Family Law*, Peking University Press, 1988.

Divorce litigation has been introduced into Portuguese national law system since 1910. After several changes, the constant trend is to remove the tragic/dramatic implication of the system and the current system of divorce litigation is established on the basis of Law 61/2008, which introduced significant modifications to the Portuguese Civil Code of 1966 where the divorce part was maintaining almost similar until the legal reform of 2008. The theory for divorce in the academic circles is basically called the mixed mode for the divorce pattern before the amendment of the law in 2008. In view of this background and since the relevant parts of Macao's Civil Code are deeply influenced by Portuguese Civil Code of 1966, we can also find the characteristics of the called mixed model.

The provisions of the Macao Civil Code concerning divorce proceedings can be found in Articles 1635 to 1648.

Article 1635 (Fault Violation of Couple's Obligations) allows one spouse to apply for divorce on the premise that the other party with fault, violated the obligations of being a husband/wife¹⁴. The application for divorce here is directed at the spouse (defendant) or the party at fault, and such party is not entitled to make a divorce request. Therefore, the original intention of the law is to punish the party at fault. If the legal basis for litigation divorce is Article 1635, which states that "fault leads to breach of husband and wife's obligations" as the requirement for the plaintiff to prove, fault could be considered as the justification for divorce. From this point of view alone, it is a pure fault doctrine, or, the called accountability doctrine.

At the same time, the law also stipulates that fault must be serious or repetitive, and as a consequence, the common life of the couple cannot be maintained. From this, we can see that the punitive part of divorce litigation in Macao also requires the objective factor of "breakdown of common life".

In addition, Article 1637 of the Macao Civil Code stipulates that divorce proceedings may also be filed if there are three situations leading to the destruction of the common life. Among them, paragraph B (missing spouse without news for over three years) and C (the other party's mental ability has changed for more than three years and it is impossible to continue to live together due to its seriousness) are considered as the manifestations of the doctrine of divorce litigation relief in the Macao Civil Code. This in fact presumes the cause of relief as the breakdown of common life. Since the marriage relationship is affected by the objective reasons of B and C, and the original purpose of marriage and family establishment is hindered and destroyed, it is necessary to remedy the parties concerned. In these two cases, fault does not affect the right to claim divorce in litigation, but only the fact that the spouse who intends to divorce brings forward the fact of disappearance or mental change¹⁵. But there are still differences between the two. The divorce lawsuit based on paragraph B of Article 1637 embodies the idea of relief as the main principle and punishment as the supplement. If the grounds for litigation divorce are the disappearance of one spouse and his/her whereabouts has not been heard for more than three years, and one or both spouses have missed it (the cause of the disappearance may be unrelated to the spouse, or may be caused by the fault of one or both spouses), the Court shall make a declaration of the party at fault in the litigation divorce judgment. The main consequence of such a declaration is that for the sole or principal offender, it could be regarded as a punishment during the sharing of property in divorce proceedings¹⁶. However, if the basis for divorce in lawsuit is paragraph C of Article 1637, the

14 In this case of Macao Civil Code, the obligations for husband and wife are not abstract concepts, having very specific criteria, including mutual respect, loyalty, cohabitation, cooperation and support (Article 1533). Among them, the contents for the obligation of cooperation and the obligation of support are regulated concretely (by Article 1535 and 1536, respectively).

15 According to the second part of article 1640, paragraph 2, of the Macao Civil Code, only spouses who can point out the disappearance of another party or the change of their mental ability can be justified to sue for divorce under this clause.

16 See Article 1639, Article 1638, Paragraph 2, Article 1642, Paragraph 1, and Article 1645 of the Macao Civil Code.

Macao Civil Code does not require a declaration of fault in this lawsuit^{17 18}, which is a single and pure embodiment of the relief principle.

In addition, the “de facto” separation¹⁹ for two consecutive years referred in Article 1637 (a) of the same Code is also one of the legal basis for the destruction of common life. “De facto” separation is a legal concept. According to the provisions of Article 1637 (1), when the husband and wife no longer lives together and both or one of them no longer have the will to live together, it constitutes “de facto” separation. Thus, the situation of the breakdown of husband and wife’s common life at the objective level is formed. This clause is generally considered to be the main criterion for the breakdown of common life in divorce proceedings. At the same time, when judging whether there is a “de facto” separation, the law also stipulates subjective factors, that is, the intention of no longer living together. Therefore, it embodies the irretrievable breakdown of marriage with the combination of subjectivism and objectivism. Obviously, it is important to point out that divorce proceedings are initiated by “de facto” separation. If one or both parties cause the de facto separation by fault, the court should also declare the fault. As mentioned above, such declarations may directly lead to the disadvantage of the principal or sole party at fault during the division of property in divorce proceedings. Accordingly, divorce proceedings based on “de facto” separation for two consecutive years may constitute a form of punishment with a patrimonial nature for the party at fault²⁰. We believe that the legal provisions reflects the dualism of irretrievable breakdown of marriage in Macao’s divorce system. If Article 1637 (a) is used to request the divorce by one spouse, based on the “de facto” separation for two years, thus, the breakdown of common life and no intention to mend marriage, if the spouses, during the divorce proceedings, do not make a request for the determination of fault, it embodies the doctrine of irresponsible breakdown of divorce proceedings; otherwise, it is the doctrine of accountability breakdown.

It can be seen from this that the legislative principle of divorce litigation in Macao adopts the doctrine of syncretism, or mixedism. It takes into account three theoretical foundations: 1.) the breakdown of common life; 2.) the failure to achieve the purpose of marriage; and 3.) the violation of legal obligations by fault. It means that the legal basis for the parties to file a divorce claim can be mixed. This conforms to the law in most civil law countries, but it still has its own unique features.

17 Nevertheless, while guaranteeing the plaintiff’s freedom of divorce and the right to rebuild family with other normal persons, for the defendant in the lawsuit who is asked to litigation divorce due to the significant changes in his psychological abilities, the legislators also consider the protection and balance of the rights for the same one who has been sued for divorce because of his mental capacity. As well as we can see that Article 1647 of the Macao Civil Code clearly stipulates that if a divorce claim is made on the basis of Article 1637 (c), the plaintiff shall compensate the other party for the non-property damage caused by the dissolution of the marriage.

18 Some scholars believe that although there is no requirement for fault judgment in the code, exceptions are not necessary. For example, one spouse’s serious mental ability changes are the initiator of the other spouse. See Jorge Duarte Pinheiro, *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal, Os Deveres Conjugais Sexuais*, in Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2004, pp.368; Miguel Teixeira de Sousa, *O Regime Jurídico do divórcio*, Almedina, Coimbra, 1991, pp.91.

19 Separation “de facto” state occurs when couples in marriage stop living the common life without getting divorced. Usually it is used as an initial step in the divorce process, or as a temporary state for couples to gain perspectives on the marriage in order to determine if the divorce process will be taken. A separation can be decided unilaterally by one of the spouses moving away or even without moving away but simply ceasing to have the relationship as married as before. Being separated for a given period of time is one of the requirements for the separation in fact to be legally qualified in many counties.

20 According to the first part of Article 1640, paragraph 2, of the Macao Civil Code, either spouse has the legitimacy to initiate such divorce proceedings.

PART II. THE ANALYSIS OF DIVORCE DATA AND CASES IN MACAO

2.1. Freedom of Divorce as a Basic Principle?

In the current legal system of the Macao Special Administrative Region, laws concerning marriage and family mainly include the Basic Law of Macao, the Civil Code of Macao, the Outline Law of Family Policy, international treaty agreements and other codes and laws²¹. Among them, the Basic Law of Macao has made multi-layered, typified and autonomous norms on the basic rights of residents²². In Article 25, the principle of equality is established, which stipulates that all Macao residents are equal before the law and are not discriminated against. Article 38 also stipulates that Macao residents shall enjoy freedom of marriage and the right to establish a family. At the same time, Article 41 also stipulates in a general way that Macao residents enjoy other rights stipulated and guaranteed by Macao law.

There is no provision prohibiting divorce in Macao's law, but can it be presumed that freedom of divorce is a basic principle explicitly defined in Macao's Family Law? Some people believe that since the Basic Law of Macao clearly stipulates in Article 38 that Macao residents have the freedom to marry and organize their families, the freedom to dissolve marriage derives from this article. That is to say, on the premise of satisfying the legal requirements, spouses who wish to divorce should not be forced to maintain their marital relationship²³, the freedom of divorce. At the same time, some people also believe that the right of freedom stipulated in Article 72 of the Macao Civil Code can refer to all forms of freedom in general. Although there is no provision in this article that directly and clearly regulates the right of freedom in dissolution of marriage, its paragraph 9 can be used as the legal basis of the principle of freedom to divorce²⁴. The same logic can also be used to interpret the relationship between Article 25 and Article 41 of Macao Basic Law and the principle of freedom to divorce²⁵.

In order to get rid of the marital relationship and give the spouse who has no intention of continuing the marital relationship the right to pursue happiness²⁶. We can see that the principle of freedom of divorce is not directly and clearly defined in the Basic Law²⁷, the Civil Code or other laws of Macao. Although Macao's divorce system gives residents the freedom and right to apply for divorce within a limited scope, due to the existence of the divorce by fault system, the freedom of divorce has not been fully realized²⁸.

There is no doubt that, through the amendment of the divorce system in different periods, we can see that the specific expression of the divorce clause has fully demonstrated

21 The Legal Origin of the Family Law in Macao, including the Changes of the Legal Origin in Different Periods (before and after the Return to Mainland China), See Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, pp.30 ff., Faculty of Law of University of Macao, 2016.

22 See Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Macau*, Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, 2012, pp.52 ff..

23 See Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, pp.103 ff., Faculty of Law of University of Macao, 2016; Xia Yin Lan, An Analysis of the Family Law of Macao's Civil Code, in *Perspectivas do Direito*, No. 8, 2000, pp.21 ff..

24 Article 72, paragraph 9, of the Macao Civil Code stipulates that the right to liberty shall be subject to short-term restrictions only on a voluntary basis, depending on the reasons for such restrictions.

25 See Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, pp.104 ff., Faculty of Law of University of Macao, 2016; José Alexandrino, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa*, CEJJ, 2013, pp.92 ff.

26 See Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Almedina, 2012, pp.104 ff.

27 In fact, the Portuguese Constitution stipulates in its article 36, paragraph 2, that the conditions and effects of the conclusion and dissolution of marriage shall be stipulated by law. Although the principle of freedom of divorce has not been put forward directly and explicitly, it can be understood according to the meaning disclosed in the legal provisions. In mainland China, the law's permission for divorce is also included in Article 37 of the Chinese Constitution on freedom (the personal freedom of Chinese citizens is inviolable).

28 Perhaps it is for this reason that the scholars did not elaborate the principle of freedom of divorce as a basic principle of Macao's Family Law in their works. See Manuel Trigo, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, pp.61 ff., Faculty of Law of University of Macao, 2016.

the different attitudes of the government towards the freedom to divorce in different periods. The practice of the freedom to divorce often modifies when the relationship between the government and society changes. The government makes it possible to intervene and govern individual's marital behavior by law, but, needless to say, also we can see the realities over the world that the freedom of divorce has been strived enriched and innovated by most individuals as the type of freedom with paramount importance²⁹.

2.2. Divorce Data and Analysis in Macao

According to official statistics³⁰, Macao's permanent population has gradually increased from around 300,000 in the early 1990s to about 670,000 in 2018. Within nearly 30 years (1990 to 2018), the population has doubled (339,000 to 667,000). In 1990, the government recorded 95 divorce cases, which accounted for a low proportion of the total permanent population at that time. In the first year of Macao's return (2000), total permanent population was about 430,000. In that year, there were 1,222 marriages and 369 divorces. Among them, 127 new lawsuits and divorces were brought in this year, and the rest were consensual divorces³¹. In 2001, Macao's permanent population did not increase significantly, totaling 436,300 people. There were 348 divorce recorded in that year, of which 116³² were new cases of litigation divorce that took their first step of judicial process in the Court (Court of First Instance). In 2004, 1,737 marriages were registered in Macao (162 remarried males and 116 remarried females) and there were 475 divorces, of which 167 were new cases. In 2005, Macao recorded 1,734 marriages (178 remarried males and 149 remarried females). In the same year, there were 573 divorces, of which 149 were newly filed.

Until October 15th, 2013, divorce proceedings were conducted by the general civil courts of the Court of First Instance. The specialized Court for Family and Minor Issues did not start functioning until October 16th, 2013³³. According to the data of 2013, the total number of marriages was 4,153 (the proportion of remarried men and women was 13.9% and 11.3%, respectively, 0.9% lower and 0.7% higher than 2012), and the total number of divorces was 1,172. In the second year after the operation of the Family and Minor Courts (2014), the permanent population of Macao recorded about 640,000 people, and the total number of marriages was 4,085 (the proportion of remarried men and women was 15.4% and 12%, respectively, up 0.2 and 0.1% from 2014). The total number of divorces was 1,308. There were 231 new divorce cases filed that year. The total number of marriages in 2015 was 3,719 (the proportion of remarried men and women was 14.1% and 11.4% respectively, up 1.3 and 0.6% from 2013). The total number of divorces was 1,168, of which 212 were newly filed³⁴.

Over the past three years (2016, 2017 and 2018), the number of marriages in Macao has remained at about 3,800³⁵, and the number of divorces has remained at about 30 to 40

29 Even from the perspective of guaranteeing the freedom of marriage, the freedom of divorce should be protected to the greatest extent. Can restricting the freedom of divorce, unable to end the existing marriage relationship and pursuing the next marriage be regarded as a direct and substantial restriction on the freedom of marriage mentioned in the Basic Law?

30 See <https://www.dsec.gov.mo/Statistic.aspx?NodeGuid=7bb8808e-8fd3-4d6b-904a-34fe4b302883>

31 The data of annual case statistics at the website of Macao court begin from 2000, See <http://www.court.gov.mo/zh/subpage/statisticstjb?report=2000>

32 See <http://www.court.gov.mo/zh/subpage/statisticstjb?report=2001>

33 See the Administrative Regulations at 15 October, https://bo.io.gov.mo/bo/i/2013/42/regadm23_cn.asp.

34 Data Sources: Macao Bureau of Statistics and Census and Macao Court Web pages.

35 The proportion of remarried men and women in Macao in 2015 was 15.4% and 12.0% respectively, up 1.3 percentage points and 0.6 percentage points from 2014. In 2016, the remarried males (631) and females (522) accounted for 16.2% and 13.4% respectively, up 0.8 and 1.4 percentage points from 2015. Remarried males (662) and females (562) accounted for 17.0% and 14.5% respectively in 2017, up 0.8 and 1.1 percentage points from 2016. Remarried males (635) accounted for 16.5% in 2018, a slight drop of 0.5 percentage points from 2017. Remarried females (586) accounted for 15.3%, an increase of 0.8 percentage points. (Data source: Macao Court website and Macao Bureau of Statistics and Census website).

percent of the total number of marriages³⁶, consensual divorces are the majority, accounting for more than 90 percent of the total number of divorces. Overall, divorce cases in Macao continue to rise, with divorce cases in 2018 rising sixteen times as much as those in 1990. Even comparing the data of 2018 with the data of the second year (2003) after Macao's return, when gambling was liberalized, divorce cases increased by about 3.5 times³⁷, and, we must notice that the statistics did not include those couples who were in litigation divorce proceedings, or with divorce process in an idle situation or, those who were in the separated state until 2 years completed to be able to initiate a divorce process. As we can see above, apart from the doubling of divorce rate, the statistics also show that divorce litigation accounts for a very low proportion, almost 90% of divorces being achieved through consensual divorce. We would ask why? The reasons need to be considered in different ways.

First of all, divorce procedure is relatively simple when both agree with the divorce, i.e., consensual divorce. Couples who want to divorce and meet the legal requirements for divorce by a consensual path can dissolve their marriage in a relatively short time and through simple procedures, even without going to the Court. It saves time, money and protects their privacy to the greatest extent.³⁸

The second reason is the inefficiency of litigation. In fact, the inefficiency of Macao courts in handling litigation is no longer surprising, and this problem could not be solved overnight. Indeed, after the return, especially with the rapid development of the gambling industry and tourism, Macao's economic structure and social environment have undergone tremendous changes, resulting in a substantial increase in the number of lawsuits and increase in the difficulty of trial. In addition, the number of judges is relatively small, the litigation procedure is complex, the way of dispute resolution is single, and the backlog of cases is increasing year by year. Faced with practical difficulties and complaints from the public, how to set up a speedy and economical judicial procedures on the basis of balancing judicial justice and efficiency is one of the most important tasks in Macao's judicial reform³⁹. But these are not the only two reasons.

Furthermore, the inefficiency of divorce litigation, the acceptance of cases, the trial and the closure of cases have not been smoothly promoted. The procedural factors, of course, are

36 Data Sources: <https://www.dsec.gov.mo/PredefinedReport.aspx?ReportID=1>

37 It is pointed out that the liberalization of gambling rights has brought opportunities for economic development in Macao, but the high-intensity work and shift system required by the gambling industry and tourism have a direct impact on the couple's time together. At the same time, with the improvement of consumption level and the increase of living cost in Macao, more and more women in Macao have joined the workplace and more dual-career families. This is also one of the reasons for the lack of communication between husband and wife and the contradiction between families. See People's Daily News on September 24, 2013 (Marriage Attitude Changed, Divorce Rate in Macao Continuously Rising) <http://hm.people.com.cn/n/2013/0924/c230533-23019550.html> (2019/7/1) Statistics show that there are 440 divorces in Macao in 2003 and 1544 divorces in 2018. Sources: Macao Court Website and Macao Bureau of Statistics and Census Website. In addition, we believe that although the official data on divorce are well documented, there are absolute cases of unsuccessful divorce due to legal difficulties, and those factors that lead to family breakdown have not been eliminated. Therefore, although couples are not allowed to divorce by the law, they are in the relationship of "having different dreams in the same bed", in a separation or conflict situation, all of which are not included in the official statistics of divorce.

38 In Macao, if both husband and wife agree to divorce, they can apply to the Civil Registration Bureau or the court. The divorce declaration made by the Registrar of the Civil Registration Bureau has the same effect as the court's judgment. However, only in the absence of minor children born to a husband and wife, can the Civil Registration Bureau handle divorce. Although the law also sets certain conditions for two wishes to divorce (after one year of marriage, agreement must be reached on three major issues: maintenance, parental rights of minor children and family residence). However, spouses who intend to divorce need not disclose the reasons for divorce, and as long as they insist on the intention of divorce, they can generally dissolve the marriage relationship quickly and with the maximum protection of personal privacy, and there is less protracted tug-of-war. Details can be found in Articles 1628 to 1634 of the Macao Civil Code.

39 In recent years, at the opening ceremonies of all previous judicial years in Macao, it has been pointed out that improving the efficiency of lawsuits in Macao should be the focus of judicial reform in Macao. For example: Speech by Sam Hou Fai, President of Macao Court of Final Appeal, at the opening ceremony of Macao Judicial Year 2017-2018, <http://www.court.gov.mo/uploads/attachment/92/pdf/1508385892rrvre.pdf>.

affected by the structure and operation of the court itself. On the other hand, from the perspective of substantive law, is the content of the divorce system itself conducive to the emergence and handling litigation? To put it another way, is there any suspicion that the provisions of the Macao Civil Code concerning divorce proceedings limit the freedom of divorce excessively? Is it advantageous for spouses intending to divorce to choose litigation to force their spouses to accept the dissolution of their marriage? Will it not only cause psychological problems to the parties, but also cause delay in divorce proceedings and limited success rate?

2.3. Cases and Analysis of Divorce Litigation in Macao

Based on a limited number of litigious cases, divorce proceedings in Macao can be based on two main types of grounds: fault-based on violation of husband and wife's obligations and the breakdown of common life. The latter includes three aspects: 1.) de facto separation for two years; 2.) disappearance of three years without news; and 3.) the mental ability of the opposite party has changed for more than three years, and it is impossible to continue to live together because of its seriousness. In this paper, the focus of this analysis will be limited to fault-based violation of husband and wife's obligations and de facto separation.

2.3.1. De facto Separation: Subjective and Objective Elements

It is a manifestation of irretrievable breakdown that the "de facto" separation lasts for two years and claiming divorce in a lawsuit. As long as both subjective and objective legal requirements are in place, as a permanent defense, the court has no discretion in deciding on divorce claims⁴⁰. About this point, there is no objection in Macao's legal circles. However, in practice, there are different opinions on the legal identification of relevant legal elements⁴¹.

Take judgment no. 457/2015 as an example. In first instance, the plaintiff filed a divorce lawsuit against his spouse (defendant). The lawsuit was based on the fact that the two persons had separated for more than two years by the date of filing the divorce lawsuit, and neither of them had any intention to resume their common life. However, the Family and Minor Courts of the lower court ruled that the reasons for the plaintiff's request were not valid and therefore refused to support the claim for divorce. The Court of First Instance held that, after applying the provisions of Articles 1637/a and 1638/1 of the Macao Civil Code, the time requirement for divorce prosecution on the grounds of de facto separation must be met, i.e. no longer having the will to live together should exceed two years. However, although it has been proved in the case that the plaintiff developed an extramarital relationship with another woman since 2011 and has not returned to family home since then, the date of filing the divorce proceedings (2012/11/22) should be the starting point for the plaintiff to show no interest in returning to his spouse's life with the defendant. Therefore, the Court of First Instance held that by the end of the debate in the first instance (2014/11/10), the plaintiff was separated from the defendant for less than two years, and the subjective elements of de facto separation have not been met, so the Court would not support plaintiff's case.

The plaintiff appealed to the Court of Second Instance, believing that the date on which

40 See Antunes Valera, *Direito da Família*, Vol. I, pp.501 ff., 5ª Edição, revista e atualizada, Livraria Petrony, Lda. Editores, 1999.

41 Major Reference Cases: Judgements of the Intermediate Court nos. 388/2010, 158/2011, 723/2013, 728/2014, 756/2014, 271/2015, 386/2015, 457/2015 and 267/2017.

he hired a lawyer to prepare for divorce proceedings (signing a power of attorney on May 21, 2012) should be at least the date on which he decided that he was no longer willing to maintain a marital relationship with the defendant, rather than the date on which his indictment was actually distributed in the Court of First Instance (November 22th, 2012). Therefore, the subjective elements of “de facto” separation already exist, requiring a ruling on the grounds of appeal and then a divorce declaration.

According to the provisions of Article 1638, paragraph 1 of the Macao Civil Code, divorce proceedings based on “de facto” separation require both objective and subjective elements: husband and wife no longer live together and neither of them or one of them has any intention of living together⁴². But in special cases, even if couples are living and eating together, if there is no or very little interaction in their lives, or only so because of their children, and they get along with each other like strangers and have no sexual relationship, it can be concluded that the objective conditions for de facto separation are available. Typical reasons for this behavior are: protecting the feelings of minor children, worrying about the comments of society and family members, and being unable to move because of limited financial capacity. Therefore, the objective elements of de facto separation should not be judged mechanically and rigidly. It is necessary to make a concrete analysis of the specific circumstances. The key point is to consider whether the common life of husband and wife actually exists (or no longer exists).⁴³

Another element of “de facto” separation is related to subjective will. In the above-mentioned case, the Court of Second Instance did not agree with the conclusion of the Court of First Instance that the subjective elements involve the feeling and emotion, and that the will to live together is gradually generated with the passage of time in many cases, so it is difficult to determine an accurate time point. Therefore, the determination should not be too strict, but should be based on the overall facts, and then according to the general rules of experience to judge the intent of the problem. At the same time, the subjective element should be viewed as supplementary. The plaintiff/appellant in the aforementioned case has left home before filing for divorce proceedings and has developed extramarital affairs with other women. It can be seen that the plaintiff/appellant no longer attaches to the marital relationship established with the defendant/appellant, and the common life between husband and wife's no longer existed since then. In summary, the Court of Second Instance held that the law did not require that one or both spouses no longer have the intention to live together for two years before a divorce claim could be justified. In view of the fact that the relationship between the husband and wife has actually broken down and that the appellant has not actually lived together for more than two years, and has no intention of continuing to live together. Therefore, the elements of de facto separation in this lawsuit are all filled. The reason for the appellant's divorce claim should be decided and the declaration of divorce between the plaintiff and the defendant should be permitted.

As for the legal determination of “de facto” separation, there are mainly some disputes in the following aspects.

First question: Is there a time requirement for the subjective factor of “no longer having the intention to live together”? Macao's Court of Second Instance has basically adopted the judgment orientation in the case above. That is to say, the subjective factors should be

42 In another case, because of the work, health or other reasons of both husband and wife or one of them, the couple actually do not live together, eat together and sleep together, but the couple still maintains the willingness to maintain the marriage relationship. (See Macao Intermediate Court Judgment No. 635/2015: Living at home with a spouse for work reasons should not be regarded as a de facto separation which constitutes a ground for divorce proceedings). This is also the reason why we should consider the subjective factors in de facto separation to judge whether divorce can be brought.

43 See Pires de Lima, Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. IV, pp.541; Miguel Teixeira de Sousa, *O Regime Jurídico do divórcio*, Almedina, Coimbra, 1991, pp.95; Eduardo dos Santos, *Do Divórcio, Suas Causas, Processo e Efeitos*, 2ª Edição, ELCLA, Almedina&Leitão, Lda., 1998, pp.161.

determined on the basis of the overall facts. According to the general rule of experience, it can be judged whether the husband and wife or one party no longer has the intention of living together, and the law does not require one or both spouses no longer have the intention of living together to last for two years before the divorce request can be ruled as a justification. Some Portuguese judges even believe that the filing of divorce claims in litigation itself means that the claimant has no intention of continuing marriage. That is to say, as long as the lawsuit is filed, the subjective elements of “de facto” separation are considered to be satisfied⁴⁴. It is also argued that subjective elements are actually complementary. The Macao Court has also ruled that for the requirement of “de facto” separation for at least two years, legislators had a focus on meeting objective elements rather than on subjective elements⁴⁵.

However, the objection holds that the legal requirements laid down in the provisions of law should not be directly ignored. If the act of filing for divorce is equivalent to the intention not to live together, it is equivalent to the provisions of Article 1638, paragraph 1, part 2, of the Civil Code. Because it is uncontested and unnecessary to prove that there is no desire to live together at the time of filing a complaint. The “de facto” separation defined by law exists only when the common life is no longer sustainable and neither of the two parties or one party wishes it to last for more than two years. Because only in this way can there be sufficient reason to show that there is no hope and necessity for mediation, and the irretrievable breakdown is meaningful⁴⁶.

Another controversial issue concerning “de facto” separation is: if the time requirement of “full two years” in the objective elements of “de facto” separation, when should we start to calculate the starting point of de facto separation? How can we know from which date the husband and wife no longer live together? Scholars generally believe that it is necessary to ascertain when the symbolic content of common life ends and take this time point as the criterion. For example, if a spouse moves out of the family home on a known date and never returns, that date can be regarded as the starting point for the breakdown of a common life. In addition, in terms of time, is suspension allowed? Most Portuguese theories hold that if a couple no longer lives together for a period of time, the calculation of the two-year period does not have to be suspended if those meetings are related to the sharing of property or relating to children’s affairs. However, if the purpose of reconnection is to try to continue their common life, the prior separation time will not be effective in calculating the period of no longer living together. Accordingly, if the attempt to continue their common life fails and the two sides no longer live together, the time of “de facto” separation must be recalculated⁴⁷. The objection is that the time of trying to reunite should not be suspended, otherwise it will affect the willingness of couples to try to continue their common life. The suspension effect can only be given to the real coincidence and the time for the re-establishment of the common life⁴⁸.

Finally, with regard to the time requirement in the statutory requirements of “de facto” separation, the mainstream opinion is that if, at the time of filing for divorce, as an objective

44 See acórdão da Relação de Coimbra, de 17 de Outubro de 2006 (proc. N.º 2833-/04.0TBFIG.C1), acórdão do STJ, de 3 de Junho de 2004 (proc. N.º 04B1564), acórdão do STJ, de 5 de Julho de 2001 (proc. N.º 1858/01). Macao: Intermediate Court Judgment No. 158/2011.

45 Judgment of the collegial panel 723/2013 of the Macao Intermediate Court.

46 Pereira Coelho e Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, Vol. I, pp.638, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008; Courts with the same opinion, see acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra, de 12 de Abril de 2011 (proc. N.º 235/08.8TBSRT.C1).

47 See Francisco Pereira Coelho, *Divórcio e Separação Judicial de Pessoas e Bens Na Reforma do Código Civil*, in *Reforma do Código Civil*, Ordem dos Advogados, Lisboa, 1981, pp.38.

48 See Miguel Teixeira de Sousa, *O Regime Jurídico do divórcio*, Almedina, Coimbra, 1991, pp.84 ff; Eduardo dos Santos, *Do Divórcio, Suas Causas, Processo e Efeitos*, 2ª Edição, ELCLA, Almedina&Leitão, Lda., 1998, pp.163.

factor of “de facto” separation, the time (of no longer living together) has not been more than two years, the Court shall not accept the lawsuit, although, there are still judges who disagree⁴⁹.

This author has not found any record of the declaration of fault in the case of divorce due to “de facto” separation on the website of Macao’s Courts, so the author concludes that the declaration of fault is rarely made in this type of divorce. However, according to Article 1638, paragraph 2, and Article 1642, paragraph 1 of the Civil Code, the declaration may also exist. Its main function is to determine who the principal party at fault responsible is for the separation, so as to give effect to the sharing of property and compensation for damages⁵⁰. It is worth noting that no matter who is the sole or main party at fault, both husband and wife have the legitimacy to bring a lawsuit.

2.3.2. Breach of Husband and Wife’s Obligations by Fault

According to the judgment published on the website of Macao’s Courts⁵¹, there are basically two controversial issues in the course of the debate on the cases of divorce claims due to the fault of one or both spouses in breach of husband and wife’s obligations: Is it a breach of husband and wife’s obligations? Is it a fault violation?

As mentioned earlier, Article 1533 of the Civil Code stipulates obligations between husband and wife, includes respect, loyalty, support, cohabitation and cooperation. Among them, the duty of cooperation and support is regulated by specific laws, while the duty of respect, loyalty and cohabitation also has specific criteria, which are not controversial in theory, so the same are not discussed here⁵².

PART III. NO-FAULT LITIGATION DIVORCE AND MACAO’S DIVORCE LAW

3.1. Fault-free divorce proceedings following the enactment of Portuguese Law 61/2008

Historically, there have been many discussions on the mechanisms and orientation of divorce system, from prohibition to permission, from authoritarianism to equality, from restrictionism to liberalism, from fault doctrine to no-fault doctrine, from accountability doctrine to blamelessness doctrine. In Portugal, in order to fully protect citizens’ freedom of choice, respect the basic principles of equality of rights and duties between spouses, and to adapt

49 Judges of the Supreme Court of Portugal, in their judgements No. 05B2266 and 07A297, stated that on the one hand, the time requirement in the legal requirements should be taken into account, on the other hand, the principle of the present determination (*princípio da atualidade da decisão*) should also be taken into account, and that the latter is superior to the former. Therefore, the time in the process of litigation should also be included. As long as the de facto separation has been completed for two years before the judgment is rendered, the objective factors will be satisfied.

50 If a claim for damages is made, the law requires that it be filed in the original divorce action (Article 1647, paragraph 2, of the Civil Code).

51 The main reference judgments are: Intermediate Court No. 248/2005, No. 257/2006, No. 158/2011, No. 168/2013, No. 723/2013, No. 45/2015, No. 270/2015, No. 1039/2015, No. 636/2017, and Court of Final Appeal No. 28/2011.

52 The obligation of husband and wife to respect each other first appeared when the Portuguese Civil Code was revised in 1977. It is generally believed that it contains two elements: Positive and negative. On the positive side, it means that couples are required to get along with each other at least with mutual respect. If one party does not talk to the other party, does not care about family affairs or spouse affairs, and treats the spouse impolitely, it is a violation of the obligation of positive respect. Negative respect obligations are understood to be inviolable to the physical or mental integrity of the spouse. Any improper act that results in the loss of spouse’s dignity, reputation or image is also a violation of the obligation of respect. When discussing the duty of loyalty between husband and wife, some theories hold that physical and psychological loyalty should be included, but others hold that psychological derailment should be included in the scope of obligation of respect. The duty of cohabitation includes living together, eating together and sleeping together. Sexual relationship is a necessary factor for sleeping together. The duty of support refers to the duty of both husband and wife to provide support according to their respective abilities and to shoulder the family burden together (Article 1536, 1537 of Macao Civil Code). The duty of cooperation refers to the mutual support and assistance between husband and wife, and the joint responsibility for life of the families established by both parties (Article 1535 of Macao Civil Code).

to the divorce model chosen by most European countries⁵³, the divorce system was deeply reformed by Law no. 61/2008, which was passed in October 2008. Draft Law no. 509/X⁵⁴, which states the justifications for the legislation, states that no one should maintain marriage under compulsion after the breakdown of the relationship between husband and wife. The reasons for the breakdown vary, including the breakdown of marriage⁵⁵, unfair and unequal treatment, or the unacceptable behavior of one spouse by the other spouse. Therefore, even if the other spouse objected or had no fault, the spouse who did not want to maintain the marriage should still have the right to ask for divorce⁵⁶. In fact, it is precisely because of this basic concept that Portugal's divorce law reform in 2008 first abolished the term "wrongful divorce" from its name and replaced it with "divorce without the consent of the other spouse"⁵⁷.

It can be seen that the fault is no longer regarded as the basis for divorce proceedings. The Portuguese Civil Code, as amended by Law no. 61/2008, completely deletes the original content of Article 1779 (breach of husband and wife's obligations by fault). Thus, the tone of no-fault divorce has been set⁵⁸, which can also be said to follow the criteria of irretrievable breakdown of marriage.

Amended Article 1781 (Breakdown of Marriage) constitutes the sole legal basis for divorce proceedings:

53 The European Family Law Principles Concerning Divorce and Spouse Support after Divorce (promulgated by the European Family Law Commission, established on September 1, 2001) published in 2004 is regarded as one of the sources and bases for the reform of the divorce law in Portugal in 2008. The document sets up 20 principles, mainly to give guidance and promotion to European countries in legislation on divorce and related issues. The first ten principles are related to divorce, including the principle of freedom of divorce and the mode of divorce without the consent of other spouse. Portuguese Law 61/2008 absorbs most of these principles. See Jorge Duarte Pinheiro, *Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, in *Estudos em Homenagem a Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011; Wu Yong, *The Latest Development In The Process Of European Family Law Unification: From The Perspective Of The European Family Law Association*, in *Contemporary Law Review*, No. 4, 2008, pp.45 ff; *The European Family Law Principles on Divorce and Spouse Support after Divorce can be found in the following links*: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf> and Katharina Boele-Woelki, *Principles Of European Family Law Regarding Divorce And Maintenance between Former Spouse*, Antuérpia/Oxford, Intersentia, 2004.

54 Draft Law 509/X aims at introducing a new paradigm of divorce. One of the driving forces is the change of concept. Marriage is no longer regarded as a permanent or tending permanent relationship based on the commitment between two persons, but as a life-related agreement between them for the purpose of self-realization. This agreement is different from the traditional contract. Its connecting point lies in the affection between the two persons. If the affection disappears, the marriage will lose its foundation. The static marriage relationship should be disintegrated because of the disappearance of the dynamic emotional connection between the husband and wife and the breakdown of the common life. This view takes emotional factors into consideration, and highlights the importance of emotions to the conclusion and preservation of marriage. In addition, in Friedrich Engels's book "Family, Private Ownership and the Origin of State", he also mentioned that if only marriage based on love is moral, then only the marriage that continues to love is moral.

55 The term "marital breakdown" is used in the revised Portuguese Civil Code in 2008 as the legal basis for divorce without the consent of the other spouse. These statements do not appear directly in the provisions of the Macao Civil Code on the basis of divorce, whether they are "marital breakdown" or "emotional breakdown". In the Civil Law of the Mainland of China, there has always been a debate about whether "emotional breakdown" can become the standard of divorce. Although Article 32 of the revised Marriage Law of 2001 retains the standard of "emotional breakdown between husband and wife", and in its paragraph 3, it cites four common and frequently occurring specific situations as an example of judging that a couple's emotions have been broken and allowed to divorce. Other grounds for emotional breakdown are also allowed. However, the requirement of amending "breakdown of marital relations" to "marriage breakdown" has not stopped. Most civil law scholars and marriage law experts believe that the amendment of the Marriage Law in 2001 failed to define the "marital breakdown" as a defect of the amendment. Therefore, they call for adherence to the amendment, which will be reflected in the ongoing work of drafting the Civil Code of China. However, in the case of basically one-sided opinions, we also find that some judges clearly oppose the use of "marriage breakdown" instead of "marital breakdown" as the basis for divorce. See Wang Li Ren, *The Divorce Criterion Of "The Couple's Relationship Has Indeed Broken Down" Can Not Be Shaken - And Discuss With Professors And Scholars Such As Wu Chang Zhen (I)*. http://www.lawtw.com/article.php?template=article_content&parent_path=,1,783,&article_category_id=849&job_id=105770&article_id=45948 (2019/7/17)

56 After Law 61/2008, the declaration of breach of husband and wife's obligations and its legal consequences will be judged by the general courts in independent proceedings.

57 The current Portuguese Civil Code has adopted the revised new formulation in its Article 1773, paragraph 1: Divorce can be divided into two divorces and divorces without the consent of the other spouse (before modification, divorce can be divided into two divorces and divorces in litigation). Article 1781 also changed the title to "Break of Marriage". But the title of the third section still uses the term "litigation divorce". The two wishes of divorce in Portugal can only be handled in the Civil Registry Office, and divorce without the consent of the other spouse must be completed through litigation.

58 Draft Law 509/X holds that the no-fault divorce system is the inevitable result of the sensibilization (sensibilização), individualization (individualização) and secularization (secularização) movements under the influence of modern ideas. Of course, there are a lot of people who strongly oppose this argument. Some even criticize it fiercely. They think that they deviate from responsibility, value and sacrifice. See Rabindranath Capelo de Sousa, *Recentes Alterações Em Direito Da Família, Direito Dos Menores e Direito Das Sucessões*, Boletim da FDUC, Vol. LXXXIX, Tomo I, Coimbra, 2013, p118.

The following constitute the grounds for divorce without the consent of the other spouse:

- a. "De facto" separation lasted for continues for one year;
- b. The mental ability of the spouse of the other spouse has changed for over a year, and because of its seriousness, common life cannot be sustained;
- c. Missing and not have been heard for more than one year;
- d. Any other facts that can prove the breakdown of marriage, whether or not the spouse is at fault.

Thereafter, both spouses may file for a divorce claim, and it is no longer necessary to declare the principal or sole party at fault during divorce proceedings. Although the definition and violation of husband and wife's obligations still have their legal consequences and importance, as far as the divorce procedure itself is concerned, whether the husband and wife's obligations are violated or not and whether the fault is violated has no direct relationship with whether divorce is permitted⁵⁹. Because the procedure of divorce proceedings itself no longer carries out the determination of fault, the court no longer needs to consider fault when deciding the outcome and effectiveness of divorce proceedings, nor does it have any property penalty for the sole or main party at fault before amending the law in 2008.

Of course, this does not mean that the litigation divorce system after the amendment completely ignores the property effects of divorce. According to Article 1790 of the current Portuguese Civil Code, no party may acquire more property in the sharing of divorce, regardless of the property system applicable to marriage between husband and wife. Legislators believe that such a provision helps to prevent divorce as a means of enrichment. At the same time, the division of the common property system can also embody the principle of fairness and consider both spouses' contributions to the family during the period of marriage⁶⁰.

At the same time, Article 1791, paragraph 1, of the Portuguese Civil Code stipulates that:

A divorced spouse loses the benefits he or she will receive from another party or a third party as a result of the celebration of marriage or because of his or her marital status, and regardless of the benefit being prior to or subsequent to the act of marriage⁶¹. As long as the lawsuit is about divorce, both spouses lose the relevant interests. The new divorce law adopts a one-size-fits-all approach, replacing the usual practice of punishing the wrongdoer in the past while benefiting innocent spouses.

The third change relating to the validity of divorce property is Article 1676 of the Civil Code, which stipulates the specific content of husband and wife's family obligations. The second paragraph of Law no. 61/2008 is amended. Prior to the amendment Paragraph 2 stipulated that if the family burden borne by one of the spouses exceeds the portion of the family burden that should be borne by the spouse as stipulated in paragraph 1, it is presumed that the spouse will waive the right to claim compensation from the other party⁶². After amending the law, the

59 After the entry into force of Portuguese Law 61/2008, a study (produced on September 30, 2010) showed that although the public had various doubts or concerns about the practice of divorce without fault, the vast majority of respondents, especially lawyers, had positive opinions on the amendment of the divorce law, and believed that the new system was conducive to reducing the potential of divorce as a wealth tool. In addition, according to the statistical data at the time of making the report, the average number of newly filed divorce lawsuits has not changed significantly after the initial stage of the law's entry into force compared with the data before the amendment of the law. See *O Novo Regime Jurídico em Avaliação*, Editor-in-Chief of Boaventura de Sousa Santos, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010.

60 Portuguese scholars do not fully agree with this part of the amendment. The main criticisms can be consulted: Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Almedina, 2009; Cristina Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Almedina, 2009; Colaço Amadeu, *Novo Regime do Divórcio*, Almedina, 2009.

61 Paragraph 1 of Article 1646 of the Macao Civil Code is similar to it, but the person who loses interest must be the sole or main fault party.

62 Paragraph 1 of this article stipulates that both husband and wife shall share the responsibility of assuming family burdens in accordance with their respective abilities, and either party shall fulfill this obligation by using their resources to cope with the related burdens, do housework, take care of and educate their children. The content is the same as the first paragraph of Article 1537 of Macao Civil Code.

presumption was abolished and changed to stipulate that if one spouse excessively abandons his/her interest, especially his professional life, because of living together, which results in a family burden heavily exceeding that which should be borne by him/her in accordance with the provisions of the first paragraph, and consequently suffers property losses, the spouse shall have the right to request the other spouse to compensate accordingly. The original intention of this amendment is to embody the principle of fairness, focusing on the rights of spouses who give up their careers because of family needs, such as caring for children, the elderly or to do housework. Legislators believe that such rights are not been adequately protected during marriage. Therefore, when divorce occurs, the law should protect the party who sacrifices his/her career and property interests for his/her family, which is equivalent to a compensation mechanism and hopes to achieve the balance of rights of all parties⁶³.

Another property validity caused by breakdown divorce is embodied in Article 1792, paragraph 1, of the Portuguese Civil Code. According to this clause, the spouse of one of the injured parties has the right to claim compensation from the other party, which has the nature of civil liability and should be dealt with in independent proceedings. Therefore, when divorce proceedings are related to breaches of husband and wife's obligations, such breaches do not play a key role in the divorce proceedings themselves. However, after divorce proceedings, the victim of breach of obligations may, in accordance with Article 1792, paragraph 1, sue in civil court and claim compensation from the other party within the scope of civil liability. This clause is helpful to establish the connection between divorce with no-fault lawsuit and husband's and wife's obligations. Otherwise, divorce with no-fault lawsuit will lead to the misunderstanding that husband's and wife's obligations are fictitious. These new practices, on the one hand, take into account the observance of the legal obligations of husband and wife. On the other hand, it can also ensure that in divorce proceedings, disputes over the nature of property (intentional or unintentional) do not slow down the pace of divorce proceedings, which is conducive to the effective protection of the rights of all parties.

3.2. Advantages of No-Fault Divorce Litigation

Some objections to no-fault divorce indicate that in a modern society which is increasingly unfavorable to maintaining marriage, no-fault divorce makes divorce easier and makes the disadvantaged spouse more insecure. The rights and obligations of couples cannot be fully realized, thus pushing marriage to a more fragile situation, and the principle of equality and justice will surely fail.

We disagree with this assertion. Under the requirement of the fault-based divorce system, the judgment of the sole or main wrongdoer often becomes the main reason why divorce proceedings are not going well. There are many examples of men and women hurting each other in court, uncovering shortcomings, and even trying to slow down the proceedings. Although emotional factors are subjective and difficult to judge, there are other factors besides emotions in the composition of marriage from legal and sociological perspectives. However, it is undeniable that spouses in marriage, apart from being husband or wife, have the right to pursue the realization of individual rights as independent individuals, including the right to pursue happiness and the right to remarry. The acceptance of divorce is due to the importance attached to marriage itself. Only after an unsustainable marriage relationship has been

⁶³ Although the original intention of legislation is positive and positive, in practice, there are many doubts about such amendments, especially the concept of uncertainty in this article, which is not judged by the law, so some people criticize it as not conducive to practical operation.

dissolved can it be possible to seek the conclusion of the next marriage.

The author believes that the main advantages of removing the punitive-dominated form of fault-based divorce and replacing it with no-fault divorce are as follows.

Firstly, no-fault divorce can better protect the rights of both spouses. According to the law, if a lawsuit for divorce is filed on the grounds that the fault violates the obligations of being husband and wife, only the victim can file for the law suit⁶⁴, that is to say, the aggrieved party has no right to sue for divorce. In other words, if the injured party does not divorce⁶⁵, the marriage will continue. This is obviously a situation of legal and ethical failure. For spouses who do not intend to continue their marriage, not getting divorced is a disregard and trample on their individual legitimate rights and interests. It is not wise for the injured party to choose not to divorce when facing breach of husband and wife's obligations, because then the injured party cannot claim and protect their legitimate rights and interests⁶⁶.

Secondly, the identification of fault must clarify various facts. The accusation and defense of the plaintiff and the defendant are interlaced. Personal evidence, material evidence and other types of evidence are submitted to the court for one-on-one analysis and with the possibility of appeal if one loses. All of these will turn a divorce lawsuit into a protracted one because of fault judgment. The tug-of-war not only fails to ensure the realization of rights and obligations, but also is the main reason for the protracted indecision of litigation, which further creates the negative impression of litigation inefficiency. Divorce without fault can avoid the delay of divorce proceedings and is beneficial to improve the efficiency of proceedings.

Thirdly, in the process of divorce based on fault, it is unavoidable that the psychology of gain and loss will make the couple enter into a hostile state, which will aggravate the conflict and intensify the contradiction. No-fault divorce litigation can reduce friction and conflict.

Fourth, in the process of proof of fault, there may be fabrication or tampering with evidence due to the logic of litigation⁶⁷, which is not conducive to safeguarding the integrity and dignity of the legal system. Divorce with no-fault litigation is conducive to maintaining the consistency of the legal system.

Fifth, judgment of fault itself is considerably difficult. In the fast-developing modern society, the idea that the breakdown of marriage is a one-party affair has long been outdated, and the interaction between husband and wife is complex and changeable. It is not easy to judge the authenticity of the facts presented in court. To accurately analyze the cause and effect behind it, it is more difficult to determine right and wrong. These difficult factors may affect the fairness of court decisions. No-fault divorce litigation separates the dissolution of marital relationship from the determination of fault. Its legal requirements are clear, which helps

64 See in detail article 1640, paragraph 1, part 1, of the Macao Civil Code, as well as article 1785, paragraph 1, part 1, of the Portuguese Civil Code before its amendment in 2008.

65 The victim knows that the other party's fault violates core obligations, but he is unwilling to divorce for many reasons. Some of them are because of retaliatory mentality and think that divorce is "cheap" on the contrary, so he would rather sacrifice his own happiness than divorce. Some are because the victim is unwilling to face the fact that the marriage has broken down and afraid of public opinion or difficulties after divorce, so he prefers to continue to act as the victim rather than divorce. Some are due to other external factors, such as: children, parents' requests and so on.

66 Article 1636 of the Macao Civil Code provides for the invalidation of the legitimacy of divorce proceedings. If one of the spouses has instigated the other party to make the fact invoked as a request for divorce (the fault violates the obligations of the spouse), or has deliberately created a situation conducive to the fact; Or once, after the occurrence of relevant facts, from his own behavior, especially through express or implied forgiveness, he expressed that he did not think that the fact made by the other party (the fault violates the couple's obligations) would hinder the common life, so he has no right to file a lawsuit for divorce. In the Portuguese Civil Code, Article 1780, which stipulates the corresponding content, has been repealed after its amendment in 2008.

67 For example, the wife accuses the husband of violating the duty of mutual respect, often speaking ill of the husband and the wife, and from time to time there will be mental cold violence, and the severity of which has led to the wife staying up all night. For all the above facts, the wife can prove them by lying, making false appearances and colluding with others.

to make a correct judgement and ensures the fairness of divorce procedure.

Sixth: In dealing with marital relations, the law reflects a certain degree of incompetence, which is related to the fragility of the rights of marriage law. Laws cannot compel unhappy couples to continue to live together, nor can they effectively prevent married men from having affairs. There is nothing the law can do about judgment and enforcement. This also reflects the distance between the law in theory and in practice, which is the disadvantage of the fault-based divorce and another reason for the higher position of the divorce in the no-fault lawsuit⁶⁸.

3.3. No-Fault Divorce Litigation in Macao: Possibility and Necessity

As mentioned earlier, the content of Macao's divorce law is basically consistent with that of Portugal before the amendment of the divorce law in 2008. Therefore, we believe that it is possible and necessary to introduce the system of no-fault divorce into Macao.

Some may object that Macao's current divorce system is not based on a single doctrine of accountability, but rather a mixture of accountability and irretrievable breakdown. Since divorce caused by objective factors (e.g. "de facto" separation of two years) is available in Macao, there is no obvious need to introduce a no-fault divorce system. Moreover, on the issue of divorce, if we adopt the system of divorce without fault litigation, which is equivalent to divorce without restraints, it is totally liberal and may lead to an increase in the divorce rate, which may damage women's right to support after divorce and may have a negative impact on their children. Therefore, no-fault divorce litigation is not conducive to maintaining normal marriage and family relations, preventing and punishing violations of obligations, demanding compensation for damages caused by divorce, and safeguarding the legitimate rights and interests of the parties and social welfare. The author disagrees with these objections.

On the one hand, from the perspective of rights and obligations, in the face of irreconcilable contradictions between husband and wife, one or both spouses have no desire to maintain marital relations. If the relationship that has become unsustainable and continues in conflict and confrontation because of the wrongful judgment, this is absolutely not the in the best interest for either party. It is well known that those who choose to divorce on the grounds of fault and breach of husband and wife's obligations are generally in a state of perpetual procrastination and retaliation. However, in the courts, there is no great detail and long-standing disputes and consumptions, and if one or both spouses have no intention of fulfilling their obligations, the violation of their rights is bound to be in a continuous state. With time, the relationship between husband and wife will only deteriorate, until the final decision of divorce proceedings, if so, the rights of both parties are being repeatedly damaged.

On the other hand, according to the provisions of the Macao Civil Code, when one spouse (A) germinates the idea of dissolving marriage and seeking happiness on the basis of emotional breakdown, and if the other spouse (B) opposes it, and neither A nor B has any fault in violating the obligations of being husband and wife, this means that A who wants to divorce has no right to file a divorce lawsuit because the current law does not give it legitimacy (Article 1640, paragraph 1, of the Macao Civil Code). This provision seems to protect the integrity of the family and the status and rights of the spouse, but is it not an infringement on the personal rights of the spouse who wants to divorce? As a separate subject of rights, the freedom to sue for divorce, the right to pursue happiness and the freedom to marry (remarry) are severely

68 See Xue Ning Lan, the legalization process of no-fault divorce in the United States, in *Foreign Law Translation Review*, No. 4, 1998.

restricted. For them, how does the principles of equality and fairness manifest? Perhaps some people can refute that when B refuses to divorce and violates the obligations of being husband and wife without any fault, who wants to divorce, may move away from his family residence and actively creates the situation of “de facto” separation. After two years of “de facto” separation, either spouse has the legitimacy to sue for divorce. This solution can make up for the lack of legitimacy of A’s lawsuit in divorce proceedings, and its rights are also guaranteed. However, we don’t think it is a fair and equitable solution. As mentioned earlier, in Macao, two years of “de facto” separation is indeed one of the grounds for divorce proceedings, but the declaration of fault is still possible. Imagine, in the above example, B does not violate any marital obligations and does not want to divorce, A does not violate any marital obligations but wants to divorce, because it is not legitimate to bring a lawsuit, A can actually initiate a de facto separation, and then sue for divorce after two years. But precisely because the “de facto” separation is caused by A’s initiative, B can counterclaim A’s fault for violating the obligation of cohabitation and ask the court to declare it the only party at fault. A makes mistakes in order to actively divorce but is passively at a disadvantage in divorce proceedings. It is not in conformity with the basic principles of law to guarantee his/her right to happiness and remarriage by sacrificing his/her legitimate rights in exchange for freedom.

According to Macao’s divorce data, it has an overwhelming number of cases of dissolution of marriage by means of consensual divorce. This means that the utilization rate of litigious divorce in Macao is not high. Furthermore, the fault declaration in litigious divorce has no practical relevance to spouses who intend to divorce. Through the analysis of published cases, this author found that even in divorce litigation based on violation of husband or wife’s obligations, there is often no fault been declared, let alone the fact that there is almost no fault declaration in litigious divorce on the basis of de facto separation. Therefore, according to the fact that divorce based on fault has little chance and low utilization rate in Macao, it can be concluded that there is no need this kind of lawsuit. On the other hand, it also shows that this form of divorce has defects and is no longer suitable to continue to exist.

According to the understanding of traditional concepts, divorce proceedings are not only used to dispute right and wrong in order to determine punishment measures, but also have an implicit function to restrict divorce or remove the idea of wishing to divorce. The strict requirement of divorce conditions in litigation can produce a certain function of persuasion to those who regard marriage as a joke or divorce hastily, which is helpful to safeguard the integrity of the family and the rights and interests of women and children⁶⁹. These concepts all embody a strong patriarchal color, which has gradually declined in the rapidly changing modern society. In their marriage and divorce behavior, people attach more importance to the emotional, interest and sexual compatibility. The influence of political or economic factors began to fade, and marriage behavior began to show the characteristics of personal free choice in a real sense. Although the principle of freedom to divorce has not been expressly written into the Basic Law of Macao, a just and equal society ruled by law must guarantee the freedom of will of divorcees and freedom to choose and act as the basis of legislative principles and institutional ideas. The existence of fault-based divorce litigation severely limits the will, choice and freedom of spouses who wish to divorce. It is a violation of both formal and substantive justice.

69 It is argued that too lenient a divorce law will enable the parties to easily exercise and realize their right to freedom of divorce, resulting in the disintegration of a large number of families, which will objectively weaken the protection and control of the law on marriage and family. See Wu Hong, There Must be Limitations for Divorce, in *Debate on the Amendment of Marriage Law* (Editor-in-Chief of Li Yin He, Ma Yi Nan), Guang Ming Daily Press, 1999, pp.131 ff.; Ma Yi Nan, Chinese Marriage and Family Law of the 20th Century, in *Peking University Law Journal*, No. 2, 1998.

Marriage Law in Mainland China regards no-fault divorce as its legislative principle, and guarantees the freedom of divorce as its consistent legislative concept. Both spouses have the legitimacy to request for divorce. The only legal requirement for divorce in lawsuit is the breakdown of marital feelings. Some scholars believe that China's excessively loose divorce law causes high divorce cases in Mainland China (which increases year by year), that the divorce law is too biased towards the freedom of divorce and contains insufficient restrictions⁷⁰. Especially in the current economic and cultural environment, the diversification of moral and ethical concepts, the weakening of family functions⁷¹, the transformation of family-based to individual rights-based, the introduction of contractual concepts of market economy⁷², the popularization of culture and free values and so on, all contribute to the increase of divorce rate. It must not be unilaterally considered that the legal system opens the door for "free divorce". It is also suspected that the introduction of the system of divorce without fault will inevitably lead to a great outbreak of divorce. In fact, the function of law is to reflect and regulate social reality, not to be the trigger point of social reality⁷³.

The author believes that when a marriage breaks down, the will of one or both spouses to divorce should be fully respected and the declaration of divorce is a beneficial result for both spouses. The focus of the law should be more on the fairness of the effect of divorce. In order to protect both parties, the judicial decision on the effect of divorce should be set up in an independent litigation procedure, which is more conducive to the independence of the subject matter and the effect of divorce should be decided with emphasis.

PART IV. DETAILS OF NO-FAULT DIVORCE LITIGATION: THE PRINCIPLE OF EQUITY

A good divorce system should be a balanced system. We need to consider how to dissolve the marriage relationship, at the same time, how to consolidate the marriage relationship, how to protect rights and other issues. Freedom is always a relative concept. The freedom of divorce realized by divorce without fault litigation advocated in this paper must also be a conditional freedom. When introducing the system of divorce without fault, one should consider the corresponding mechanism to guarantee the rights of relevant persons. While

70 Mainly see Xia Yin Lan, *Divorce Freedom and Restriction Theory*, Peking University Press, 2007, pp.56 ff.; Jiang Yue, *Introduction to Marriage and Family Law*, Science Press, 2007, pp.158 ff.

71 Traditional families have the basic functions of material production, childbearing and raising the family population. However, with the gradual division of labor in society, the various functions of the family have been gradually replaced by the services provided by the society, especially the dependence of the younger generation on marriage and family has been reduced. At the same time, the connotation of marriage and family has also changed. Sex no longer serves for reproduction alone, and together with emotional factors, it has become an important symbol of the harmony between husband and wife. Reference: Li Hong Xiang, *The Value Orientation of the Construction of the Family Law System in the Civil Code of Our Country Is Set Out*, in *The Social Science Front*, n.12, 2012.

72 Under the condition of market economy, the law gives equal status and equal protection to every consumer and producer. Therefore, the traditional concept of husband and wife as a whole has gradually been disintegrated, thus emphasizing the rights and status of individual. At the same time, according to Maine, "the movement of progressive society, up to here, is a movement from identity to contract." Marriage is but a civil contract, which regards the essence of marriage as the understanding of contract, so that divorce is also given the brand of contract. Reference: Li Hong Xiang, *The Characteristics of the Rising Divorce Rate in China and Its Legal Countermeasures*, in *The Social Science Front*, n.16, 2015; Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, translated by Gao Min and Qu Hui Hong, Jiu Zhou Press, 2007.

73 Divorce is the funeral of a dead marriage, not the cause of it. Therefore, some people even advocate further enlarging the freedom of divorce. More people think that the marriage law has set certain procedures and conditions for divorce, and further increasing the restrictions on divorce will be a retrogression. See Tan Da Zheng, *New Culture and Law*, People's Press, 1998, pp.155 ff.; Xiao Xue Hui, *Opposed Attaching Divorce Conditions To Emotional Breakdown*; Chen Xin Xin, *Opposed Restrictions On Divorce*; Xu An Qi, *The Misunderstanding in the Amendment of Marriage Law - Restriction Of Divorce and Li Yin He, When Amending Marriage Law, Should Be Vigilant Against Retrogression*, all in *The Controversy On The Amendment Of Marriage Law* (Editor-in-Chief of Li Yin He, Ma Yi Nan), Guang Ming Daily Press, 1999; Li Hong Xiang, Wang Chun Ying, *The Problems and Countermeasures of Marriage Law -- From The Perspective of The Perfection of Family Law System*, in *Contemporary Law Review*, n.2, 2012.

realizing formal justice, one should also consider the needs of substantive justice. Therefore, it is necessary to formulate a reasonable and balanced mechanism for divorce without fault in order to prevent and solve various personal and social problems arising from divorce.

The author is aware that those who oppose the system of divorce without fault are most concerned that divorce without fault may lead to the null and void rules of respect and compliance with the legal obligations of husband and wife. At the same time, the disadvantaged spouse and minor children may lose their protection because of divorce. Therefore, it is necessary to pay attention to these problems in the design of the system.

Firstly, it is necessary to properly set up divorce requirements, which need to be considered in combination with ethics, morality and legitimacy. No-fault divorce is not equal to absolute free divorce. It must have legal requirements. The author believes that Macao can use the no-fault divorce litigation system of Portugal as a reference and adopt the breakdown doctrine.

With objective elements as the main and subjective elements as the supplement, this paper analyses whether the marriage of husband and wife has broken down, therefore to judge whether the lawsuit is legitimate and whether the divorce should be approved.

Accordingly, if it meets any of the following circumstances: a) The fact that they have been separated for a year without any intention of continuing to live together, b) The spouse is missing, and no information is available for more than one year. c) The mental ability of the spouse has changed for one year and its seriousness leads to the inability to continue to live together. The spouse has the legitimacy to file for a lawsuit.

Based on three specific examples, another abstract and generalized irretrievable down premise can be added, it will be paragraph d): Any other facts that can prove the breakdown of marriage, whether by fault or not.

The word "other" is used to clearly distinguish the first three reasons from the last when the law is applied. For example, couples who have been separated for half year cannot sue for divorce, because they do not meet the time requirement, but can one sue for divorce based on "other reasons that can prove the breakdown of marriage" referred to paragraph d)? The answer is no. If the evidence used is "de facto" separation, paragraph a) can only be used as the criterion, not paragraph b), otherwise item a) will be null and void. So what are the examples that match paragraph d)? For example, one spouse has extramarital affairs, or domestic violence, or irreconcilable contradictions between husband and wife on reproductive or professional issues. This abstract generalization method can be a useful and necessary supplement to make the law more adaptable to the rich and changeable reality of life, so that it can be flexibly applied, and at the same time, it can also obtain a certain degree of discretion, which helps the judge to make the most just decision from the actual situation.

REFERÊNCIAS

Antunes Valera, *Direito da Família*, Vol. I, 5ª Edição, revista e actualizada, Livraria Petrony, Lda. Editores, 1999.

António Manuel Hespanha, *Panorama da História Institucional e Jurídica de Macau*, written by António Manuel Hespanha, translated by Chao Im Peng / Cheong Weng Chon, Macao Foundation.

Acórdão da Relação de Coimbra, de 17 de Outubro de 2006 (proc. N.º 2833-/04.0TBFIG.C1), acórdão do STJ, de 3 de Junho de 2004 (proc. N.º 04B1564), acórdão do STJ, de 5 de Julho de 2001 (proc. N.º 1858/01). Macao: Intermediate Court Judgment No. 158/2011.

Capelo de Sousa, *Recentes Alterações em Direito Da Família, Direito Dos Menores e Direito Das Sucessões*, Boletim da FDUC, Vol. Lxxxix, Tomo I, Coimbra, 2013.

- Cristina Araújo Dias, *Uma Análise do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Almedina, 2009.
Colaço Amadeu, *Novo Regime do Divórcio*, Almedina, 2009.
- David Popenop, *Sociology China Renmin University Press*, 1999; Zhan Wei, *The Legal Philosophy Of Marriage and Family Harmony*, in *Hebei Law Science*, 2009.
- Da Wen, *Marriage and Family Law*, China Renmin University Press, 2001.
- Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, 2ª Edição, Almedina, 2005.
- Edmund Burke, *Freedom and Tradition*, Chiang Ching, Wang Rui Chang, translated by Wang Tian Cheng, Laureate Press, 2004.
- Eduardo dos Santos, *Do Divórcio, Suas Causas, Processo e Efeitos*, 2ª Edição, ELCLA, Almedina&Leitão, Lda., 1998.
- Eva Dias Costa, *Da Relevância da Culpa nos Efeitos Patrimoniais do Divórcio*, Almedina, 2005.
- Family Sociology* (translated by Wei Zhang Ling), Laureate Press, 1988.
- Freedom and Restriction of Divorce*, China University of Political Science and Law Press, 2007.
- Fidélia Proença de Carvalho, *O Conceito de Culpa no Divórcio - Crime e Castigo*, in *Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977, Direito da Família e das Sucessões*, Vol. I, Coimbra Editora, 2004.
- Francisco Pereira Coelho, *Divórcio e Separação Judicial de Pessoas e Bens Na Reforma do Código Civil*, in *Reforma do Código Civil, Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1981.
- Friedrich August Von Hayek, *principle of free order (volume 1)*, translated by Deng Zheng Lai, SDX Joint Publishing Company, 1997.
- Henry Sumner Maine, *Ancient Law*, translated by Gao Min and Qu Hui Hong, Jiu Zhou Press, 2007.
- Institutum Iurisprudentiae Academia Sinica; Liu De Xue, *Reflections on Macao's Legal Reform and Development Strategy under the Principle Of "One country, Two systems"*, in *Journal of Administration*, No. 102, 2013.
- Jiang Yue, *Introduction to Marriage and Family Law*, Science Press, 2007.
- Jorge Duarte Pinheiro, *Ideologias e Ilusões no Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, in *Estudos em Homenagem a Carlos Ferreira de Almeida*, Almedina, 2011.
- Jorge Duarte Pinheiro, *O Núcleo Intangível da Comunhão Conjugal, Os Deveres Conjugais Sexuais*, in *Coleção Teses*, Almedina, Coimbra, 2004.
- Miguel Teixeira de Sousa, *O Regime Jurídico do divórcio*, Almedina, Coimbra, 1991.
- Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Macau*, Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, 2012.
- John Rawls, *Justice Theory*, translated by Li Shao Jun, Du Li Yan, Zhang Hong, Laureate Press, 2003.
- José Alexandrino, *O Sistema de Direitos Fundamentais na Lei Básica da Região Administrativa*, CEJJ, 2013.
- Jorge Duarte Pinheiro, *O Direito da Família Contemporâneo*, Almedina, 2016.
- Li Zhi Min (edition), *Comparative Family Law*, Peking University Press, 1988.

Li Hong Xiang, The Value Orientation of the Construction of the Family Law System in the Civil Code of Our Country Is Set Out, in *The Social Science Front*, n.12, 2012.

Li Hong Xiang, The Characteristics of the Rising Divorce Rate in China and Its Legal Countermeasures, in *The Social Science Front*, n.16, 2015.

Li Hong Xiang, Wang Chun Ying, The Problems and Countermeasures of Marriage Law -- From The Perspective of The Perfection of Family Law System, in *Contemporary Law Review*, n.2, 2012.

Ma Yi Nan, Chinese Marriage and Family Law of the 20th Century, in *Peking University Law Journal*, No. 2, 1998.

Manuel Trigo, Lições de Direito da Família e das Sucessões, Vol. I, Faculty of Law of University of Macao, 2016.

Maria Clara Sottomayor e Maria Teresa Féria de Almeida, *E Foram Felizes Para Sempre? Uma Análise Crítica do Novo Regime Jurídico do Divórcio*, Coimbra Editora, 2010.

Xue Ning Lan, the legalization process of no-fault divorce in the United States, in *Foreign Law Translation Review*, No. 4, 1998.

O Novo Regime Jurídico em Avaliação, Editor-in-Chief of Boaventura de Sousa Santos, Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra, 2010.

Pereira Coelho; Guilherme de Oliveira, *Curso de Direito da Família*, I, 4ª Edição, Coimbra Editora, 2008.

Portuguese Civil code (Chinese version), translated by Tong lo Cheng etc., *Peking University Press*, 2009.

Principles of European Family Law Regarding Divorce and Maintenance between Former Spouse, Antuérpia/Oxford, Intersentia, 2004.

Rita Lobo Xavier, *Recentes Alterações ao Regime Jurídico do Divórcio e das Responsabilidades Parentais*, Almedina, 2009.

Tan Da Zheng, *New Culture and Law*, People's Press, 1998.

Tao Yi, Ming Xin, Divorce: Single Breakdown or Mixed Doctrine, in *Chinese Journal of Law*, No. 6, 1999.

The American Modern Marriage and Family System, China University of Political Science and Law Press, 1999.

The Selection of Studies in Humanities and Social Sciences of Macau. History, (Editores-in-Chief. The European Family Law Principles Concerning Divorce and Spouse Support after Divorce (promulgated by the European Family Law Commission, established on September 1, 2001) published in 2004.

Tong lo Cheng, The Way of Legal Development in Macao: Exploring The Legal Ideal Of One Country, Two Systems In the Puzzlement Of Post-Colonialism In Macao, in *Collection Of Legal Development Seminars Of Four Places Across The Taiwan Straits* In 2014.

The Perspective of the European Family Law Association, in *Contemporary Law Review*, No.4, 2008.

The Perspective of the European Family Law Association, in *Contemporary Law Review*, No.4, 2008.
The European Family Law Principles on Divorce and Spouse Support after Divorce can be found in the following links: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf> and Katharina Boele-Woelki.

William Josiah Goode, The Change of Divorce Patterns around the World (translated by Chen Yi Jun), in *Sociological Research*, No. 3, 1993.

Wu Zhi Liang, Lin Fa Qin, He Zhi Hui), *Social Sciences Academic Press* (China), 2010.

Wei Shu Jun, From Legal Culture to Rule of Law Culture: Changes of Macao's Legal Culture Before and After the Return, in *Journal of China Executive Leadership Academy Pu Dong*, Volume 11, No. 5, 2017.

Wu Yong, The Latest Development In The Process Of European Family Law Unification: From The Perspective Of The European Family Law Association, in *Contemporary Law Review*, No. 4, 2008.

Wu Hong, There Must be Limitations for Divorce, in *Debate on the Amendment of Marriage Law* (Editor-in-Chief of Li Yin He, Ma Yi Nan), Guang Ming Daily Press, 1999.

Xue Ning Lan, the Equity Mechanism in the Legislation of No-Fault Divorce, in *China Law Network*, <https://www.iolaw.org.cn/showNews.aspx?id=12553> (2019/7/10).

Xia Yin Lan, Research on Divorce Equity Mechanism, in *Journal of China Women's College*, Volume 16, No. 5, 2004.

Xia Yin Lan, An Analysis of the Family Law of Macao's Civil Code, in *Perspectivas do Direito*, No. 8, 2000.

Xia Yin Lan, *Divorce Freedom and Restriction Theory*, Peking University Press, 2007.

Xiao Xue Hui, *Opposed Attaching Divorce Conditions to Emotional Breakdown*; Chen Xin Xin, *Opposed Restrictions on Divorce*.

Xu An Qi, *The Misunderstanding in the Amendment of Marriage Law - Restriction Of Divorce and Li Yin He*, When Amending Marriage Law, Should Be Vigilant Against Retrogression, all in *The Controversy On The Amendment Of Marriage Law* (Editor-in-Chief of Li Yin He, Ma Yi Nan), Guang Ming Daily Press, 1999.

Zhang Xian Yu, The Evaluation and Enlightenment Of The Reform Of Contemporary Foreign Divorce Law, in *China Legal Science*, No. 3, 1991.

Recebido em: 08/03/2020

Aprovado em: 21/04/2020

Como citar este artigo (ABNT):

WA, Jiang Yi. Analysis of Macao's divorce litigation system in the past twenty years: irretrievable breakdown of marriage and no-fault divorce litigation. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.40, p.13-36, jan./abr. 2020. Disponível em: <<http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/07/DIR40-01.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

EVOLUÇÃO INSTITUCIONAL DO PRINCÍPIO DAS RESPONSABILIDADES COMUNS, MAS DIFERENCIADAS E RESPECTIVAS CAPACIDADES (PRCDRC) NO SISTEMA INTERNACIONAL CLIMÁTICO

INSTITUTIONAL EVOLUTION OF THE PRINCIPLE OF COMMON BUT DIFFERENTIATED RESPONSIBILITIES AND RESPECTIVE CAPABILITIES (PCBDRRC) IN THE INTERNATIONAL CLIMATE SYSTEM

Ernani Contipelli¹
Thais Giordani²

RESUMO: O princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas e suas respectivas capacidades captura a ideia de que é responsabilidade comum dos Estados protegerem e recuperarem o meio ambiente, mas que os níveis e as formas das responsabilidades individuais dos Estados podem ser diferenciados de acordo com suas próprias circunstâncias nacionais. Este princípio reflete a moldura da evolução do regime climático e desempenha papel importante na promoção de compromissos e acordos globais. A adoção da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima (UNFCCC), seguida pelo desdobramento do Protocolo de Kyoto e Acordo de Paris demonstram a relevância do princípio aqui tratado. O PRCDRC surge como vetor de orientação no plano de negociações políticas que buscam compatibilizar justiça e poder para afrontar a crise climática no plano internacional, seu estudo institucional é essencial para verificar o papel e a postura que cada Estado precisa adotar frente ao desafio das questões relacionadas ao meio ambiente, especialmente as de cunho climático.

Palavras-chave: princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas e respectivas capacidades; mudanças climáticas; convenção-quadro das nações unidas sobre mudança do clima; protocolo de kyoto; acordo de paris

ABSTRACT: The principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities captures the idea that it is the common responsibility of States to protect and recover the environment but the levels and forms of the individual responsibilities of states can be differentiated according to their own circumstances national authorities. This principle reflects the evolutionary framework of the climate regime and plays an important role in promoting global commitments and agreements. The adoption of the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), followed by the Kyoto Protocol and the Paris Agreement, demonstrates the relevance of the principle. The PCBDRRC emerges as a guiding vector in the political negotiation that seeks to reconcile justice and power to face the international climate crisis. Its institutional study is essential to verify the role and the posture that each State needs to adopt in the face of the challenge of related issues to the environment, especially those of a climatic nature.

Keywords: principle of common but differentiated responsibilities and respective capabilities; climate change; united nations framework convention on climate change; kyoto protocol; paris agreement

1 Pós-Doutor em Direito Político Comparado pela Universidad Pompeu Fabra. Pós-Doutor em Direito Constitucional Comparado pela Universidad Complutense de Madrid. Doutor em Direito do Estado pela PUC/SP. Mestre em Filosofia do Direito e do Estado pela PUC/SP. Especialista em Direito Tributário pela PUC/SP. Pesquisador Associado ao Instituto de Estudos Ambientais - VU Amsterdam/Holanda. Professor do Bachelor e Master em Relações Internacionais da International Business School The Hague/Holanda.

2 Mestre em Direito pela Universidade Comunitária da Região de Chapecó (Unochapecó/SC). Bolsista Capes/Fapesec.

1 INTRODUÇÃO

Os princípios da UNFCCC, (sigla em inglês) no Brasil conhecida como Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, estabelecem o quadro geral para o desenvolvimento do regime climático da ONU, orientando as partes em suas ações destinadas a alcançar os objetivos da convenção e implementar suas disposições. Eles fornecem referências para avaliação de propostas específicas, por exemplo, relacionadas com as metas de emissões de gases de efeito estufa ou assistência financeira. Alguns desses princípios relacionam-se direta e especificamente com a questão climática, mas refletem os demais princípios gerais do direito internacional ambiental, como o princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas e respectivas capacidades, da preocupação comum da humanidade, da equidade intra e intergeracional e do desenvolvimento sustentável.

Questões sobre ética e justiça têm sido fatores centrais para o debate sobre o clima desde o início, incluindo discussões sobre direitos e responsabilidades de governos, corporações e indivíduos. Em tais termos, podemos afirmar que o princípio mais amplamente citado e discutido do regime climático é o princípio responsabilidades comuns, mas diferenciadas e respectivas capacidades.

A UNFCCC articula a necessidade de “responsabilidades comuns, mas diferenciadas”, que reflete a diversidade entre as nações nas contribuições para as causas e a probabilidade de sofrer os efeitos da mudança climática, bem como as diferentes capacidades entre as Nações para lidar com a mudança climática.

O princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas esta incorporado em diversos instrumentos de soft law (Artigo 7 do Declaração do Rio, Agenda 21, o documento final da Cimeira Rio + 20, etc.) e em alguns tratados ambientais internacionais referentes ao meio ambiente (Artigo 3.1 da Convenção sobre Mudança do Clima como exemplo). Portanto, é considerado um princípio fundamental no domínio da proteção do meio ambiente.

A metodologia adotada para a presente pesquisa é bibliográfica, caracterizada como dedutiva, qualitativa e teórica.

2 BREVE CONTEXTUALIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DAS RESPONSABILIDADES COMUNS, MAS DIFERENCIADAS E RESPECTIVAS CAPACIDADES (PRCDRC).

Profundamente enraizado nas antigas noções de justiça e equidade, a ideia de tratamento diferenciado entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento começaram a aparecer na lei ambiental internacional na última metade do século XX. Essas leis, na maioria das vezes, levam em consideração as questões relacionadas com as alterações climáticas, reconhecendo que a imposição de obrigações iguais a sujeitos de direito que sejam desiguais, de maneira relevante, pode ser entendido como injusto se exacerbar as desigualdades ou impor encargos dessarroáveis, levando-se em consideração as diferenças desses países.³

As conferências realizadas no Rio (1992) e Estocolmo (1972) realizaram importantes debates e avanços que corroboraram com a ideia estampada acima, restou previsto no preâmbulo da Declaração de Estocolmo, por exemplo, que: “os países em desenvolvimento devem direcionar seus esforços para o desenvolvimento, tendo em conta as suas prioridades e a

3 DELEUIL, T. *The Common but Differentiated Responsibilities Principle: Changes in Continuity after the Durban Conference of the Parties*. RECIEL 21 (3) 2012, p.271. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1467-9388.2012.00758.x>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

necessidade de salvaguardar e melhorar o ambiente. Para o mesmo fim, os países industrializados devem envidar esforços para reduzir a diferença entre eles e os países em desenvolvimento”.

O princípio sete da Declaração do Rio de 1992 dispõe que: “Os Estados deverão cooperar com espírito de solidariedade mundial para conservar, proteger e restabelecer a saúde e a integridade do ecossistema da Terra. Considerando que têm contribuído em diferente medida à degradação do meio ambiente mundial, os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas. Os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que lhes cabe na busca internacional do desenvolvimento sustentável, em vista das pressões que suas sociedades exercem no meio ambiente mundial e das tecnologias e dos recursos financeiros de que dispõem”, reconhecendo, assim, o princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas, baseando-se, também, nos princípios da igualdade, justiça, solidariedade, desenvolvimento internacional e sustentável.

Historicamente, o próprio espírito que pauta a Conferência Rio 1992 foi centrado na maior responsabilização dos países desenvolvidos pela degradação ambiental global. Fernando Estenssoro Saavedra comenta que, diferentemente de 1972, já não se podia considerar que a principal causa do deterioramento do meio ambiente global era a “explosão demográfica” (sobretudo a que ocorria no Terceiro Mundo). Ao contrário, naquele momento restava absolutamente claro que a crise ambiental era responsabilidade principal dos países altamente industrializados e desenvolvidos do Primeiro Mundo, eles haviam causado e eles deveriam assumir sua responsabilidade no assunto, inclusive no que se refere à desigualdade social mundial que provocaram com seu modelo de expansão e desenvolvimento.⁴

Reconhecendo as diferenças históricas, bem como as diferenças em termos de desenvolvimento econômico e social, os Estados criaram um acordo de repartição de encargos enraizada no tratamento diferenciado, a fim de alcançar um regime caracterizado por um escopo universal em vez de um regime de uniformidade nas obrigações das partes.

O reconhecimento legal do princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas como princípio geral de Direito internacional do meio ambiente resulta da aplicação do princípio da igualdade, que rege as relações internacionais entre os Estados. As demandas de proteção do meio ambiente, defendida principalmente por países desenvolvidos, em face das necessidades dos países em desenvolvimento encontram seu equilíbrio através do reconhecimento legal das diferentes contribuições dos Estados para a degradação do ambiente global, especialmente a dos Estados desenvolvidos, tendo em vista as pressões que suas sociedades exercem sobre o ambiente global, tecnologias e recursos financeiros que possuem.⁵

O princípio já mencionado aparece também na UNFCCC, na firmação de que os Estados têm responsabilidades comuns na proteção do meio ambiente e na promoção do desenvolvimento sustentável, mas diferentes, tendo em vista as suas habilidades e situações econômicas, as questões sociais e ambientais são baseadas no grau de vulnerabilidade econômica e social desses países.⁶

4 SAAVEDRA, Fernando Estenssoro (2014). *Historia del Debate Ambiental en la Política Mundial 1945-1992: La Perspectiva Latinoamericana*. Santiago: IEA Universidad Santiago de Chile, p.183.

5 PENTINAT, S. B. Análisis jurídico del principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas. *Revista Sequência*, nº 49, p.153, dez./2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15227>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

6 PENTINAT, S. B. Análisis jurídico del principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas. *Revista Sequência*, nº 49, p.154, dez./2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15227>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

Conseqüentemente, a análise do presente princípio não deve estar ligada às circunstâncias relativas ao desenvolvimento econômico e social dos países em desenvolvimento, uma vez que determinam e condicionam a capacidade desses países de atender aos objetivos das questões ambientais globais. A necessidade de envolver a maioria dos países em compromissos internacionais para proteger o meio ambiente deve ser entendida e aplicada, a partir das circunstâncias, acima de tudo, levando-se em consideração aspectos econômicos e sociais de cada país.⁷

As implicações do princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas possui como objetivo principal a realização do desenvolvimento sustentável, como paradigma econômico, social e ambiental. Ou seja, as repercussões desse princípio visam tanto proteger o meio ambiente como buscar cooperação para o desenvolvimento.⁸

Tal princípio é integrado por dois elementos: as responsabilidades comuns de todos os Estados em criarem esforços para cooperação na consecução do desenvolvimento sustentável e da proteção do meio ambiente e as responsabilidades diferenciadas que cada um deles possui para atingirem esse objetivo.⁹

O CBDR tem duas formas principais pelas quais ele é realizado: alocação de direitos e redistribuição de recursos. A diferenciação implica obrigações variadas para os Estados na cooperação ambiental internacional, e também dá direito aos países menos desenvolvidos de ajudar na implementação de seus compromissos. Conseqüentemente, o tratamento diferenciado não busca apenas alcançar a justiça e a equidade substantiva, mas também uma implementação mais eficaz dos acordos ambientais internacionais. Por diferenciação, os Estados são induzidos a participar dos arranjos dos tratados e a manter a cooperação. O tratamento diferenciado aplica mecanismos e permite desvios das obrigações gerais do Estado em favor dos países menos favorecidos, geralmente, mas não exclusivamente, equacionados com os países em desenvolvimento.¹⁰

As conseqüências jurídicas concretas, do princípio em questão, dependem do contexto convencional específico em que operam, estas conseqüências podem ser de dois tipos: primeiro, podendo operar como um princípio orientador para a criação de novas normas legais e para a diferenciação das obrigações legais que os Estados partes, de determinado tratado internacional, como aconteceu com o Protocolo de Kyoto, ou, também, como um princípio guia para a interpretação e aplicação de tratados internacionais do meio ambiente.¹¹

Os Estados têm responsabilidades comuns, mas diferenciadas, os países desenvolvidos reconhecem a responsabilidade que eles carregam na busca internacional pelo desenvolvimento sustentável, tendo em vista as pressões e impactos que suas atividades causam em âmbito global, levando-se em consideração suas tecnologias, serviços, mercados e recursos que eles comandam.¹²

A principal base deste princípio encontra-se em disposições legais diferentes, de

7 PENTINAT, S. B. Análisis jurídico del principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas. *Revista Sequência*, nº 49, p.155, dez./2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15227>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

8 PENTINAT, S. B. Análisis jurídico del principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas. *Revista Sequência*, nº 49, 192-194, dez./2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15227>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

9 RODRIGO, A. J. *El desafío del desarrollo sostenible: los Principios de Derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*. Madrid, 2015, p.117.

10 HONKONEN, T. *The Principle of Common But Differentiated Responsibility in Post-2012 Climate Negotiations*. *RECIEL* 18 (3) 2009. p.258. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1467-9388.2009.00648.x>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

11 RODRIGO, A. J. *El desafío del desarrollo sostenible: los Principios de Derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*. Madrid, 2015, p.121.

origem convencional e habitual, declarativa de direitos econômicos, sociais ou culturais, mas também princípios e valores internacionais que confirmam as diferentes manifestações ambientais, econômicas e sociais de um princípio que é conceber com base no conceito de desenvolvimento sustentável.¹³

O princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas dentro das questões relacionadas às mudanças do clima é um dos princípios básicos previsto na UNFCCC, que institucionalizou um regime fortemente diferenciado para compartilhar ônus do combate às mudanças climáticas. Nos últimos anos, no entanto, esta diferenciação institucionalizada entre os países do Anexo I e não-Anexo I começou a sofrer erosão, dando origem a um conjunto mais amplo e diversificado de partes, cuja institucionalização culminou no Acordo de Paris¹⁴, conforme será analisado a seguir.

3 O REGIME INTERNACIONAL CLIMÁTICO E O PRINCÍPIO DAS RESPONSABILIDADES COMUNS, MAS DIFERENCIADAS E RESPECTIVAS CAPACIDADES (PRCDRC)

Após a aprovação da UNFCCC ocorreu um processo de politização da mudança climática, é dizer, começam os conflitos e as negociações entre blocos de nações para defesa de seus respectivos interesses sobretudo de conteúdo econômico, como o caso dos emergentes (Brasil, Índia e China) que passaram a acusar aos países ricos do Norte e seu processo de industrialização de causar os atuais problemas de aquecimento da terra, cabendo a eles a solução do problema; ou a formação da Aliança de Pequenos Estados Insulares (AOSIS, sigla em inglês), que participou ativamente nas negociações para o estabelecimento de acordos vinculantes para redução da emissão de gases de efeito estufa (GEE), considerando o estado de emergência em que vivem seus povos diante dos efeitos da elevação do nível do mar causado pela mudança climática¹⁵.

Diante de tais divergências e o crescimento das evidências científicas sobre a contribuição da intervenção humana para o aquecimento do planeta, foi iniciado o processo de negociação para o estabelecimento de uma resposta em âmbito mundial ao problema da mudança climática, através da definição de compromissos apropriados entre as nações.

Com a adoção da UNFCCC, ratificada por 195 países e que passa a ter vigência a partir de 1994, restaram determinados os quadros necessários para a estabilização das concentrações de GEE na atmosfera, com o fim de evitar as interferências antrópicas que coloquem em risco o sistema climático; e os prazos e mecanismos de adaptação dos ecossistemas à mudança climática, para promoção do desenvolvimento sustentável.

12 DELEUIL, T. *The Common but Differentiated Responsibilities Principle: Changes in Continuity after the Durban Conference of the Parties*. RECIEL 21 (3) 2012, p.271. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1467-9388.2012.00758.x>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

13 PENTINAT, S. B. Análisis jurídico del principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas. *Revista Sequência*, nº 49, p.167, dez./2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15227>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

14 CASTRO, P. Common But Differentiated Responsibilities Beyond the Nation State: How Is Differential Treatment Addressed in Transnational Climate Governance Initiatives?. *Transnational Environmental Law*, 5:2 (2016), pp.399. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/common-but-differentiated-responsibilities-beyond-the-nation-state-how-is-differential-treatment-addressed-in-transnational-climate-governance-initiatives/398DF501EEAD582AA9DC714F135CEB0F>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

15 Os pequenos Estados Insulares são especialmente sensíveis à mudança climática e suas ameaças, tais como: o aumento dos ciclones tropicais, redução do turismo, prejudicando a economia desses territórios; diminuição dos recursos hídricos; riscos à saúde humana, etc. Em razão dos efeitos adversos da mudança climática, os pequenos Estados Insulares converteram a AOSIS em uma importante instância de discussão sobre a mudança climática. Por exemplo, durante o processo de aprovação da UNFCCC, a AOSIS teve a oportunidade de desenvolver uma agenda de negociação específica relativa a temas que são de primordial preocupação para seus membros, a qual revela os piores cenários de mudança climática, logrando incorporar tais preocupações em uma Convenção de importância histórica para promover a ação por parte de outras nações (GILLESPIE, A.; BURNS, W. C. G. *Climate Change in the South Pacific: Impacts and Responses in Australia, New Zealand, and Small Island States*. New York: Springer, 2000, p.35).

Tal Convenção não pode ser considerada apenas um documento legal, mas também o mais importante fórum internacional para a discussão das questões ligadas à mudança climática, ao impulsionar um canal de diálogo e a cooperação entre as nações para combater um problema comum da humanidade. Diante de tais afirmações, podemos dizer que a UNFCCC inaugura o sistema internacional de governança climática global¹⁶, a qual tem por finalidade investigar o potencial das relações que podem existir entre específicos níveis de governo e construir conexões entre distintas iniciativas (internacional, transnacional, nacional e subnacional), para assegurar o alcance de objetivos comuns relativos ao controle da crise climática contemporânea.¹⁷

Ao representar a busca pelo estabelecimento de um quadro global contra o aquecimento do planeta e a mudança climática, com decisões que influenciam iniciativas em diferentes níveis de governança (internacional, nacional, local), a UNFCCC compatibiliza os interesses e as necessidades comuns entre países em distintos graus de desenvolvimento, para assegurar o futuro do nosso planeta, promovendo a ideia de equilíbrio entre meio ambiente e progresso econômico, a partir do princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas e respectivas capacidades.

Assim, a proteção de vulnerabilidades e o respeito às diversidades existentes entre os níveis de desenvolvimento econômico e humano das nações deve ser considerada uma exigência para complementação do sistema internacional climático, a partir de um esforço global que possibilite a formulação de políticas públicas diferenciadas e a determinação de compromissos equitativos entre nações historicamente emissoras de GEE e as afetadas.

Neste contexto, o PRCDRC indica os encargos que devem ser assumidos pelos Estados-nações em seus diferentes graus de desenvolvimento, no que diz respeito ao combate da crise climática, revelando aqueles que possuem melhor capacidade para lidar com o problema, especialmente, em termos técnicos e de recursos financeiros.¹⁸

De todas as formas, é importante destacar: embora historicamente existam distintos graus de desenvolvimento econômico entre as nações, como resultado do processo de produção e consumo que se estende desde a revolução industrial e intensificado pelo atual modelo de globalização, todas as nações devem colaborar solidariamente, de acordo com suas respectivas capacidades, com os esforços planetários para a resolução das questões de ordem climática.

Entretanto, os países industrializados/desenvolvidos, que disfrutaram por aproximadamente dois séculos dos benefícios do crescimento econômico gerado pela revolução industrial, caracterizando-se como emissores históricos de GEE, devem suportar, por uma questão de equidade, justiça e solidariedade, um maior encargo na repartição de problemas climáticos.

A trama geopolítica que envolve o processo de negociação internacional sobre a mudança climática e seus efeitos encontra no PRCDRC um fator para melhor compreensão do jogo de poder entre nações e da busca por mecanismos de equilíbrio e conciliação de interesses.

16 BODANSKY, Daniel (1993). The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary. *Yale Journal of International Law*, 18/2, p.451.

17 CONTIPELLI, E. (2018). Política Internacional Climática: do Consenso Científico à Governança Global. *Revista Direito e Desenvolvimento*, n.09, vol. 02, p.88.

18 RAJAMANI, Lavanya (2013). Differentiation in the Emerging Climate Regime. *Theoretical Inquires in Law*, 14 (1), p.153.

Tal fato deve ser tomado em consideração nas perspectivas de negociações de tratados internacionais e leis destinadas ao combate da mudança climática, na medida em que, ao possuir um aspecto extremamente difuso, a degradação ambiental que afeta o equilíbrio do sistema climático nem sempre se origina no mesmo local onde ocorrem os danos atuais, exigindo um critério para determinação da devida esfera de responsabilidades dos Estados-nação em relação à proteção de direitos, promoção de políticas públicas e de garantia de condições de existência digna a categoria de pessoas e grupos vulneráveis em sintonia com seus respectivos históricos de emissões de GEE que tem por bases, especialmente, seu grau de desenvolvimento econômico.

Devemos destacar, então, a vinculação do PRCDRC com a ideia de justiça climática, esta compreendida como um valor fundamental direcionado à proteção do direito humano a um meio ambiente sadio, a igualdade ambiental e o desenvolvimento sustentável no contexto local, nacional e global, para promoção de esforços cooperativos e solidários.

Desse modo, ao se conectar as relações de poder entre nações, orientando a definição de encargos compativelmente com as respectivas contribuições históricas e atuais para o agravamento da crise climática, o PRCDRC consiste em um princípio destinado à proteção da dignidade das pessoas e de comunidades vulneráveis, que pretende atribuir no âmbito do sistema internacional climático um tratamento justo e participação significativa de todas as pessoas independentemente de suas situações reais de vida como raça, cor, origem nacional ou condição financeira, entre outras condicionantes.

O PRCDRC surge como vetor de orientação no plano de negociações políticas que buscam compatibilizar justiça e poder para afrontar a crise climática no plano internacional. O princípio se apresenta com uma dupla perspectiva, na medida em que, por um lado, considera a contribuição à degradação do meio ambiente global, o que pode supor para os países desenvolvidos a emergência da responsabilidade jurídica de adotar medidas para fazer frente aos problemas climáticos globais; por outro lado, se baseia na capacidade tecnológica, financeira e organizativa para responder adequadamente a tais problemas, o que implica a adoção de medidas a favor dos países menos desenvolvidos.

A aceitação da comunidade internacional do PRCDRC, o que é comprovado por sua exaustiva integração em normas de direito internacional ambiental, inclusive sobre mudança climática, conforme demonstrado no item anterior, demonstra sua função de elemento orientador da geopolítica climática, permitindo a atribuição de encargos a partir do equilíbrio de forças entre nações situadas em diferentes níveis de desenvolvimento humano e econômico.

O PRCDRC possibilita uma melhor compreensão da esfera de negociação política ambiental internacional, ao reconhecer juridicamente as assimetrias existentes entre nações desenvolvidas e em via de desenvolvimento sobretudo no que diz respeito aos aspectos econômico, financeiro e tecnológico. Em realidade, o PRCDRC corresponde a uma juridização do embate histórico/geopolítico no sistema internacional climático, para atribuir-lhe um fator de justiça a partir do equilíbrio entre solidariedade e igualdade, diante dos assimétricos níveis de desenvolvimento humano e econômico entre nações.

A afirmação anterior é refletida, sobretudo nas normas de tratamento diferenciado presentes no sistema internacional climático que categorizam o PRCDRC, ao distinguir países desenvolvidos e em desenvolvimento em relações às obrigações centrais para combate da crise climática como metas de redução de emissão GEE e cronogramas de implementação de medidas, especialmente no sistema UNFCCC e Kyoto, os quais serão investigados no próximo item.

3.1 Sistema UNFCCC

A UNFCCC, como o próprio título indica, estabelece um marco normativo e institucional para lidar com o problema da mudança climática¹⁹, mas também um fórum internacional de discussão, ao impulsionar um canal de diálogo e cooperação entre as nações para combater um problema comum da humanidade.

No regime climático é feita referência ao PRCDRC, apresentando uma nomenclatura mais específica daquela adotada no Rio 92, especialmente à luz da resistência dos países desenvolvidos à menção de responsabilidades históricas. É notável que o PRCDRC muitas vezes seja ligado a outros princípios ou normas contextuais.

Assim, no Artigo 3.1 da UNFCCC, o PRCDRC é invocado em conjunção com a noção de equidade, ademais, em outras partes da Convenção, referências como PRCDRC das partes e respectivas capacidades, condições sociais e económicas ou PRCDRC e prioridades específicas de desenvolvimento nacional e regional, objetivos e circunstâncias podem ser encontrados.²⁰

Em contraste com a Declaração do Rio, que baseia a diferenciação apenas na diferente contribuição dos estados para a degradação ambiental, a UNFCCC concentra-se nas respectivas capacidades dos estados, bem como em suas diferentes responsabilidades.

Desde 1992 o princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas tem sido usado repetidamente nas negociações dentro da UNFCCC e tem reiterado em textos-chave que estruturam o regime, incluindo o Protocolo de Kyoto de 1997. Portanto, tem-se que o princípio da PRCDRC é mais amplamente explorado no regime climático, todavia, a UNFCCC não integra perfeitamente a definição da Declaração do Rio do PRCDRC, considerando que na Declaração do Rio o princípio referido remete claramente a questão da contribuição histórica dos países desenvolvidos à degradação ambiental, sendo que estas contribuições são mencionadas apenas no preâmbulo da UNFCCC, que não adentra tanto nesse aspecto histórico de responsabilidade das Nações. No mais, a redação da UNFCCC acrescenta a menção de “capacidades respectivas” ao PRCDRC.²¹

Isso foi importante para alguns países desenvolvidos - os EUA, em particular. Se as diferentes contribuições históricas dos países para o problema da mudança climática fornecem a base para a diferenciação, como os países em desenvolvimento sustentaram nas negociações da UNFCCC, então a diferenciação mudaria de forma relativamente lenta. Assim, se as capacidades fornecem a base para a diferenciação, então a obrigação de um país pode evoluir mais rapidamente, à medida que se desenvolve e ganha maiores capacidades financeiras, tecnológicas e administrativas.

Este princípio tem diversas aplicações na UNFCCC e os países desenvolvidos devem tomar a iniciativa de promover seu cumprimento no que se refere ao combate da mudança climática. Por exemplo, os Estados Partes concordaram em negociar a alocação de responsabilidades e custos para a ação climática global, de acordo com o PRCDRC. Os países desenvolvidos concordaram em “*tomar a frente*” na mitigação do clima, a fim de limitar o aumento da temperatura do planeta, tomando medidas urgentes e uma ação mais rigorosa

19 RUIZ, J. J. *El derecho internacional frente al desafío del cambio climático*. 2008, p.33.

20 DELEUIL, T. *The Common but Differentiated Responsibilities Principle: Changes in Continuity after the Durban Conference of the Parties*. RECIEL 21 (3) 2012, p.275. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1467-9388.2012.00758.x>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

21 DELEUIL, T. *The Common but Differentiated Responsibilities Principle: Changes in Continuity after the Durban Conference of the Parties*. RECIEL 21 (3) 2012, p.271-281. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1467-9388.2012.00758.x>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

do que a exigida dos países em desenvolvimento.²²

O PRCDRC desempenha um papel central na organização da UNFCCC. A diferenciação é explícita tanto na listagem do Anexo I entre os países desenvolvidos e os com economias em transição (isto é, os membros da antiga União Soviética), assim como no estabelecimento do Anexo II que reúne os países desenvolvidos que devem prover suporte financeiro para ações de mitigação e adaptação à mudança climática. Já os países em desenvolvimento são designados como “*partes não incluídas no Anexo I*”, em que a diferenciação se expressa em diversos compromissos-chaves da UNFCCC.²³

A UNFCCC dividiu seus signatários em três categorias de nações com responsabilidades diferentes: a) Anexo I (países industrializados e integrantes da Organização de Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE); b) Anexo II (países desenvolvidos que pagam os custos para os em desenvolvimento); c) Não Anexo I (países em desenvolvimento).

Partes do Anexo I: grupo formado por 43 países desenvolvidos, que formavam parte da OCDE (Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico) em 1992, e países em economia em transição (estes são em maioria países de Europa Central e Oriental) e União Europeia.

Responsabilidades:

- a) Tomar a iniciativa na redução de emissões de GEE;
- b) Apresentar comunicações nacionais periódicas e relatórios bienais;
- c) Apresentar inventários anuais das emissões de GEE.

Partes do Anexo II: consiste em um subgrupo do Anexo I, formado por 24 países desenvolvidos, ou seja, países com maior nível de desenvolvimento, não incluindo os países com economia em transição.

Responsabilidades: proporcionar os recursos técnicos e financeiros aos países em desenvolvimento e ajudar especialmente os mais vulneráveis a suportar o custo das atividades de mitigação e de adaptação.

Partes não incluídas no Anexo I: grupo formado em sua maioria por países em desenvolvimento, que, geralmente, trabalham através do G77 para estabelecer posições de negociação comum.

Responsabilidades: elaborar relatórios sobre medidas de mitigação e adaptação; e apresentar comunicações nacionais e relatórios bianuais de atualização.

A lista de países nos Anexos I e II foi compilada às pressas, no horário de encerramento das negociações da UNFCCC, e pouca consideração foi dada para quais países incluir em qual lista. Como resultado, o Anexo I contém várias anomalias. Por um lado, Israel e a África do Sul não foram incluídos no Anexo I, apesar de serem qualificados como países desenvolvidos na época. Por outro lado, a Turquia foi incluída nos Anexos I e II devido à sua participação na OCDE, mas, a partir de 1992, poderia igualmente ter sido caracterizada como país em desenvolvimento. Posteriormente, Turquia foi removida do Anexo II por uma modificação adotada durante a COP17 e não lhe foi dada uma meta de limitação de emissões no Protocolo de Kyoto.

22 FERREIRA, P. G. 'Common But Differentiated Responsibilities' in the National Courts: Lessons from *Urgenda v. The Netherlands*. *Transnational Environmental Law*, 5:2 (2016), pp.330. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/common-but-differentiated-responsibilities-in-the-national-courts-lessons-from-urgenda-v-the-netherlands/69057150F17B06AE67DB52341FD6B1EC>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

23 FREESTONE, David (2016). *The United Nations Framework Convention on Climate Change - The Basis for the Climate Change Regime*. In: GRAY, Kevin R., TARASOFSKY, Richard; CARLARNE, Cinnamon. *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. DOI: 10.1093/law/9780199684601.003.0005.

A UNFCCC estabeleceu obrigações diferenciadas de natureza substantiva para os Estados-Membros desenvolvidos no Anexo II: a obrigação de fornecer recursos financeiros novos e adicionais para cobrir as despesas incorridas para os Estados parte em desenvolvimento para cumprir suas obrigações de informar (Artigo 4.3); a obrigação de fornecer recursos financeiros para a transferência de tecnologia necessária para que os Estados em desenvolvimento cumpram suas obrigações metodológicas de criar inventários e programas nacionais (Artigo 4.3); a obrigação de ajudar os países particularmente vulneráveis aos efeitos adversos das alterações climáticas para fazer face aos custos o que implica sua adaptação (artigo 4.4); e a obrigação de promover, facilitar e financiar, conforme apropriado, a transferência de tecnologia e conhecimento ambientalmente saudável ou propiciar acesso a elas (Artigo 4.5).²³

Quando a UNFCCC foi adotada, as anomalias constantes dos anexos não causaram preocupação significativa, porque as obrigações impostas às partes do Anexo I e do Anexo II eram relativamente modestas, e porque a UNFCCC previu que os anexos evoluíssem, permitindo que fossem revisados por 3/4 da maioria absoluta de votos (artigo 16.2) e expressamente convocando a Conferência das Partes (COP), para revisar os anexos até o final de 1998, “*com vistas a adoção de decisões a respeito de emendas à lista dos Anexos I e II, caso seja necessário*” (Artigo 4.2, f).

No entanto, nos anos seguintes, os anexos mostraram-se notavelmente resistentes a mudanças, apesar das grandes transformações na economia mundial, que tornaram muitos países não pertencentes ao Anexo I mais ricos per capita do que alguns dos países mais pobres do Anexo I, como, por exemplo, Chile, Coréia e o México que passaram a incorporar a OCDE, e a China que se tornou a maior emissora de GEE do mundo em termos absolutos (embora não em base histórica ou per capita).

Foram introduzidas algumas alterações não controversas ao Anexo I para refletir o desmembramento da Checoslováquia e da Jugoslávia nos anos 90 e a adesão de Chipre e Malta à União Europeia em 2004. Mas os esforços dos países do Anexo I para acrescentar países cujas economias cresceram e que, sem dúvida, já não eram países “desenvolvidos” (em 2015, por exemplo, Cingapura havia se tornado o país mais rico do mundo em uma base per capita), nunca decolou, devido à forte oposição de partes não-Anexo I, que consideraram a divisão entre os países do Anexo I e não-Anexo I como sagrado.²⁴

Até mesmo a tentativa do Cazaquistão, em 1999, de aderir voluntariamente ao Anexo I foi oposta por importantes países em desenvolvimento. Como resultado, os anexos da UNFCCC permanecem essencialmente os mesmos, até hoje, como quando foram adotados em 1992.

Ainda como desdobramento PRCDRC, encontramos o princípio da plena consideração das Necessidades Específicas e Circunstanciais Especiais dos Países em Desenvolvimento, especialmente, em relação àqueles particularmente mais vulneráveis aos efeitos negativos da mudança climática no que se refere à proporcionalidade e normalidade de encargos que devem ser assumidos.

23 See Antunes Valera, *Direito da Família*, Vol. I, pp.501 ff., 5ª Edição, revista e atualizada, Livraria Petrony, Lda. Editores, 1999. RODRIGO, A. J. *El desafío del desarrollo sostenible: los Principios de Derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*. Madrid, 2015, p.120.

24 BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; RAJAMANI, Lavanya (2017). *International Climate Change Law*. Oxford University Press, p.122-123.

3.2 Sistema Kyoto

Quando as Partes aprovaram a UNFCCC tinham consciência de que os compromissos da Convenção não seriam suficientes para mitigar a mudança climática. Em virtude do Mandato de Berlim da COP1 se iniciou uma nova rodada de negociações para decidir sobre um novo instrumento com compromissos mais vinculantes. Este novo instrumento tinha por objetivo fortalecer e complementar a Convenção. Após 18 meses de negociações, o Protocolo de Kyoto foi aprovado em 11 de dezembro de 1997 e entrou em vigor em 16 de fevereiro de 2005, consistindo em um acordo para redução do total de emissões de gases de efeito estufa a uma média de 5,2% aos níveis correspondentes a 1990, com determinação de marcos legais vinculantes, o que inclusive levou a países como Estados Unidos e Austrália a se retirarem de tal Protocolo²⁵.

Enquanto a Convenção declara a necessidade de estabilização das emissões de gases de efeito estufa, o Protocolo obriga a cumprir os compromissos assumidos, reconhecendo que os países desenvolvidos são os principais contribuintes dos altos níveis de GEE presentes atualmente na atmosfera como consequência de mais de 150 anos de atividade industrial, o que permite atribuir-lhes maiores encargos na solução da questão, nos termos do PRCDRC.

O Protocolo de Kyoto se fundamenta nos objetivos e princípios da Convenção, prestando inclusive apoio nos países em desenvolvimento e economias em transição para iniciativas de mitigação e de adaptação, configurando-se como um dos acordos ambientais mais complexos e ambiciosos já negociados. Não é de surpreender que se tenha revelado profundamente controverso e, como resultado, tenha se consagrado historicamente.

Em linhas gerais, pode-se considerar que o texto do Protocolo de Kyoto não impõe novas obrigações aos países não incluídos no anexo I da UNFCCC. O artigo 10 do Protocolo simplesmente retoma as obrigações gerais do artigo 4(1) da Convenção, com as mesmas justificações em relação ao PRCDRC. Jorge E. Viñuales sustenta que com a retomada do sistema UNFCCC pelo Protocolo de Kyoto, na prática, os países em desenvolvimento não se encontraram sujeitos a obrigações precisas de redução de emissões, em virtude do caráter vago de suas disposições.²⁶

Durante o primeiro período de compromisso (2008-2012), as Partes do Anexo I acordaram em reduzir suas emissões de GEE em um pro-médio de, ao menos, um 5% com relação aos níveis de 1990. Em dezembro de 2012, foi aprovada a Emenda de Doha ao Protocolo de Kyoto. A emenda estabelece um segundo período de compromisso desde 01 de janeiro de 2013 até 31 de dezembro de 2020.

Nesse novo período de oito anos, as Partes do Anexo I se comprometem a reduzir as emissões de GEE, ao menos, em um 18% com relação aos níveis de 1990. A composição das Partes no segundo período de compromisso não é a mesma que no primeiro período de compromisso. Os novos integrantes no segundo período de compromisso são: Bielorrússia, Chipre, Cazaquistão e Malta. Canadá, Japão, Nova Zelândia e Rússia.

25 De acordo com seu artigo 25, o Protocolo de Kyoto prevê uma *condição suspensiva de vigência*, segundo a qual ele somente entraria em vigor quando as nações representantes do 55% de emissões mundiais de GEE ratificassem o tratado, o que apenas ocorreu com a entrada de Rússia em 2005, haja vista que a retirada de EUA, responsável por aproximadamente 25% total de emissões mundiais, dificultou consideravelmente a implementação da mencionada condição.

26 VIÑUALES, Jorge E. (2009) El Régimen Jurídico Internacional Relativo al Cambio Climático: Perspectivas y Prospectivas. In: *Curso de Derecho Internacional*, Washington D. C., vol. 36, p. 268.

Enquanto a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas dispõe que as partes protejam o sistema climático “*com base na equidade e de acordo com suas responsabilidades comuns, porém diferenciadas e capacidades respectivas*” (Artigo 3), o Protocolo de Kyoto coloca o referido princípio em operação, considerando compromissos diferenciais e de distribuição de recursos entre os Estados partes.

Quanto aos objetivos de redução de emissões de gás de efeito estufa, o Protocolo de Kyoto faz uma distinção entre países desenvolvidos e em desenvolvimento, os primeiros têm obrigações vinculativas de redução de emissões, o segundo não. Os mecanismos de Quioto, a Implementação Conjunta, o Mecanismo de Desenvolvimento Limpo e o Comércio de Emissões também poderiam ser considerados como formas de tratamento diferenciado. Os mecanismos baseiam-se em parcerias entre países desenvolvidos e em desenvolvimento para atingir o objetivo comum de mitigação da mudança climática. A ideia é que os participantes compartilhem os benefícios obtidos (uma possível situação ganha-ganha); a justiça é discutivelmente incorporada ao regime também dessa maneira.²⁷

De todas formas, ressalte-se que o PRCDRC encontra no Protocolo de Kyoto um maior desenvolvimento estrutural, ao determinar um sistema concreto de obrigações de redução de emissões de GEE que somente afeta aos Estados desenvolvidos e em transição econômica. Os demais Estados, classificados como em desenvolvimento, restam fora desse sistema de obrigações, ainda que possam exigir o cumprimento do Protocolo como Parte.²⁸

Com relação ao PRCDRC, constata-se que o protocolo de Kyoto, seguindo o sistema UNFCCC, operacionaliza o princípio exigindo que os países desenvolvidos, identificados em seus anexos, assumissem ambiciosas metas de mitigação. Esse modelo de diferenciação revelou-se profundamente controverso, de tal modo que o Acordo de Paris, o qual será estudado a seguir, operacionaliza o PRCDRC não ajustando os compromissos às categorias de Partes, mas adequando a diferenciação às especificidades relativas à mitigação, adaptação, finanças, tecnologia, capacitação e transparência, transformado até então existente base ideológica de diferenciação em sistema pragmático.²⁹

3.3 Sistema Paris

O histórico Acordo de Paris, adotado através da Decisão n. 01/COP21, estabeleceu um marco global de combate à mudança climática a partir de 2020, com o propósito de “*manter o aumento da temperatura média mundial muito abaixo de 2°C com respeito aos níveis pré-industriais e prosseguir os esforços para limitar esse aumento da temperatura a 1,5°C.*”³⁰

Diferentemente do Protocolo de Kyoto, o Acordo de Paris não fixou uma meta específica de redução dos gases carbono, e sim fixou o objetivo de limitar o aumento

27 HONKONEN, T. *The Principle of Common But Differentiated Responsibility in Post-2012 Climate Negotiations*. RECIEL 18 (3) 2009, p.258. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1467-9388.2009.00648.x>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

28 GILES CARNERO, Rosa (2009). El Protocolo de Kyoto como Modelo de Gestión Ambiental. In: REMIRO BROTÓNS, Antonio; FERNANDEZ EGEA, Rosa Ma. (Eds.) *El Cambio Climático en el Derecho Internacional y Comunitario*. Bilbao: Fundación BBVA, p.33.

29 RAJAMANI, Lavanya. Ambition and Differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative Possibilities and Underlying Politics. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, issue 2, April 2016, pp.509.

30 Daniel Bodansky, Jutta Brunnée e Lavanya Rajamani compreendem que o Acordo de Paris propõe uma ambiciosa direção para o regime climático, que é complementada por um conjunto de obrigações essenciais comuns para todos os países, inclusive a obrigação legal vinculante de levar a cabo contribuições nacionais determinadas de mitigação e uma expectativa de progressão durante um certo período de tempo. Também, estabelece um marco comum de responsabilidade e transparência e um processo interativo, em que as Partes fazem um balanço, a cada cinco anos, de seus progressos coletivos e apresentar suas contribuições de redução de emissões para o próximo período de cinco anos. Ademais, o Acordo de Paris possui aceitação universal ou quase universal, e é aplicável para todos, haja vista que, em 20 de janeiro de 2017, mais de 190 países, que representam aproximadamente 99% das emissões globais, tinham apresentado suas pretendidas contribuições nacionalmente determinadas. (BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; RAJAMANI, Lavanya (2017). *International Climate Change Law*. Oxford University Press, p.210)

da temperatura da Terra em até 1,5°C até 2100, não havendo diferenciação entre países desenvolvidos e em desenvolvimento.

A falta previsão de metas específicas de redução de GEE não se trata de um retrocesso em relação ao protocolo de Kyoto. Tal proposta não representa um retrocesso na luta contra a mudança climática, mas sim um modelo de governança que pretende valorizar a presença de políticas domésticas para direcionar as ações climáticas e permitir que os países realizem os ajustes de suas próprias metas para minimizar a emissão de GEE, sobretudo, em sintonia com o respectivo contexto socioeconômico nacional.

Talvez a questão mais divisória nas negociações do Acordo de Paris tenha sido a questão da diferenciação entre as responsabilidades dos países. O Acordo de Paris contém referências ao PRCDRC em seu preambulo e nas disposições relativas ao objetivo do acordo, suas progressões e estratégias de longo prazo para combater as emissões de GEE. A mais significativa dessas referências aparece no Artigo 2º, que estabelece a meta de temperatura em longo prazo do regime e enquadra a implementação de todo o acordo, o qual preceitua que: *“o acordo será implementado para refletir a equidade e o princípio de responsabilidades comuns e diferenciadas e respectivas capacidades, à luz de diferentes circunstâncias nacionais”*.

O Acordo de Paris operacionaliza o princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas não por meio da estrutura de anexos estabelecidos pela UNFCCC e consagrado pelo Protocolo de Kyoto, mas de forma distinta, que leva em consideração as especificidades das seguintes questões: mitigação, adaptação, tecnologia financeira, capacitação e transparência. Esta abordagem mais nuançada resultou em diferentes abordagens de diferenciação em múltiplas áreas.

Melhor mecanismo que explica essa nova proposta de diferenciação prevista pelo Acordo de Paris manifesta-se através das Contribuições Definidas a Nível Nacional (CND), mediante a qual as partes descrevem os meios utilizados para reduzir as emissões de GEE a longo prazo. As ações comunicadas nas CNDs, em conformidade com o Acordo de Paris, consistem na chave para compreender sua proposta de governança em relação à diminuição das emissões globais de GEE, refletindo as ações que cada nação pretende realizar e suas aspirações e esforços para responder ao fenômeno da mudança climática, ao oferecer metas conectadas de redução, adaptação e métodos de implementação (financeiro, tecnológico, etc.).

É dizer, uma abordagem que, ao privilegiar a autonomia e soberania de cada país, respeitando as circunstâncias nacionais e permitindo a auto-diferenciação, reduz significativamente os diversos custos de um instrumento juridicamente vinculante como o caso do Protocolo de Kyoto. A política de mitigação constante do Acordo de Paris operacionaliza o princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas através da auto-diferenciação (as partes escolheram suas próprias contribuições e adaptaram-nas às suas circunstâncias, capacidades e restrições nacionais, diferenciando-se de todas as demais nações), mas estabelecem expectativas normativas em relação aos tipos de ação que devem ser tomadas por países desenvolvidos e em desenvolvimento, e reconhece a necessidade de flexibilidade e apoio aos países em desenvolvimento. também estabelece expectativas normativas em relação à progressão e à maior ambição possível através de ciclos sucessivos de contribuições.

Enquanto a UNFCCC e o Protocolo de Kyoto criam uma clara distinção entre grupos de países desenvolvidos e em desenvolvimento, baseando em um modelo de diferenciação estática a partir de listas constantes de seus anexos, o Acordo de Paris estabelece uma proposta centrada em uma maior conteúdo de solidariedade, exigindo que todas as partes devem reduzir ao máximo o nível de emissões de GEE, empreendendo comunicando esforços ambiciosos para alcançar tal objetivo o mais rápido possível.

Logicamente, o Acordo de Paris rompe com o modelo estático anterior, mas continua atribuindo aos países desenvolvidos a tarefa de “liderar” o processo global de redução de

emissões, além de prestar amplo apoio aos países em desenvolvimento, especialmente através da mobilização do financiamento climático, embora também incentive “outras partes” (presumivelmente, países em desenvolvimento) a fornecer apoio voluntário, expandindo a base de doadores até então prevista pelo sistema UNFCCC/Kyoto.³¹

Outro exemplo, pode ser verificado na introdução de uma nova roupagem à diferenciação no âmbito da transparência, fundada na flexibilização das obrigações informacionais a partir das “capacidades nacionais” e não em uma categorização taxativa, ao conferir exigências menos rigorosas para os países menos desenvolvidos e os pequenos estados insulares e nivelar deveres de prestar informações para os demais, incluindo em relação ao objetivo, à frequência e ao nível de detalhamento de relatórios e da revisão.

4 CONCLUSÃO

O Princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas e suas respectivas capacidades, conforme nomenclatura adotada pela UFCCC representou uma importante conquista no regime climático e, mais, do direito ambiental internacional. Ainda, tem sido uma maneira eficiente de alcançar a universalidade do regime necessário e, de alguma forma, permitiu o surgimento de uma concepção mais ética de lei.

O estudo da sistemática adotada na construção do PRCDRC nos documentos internacionais, dentro das questões relacionadas com as mudanças climáticas, mostra-se essencial para a compreensão da lógica dos acordos e normas de direito internacional ambiental dentro desse cenário, o principal objetivo da PRCDRC sempre foi fornecer resultados mais equitativos e eficazes dentro do sistema. Para isso, deve ser mantido como base de obrigações diferenciadas.

A UNFCCC, adotada durante a Conferência Rio-92, foi um passo importante dado pela comunidade internacional para atingir o objetivo de alcançar a estabilização das concentrações de GEEs na atmosfera em nível que impeça uma interferência antrópica perigosa no sistema climático. Esta Convenção não determina como atingir este objetivo, mas estabelece mecanismos que possibilitem negociações em torno dos instrumentos necessários para que ele seja alcançado.

Um dos principais aspectos que relacionam a UNFCCC, Protocolo de Kyoto e Acordo de Paris é a adoção do princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas e suas respectivas capacidades como base de estrutura das suas estratégias de colaboração e implementação para seus debates, o princípio é uma referência de equilíbrio para tornar possível uma equidade entre os Estados-partes.

O princípio estudado confere a responsabilidade comum e diferenciada, ao estabelecer que os países desenvolvidos reconheçam a responsabilidade que lhes é atribuída na busca do desenvolvimento sustentável de forma global, determina que sejam consideradas as assimetrias entre quem possui mais recursos financeiros e possui mecanismos mais tecnológicos, e outros países que não conseguem lidar com os problemas ambientais que podem surgir no progresso econômico e industrial, levando-se em consideração as suas respectivas capacidades para levantamento de suas responsabilidades, este aspecto é uma das alterações que o PRCDRC sofreu no decorrer do seu processo evolutivo.

Profundamente enraizado nas antigas noções de justiça e equidade, a ideia de tratamento diferenciado entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento começaram a aparecer na lei ambiental internacional na última metade do século XX. O reconhecimento dentro do PRCDRC das diferenças históricas dos Estados, bem como

31 SAVARESI, A. (2016) The Paris Agreement: a new beginning?. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 34:1, p.22-23.

das diferenças em termos de desenvolvimento econômico e social criaram um acordo de repartição de encargos enraizada no tratamento diferenciado, a fim de alcançar um regime caracterizado por um escopo universal em vez de um regime de uniformidade nas obrigações das partes. O PRCDRC surge como vetor de orientação no plano de negociações políticas que buscam compatibilizar justiça e poder para afrontar a crise climática no plano internacional.

O princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas dentro das questões relacionadas às mudanças do clima é um dos princípios básicos previsto na UNFCCC, que institucionalizou um regime fortemente diferenciado para compartilhar ônus do combate às mudanças climáticas. Nos últimos anos, no entanto, esta diferenciação institucionalizada entre os países do Anexo I e não-Anexo I começou a sofrer erosão, dando origem a um conjunto mais amplo e diversificado de partes, cuja institucionalização culminou no Acordo de Paris. Em contraste com a Declaração do Rio, que baseia a diferenciação apenas na diferente contribuição dos estados para a degradação ambiental, a UNFCCC concentra-se nas respectivas capacidades dos estados, bem como em suas diferentes responsabilidades.

A importância do princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas e suas respectivas capacidades é notória através da constatação de esforços para moldar e concretizar o seu significado, como se denota, inclusive, dos documentos e acordos acima mencionados. A interpretação em evolução do PRCDRC e sua relevância continuam como núcleo de um regime global de compartilhamento de encargos como forma de enfrentamento as mudanças climáticas.

REFERÊNCIAS

BODANSKY, Daniel (1993). *The United Nations Framework Convention on Climate Change: A Commentary*. Yale Journal of International Law, 18/2.

BODANSKY, Daniel; BRUNNÉE, Jutta; RAJAMANI, Lavanya (2017). *International Climate Change Law*. Oxford University Press.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. *Convenção das Nações Unidas: Acordo de Paris*. In: CONVENÇÃO-QUADRO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE MUDANÇA DO CLIMA (UNFCCC), Paris, 2016. Anais Eletrônicos. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/acordo-de-paris>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

CASTRO, P. Common But Differentiated Responsibilities Beyond the Nation State: How Is Differential Treatment Addressed in Transnational Climate Governance Initiatives?. *Transnational Environmental Law*, 5:2 (2016), pp.379–400. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/common-but-differentiated-responsibilities-beyond-the-nation-state-how-is-differential-treatment-addressed-in-transnational-climate-governance-initiatives/398DF501EEAD582AA9DC714F135CEB0F>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

CONTEPELLI, E. (2018). Política Internacional Climática: do Consenso Científico à Governança Global. *Revista Direito e Desenvolvimento*, n.09, vol. 02.

DELEUIL, T. *The Common but Differentiated Responsibilities Principle: Changes in Continuity after the Durban Conference of the Parties*. RECIEL 21 (3) 2012, p. 271-281. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/j.1467-9388.2012.00758.x>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

FERREIRA, P. G. 'Common But Differentiated Responsibilities' in the National Courts: Lessons from Urgenda v. The Netherlands. *Transnational Environmental Law*, 5:2 (2016), pp.329-351. Disponível em: <<https://www.cambridge.org/core/journals/transnational-environmental-law/article/common-but-differentiated-responsibilities-in-the-national-courts-lessons-from-urgenda-v-the-netherlands/69057150F17B06AE67DB52341FD6B1EC>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

FREESTONE, David (2016). The United Nations Framework Convention on Climate Change—The Basis for the Climate Change Regime. In: Gray, Kevin R., Tarasofsky, Richard e Carlarne, Cinnamon, *The Oxford Handbook of International Climate Change Law*. DOI: 10.1093/law/9780199684601.003.0005.

GILES CARNERO, Rosa (2009). El Protocolo de Kyoto como Modelo de Gestión Ambiental. In: REMIRO BROTONS, Antonio; FERNANDEZ EGEA, Rosa Ma. (Ed.) *El Cambio Climático en el Derecho Internacional y Comunitario*. Bilbao: Fundación BBVA.

GILLESPIE, A.; BURNS, W. C. G. *Climate Change in the South Pacific: Impacts and Responses in Australia, New Zealand, and Small Island States*, p. 35. New York: Springer, 2000.

HONKONEN, T. *The Principle of Common But Differentiated Responsibility in Post-2012 Climate Negotiations*. RECIEL 18 (3) 2009, p.257-267. Disponível em: <<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/j.1467-9388.2009.00648.x>>. Acesso em: 04 abr. 2019.

PENTINAT, S. B. Análisis jurídico del principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas. *Revista Sequência*, nº 49, p.153-195, dez./2004. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/15227>>. Acesso em: 25 nov. 2018.

RAJAMANI, Lavanya. Ambition and Differentiation in the 2015 Paris Agreement: Interpretative Possibilities and Underlying Politics. *International and Comparative Law Quarterly*, volume 65, issue 2, April 2016, pp.493-514. DOI:10.1017/S0020589316000130.

RAJAMANI, Lavanya (2013). Differentiation in the Emerging Climate Regime. *Theoretical Inquires in Law*, 14 (1), p.151-171.

RODRIGO, A. J. *El desafío del desarrollo sostenible: los Principios de Derecho internacional relativos al desarrollo sostenible*. Madrid, 2015.

RUIZ, J. J. *El derecho internacional frente al desafío del cambio climático*. 2008.

SAAVEDRA, Fernando Estenssoro (2014). *Historia del Debate Ambiental en la Política Mundial 1945-1992: La Perspectiva Latinoamericana*. Santiago: IEA Universidad Santiago de Chile.

SAVARESI, A. (2016) The Paris Agreement: a new beginning?. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 34:1, p.16-26, DOI: 10.1080/02646811.2016.1133983.

VIÑUALES, Jorge E. (2009) El Régimen Jurídico Internacional Relativo al Cambio Climático: Perspectivas y Prospectivas. In: *Curso de Derecho Internacional*, Washington D. C., vol. 36, p. 233-305.

Recebido em: 11/02/2020

Aprovado em: 26/05/2020

Como citar este artigo (ABNT):

CONTEPELLI, Ernani; GIORDANI, Thais. Evolução institucional do princípio das responsabilidades comuns, mas diferenciadas e respectivas capacidades (PRCDRC) no sistema internacional climático. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.40, p.37-52, jan./abr. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/10/DIR40-02.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

A REFORMA PSIQUIÁTRICA PROMOVIDA PELA LEI 10.216/01 E OS DIREITOS DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS

THE PSYCHIATRIC REFORM PROMOTED BY THE LAW 10.216/01 AND THE RIGHTS OF PEOPLE WITH MENTAL DISORDERS

Ingrid Paula Gonzaga e Castro¹
Marina Tomas do Nascimento e Silva²

RESUMO: Os transtornos mentais sempre estiveram presentes na humanidade, recebendo tratamentos distintos a depender da sociedade ou época que se inseriu, foram considerados uma manifestação do divino por certas culturas e vistos como vergonha e ameaça em outras. Por muito tempo na nossa sociedade as pessoas com transtornos mentais foram excluídas e despidas de seus direitos básicos. Internados em instituições que não forneciam condições adequadas para o tratamento, os pacientes eram submetidos a humilhações e até torturas por parte de funcionários, despreparados para atender as necessidades dos que estavam em tratamento. Com o advento da Lei 10.216/01, as pessoas com transtornos mentais passaram a ter direito a um tratamento humanizado e individualizado. Conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, é fruto de um grande movimento que visa o fim das antigas instituições psiquiátricas que eram vistas como verdadeiros “depósitos” para pessoas consideradas “indesejáveis” para a família e para a sociedade. O presente trabalho tem por objetivo estudar a referida lei, bem como discorrer sobre os direitos, em especial os fundamentais, das pessoas com transtornos mentais. Analisando o contexto histórico em que a lei se insere e observando as políticas públicas implantadas após a sua vigência, o trabalho busca refletir sobre a questão da pessoa com transtorno mental no Brasil utilizando-se do método dedutivo.

Palavras-chave: CAPS; políticas públicas; direitos humanos; psicopatologia.

ABSTRACT: Mental disorders have always been present in mankind, receiving different treatments depending on the society or era that has been inserted, having already been considered a manifestation of the divine, or seen as shame and threat. For a long time in our society, people with mental disorders have been excluded and stripped of their basic rights. Hospitalized in institutions that did not provide adequate conditions for treatment, patients were subjected to humiliation and even torture by officials unprepared to meet the needs of those being treated. With the advent of Law 10.216 / 01, people with mental disorders are entitled to a humanized and individualized treatment. Known as the Law of Psychiatric Reform, it is the result of a great movement aimed at ending the old psychiatric institutions that were seen as real “deposits” for people considered “undesirable” for the family and for society. The purpose of this study is to study this law, as well as discuss the rights, especially the fundamental, of people with mental disorders. Analyzing the historical context in which the law is inserted and observing the public policies implemented after its validity, the work seeks to reflect on the issue of the person with mental disorder in Brazil using the deductive method.

Keywords: CAPS; public policy; human rights; psychopathology.

1 Doutora em Função Social do Direito Constitucional pela ALFA-FADISP; Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela PUC-GO. Instrutora em autocomposição dos cursos do CNJ.

2 Graduanda em Direito pela PUC-GO.

1 INTRODUÇÃO

Os transtornos mentais ou a “loucura” sempre estiveram presentes na humanidade, sendo tratadas de formas diversas por diferentes sociedades e a depender do tempo em que estão inseridas. São algumas vezes consideradas uma manifestação do divino, outras vistas como uma vergonha e uma ameaça.

Por muito tempo na nossa sociedade as pessoas com transtornos mentais foram excluídas e despidas de seus direitos básicos. Internados em instituições que não forneciam condições adequadas para o tratamento, os pacientes eram submetidos a humilhações e até mesmo torturas por parte de funcionários despreparados.

Com o advento da Lei 10.216/01, as pessoas com transtorno mental passaram a ter direito a um tratamento humanizado e individualizado. Conhecida como Lei da Reforma Psiquiátrica, é fruto de um grande movimento que visa o fim das antigas instituições psiquiátricas que eram vistas como verdadeiros “depósitos” para pessoas consideradas “indesejáveis” para a família e para a sociedade.

A referida lei prioriza a pessoa com transtorno mental, seu tratamento e sua reinserção social, ao contrário de legislações anteriores, que se preocupavam, principalmente, em afastar o paciente da sociedade.

Esse trabalho fará um breve panorama histórico dos direitos das pessoas com transtornos mentais e identificará o que tem sido feito, na prática, para a garanti-los, verificando se o Estado tem cumprido sua parte no desenvolvimento de políticas que garantistas, com a participação da família e da sociedade.

Trazer esse tema à tona tem uma grande importância hodiernamente, visto que a questão da saúde mental continua sendo vista como tabu, e não é tratada com a devida importância nem pela sociedade, tampouco pelo Poder Público, gerando desinformação e preconceito que causam ainda mais a exclusão daqueles que mais precisam de inserção.

Refletir sobre os direitos destes cidadãos é fundamental para quebrar esse ciclo de abandono e preconceito que perdura insistentemente, e garante que no futuro as pessoas que sofrem com esses transtornos tenham acesso a seus direitos fundamentais e maior qualidade de vida.

Tendo em vista essa realidade, a presente pesquisa tem como objetivo geral conhecer o percurso histórico das legislações a respeito do tratamento das pessoas com deficiência psíquica e a aplicação da Lei 10.216/01 na implantação de políticas públicas que garantam o acesso a tratamento adequado. A partir desse objetivo geral, foram definidos os seguintes objetivos específicos: discorrer sobre a história das instituições psiquiátricas e as legislações a respeito do tratamento das pessoas com transtornos mentais; estudar a importância da legislação que verse sobre os direitos humanos dessas pessoas; apresentar as motivações por trás da Lei 10.216/01 e as mudanças trazidas por ela;

Tratará das seguintes problemáticas: Quando surgiram as primeiras legislações no Brasil acerca das pessoas com transtornos mentais? Como a Lei 10.216/01 mudou o tratamento em relação às pessoas com transtornos mentais?

Considerando o tema abordado, o estudo se realizou por meio do método dedutivo, visando esclarecer a questão dos direitos das pessoas com transtornos mentais por meio de levantamento bibliográfico, histórico e científico para a compreensão do tema discutido.

Buscou-se, na bibliografia científica, uma base teórica que pudesse contribuir com uma análise contextualizada do tema. Assim realizamos estudos de artigos científicos, legislações, livros, documentos voltados para essa temática, principalmente dos autores e pesquisadores: Daniela Arbex, Emanuele Seicenti de Brito, Michael Foucault, entre outros.

2 HISTÓRICO DAS LEGISLAÇÕES A RESPEITO DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS

2.1 A definição de doença mental

Não é fácil definir o que é doença ou transtorno mental, tal definição passa por questões filosóficas, médicas, antropológicas e jurídicas, procurando separar o “normal” do “louco”.

A publicação do DSM-III em 1980 introduziu na psiquiatria o termo *mental disorder* como uma nomenclatura mais adequada do que *mental illness*, em concordância com sua abordagem descritiva e a tentativa de neutralidade quanto às teorias etiológicas. No Brasil, essa orientação determinou a substituição gradual do uso do termo doença por distúrbio, transtorno ou desordem.³

Para definir “normalidade psíquica”, Guido Arturo Palomba afirma:

O ser humano para ser normal psiquicamente tem que ter o entendimento dos fatos que o cercam, entendimento racional, lógico e coerente com a sociedade em que vive e as leis que a disciplinam. Claro que não é um entendimento absoluto (...), mas um entendimento, ainda que parcial, correto e harmônico com as leis da natureza e da sociedade em que vivemos. A ruptura dessa harmonia revela a loucura, pois mesmo o ignorante das leis sociais e naturais não deixa de ter, se for normal, entendimento da sua limitação diante do fato considerado, e assim está apto a determinar-se de acordo com esse entendimento, o que o torna harmônico com a situação.⁴

Paulo Dalgarrondo leciona:

O campo da psicopatologia inclui um grande número de fenômenos humanos especiais, associados ao que se denominou historicamente de doença mental. São vivências, estados mentais e padrões comportamentais que apresentam, por um lado, uma especificidade psicológica (as vivências dos doentes mentais possuem dimensão própria, genuína, não sendo apenas “exageros” do normal) e, por outro, conexões complexas com a psicologia do normal (o mundo da doença mental não é um mundo totalmente estranho ao mundo das experiências psicológicas “normais” (...) os critérios de normalidade e de doença em psicopatologia variam consideravelmente em função dos fenômenos específicos com os quais se trabalha e, também, de acordo com as opções filosóficas do profissional. Além disso, em alguns casos, pode-se utilizar a associação de vários critérios de normalidade ou doença, de acordo com o objetivo que se tem em mente.⁵

Dessa forma, delimitar o que é “normal”, ou não, é uma tarefa difícil, envolvendo diversas variáveis, sendo influenciado pelo momento histórico, pelos critérios utilizados e pelo profissional responsável pelo diagnóstico.

Na sociedade ocidental atual, anormalidade é um sinal de loucura, devido talvez ao evidente desconhecimento do conceito das patologias mentais. Há quem entenda que ao

3 OSINAGA, Vera Lúcia Mendiondo. *Estudo comparativo entre os conceitos de saúde e de doença mental e a assistência psiquiátrica, segundo portadores e familiares*. Tese (Tese em enfermagem) – USP: São Paulo, 2004, p.30.

4 PALOMBA, Guido Arturo. *Loucura e Crime*. São Paulo: Fiuza Editores, 1996, p.17.

5 DALGARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. 2. ed. Rio Grande do Sul: Art Med, 2008, p.17.

6 OSINAGA, Vera Lúcia Mendiondo. *Estudo comparativo entre os conceitos de saúde e de doença mental e a assistência psiquiátrica, segundo portadores e familiares*. Tese (Tese em enfermagem) – USP: São Paulo, 2004, p.29.

mesmo tempo em que a doença mental representa uma desumanização do indivíduo, ela é também a marca de sua humanidade, pois não existiria fora da espécie humana.⁶

Ela desumaniza o paciente exatamente porque ele é humano. A desumanização acarretada pela doença mental seria um sinal candente da humanidade.

Cálculos aproximados da Organização Mundial da Saúde sobre a incidência mundial de morbidade correspondente nas pessoas de 15 a 44 anos de idade, indicam que os transtornos mentais e do comportamento representam cinco das dez principais causas de doenças em todo o mundo. Além disso, a porcentagem mundial atribuível aos transtornos mentais e do comportamento aumentam de 12% em 1999 a 15% no ano de 2020.⁷

Acredita-se que o transtorno mental é a patologia da liberdade, a perda da realidade interior. O que infelizmente, se pode constatar através da experiência é que o distúrbio mental vem acompanhado da perda da realidade exterior, como do direito de ir e vir, assim como, de ter opinião, de ser ouvido, de ter trabalho, como também de ser tratado com respeito e dignidade.

2.2 Evolução legislativa

Durante o Segundo Reinado, surgiram os primeiros estabelecimentos dedicados ao recolhimento de alienados, porém, quase sempre como estruturas similares das Santas Casas de Misericórdia. Nesses estabelecimentos, era rara a presença de médicos e os hospícios não possuíam fins terapêuticos e sim como objetivo a reclusão de “loucos”.⁸

Esses asilos não recebiam apenas pessoas com transtornos mentais. Órfãos, mendigos, recém-nascidos abandonados e demais membros da sociedade que dependiam de caridade eram abrigados em tais estabelecimentos. Apesar de poder contar com alguma assistência médica, o objetivo principal era dar abrigo, alimento e assistência religiosa aos necessitados.⁹

No dia 18 de julho de 1841, dia de sua coroação, D. Pedro II criou por meio do Decreto n. 82, o Hospício Pedro II, como mostra o preâmbulo do referido decreto.¹⁰

Desejando assignalar o fausto dia de Minha Sagração com a criação de um estabelecimento de publica beneficencia: Hei por bem fundar um Hospital destinado privativamente para tratamento de alienados, com a denominação de - Hospício de Pedro Segundo -, o qual ficará annexo ao Hospital da Santa Casa da Misericórdia desta Côrte, debaixo da Minha Imperial Protecção, Applicando desde já para princípio da sua fundação o producto das subscrições promovidas por uma Commissão da Praça do Commercio, e pelo Provedor da sobredita Santa Casa, além das quantias com que Eu Houver por bem contribuir.

7 OSINAGA, Vera Lúcia Mendiondo. *Estudo comparativo entre os conceitos de saúde e de doença mental e a assistência psiquiátrica, segundo portadores e familiares*. Tese (Tese em enfermagem) – USP São Paulo. 2004, p.29.

8 BRITO, Emanuele Seicenti de; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Evolução dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais: uma análise da legislação brasileira. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 41-63, jul./out. 2012, p.45. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56228/59440>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

9 DALGALARRONDO, Paulo; ODA, Ana Maria Galdini Raimundo. História das primeiras instituições para alienados no Brasil. *História, Ciências, Saúde - Manguinhos*, Rio de Janeiro, v. 12, n. 13, p. 983-1010, set./dez. 2005, p.985.

10 ARAÚJO, Achilles Ribeiro de. *A assistência médico hospitalar no Rio de Janeiro no século XIX*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1982, p.66.

11 BRITO, Emanuele Seicenti de; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Evolução dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais: uma análise da legislação brasileira. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.13, n.2, p.41-63, jul./out. 2012, p.46. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56228/59440>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

Foi apenas após a proclamação da República que decretos acerca da saúde mental foram expedidos, o primeiro sendo o de n. 142-A, de 11 de janeiro de 1890, que separou o Hospício Pedro II do Hospital da Santa Casa de Misericórdia da capital, passando a se chamar Hospício Nacional de Alienados.¹¹

Com 42 artigos, divididos em 20 capítulos, o Decreto n. 206-A de 15 de fevereiro de 1890, além de aprovar as instruções presentes no de n. 142-A, criou o serviço de assistência médica e legal dos alienados. Tal assistência procurava socorrer tanto os enfermos alienados, nacionais ou estrangeiros, que careciam de auxílio público quanto os que derem entrada em hospícios mediante determinada contribuição, conforme previa seu art. 2º. O referido decreto também tratou de como os estabelecimentos serão mantidos, dos cargos de diretor e secretário, dos bens da secretaria e dos asilos, sobre a admissão e saída dos pacientes, e de outras questões referentes ao funcionamento das instituições.

O Capítulo V, art. 13, do Decreto n. 206-A versou a respeito de quem deverá ser colocada nos asilos¹²:

Art. 13. todas as pessoas que, por alienação mental adquirida ou congênita, perturbarem a tranquilidade pública, ofenderem a moral e os bons costumes, e por actos atentarem contra a vida de outrem ou contra a propria deverão ser colocadas em asilos especiais, exclusivamente destinados à reclusão e ao tratamento de alienados.

No mesmo capítulo, o art. 14 tratou de como ocorreriam as admissões: *ex-officio*, requisitadas pelas autoridades públicas por meio do chefe de polícia, acompanhado dos pareceres dos médicos da polícia, dos documentos da interdição, se houver, e da notícia circunstanciada de fatos que legitimam a ação, ou voluntária, produzida mediante requerimento, parecer dos médicos que o examinaram 15 dias, no máximo, antes de sua admissão ou de documentos legais comprobatórios de demência.

Em 29 de março de 1899, o Decreto n. 3.244 definiu que todos os médicos da instituição deveriam ser psiquiatras.

Por fim, o Decreto n. 24.559, de 3 de julho de 1939, trouxe como objetivo proporcionar tratamento e proteção legal às pessoas com transtornos mentais, aqui chamados de “psicopatas”, conforme o artigo 1º de referido decreto:

Art. 1º A Assistência a Psicopatas e Profilaxia Mental terá por fim:
I. Proporcionar aos psicopatas tratamento e proteção legal;
II. dar amparo médico e social, não só aos predispostos a doenças mentais como também aos egressos dos estabelecimentos psiquiátricos;
III. concorrer para a realização da higiene psíquica em geral e da profilaxia das psicopatias em especial.

A “profilaxia das psicopatias”, presente no artigo anterior, é definida no artigo 25:

O serviço de profilaxia mental destina-se a concorrer para a realização da profilaxia das doenças nervosas e mentais, promovendo o estudo das causas destas doenças no Brasil, e organizando-se como centro especializado da vulgarização e aplicação dos preceitos de higiene preventiva.

12 BRASIL. *Decreto nº 206-A de 15 de Fevereiro de 1890*. Aprova as instruções a que se refere o decreto n. 142 A, de 11 de janeiro último, e cria a assistência médica e legal de alienados, [1890] Coleção de Leis do Brasil - 1890, Página 276 Vol. 1 fasc. 2º, p.1. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-206-a-15-fevereiro-1890-517493-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

Tal legislação implementou um Conselho de Proteção aos Psicopatas, elencava as condições necessárias para um estabelecimento psiquiátrico e apresentava três tipos de internações: por ordem judicial, voluntária ou por solicitação de outros.

Nela as pessoas com transtornos mentais são consideradas absolutamente ou relativamente incapazes, não se podendo deixar de acrescentar que em seu art. 32 restou constituída uma Comissão Inspetora, com o fim de zelar pelo cumprimento dos dispositivos lá constantes.

2.3 Colônia

Entre 1903 e 1996 funcionou em Barbacena, Minas Gerais, o maior hospital psiquiátrico do Brasil. Conhecido como Colônia, é um dos maiores exemplos dos abusos cometidos nessas instituições.

Estima-se que 70% dos pacientes nem mesmo sofriam de doença mental¹³, sendo que essas pessoas, consideradas indesejadas por suas famílias e pela sociedade, eram homossexuais, mendigos, mães solteiras, militantes políticos, entre outros. A Colônia cumpria mais uma função eugenista de “limpeza social”, não de cuidado e tratamento.

Os relatos de condições inadequadas de tratamento existem desde 1914, mesmo que a Assembleia Legislativa liberasse constantemente suplementos de verbas para o hospital.¹⁴ Em 1930, os pacientes nem mesmo dormiam em camas, que foram substituídas por palha para economizar espaço e comportar mais pessoas, cinco mil pessoas vivendo em uma estrutura projetada para duzentas.¹⁵

Daniela Arbex narra a experiência da funcionária da Colônia, Marlene Laureano no seu primeiro dia de trabalho:

[...]avistou montes de capim espalhados pelo chão. Junto ao mato havia seres humanos esqueléticos. Duzentos e oitenta homens, a maioria nu, rastejavam pelo assoalho branco com tozedos pretos em meio à imundície do esgoto aberto que cruzava todo o pavilhão [...] avistou num canto da ala um cadáver misturado entre os vivos [...] o décimo sexto naquele dia [...] Na tentativa de se aquecerem durante a noite, os pacientes dormiam empilhados, sendo comum que os de baixo fossem encontrados mortos [...] ¹⁶

Comida repugnante servida em cochos e o uso deturpado de instrumentos como o eletrochoque e a ducha escocesa como forma de tortura são outros exemplos do tratamento desumano que os pacientes da Colônia eram submetidos.

Na década de 70, o chefe do Serviço Psiquiátrico da Fundação Hospitalar do Estado de Minas Gerais (Fhemig), Ronaldo Simões, denunciou os abusos que ocorriam na Colônia no III Congresso Mineiro de Psiquiatria.¹⁷ Ele perdeu o emprego, mas causou alvoroço entre médicos e abalou as estruturas do velho modelo.

2.4 A luta antimanicomial e a reforma psiquiátrica

Durante as décadas de 1970 e 1980, em um momento de luta pela democratização do país, o Brasil viveu um crescimento dos movimentos sociais populares, movimentos em oposição ao regime militar, em especial os de base cristã, influenciados pela teologia da libertação.¹⁸ Junto

13 ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p.25.

14 ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p.30.

15 ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p.26.

16 ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p.23.

17 ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p.200.

18 GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 47, p. 333-361, ago. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141324782011000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 set. 2018.

a eles, surgiu o movimento antimanicomial, que teve início na década de 1970 e discutia o tratamento recebido pelos pacientes internados em manicômios.

Críticas aos maus-tratos, ao abandono, à violência e à desumanização dos pacientes vieram à tona e a partir disso e, em 1978, surge o Movimento dos Trabalhadores em Saúde Mental (MTSM): o maior movimento em defesa da reforma psiquiátrica no país.

A supramencionada reforma buscava a inserção da pessoa com transtorno mental na sociedade, rompendo com o estigma e o preconceito criado ao longo dos anos.

Em 1989, o Deputado Paulo Delgado, em consonância com a reforma psiquiátrica, apresenta o Projeto de Lei nº 3.657/89, que propunha o impedimento da construção e contratação de novos hospitais psiquiátricos, previa o direcionamento de das verbas públicas para “recursos não-manicomial de atendimento” e exigia que as internações compulsórias fossem comunicadas à autoridade judiciária e essa deveria emitir parecer sobre a legalidade da internação.¹⁹

Não obstante, a lei só foi aprovada em 2001, ou seja, mais de dez anos depois da sua proposta, mas não se pode olvidar que sua tramitação gerou uma grande discussão a respeito do tema, fazendo com que oito Estados elaborassem e aprovassem antes leis estaduais que regulamentavam a substituição asilar.²⁰

Além disso, o Ministério da Saúde, durante esse período, editou onze portarias que reconheceram os Núcleos de Atenção Psicossocial e os Centros de Atenção Psicossocial e instituíram os serviços residenciais terapêuticos.²¹

Ainda nesse movimento, o Conselho Federal de Medicina publicou em 1994 a Resolução 1.407/94, tratando dos “Princípios para a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e para a Melhoria da Assistência à Saúde Mental”, aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 17 de dezembro de 1991.²²

Ela contempla vinte e cinco princípios que orientam um tratamento humanizado das pessoas acometidas de transtorno mental, livre de qualquer tipo de discriminação e com a participação da comunidade, de forma que sua liberdade, sua tradição cultural e outros direitos sejam respeitados.

2.5 Caso Damião Ximenes Lopes

Em 2006, o Brasil foi condenado pela Corte Interamericana de Direitos Humanos pela morte de Damião Ximenes Lopes em 1998. Essa foi a primeira condenação do Estado brasileiro por aquela corte internacional.²³

Damião tinha 30 anos quando foi internado por sua mãe em uma clínica psiquiátrica localizada em Sobral, no Ceará. Durante este período sofreu tortura e agressões físicas que resultaram em sua morte.

19 PEREIRA, Rosemary Corrêa. *Políticas de Saúde Mental no Brasil: O Processo de Formulação da Lei de Reforma Psiquiátrica (10.216/01)*, 2004, p.108. Disponível em: <<https://thesis.icict.fiocruz.br/pdf/pereirarc.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

20 BRITO, Emanuele Seicenti de; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Evolução dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais: uma análise da legislação brasileira. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.13, n.2, p.41-63, jul./out. 2012, p.52. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56228/59440>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

21 BRITO, Emanuele Seicenti de; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Evolução dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais: uma análise da legislação brasileira. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.13, n.2, p.41-63, jul./out. 2012, p.52. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56228/59440>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

22 BRITO, Emanuele Seicenti de; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Evolução dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais: uma análise da legislação brasileira. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v.13, n.2, p.41-63, jul./out. 2012, p.51. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56228/59440>>. Acesso em: 03 abr. 2019.

23 CORREIA, Ludmila Cerqueira; ROSATO, Cássia Maria. *Caso Damião Ximenes Lopes*. SUR. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº15, dez./2011, p.94. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/caso-damiao-ximenes-lobes/>>. Acesso em: 25 set. 2018.

Buscando reparação, a família de Damião ajuizou ação penal e ação civil indenizatória contra a clínica psiquiátrica. Além disso, peticionou contra o Estado brasileiro perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, por meio de Irene Ximenes Lopes, irmã de Damião, e posteriormente, a ONG Justiça Global, que busca denunciar violações de direitos humanos entrou como copeticionária.

A Comissão recebeu o pedido em 1999 e, em 2006, na audiência final, o Brasil foi condenado.

De acordo com André de Carvalhos Ramos²⁴, os principais pontos da sentença foram o reconhecimento de que o Brasil violou os artigos 4º e 5º da Convenção Americana, diretamente relacionados com o fato de Damião ter um transtorno mental e a demora da Justiça brasileira nos processos criminal e cível ajuizados pela família. Isso significa que, no caso de pessoas com algum tipo de deficiência, o Estado não deve somente impedir violações, mas deve ter medidas positivas adicionais de proteção que considerem as peculiaridades dos casos.

Sobre a morosidade da Justiça brasileira, a Corte entende que a demora nos processos favorece a impunidade e pode ser vista como uma violação do direito ao acesso à justiça. No caso de Damião, não haver a sentença de primeiro grau, depois de seis anos do início da ação penal, foi considerado como violação do direito a se ter um processo de duração razoável.²⁵

O Tribunal determinou que o Brasil reparasse moralmente e materialmente a família Ximenes e que abrisse investigação para apurar os responsáveis pela morte de Damião, além de promover programas de capacitação e formações para profissionais da área da saúde e a todos vinculados a área de saúde mental.

3 A GARANTIA DOS DIREITOS HUMANOS ÀS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS

3.1 Dos direitos humanos fundamentais

A Declaração dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembleia das Nações Unidas em dezembro de 1948 apresentou, após o colapso da Segunda Guerra Mundial, os direitos humanos básicos. Não se pode olvidar que ela teve como escopo principal a minoração dos danos causados pela guerra, buscando convergências entre os povos nos campos político, social e econômico, além de promover o respeito à dignidade humana por meio da garantia aos direitos essenciais a todos os seres humanos, sejam eles políticos, civis, direito à vida, à liberdade de expressão, culturais, ao trabalho, à educação.

Nesse sentido, na obra denominada “Neoconstitucionalismo, Ativismo Judicial e Dignidade da Pessoa Humana: Montesquieu”, Jeferson Moreira de Carvalho destaca que:

(...) a Declaração Universal dos Direitos Humanos surge em 1948, após duas grandes guerras mundiais. Contendo em seu preâmbulo, a dignidade, conceituando-a como ‘[...] inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis[...]’. (...) A dignidade da pessoa humana tem uma característica comum na definição de ser humano, mesmo que esta humanidade venha ser apresentada de forma diversificada e peculiar.²⁶

24 RAMOS, André de Carvalhos. Reflexões sobre as vitórias do caso *Damião Ximenes*. 2006. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2006-set-08/reflexoes_vitorias_damiao_ximenes>. Acesso em: 03 abr. 2019.

25 CORREIA, Ludmila Cerqueira; ROSATO, Cássia Maria. *Caso Damião Ximenes Lopes*. SUR. *Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº15, dez./2011, p.101-102. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/caso-damiao-ximenes-lobes/>>. Acesso em: 25 set. 2018.

26 CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade humana: Montesquieu*. São Paulo: Moreira & Carvalho Publicações Jurídicas, 2017, p.62.

Assim, direitos humanos fundamentais, em sua concepção atualmente conhecida, surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosófico-jurídicos, das ideias surgidas com o cristianismo e com o direito natural.²⁷

Não se pode olvidar que a segregação social de qualquer pessoa, ainda que de forma “disfarçada”, representa uma grave ameaça aos direitos fundamentais, violando o principal bem jurídico a ser protegido, que é a dignidade humana. Nesse sentido, vejamos:

Direitos fundamentais, também denominados direitos humanos, da personalidade e outros mais, são direitos que têm por finalidade resguardar a dignidade e integridade da pessoa, no que diz respeito ao nome, à privacidade, à igualdade, ao trabalho, à vida, à saúde, à intimidade, à reputação, à imagem, à liberdade, à honra, à moral, à autoestima etc.²⁸

A princípio, o documento teve a adesão de cinquenta países, posteriormente 192, que se comprometeram com a responsabilidade de garantir um conjunto de condições necessárias à existência da pessoa humana, para que possa desenvolver-se e participar da vida em sociedade. O Brasil foi um dos signatários que também se comprometeu com a efetivação de uma sociedade mais igualitária, reafirmando seu compromisso na Constituição, que consolida os direitos humanos.

O artigo 2º da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que:

Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania.²⁹

E o artigo 5º prevê que: “ninguém será submetido a tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes.”³⁰

Não se pode olvidar que conceituar direitos humanos fundamentais, ou dignidade humana, conforme destaca o Professor Jeferson Moreira de Carvalho³¹, pode ser tarefa que envolva certo grau de complexidade, pois esta última:

(...) em seu conceito, se apresenta com um grande grau de abstração que atinge as mais variadas facetas da vida humana (...). Em primeira ideia, pode-se dizer que a vida digna é aquela que se apresenta com cedência, então, cabe ao Estado, por meio do Governo, calcar suas ações na procura de dar à população uma vida decente em todos os sentidos.

27 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.1.

28 CORTEZ, Julpiano Chaves. *Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2013, p.44

29 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948, p.1.

30 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948, p.1.

31 CARVALHO, Jeferson Moreira de. *Meio ambiente: sadia qualidade de vida*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013, p.19.

Alexandre de Moraes afirma que eles são:

(...) o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal, e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana pode ser definido como direitos humanos fundamentais.³²

Os direitos humanos surgem como uma forma de limitar o poder do Estado, protegendo, assim, os cidadãos de possíveis abusos por parte das autoridades.

3.2 Direitos humanos das pessoas com transtornos mentais

Assim como todos os outros membros da sociedade, as pessoas com transtornos mentais possuem dispositivos que garantem seus direitos. Já no preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde é definido o conceito de saúde como “um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não consiste apenas na ausência de doença ou de enfermidade.”³³

Gozar do melhor estado de saúde que é possível atingir constitui um dos direitos fundamentais de todo o ser humano, sem distinção de raça, de religião, de credo político, de condição econômica ou social. “A saúde de todos os povos é essencial para conseguir a paz e a segurança e depende da mais estreita cooperação dos indivíduos e dos Estados.”³⁴

Nesse esboço, fica demonstrado que a saúde vai além do aspecto físico, o estado mental deve ser considerado e que o acesso à saúde é um direito fundamental de todo ser humano.

Contanto, o tratamento de pessoas com transtorno mental no passado foi permeado de violações aos direitos fundamentais de tais indivíduos e tinha como principal foco o isolamento deles da sociedade em instituições sem o tratamento adequado e em condições degradantes. Além disso, foram privados de seus direitos civis, educacionais, sociais, de acesso à cultura, participação no processo político, ao acolhimento familiar, entre outros.

Sendo a privação a um tratamento a seus transtornos mentais um dos mais graves, uma vez que, a violação desse direito limitava ou impedia a inserção das pessoas com transtornos mentais.

Visando combater tais injustiças, a Organização Mundial da Saúde, na Declaração de Caracas propõe reformas na atenção à saúde mental nas Américas e declara:

1. Que a reestruturação da assistência psiquiátrica ligada ao Atendimento Primário da Saúde, no quadro dos Sistemas Locais de Saúde, permite a promoção de modelos alternativos, centrados na comunidade e dentro de suas redes sociais;
2. Que a reestruturação da assistência psiquiátrica na região implica em revisão crítica do papel hegemônico e centralizador do hospital psiquiátrico na prestação de serviços;
3. Que os recursos, cuidados e tratamentos dados devem:
 - a) salvaguardar, invariavelmente, a dignidade pessoal e os direitos humanos e civis;

32 MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p.20

33 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Nova Iorque: OMS/WHO, 1946.

34 ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Nova Iorque: OMS/WHO, 1946.

- b) estar baseados em critérios racionais e tecnicamente adequados;
- c) propiciar a permanência do enfermo em seu meio comunitário;
- 4. Que as legislações dos países devem ajustar-se de modo que:
 - a) assegurem o respeito aos direitos humanos e civis dos doentes mentais;
 - b) promovam a organização de serviços comunitários de saúde mental que garantam seu cumprimento;
- 5. Que a capacitação dos recursos humanos em Saúde Mental e Psiquiatria deve fazer-se apontando para um modelo, cujo eixo passa pelo serviço de saúde comunitária e propicia a internação psiquiátrica nos hospitais gerais, de acordo com os princípios que regem e fundamentam essa reestruturação;
- 6. Que as organizações, associações e demais participantes desta Conferência se comprometam solidariamente a advogar e desenvolver, em seus países, programas que promovam a Reestruturação da Assistência Psiquiátrica e a vigilância e defesa dos direitos humanos dos doentes mentais, de acordo com as legislações nacionais e respectivos compromissos internacionais.³⁵

Destarte, o tratamento ideal da pessoa com transtorno mental visa a convivência dele em sua comunidade, respeita seus direitos humanos e civis, questionando a antiga forma de assistência psiquiátrica, focada no isolamento de pacientes nos manicômios.

3.3 Livro de recursos da OMS sobre saúde mental, direitos humanos e legislação

Outro dispositivo que tem por objetivo assegurar os direitos humanos das pessoas com transtornos mentais é o Livro de Recursos da OMS sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação. Esse documento foi editado com o objetivo de ajudar os países na concepção, adoção e implementação de legislação em conformidade com os padrões aceitos internacionalmente e com a boa prática em direitos humanos.³⁶

Ainda nesse documento, a Organização Mundial da Saúde ressalta a importância de uma legislação de saúde mental para a proteção dos direitos das pessoas com transtorno mental: “A legislação representa um mecanismo importante para garantir a atenção e o tratamento adequados e apropriados, a proteção dos direitos humanos de pessoas com transtornos mentais e a promoção da saúde mental das populações”.³⁷

Uma legislação de saúde mental contribui para o combate à discriminação e violações dos direitos humanos sofridas por pessoas com esse tipo de transtornos. Também assegura a liberdade e autonomia, garantindo o acesso à saúde mental a todos que desejem, estabelecendo regras claras e objetivas para a internação voluntária e protegendo os direitos à liberdade de associação, confidencialidade e voz ativa em planos de tratamento, dessa forma protegendo a liberdade e autonomia de violações dentro dos próprios hospitais. Além disso, protege seus direitos civis e políticos, como por exemplo, o direito ao voto.

Ainda no referido Livro, a OMS destaca a importância da inserção da pessoa com transtorno mental na comunidade, como demonstrado a seguir:

Muitas políticas avançadas de saúde mental têm procurado aumentar as oportunidades para as pessoas com transtornos mentais levarem vidas de realizações na comunidade. A legislação pode fomentar isto se: i) prevenir a institucionalização indevida; e ii) prover instalações, serviços, programas,

35 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Declaração de Caracas*. Caracas, 1990.

36 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Livro de Recursos da OMS Sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação*. Genebra, 2005.

37 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Livro de Recursos da OMS Sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação*. Genebra, 2005, p.2.

pessoal, proteções e oportunidades adequados que possibilitem que as pessoas com transtornos mentais prosperem na comunidade.³⁸

Outro ponto citado é o fornecimento de auxílio-saúde para democratizar e facilitar o acesso à saúde mental. Muitas vezes, tal benefício não cobre atendimentos psicológicos e psiquiátricos, ou não cobre de forma satisfatória, dificultando o acesso e criando barreiras econômicas de acesso ao estado de bem-estar psíquico.

3.4 Princípios das Nações Unidas para a proteção de pessoas com enfermidade mental e a melhoria da atenção à saúde mental (princípios ASM 1991)

Os Princípios das Nações Unidas para a Proteção de Pessoas com Enfermidade Mental e a Melhoria da Atenção à Saúde Mental (ou Princípios ASM), publicados em 1991 pela Organização das Nações Unidas e no Brasil em 1994 pelo Conselho Federal de Medicina na Resolução n. 1.407/94, estabelece padrões mínimos de direitos humanos para o tratamento da saúde mental.³⁹

Os princípios definem diretrizes para o diagnóstico e tratamento, determinam condições para o bem-estar dentro de instituições psiquiátricas, além de propor proteções para que não haja internações arbitrárias em tais instituições.

É importante ressaltar que os princípios são aplicáveis a todos as pessoas com transtorno mental, estando esse ou não em uma instituição psiquiátrica e a todos aqueles admitidos em instituições psiquiátricas, visto que em alguns países, pessoas que não possuem transtornos mentais também são mantidas nessas instituições por não existirem outras instalações ou serviços que atendam às suas necessidades.

4 A LEI 10.216/2001 E OS DIREITOS DAS PESSOAS COM TRANSTORNOS MENTAIS NO BRASIL

Após intensa luta, a Lei Antimanicomial ou Lei da Reforma Psiquiátrica n. 10.216/2001, aprovada doze anos após ser apresentada pelo então deputado Paulo Delgado, concede às pessoas acometidas por problemas mentais um convívio social humanizado, possibilitando, ainda a humanização do tratamento e a cobrança do reconhecimento do papel do Estado no respeito dos direitos humanos dos que sofrem transtorno mental.

Sobre a lei, Paulo Delgado afirma:

O sentido mais profundo da Lei nº 10.216 de 2001 é o *cuidado*. Como substantivo, adjetivo ou interjeição é zelo dos preocupados, esmero, precaução, advertência para o perigo, vigilância, dedicação, encargo, lida, proteção. Atenção, tomar conta, acolher. Cuidado é o princípio que norteia essa lei. Evoluir a clínica, fazer do intratável o tratável. É essencial o apoio social e familiar que influencie comportamentos, mude hábitos, confronte preconceitos, classificações, nosologia, catálogos de interdições.⁴⁰

Com ela, a pessoa com transtorno mental passa a ser reconhecida como sujeito de direito, sem qualquer forma de discriminação, conforme seu art.1º:

38 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Livro de Recursos da OMS Sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação*. Genebra, 2005, p.8.

39 ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Livro de Recursos da OMS Sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação*. Genebra, 2005, p.18

40 DELGADO, Paulo Gabriel Godinho. *Democracia e reforma psiquiátrica no Brasil*. Ciênc. saúde coletiva, Rio de Janeiro, v. 16, n. 12, p.4701-4706, dez. 2011, p.4.704. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232011001300019&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25 set. 2018.

Os direitos e a proteção das pessoas acometidas de transtorno mental, de que trata esta Lei, são assegurados sem qualquer forma de discriminação quanto à raça, cor, sexo, orientação sexual, religião, opção política, nacionalidade, idade, família, recursos econômicos e ao grau de gravidade ou tempo de evolução de seu transtorno, ou qualquer outra.⁴¹

Os direitos enumerados no parágrafo único do art. 2º, deverão ser comunicados ao paciente e seus familiares durante atendimentos em saúde mental. Entre tais direitos estão: ter acesso ao melhor atendimento de saúde, ser tratado com humanidade e respeito, com o interesse exclusivo de beneficiar sua saúde, a garantia de sigilo nas informações prestadas, a presença de um médico para esclarecer a necessidade ou não de sua hospitalização involuntária a qualquer tempo, entre outros.

A lei atribui ao Estado a responsabilidade de desenvolver uma política de saúde mental e também a assistência e promoção de ações de saúde às pessoas com transtorno mental com a participação da família e da sociedade, conforme o art. 3º. Tais ações serão realizadas em estabelecimentos de saúde mental.

O novo modelo de tratamento, mesmo quando houver internação, terá como objetivo a reinserção na sociedade, como demonstrado no parágrafo 1º do art. 4º:

A internação, em qualquer de suas modalidades, só será indicada quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes.

§ 1º O tratamento visará, como finalidade permanente, a reinserção social do paciente em seu meio.⁴²

Quanto à internação, ela só será realizada mediante laudo médico, como indica o art.6º:

A internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos.” Os tipos de internação estão elencados nos incisos do artigo supracitado: “I - internação voluntária: aquela que se dá com o consentimento do usuário; II - internação involuntária: aquela que se dá sem o consentimento do usuário e a pedido de terceiro; e III - internação compulsória: aquela determinada pela Justiça.”⁴³

Nesse sentido, o Egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios decidiu:

Processo Civil. Apelação. Preliminar de não conhecimento recursal. Rejeição. Internação compulsória. Laudo médico. Requisito. Artigo 6º Lei 10.216/01. 1. Consoante dispõe a Lei n.10.216/01, a internação psiquiátrica somente será realizada mediante laudo médico circunstanciado que caracterize os seus motivos e quando os recursos extra-hospitalares se mostrarem insuficientes. 2. Demonstrada a ausência de tal requisito a fundamentar o pleito, inviável o acolhimento do pedido de internação compulsória à custa do ente público. 4. Preliminar rejeitada. Recurso conhecido. Negado provimento ao apelo.⁴⁴

41 BRASIL. *Lei n. 10.216 de 6 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, 2001, p.1.

42 BRASIL. *Lei n. 10.216 de 6 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, 2001, p.1.

43 BRASIL. *Lei n. 10.216 de 6 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, 2001, p.1.

44 TJ-DF, 201101117407850003887-83.2011.8.07.0018, 3ª Turma Cível, Relator Des. Flavio Rostirola, Julg. 10/05/2017, Pub. DJE: 18/05/2017.

Seguindo para o art. 8º, ele reforça a necessidade de autorização médica para a internação, tanto voluntária quanto involuntária: “A internação voluntária ou involuntária somente será autorizada por médico devidamente registrado no Conselho Regional de Medicina - CRM do Estado onde se localize o estabelecimento.”⁴⁵

Já o art. 5º visa atender os pacientes mais vulneráveis, ou seja, aqueles em situação de “grave dependência institucional”, seja pelo seu quadro clínico ou pela falta de suporte social. Cabe a eles um atendimento especial, conforme o texto do dispositivo abaixo transcrito:

Art. 5º O paciente há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, será objeto de política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário.⁴⁶

Com base no supramencionado dispositivo, o Tribunal da Cidadania assim decidiu:

Habeas corpus. Processual penal. Medida de segurança em curso há mais de 44 anos em hospital psiquiátrico penitenciário. Paciente possuidor de transtorno mental de caráter degenerativo com laudo atestando condições para sua desinternação. Responsabilidade do estado quanto à garantia dos direitos constitucionais e da continuação do tratamento médico. Lei 10.216/2001. Ordem parcialmente concedida. 1. Embora facilmente perceptível a plausibilidade dos fundamentos do acórdão atacado, que entendeu, a partir do constatado abandono familiar e da longa permanência no manicômio judiciário, somados à deficiência mental comprovada, que a colocação em liberdade atentaria contra a própria segurança do paciente, é obrigação do Poder Público garantir-lhe o constitucional direito de ir, vir e ficar, bem como o de sua segurança, não podendo, seja por ordem constitucional, seja por obrigação legal, furtar-se a tais deveres. 2. A Lei 10.216/01 assegura, entre outros, o direito ao portador de transtorno mental há longo tempo hospitalizado ou para o qual se caracterize situação de grave dependência institucional, decorrente de seu quadro clínico ou de ausência de suporte social, política específica de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob responsabilidade da autoridade sanitária competente e supervisão de instância a ser definida pelo Poder Executivo, assegurada a continuidade do tratamento, quando necessário. 3. Ordem parcialmente concedida a fim de garantir a desinternação do paciente com sua transferência para o serviço comunitário de saúde mental (art. 2º, parágrafo único, inciso IX, da Lei 10.216/01), para aplicação da política de alta planejada e reabilitação psicossocial assistida, sob a responsabilidade da autoridade sanitária estadual e da Superintendência de Saúde da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária do Rio de Janeiro – SUSP/SEAP, com a supervisão do Juízo da Vara de Execuções Penais do Rio de Janeiro/RJ, no caso de ausência de supervisão de instância definida pelo Poder Executivo estadual, para continuidade do tratamento.⁴⁷

45 BRASIL. *Lei n. 10.216 de 6 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, 2001, p.1

46 BRASIL. *Lei n. 10.216 de 6 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, 2001, p.1.

47 Brasil. STJ, HC nº 87007 RJ - 2007/0163999-1, Quinta Turma, Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, Julg. 13/08/2009, Pub. DJe 14/09/2009.

A lei ainda regulamenta, em seu art. 11, as pesquisas científicas para fins diagnósticos ou terapêuticos, que só serão realizadas com o consentimento expresso do paciente ou de seu responsável legal, e com a devida comunicação tanto aos conselhos profissionais competentes quanto ao Conselho Nacional de Saúde.

Para a implementação da lei, o art. 12 determinou a criação de uma comissão nacional, pelo Conselho Nacional de Saúde. Na prática, foram implementados os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), que têm como objetivo a prestação de atendimentos em saúde mental. O funcionamento e organização dos CAPS estão previstos na Portaria nº 336/GM, de 19 de fevereiro de 2002.⁴⁸

Entre os serviços oferecidos pelos CAPS estão: atendimentos individuais, em grupo e em oficinas terapêuticas, visitas domésticas, atendimento à família e atividades comunitárias que visam a integração do paciente na sociedade e a reinserção social e familiar.

Em 2008, foi publicada pelo Ministério da Saúde a Portaria nº 154, que criou os Núcleos de Apoio à Saúde da Família (NASF). Em seu art. 5º, parágrafo 2º, ela recomenda que cada NASF conte com, pelo menos, um profissional da área da saúde mental “tendo em vista a magnitude epidemiológica dos transtornos mentais.”⁴⁹

5 CONCLUSÃO

O presente estudo buscou analisar o caminho que levou à Lei 10.216/01, o contexto histórico no qual ela surgiu, suas aplicações e as medidas tomadas para sua efetivação.

Apesar de existir legislação a respeito de saúde mental no Brasil desde o Segundo Reinado, tais leis não visavam proteger a dignidade das pessoas com transtornos mentais e sim o isolamento dessas pessoas, muitas vezes em condições degradantes em instituições asilares.

A reforma psiquiátrica trouxe a ideia de que a pessoa com transtorno mental é sujeito de direitos, de que o tratamento dessas pessoas deve visar sua reinserção no meio social. Nesse contexto, surge a Lei 10.216 de 2001, positivando esse novo modelo de tratamento.

A partir da Lei 10.216, foram desenvolvidas novas políticas de saúde mental, como os Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), que buscam tratar as pessoas com transtornos mentais dentro de sua comunidade.

É indiscutível que, com a luta antimanicomial, o advento da Lei 10.226/ e de todas as medidas que se seguiram para implantação do novo modelo de atenção à saúde mental, representado sobretudo pela criação dos CAPS, representaram uma verdadeira revolução no tratamento das pessoas com transtornos mentais no Brasil, em comparação com o modelo anterior.

Entretanto, mesmo com tais políticas, a precarização da saúde pública, de um modo geral, no Brasil, aliado com o estigma relacionado à saúde mental, impedem muitas vezes o acesso ao tratamento adequado à pessoa com transtorno mental.

Buscar tratar abertamente dessa temática, promover a conscientização a respeito dos transtornos mentais, além de garantir o acesso à saúde pública é essencial para o fim da discriminação contra as pessoas com transtornos mentais.

48 BRASIL. *Lei n. 10.216 de 6 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, 2001, p.1.

49 BRASIL. 2008. Ministério da Saúde. *Portaria nº 154, de 24 de janeiro de 2008*. Cria os Núcleos de Apoio à Saúde da Família – NASF. Brasília, p.1.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Achilles Ribeiro de. *A assistência médico hospitalar no Rio de Janeiro no século XIX*. Rio de Janeiro: Ministério da Educação e Cultura, 1982.

ARBEX, Daniela. *Holocausto Brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BRASIL. *Decreto nº 206-A de 15 de Fevereiro de 1890*. Approva as instruções a que se refere o decreto n. 142 A, de 11 de janeiro último, e crêa a assistência medica e legal de alienados, [1890] Coleção de Leis do Brasil - 1890, Página 276 Vol. 1 fasc. 2º. Disponível em <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-206-a-15-fevereiro-1890-517493-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

BRASIL. *Decreto nº 3.244, de 29 de Março de 1899*. Reorganisa a Assistência a Alienados. Coleção de Leis do Brasil - 1899, Página 281 Vol. 1, [1899]. Disponível: <<https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-3244-29-marco-1899-509642-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

BRASIL. *Decreto N. 82 de 18 de julho de 1841*. Fundando um Hospital destinado privativamente para tratamento de Alienados, com a denominação de Hospício de Pedro Segundo. Coleção de Leis do Império do Brasil de 31/12/1841 - vol. 001 (p. 36, col. 1), [1841]. Disponível em: <<http://legis.senado.leg.br/norma/385725/publicacao/15742236>>. Acesso em: 13 mai. 2019.

BRASIL. *Lei n. 10.216 de 6 de abril de 2001*. Dispõe sobre a proteção e os direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais e redireciona o modelo assistencial em saúde mental. Brasília, 2001.

BRASIL. 2008. Ministério da Saúde. *Portaria nº 154, de 24 de janeiro de 2008*. Cria os Núcleos de Apoio à Saúde da Família – NASF. Brasília.

BRASIL. 2002. Ministério da Saúde. *Portaria nº 336, de 19 de fevereiro de 2002*. Brasília.

BRITO, Emanuele Seicenti de; VENTURA, Carla Aparecida Arena. Evolução dos direitos das pessoas portadoras de transtornos mentais: uma análise da legislação brasileira. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 13, n. 2, p. 41-63, jul./out. 2012. ISSN 2316-9044. Disponível em: <<http://www.revistas.usp.br/rdisan/article/view/56228/59440>>. Acesso em: 03 abr. 18 2019.

CARVALHO. Jeferson Moreira de. *Meio ambiente: sadia qualidade de vida*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2013.

CARVALHO. Jeferson Moreira de. *Neoconstitucionalismo, ativismo judicial e dignidade humana: Montesquieu*. São Paulo: Moreira & Carvalho Publicações Jurídicas, 2017.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. *RESOLUÇÃO CFM nº 1407/1994*. Adota os “Princípios para a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e para a Melhoria da Assistência à Saúde Mental”, aprovados pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 17.12.91. Diário Oficial da União: Seção I, Brasília, DF, 15 de junho de 1994, p.8799.

CORREIA, Ludmila Cerqueira; ROSATO, Cássia Maria. *Caso Damião Ximenes Lopes*. *SUR. Revista Internacional de Direitos Humanos*, nº15, dez./2011. Disponível em: <<http://sur.conectas.org/caso-damiao-ximenes-lobes/>>. Acesso em: 25 set. 2018.

CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. 2006. *Caso Ximenes Lopes vs. Brasil. Sentença de 04 de julho de 2006. Mérito, Reparações e Custas*. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_149_por.pdf>. Acesso em: 25 set. 2018.

CORTEZ, Julpiano Chaves. *Trabalho escravo no contrato de emprego e os direitos fundamentais*. São Paulo: LTr, 2013.

DALGALARRONDO, Paulo; ODA, Ana Maria Galdini Raimundo. História das primeiras instituições para alienados no Brasil. *História, Ciências, Saúde* - Manguinhos, Rio de Janeiro, v. 12, n. 13, p. 983-1010, set./dez. 2005.

DALGARRONDO, Paulo. *Psicopatologia e semiologia dos transtornos mentais*. 2. ed. Rio Grande do Sul: Art Med, 2008.

DELGADO, Paulo Gabriel Godinho. *Democracia e reforma psiquiátrica no Brasil*. *Ciênc. saúde coletiva*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 12, p.4701-4706, dez. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141381232011001300019&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 25 set. 2018.

GOHN, Maria da Glória. Movimentos sociais na contemporaneidade. *Revista Brasileira de Educação*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 47, p. 333-361, ago. 2011. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S141324782011000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 04 set. 2018.

PALOMBA, Guido Arturo. *Loucura e Crime*. São Paulo: Fiuza Editores, 1996.

PEREIRA, Rosemary Corrêa. *Políticas de Saúde Mental no Brasil: O Processo de Formulação da Lei de Reforma Psiquiátrica (10.216/01)*, 2004. Disponível em. <<https://thesis.icict.fiocruz.br/pdf/pereirarc.pdf>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

MORAES, Alexandre de. *Direitos humanos fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1º a 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. 9. Ed. São Paulo: Atlas, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Constituição da Organização Mundial da Saúde*. Nova Iorque: OMS/WHO, 1946.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. 1948.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). *Princípios das Nações Unidas para a Proteção de Pessoas com Enfermidade Mental e a Melhoria da Atenção à Saúde Mental*. 1993.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Declaração de Caracas*. Caracas, 1990.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DA SAÚDE (OMS). *Livro de Recursos da OMS Sobre Saúde Mental, Direitos Humanos e Legislação*. Genebra, 2005.

OSINAGA, Vera Lúcia Mendiondo. *Estudo comparativo entre os conceitos de saúde e de doença mental e a assistência psiquiátrica, segundo portadores e familiares*. Tese (Tese em enfermagem) – USP. São Paulo. 2004.

Recebido em: 13/08/2019

Aprovado em: 10/04/2020

Como citar este artigo (ABNT):

CASTRO, Ingrid Paula Gonzaga e; SILVA, Marina Tomas do Nascimento e. A reforma psiquiátrica promovida pela lei 10.216/01 e os direitos das pessoas com transtornos mentais. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.40, p.53-69, jan./abr. 2020. Disponível em: <<http://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/07/DIR40-03.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

EMPRESÁRIO DE MENOR PORTE COMO SUJEITO VULNERÁVEL: REFLEXÕES A PARTIR DA ABORDAGEM DO PENSAMENTO ABISSAL DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

SMALL BUSINESSES OWNERS AND VULNERABILITIES: CONJECTURES BASED ON THE ABYSSAL THINKING APPROACH BY BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS

Roberto Henrique Pôrto Nogueira¹
Leila Bitencourt Reis da Silva²

RESUMO: Indaga-se como a subsistência da premissa de onipotência do empresário acaba sendo um obstáculo para a promoção de tutela quando este se encontra em situação de vulnerabilidade. A discussão é feita a partir de reflexões sobre a coerência desse estigma com a meta constitucional de promoção do tratamento favorecido ao pequeno empresário na realidade nacional, bem como a partir da teoria do pensamento abissal de Boaventura de Sousa Santos. Ademais, traça-se um cenário geral sobre a suposta tutela protetiva eventualmente implementada pelo Superior Tribunal de Justiça e pelas iniciativas legislativas existentes. Os processos de estudos jurídico-exploratório e jurídico-descritivo são articulados, para o tratamento de dados coletados em fonte primária e secundária. Ao final, é possível, em um estudo de relevância para a revelação de vulnerabilidades negligenciadas em relações empresariais, apontar a inconsistência da suposta robustez econômica e racional do empresário, o que enseja obstáculo para a concreção constitucional do tratamento favorecido ao empresário de menor porte e necessidade de revisão epistemológica do Direito Empresarial nesse tocante.

Palavras-chave: Vulnerabilidades. Pequeno empresário. Pensamento Abissal. Novos direitos.

ABSTRACT: It is inquired about how the subsistence of the entrepreneur's omnipotence premise ends up being an obstacle to the promotion and protection of their situation of vulnerability. The discussion is based on reflections on the coherence of this stigma with the constitutional goal of promoting the favored treatment to small enterprises in the national reality, as well as from the theory of abyssal thinking by Boaventura de Sousa Santos. In addition, a general scenario is outlined about the alleged protective approach eventually implemented by the Brazilian 'Superior Tribunal de Justiça' and the existing legislative initiatives. The legal-exploratory and legal-descriptive research strategies are articulated, for the analysis of the data collected in primary and secondary sources. In the end, it is possible, in a study of relevance for revealing neglected vulnerabilities in business relationships, to point out the inconsistency of the alleged economic and rational character of the entrepreneur, which creates an obstacle to the constitutional concretization of the favored treatment addressed to the small businesses and engender the need for epistemological revisiting of Commercial Law in this regard.

Keywords: Vulnerabilities. Small entrepreneurship. Abyssal Thinking. New rights.

1 Doutor e Mestre em Direito Privado pela PUC Minas. Especialista em Direito Tributário pela Faculdade de Direito Milton Campos Belo Horizonte. Pesquisador do Núcleo de Estudos Novos Direitos e Reconhecimento – NDP e do Centro de Estudos em Biodireito – CEBID-UFOP. Professor da Graduação em Direito e do Mestrado Acadêmico em Novos Direitos, Novos Sujeitos da Universidade Federal de Ouro Preto.

2 Doutoranda em Direito Privado pela Universidade Federal de Minas Gerais, Mestra em Novos Direitos, Novos Sujeitos na Universidade Federal de Ouro Preto. Especialista em Direito Privado pela PUC Minas.

1 INTRODUÇÃO

O vocábulo ‘empresário’ suscita o imaginário popular para que a definição de seu significado seja atada às figuras de homens brancos, com ternos e outras vestimentas formais e caras.

Geralmente, portam-se ou caminham com a expressão descansada e de extrema satisfação, o que sugere a obtenção de lucros auferidos em ambientes corporativos cercados de tecnologia e agitação. Porém, essa ideia de lucros altos, sem grande esforço, de uma vida fácil e riquezas parece não coadunar com a realidade grande parte dos empresários registrados no Brasil.³

O objetivo desse ensaio é refletir sobre o estigma de onipotência econômica e racional do empresário, para que se possa fomentar releituras de institutos de Direito Empresarial que foram baseados nessa premissa, que, por sua vez, pode revelar-se falaciosa.

Essa revisitação é importante em especial nos contratos firmados entre empresários, visto que viabiliza a argumentação em prol da proteção do pequeno empresário. Cabe aferir se o Direito Empresarial enfrenta, de modo coerente, o eventual desequilíbrio em relações interempresariais, de maneira a considerar as metas constitucionais direcionadas a esses sujeitos.

A análise utiliza o referencial da noção do pensamento abissal, tal qual cunhada por Boaventura de Sousa Santos. A ‘linha abissal’ também pode prestar-se ao propósito de problematização da adequada regulação voltada aos sujeitos ocultados.⁴

Os processos de estudos jurídico-exploratório e jurídico-descritivo são articulados, para o tratamento de dados coletados em fonte primária e secundária.⁵

Para tanto, além do esforço pela teoria em alusão, empreendem-se a apreensão e a interpretação qualitativa de dados sobre a realidade do empresário brasileiro que se registra nas Juntas Comerciais e que encerra suas atividades. Além disso, vale discutir possíveis argumentos a favor da defesa da adequada abordagem da vulnerabilidade no âmbito das relações interempresariais envolvendo agentes econômicos de menor porte, por parte do Direito moderno, no fito de aferir seu potencial de subsistência em face dos referenciais teórico-constitucionais e fático-descritivos apresentados.

2 A ABORDAGEM DO PENSAMENTO ABISSAL DE BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS E O EMPRESÁRIO DE PEQUENO PORTE

Boaventura de Sousa Santos qualifica o pensamento moderno ocidental como abissal. Para ele, o pensamento abissal pode ser percebido como uma sistemática baseada na divisão em que, de um lado, estão os sujeitos que são visíveis e dotados de existência, e, do outro, os invisíveis, para os quais somente resta o não existir. Essa divisão é marcada pela linha abissal.⁶

A origem desses opostos remonta ao período colonial em que, naqueles territórios cujas metrópoles empreendiam esforços para dominar e explorar, não se aplicavam as dicotomias

3 BRUSCATO, Wilges. *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada*: EIRELI. São Paulo: Malheiros, 2016, p.11-12.

4 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n.79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 80.

5 DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013, p. 66-74

6 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 72.

existentes do lado colonizador - como o legal/ilegal e o certo/errado, por exemplo. Para as colônias, resta apenas ser “terra de ninguém”, o “a-legal”, sendo até mesmo utilizadas como exemplo de estado de natureza pelo próprio Thomas Hobbes. Assim, ao mesmo tempo em que os princípios da legalidade se aplicam somente em um lado da linha, deixam de se aplicados no outro lado, estabelecendo um enorme abismo entre sujeitos das diferentes esferas. Esse não existir advém da divisão posta pela linha abissal, que diferenciou e hierarquizou o Velho e o Novo Mundo. Segundo o autor, o Direito Moderno, que se origina a partir dessa lógica subalternizadora, passa a ser inevitavelmente um irradiador do pensamento abissal.⁷

Assim se instala o denominado pensamento abissal, que nada mais é do que a manifestação do pensamento hegemônico e universal. Ao se estabelecer, deixa no passado a coexistência de diferentes sujeitos e saberes, para engendrar um futuro único, formado por um pensamento predominantemente uniformizador⁸.

Afinal, a universalidade é essencial para a subalternização, pois somente por meio da determinação do que é o padrão, o normal e o digno de regulamentação que se segrega o outro lado - o anormal e não regulamentado pelas normas.⁹

Porém, desde os primeiros movimentos anticoloniais, a linha abissal sofreu abalos de fluxos compostos de sujeitos conscientes na luta contra a exclusão estabelecida, voltados à busca por uma epistemologia oriunda das regiões periféricas historicamente subalternizadas.¹⁰

A resposta do pensamento abissal a esse levante se dá por meio do chamado “regresso colonizador”, em que a tentativa de reforço da lógica colonial é fundada por meio do fortalecimento de entes não-estatais, que adquirem controle sociais pela via da privatização de serviços antes prestados pelo Estado. Nesse movimento, origina-se o chamado fascismo social, em que relações de poder desiguais são estabelecidas, tendo a parte mais forte todo o poder sobre as mais fracas. Das espécies de fascismo, cabe destacar o chamado fascismo contratual, que:

(...) ocorre nas situações em que a diferença de poder entre as partes do contrato de direito civil (seja ele um contrato de trabalho ou um contrato de fornecimento de bens ou serviços) é de tal ordem que a parte mais fraca, vulnerabilizada por não ter alternativa ao contrato, aceita as condições que lhe são impostas pela parte mais poderosa, por mais onerosas e despóticas que sejam.¹¹

A consciência e a articulação para a constituição de resistência à colonialidade deflagram alguma instabilidade, que pode representar ameaça à prevalência da hegemonia do pensamento abissal e ao aumento de sujeitos privados na ocupação de espaços de atuação do Estado. Em contrapartida, para o reforço da lógica colonial, estatuem-se normas e regulamentações, que assumem o papel de suprimir os conflitos sociais, de maneira a sedimentar a chamada “*soft law*”, quais se caracterizam como brandas para alguns, mas

7 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 72-73

8 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 73.

9 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 76.

10 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p.78.

11 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p.80.

possuem, para outros, significado de ocultação. De encontro a essa lógica subalternizadora, o autor articula a proposta do pensamento pós-abissal. Para esse pensamento, a exclusão gerada pela linha abissal somente pode ser eliminada se for possível identificar as inúmeras formas de exclusão gerada em conjunto, bem como cultivar a busca pela emancipação dos oprimidos.¹²

O pensamento pós-abissal propõe, assim, uma nova perspectiva epistemológica, em que o Sul-global – que comporta aqueles que na modernidade estão do lado inferior da linha e subalternizados para além da mera localização territorial da primária configuração metrópole-colônia – tem o poder de basear a produção de saberes conforme a realidade vivida localmente. Propõe deixar de lado a monocultura hegemônica imposta pelo Norte colonizador, em especial no que tange a essa admissão da interação construtiva das inúmeras formas de conhecimentos, a qual o autor denomina de ‘ecologia de saberes’.¹³

A partir dessa epistemologia do Sul-global para o Sul-global, forma-se a resistência ao capitalismo global, pois a proposta baseia-se em uma globalização contra-hegemônica, em que não se parte do pressuposto de que há unidade de pensamento posta pelo poder dominante, mas sim da hipótese de que todas as formas de saber advindas de diferentes realidades sobre determinada temática devem coexistir. E apenas assim é possível que haja libertação de um conhecimento construído a partir da linha abissal.¹⁴

Assim, o realismo proposto pela ‘ecologia dos saberes’ corresponde à proposta de intervenção que parte do real ao invés da representação dessa realidade, pois a premissa básica dessa epistemologia é a de que todos os conhecimentos têm limites internos que sempre podem ser repensados e questionados conforme ocorram mudanças. Não se trabalha, assim, com abstrações, que são imprestáveis para propostas de compreensão do mundo real.¹⁵ Fomenta-se, sim, o questionamento das lindes e estruturas, para a edificação de respostas com a consciência de incompletude, premissa básica de uma epistemologia que tem como escopo acompanhar o dado real para a produção de diferentes saberes.¹⁶

Como essa lógica colônia-metrópole é uma das precedências históricas determinantes do Direito, o pensamento abissal transcende a época colonial, permeia diferentes contextos históricos e ganha formatos em conformidade com a época, preservando a sua essência, o que implica invisibilização de certos sujeitos. Porém, a moderna perpetuação do pensamento abissal se dá por meio de poderosas bases institucionais, as quais são objeto de negações das mais radicais.¹⁸

E é neste ponto que a teoria do pensamento abissal pode subsidiar o questionamento das bases epistêmicas da construção da noção jurídica do empresário no Brasil, visto que o presente trabalho tem como objetivo problematizar o estigma do empresário onipotente, de grande porte e com megaestruturas. O Direito Empresarial há de ser lido conforme a realidade

12 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p.84

13 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 85.

14 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 85-87.

15 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 85-87.

16 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 93.

17 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p.73;76

brasileira. Busca-se, assim, a realidade nos moldes consentâneos à proposta da ecologia de saberes. Colocar em disputa a universalização da figura jurídica do empresário é refletir acerca da regulação insuficiente daqueles que não se enquadram nessa categoria universalizante. Esse movimento rejeita, do mesmo modo, a compreensão originária do fenômeno da globalização posta pelos grandes empresários, ao se expandirem mundialmente.¹⁸

A aludida universalização pode tornar invisíveis os pequenos empresários no Direito brasileiro, em especial no Direito Empresarial. Ressalta-se que o traçado da linha abissal que estabelece a ocultação dessas pessoas é bastante sutil, visto que é disfarçado com previsões legais nacionais destinadas aos empresários de menor porte, mas que são insuficientes para tutelá-los na perspectiva do equilíbrio das relações.

A Constituição funda a ordem econômica no tratamento favorecido aos empresários de pequeno porte, além de outros princípios. Em outras oportunidades, faz menção expressa aos empresários de pequeno porte - art. 146, "d"; 179 e 94 dos atos das disposições constitucionais transitórias.¹⁹ Merecem destaque as normas trazidas pela lei complementar 123/2006. Por fim, cabe ressaltar a criação da Empresa de Responsabilidade Limitada (EIRELI) e da sociedade limitada unipessoal, no contexto do Código Civil. Significa que, a despeito de o comando constitucional ser amplo para o tratamento favorecido, as normas tratam basicamente de questões fiscais, previdenciárias, trabalhistas,²⁰ escriturais e estruturais, de modo que pouco se dedicam à efetiva promoção do empreendedorismo e a pontos-chave para o equilíbrio necessário à existência de chances reais de êxito das atividades dos empresários menores dentro do Direito Empresarial.

No âmbito contratual, por exemplo, cabe indagar se o empresário de pequeno porte possui liberdade efetiva de contratar, ou seja, de firmar o contrato, ou se, diante de circunstâncias de mercado, podem possuir pouca alternativa senão a adesão. Ademais, questiona-se se o empresário menor tem a si reservada a prerrogativa de contribuir, significativamente, com o conteúdo do contrato, vale dizer, se possui efetiva liberdade contratual. A mitigada liberdade, seja de contratar ou contratual, deflagra a vulnerabilidade relacional no campo da empresarialidade e pode descortinar situações de injustiça contratual.

Considerando que o mercado congloba um emaranhado de relações contratuais tecido pelos agentes econômicos, dentre os quais estão os empresários,²¹ o contrato pode reproduzir uma lógica que subalterniza e cria ambiente propício para exploração e para a mera subsistência de empreendimentos menores, que, assim, podem ser mantidos abaixo da linha abissal.

Exemplo disso é a situação em que os pequenos empresários firmam contratos com empresários maiores. Para esses cenários, parece faltar normas de enfoque específico no Direito Empresarial, com o objetivo de tutela dos empresários eventualmente vulneráveis.²² Não é à toa que tem sido emprestado ao empresário, usualmente de pequeno porte, a qualidade de consumidor para o tratamento, ainda que de modo reflexo, de sua vulnerabilidade.

18 Vide o conceito de 'localismo globalizado' em SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 39, São Paulo, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n39/a07n39.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2017, p.110).

19 BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasil: *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%EAo.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

20 FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Direito comercial: empresários, sociedades, títulos de crédito, contratos, recuperações, falência*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 12.

21 FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 29.

22 FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Relações Jurídicas Interempresariais e a Artificialidade da Atribuição da Natureza Consumerista em Razão da Vulnerabilidade. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César. *Direito Privado e Contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014, p. 261.

Assim, pode-se até insistir na afirmação de que, no Brasil, tutela-se o empresário vulnerável, diante do posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em mitigar a teoria finalista advinda do Direito do Consumidor. Porém, essa abordagem epistemológica pode estar mais ligada a um modelo de resposta típico do pensamento abissal – que expressa o chamado regresso colonizador.

Logo, a implementação de normas específicas para o pequeno empresário no âmbito de uma relação jurídica desequilibrada exige mais: sua qualidade deve ser reconhecida e deve ser substrato para a revelação de soluções jurídicas próprias.

A adequação desse modelo é também comprometida pela ausência de unificação desse entendimento jurisprudencial da teoria finalista mitigada no campo do Direito do Consumidor, na medida em que são pouco firmes os parâmetros de sua aplicação emprestada aos empresários. De um lado, há decisões que são pela revisão da avença devido ao fato de o empresário ser consumidor por usufruir de produto/serviço para finalidade não diretamente ligado ao objeto da atividade empresarial.²³ De outro, julgados fundamentam a revisão na vulnerabilidade do empresário, sem que haja definição precisa acerca de quais seriam os aspectos ensejadores dessa qualidade.²⁴ Registrem-se, ainda, os julgados no sentido da inaplicabilidade, *a priori*, do regime consumerista quando a relação entre empresários se reveste da roupagem dos contratos mercantis.²⁵

Fica evidente que a tentativa de admissão de um consumidor que é também intermediário na transferência dos custos de produção não parece coerente com o próprio Código de Defesa do Consumidor. Nas palavras de César Fiuza e Roberto Henrique Pôrto Nogueira:

A aplicação do Código de Defesa do Consumidor nas relações interempresariais parece ser fruto de uma interpretação pragmática do direito, na medida em que, em vista da necessidade do sistema jurídico protetivo que é inexistente, o poder judiciário emprega aquele que mais se aproxima à realidade das relações contratuais interempresariais não paritárias.²⁶

Portanto, há tratamento adequado do empresário de menor porte, para a concreção do mandamento constitucional de seu tratamento favorecido, que repercute na desocultação de sujeitos e de direitos contratuais em desequilíbrio?

23 Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 807.052*. Agravante: BV Financeira S/A. Agravado: Celia Maria Trevisan Teixeira Schoroeder. Brasília-DF, 15 de maio de 2015a. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=622543&num_registro=200600025530&data=20060515&formato=PDF>. Acesso em 06 ago. 2017 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.138.130*. Agravante: Esj Comércio De Alimentos Ltda. Agravado: Banco Itaubank S/A. Brasília-DF, 14 de maio de 2015b. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1404909&num_registro=200900845294&data=20150514&formato=PDF>. Acesso em 06 ago. 2017.

24 Vide BRASIL, BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Medida Cautelar nº 24.455*. Requerente: Dibens Leasing S/A - Arrendamento Mercantil. Requerido: N Landim Comercio Ltda. Brasília-DF, 19 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=49056829&num_registro=201501401342&data=20150619&formato=PDF>. Acesso em 06 ago. 2017 e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança nº 27.512*. Recorrente: Banco Safra S/A. Recorrido: Plascalp Produtos Cirúrgicos LTDA. Brasília-DF, 23 de setembro de 2009a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=905277&num_registro=200801579190&data=20090923&formato=PDF>. Acesso em 06 ago. 2017.

25 Vide: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 761.557*. Recorrente: Alan Representações Comerciais S/C LTDA – MICROEMPRESA. Recorrido: Indústria de Calçados e Artefatos Cariri LTDA. Brasília-DF, 3 de dezembro de 2009b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=931939&num_registro=200501044640&data=20091203&formato=PDF>. Acesso em 06 ago. 2017.

26 FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Relações Jurídicas Interempresariais e a Artificialidade da Atribuição da Natureza Consumerista em Razão da Vulnerabilidade. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César. *Direito Privado e Contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014, p.261.

Em relação ao Código Civil, apenas o artigo 970e e o parágrafo segundo do artigo 1.179 tratam do menor empresário. Há previsão de regime jurídico diferenciado da inscrição e efeitos respectivos, bem como de dispensa, aos empresários de pequeno porte, de rigores de escrituração de livros.²⁷

A Lei n. 11.101 estatui a recuperação judicial especial facultativa aos microempresários e empresários de pequeno porte. Contudo, as normas são de socorro à crise, de última *ratio*, com prevalência para aquelas de ordem procedimental. Ademais, a lei atribui privilégio especial aos créditos de micro e pequenos empresários, em um panorama de baixa probabilidade de sua satisfação.²⁸

A Lei n. 8.666²⁹ estabelece tratamento diferenciado ao empresário de pequeno porte nos procedimentos licitatórios, conforme se depreende da leitura do artigo 2º, §14º e 5º. Nesse sentido, o empresário de pequeno porte tem certas facilidades na entrega de documentação, nos moldes do artigo 33, III que, assim como prioridades no caso de empate, artigo 44 da Lei 123.³⁰ Tais importantes iniciativas políticas para o incentivo e tratamento favorecido do pequeno empresário são relevantes, mas não enfrentam o eventual desequilíbrio das relações jurídicas interempresariais.

Por fim, mesmo o argumento de que o Direito da Concorrência pode resolver o problema da dependência econômica e das assimetrias dentro do Direito Empresarial não parece ser a resposta adequada para a efetiva tutela do pequeno empresário nas relações interempresariais. Afirma-se isso porque “a finalidade do direito concorrencial não seria a tutela de cada um dos agentes econômicos, mas sim do mercado como um todo”.³¹

Vale noticiar mudança legislativa em curso, que pode ensejar alguma segurança e proteção ao empresário de pequeno porte, devido à previsão do artigo 313 do projeto de Lei n. 1.571. Segundo a proposta, em um contrato que envolva uma parte na qualidade de empresário de pequeno e outra de maior porte, esta última, “se perceber que, no curso das negociações, a carência de informações está comprometendo a qualidade das decisões daquela, deverá fazer alertas esclarecedores que contribuam para a neutralização da assimetria”.³²

Aqui, a crítica calha na proporção em que cabe aos empresários não vulneráveis o dever de equalizar as assimetrias, lógica que opera em plena sintonia com o pensamento abissal, visto que não cria condições de efetiva emancipação para que o próprio pequeno empresário tenha meios para se relacionar com empresários não vulneráveis de forma

27 BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

28 BRASIL. Lei n. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: *Diário Oficial da União*, 10 fev. 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11101.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

29 BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: *Diário Oficial da União*, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

30 BRASIL. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999.. Brasília: *Diário Oficial da União*, 15 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

31 BRASIL. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 1º de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999.. Brasília: *Diário Oficial da União*, 15 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

32 YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015.

equilibrada. Reforça, sim, uma dependência que, mesmo para o legislador, é evidente.

No ramo da literatura empresarial, vários são os alertas para a urgência de percepção da dependência econômica no âmbito do Direito Empresarial,³³ que visam a propor a tarefa de equilibrar as relações interempresariais. Entretanto, poucos se dedicam ao empresário de menor porte. A invisibilidade desses sujeitos pode reforçar, assim, o Direito Empresarial imerso no chamado ostracismo axiológico,³⁴ pois alimenta a crença de que todos os empresários têm a capacidade de se autorregem sem precisar de intervenções do Estado nem de outros saberes que não os institutos tradicionais desse sistema jurídico.

Vozes de resistência ganham pouco eco, mas as críticas talvez não sejam tão parcas. Afinal, esse raciocínio de equilíbrio que se escora na igualdade está afastado da lógica da premissa de onipotência empresarial, cujas virtudes já estão tão difundidas que “quem quer que aponte os defeitos dos mecanismos de mercado parece ser, no espírito atual, estranhamente antiquado e contrário à cultura contemporânea (como tocar um disco de 78 rotações dos anos 20)”.³⁵

Por trás desse ostracismo, pode-se identificar uma crença exacerbada e superada na concepção naturalista de mercado, que basicamente se funda na ideia de uma suposta perfeição de seu funcionamento. Pauta-se, assim, na neutralidade, em que não se admite que o mercado seja atingido por escolhas humanas.³⁶ Apesar de ser necessário aprender e reconhecer os méritos dessa concepção de mercado, diante das complexidades cada vez mais pulsantes da realidade, “a necessidade de um exame crítico dos preconceitos e atitudes político-econômicas nunca foi tão grande. Os preconceitos de hoje (em favor do mecanismo do mercado puro) decerto precisam ser cuidadosamente investigados, e, a meu ver, parcialmente rejeitados”.³⁷

Portanto, para entender a defesa que os liberais fazem da propriedade privada, a confusão que fazem da economia livre e omissão estatal, desregulamentação e propriedade dos meios de produção, é importante compreender o contexto histórico e a ideia de Estado que estes liberais tinham no momento de construir suas teorias. *Ao estudarmos a história da realidade econômica (e não o pensamento econômico) desde então, perceberemos com clareza que estes fatores só trouxeram opressão e exclusão, portanto, falta de liberdade para grande parte dos cidadãos* (grifo nosso).³⁸

Se há mandamento expresso constitucional de tratamento favorecido em prol do empresário de pequeno porte; e se, pelo visto, legislativo e judiciário já percebem possíveis a

33 Vide FRANCO, Vera Helena de Melo. *Teoria Geral do Contrato: confronto com o Direito Europeu Futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p.103; CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Enunciado nº 25. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/46>>. Acesso em: 10 fev. 2017; FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p.17; YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015; LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. A resolução do contrato por onerosidade excessiva no Código Civil Brasileiro de 2002 e sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça. In: CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia; CASTRO JR., Torquato da Silva (Orgs.). *Dos contratos*. Recife: Ed. Nossa Livraria, 2012; COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012, p.49-53; RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Contratos empresariais e dirigismo contratual*. Disponível <http://genjuridico.com.br/2016/08/29/contratos-empresariais-e-dirigismo-contratual/#_ftn6>. Acesso em: 15 jul. 2017.

34 BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no Direito Empresarial? In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (Orgs.). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes, 2016b, p. 159.

35 SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 135.

36 MARTINS-COSTA, Judith. Mercado e Solidariedade Social. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexões dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 617.

37 SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 136.

38 MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O constitucionalismo moderno: origem e crise – reflexões*. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona76/76Quadros.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

vulnerabilidade e a dependência econômica, a omissão de regime jurídico adequado nesse ponto do equilíbrio relacional reafirma a linha abissal.

Como consequência dessa plêiade de influências que partem do Norte e que consolidam o vácuo estatal, Boaventura de Sousa Santos alerta, por exemplo, para o “governo indireto, que emerge em diversas situações em que o Estado se retira da regulação social e os serviços públicos são privatizados, de modo que poderosos atores não-estatais adquirem controle sobre a vida e o bem-estar de vastas populações”.³⁹ Portanto, essa lacuna no Direito Empresarial pode reproduzir exclusão e ocultação do empresário de pequeno porte, que pode assumir o papel de mero instrumento para maximização de lucros, seja pela via da dependência na aquisição de serviços e produtos, seja como intermediário para escoar a produção.

Diante da solidez da premissa da paridade interempresarial e da complexidade dos fatores de ocultação, um movimento situado e de amplo espectro para a reflexão, deflagração, produção e refundação de mecanismos de construção de saberes jurídicos é necessário para implementar as metas constitucionais que almejam a efetiva pluralidade de agentes econômicos no âmbito do mercado. O presente trabalho, contudo, limita-se ao objetivo de evidenciar o perfil do empresário na realidade brasileira para que se possa conjecturar sobre as implicações para a tal premissa da paridade interempresarial, a partir da perspectiva epistemológica da ecologia dos saberes de Boaventura de Sousa Santos.

Logo, para o propósito desse estudo, indagar e desconstruir a visão de empresário brasileiro falsamente universalizante é combater o motor da exploração do poder hegemônico dominante, para que seja concebível um Direito Empresarial que coadune com uma globalização anti-hegemônica,⁴⁰ proposta pelo pensamento pós-abissal.

Dados podem ser úteis para desencobrir a realidade de grande parte dos empresários brasileiros.

3 O PERFIL DO EMPRESÁRIO BRASILEIRO E A DESMISTIFICAÇÃO DO ESTIGMA DA ONIPOTÊNCIA

Para que se possa ter uma noção mais próxima da realidade de grande parte dos empresários brasileiros, necessário que se compreenda a forma que usualmente é escolhida para atuar no mercado, independentemente de um possível efeito da entrada em vigor do modelo da sociedade limitada unipessoal, a respeito da qual os dados ainda são pouco consistentes. Cabe, assim, retomar um momento anterior para a coleta e análise desses dados.

Relatório do estudo do Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), do ano de 2014,⁴¹ demonstra que o número de micro e pequenas empresas no Brasil representa 98,1% do total das empresas de serviços, restando 1% de médio porte e 0,9% de grande porte. No setor de comércio, 99,2% dos empresários são de micro e pequeno porte, sendo que somente 0,5% e 0,3% são de médio e de grande porte, respectivamente.⁴²

39 SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 80.

40 A globalização anti-hegemônica difere da globalização até então instaurada, em que a o global é “uma ideologia, um símbolo. Os “atores são empresas globais (...) Dir-se-á que, no mundo da competitividade, ou se é cada vez mais individualista, ou se desaparece. Então, a própria lógica de sobrevivência da empresa global sugere que funcione sem nenhum altruísmo”. Vide SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003, p. 67.

41 O critério para determinação do porte dos empresários é o número de pessoas ocupadas, e não a renda a bruta (conforme determina a Lei Complementar nº 123 de 2006, devido à dificuldade na apuração desses dados. Assim, considera-se, para o levantamento em alusão, microempresa aquela posicionada na atividade de serviços e comércio com até 9 pessoas ocupadas, e como pequena empresa a que tem entre 10 e 49 pessoas ocupadas; na atividade industrial, é microempresas aquela com até 19 pessoas ocupadas, e pequena empresa a que conta com o número entre 20 e 99 pessoas ocupadas. Vide: SEBRAE. *Participação da micro e pequenas empresas na economia brasileira*, Brasília: Sebrae, 2014. Disponível em: <<http://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 22.

Percebe-se, assim, que o empresário de menor porte domina os registros empresariais, pois parece ser maioria numérica no Brasil. Partindo para uma análise qualitativa desses registros, nota-se que grande parte opta pela forma de empresário individual, de empresa individual de responsabilidade limitada e sociedade limitada, nos termos dos dados de diferentes Juntas Comerciais.

Em Minas Gerais, no levantamento mais recente, referente ao mês de junho de 2017, dos 3.539 registros feitos, 1.309 são de empresários individuais; 1.530, de sociedades limitadas; e 683, de EIRELI. No acumulado do ano, totalizam-se 20.567 registros, repetindo-se a prevalência dos meses anteriores.⁴³

No Rio Grande do Sul, a Junta Comercial noticia o registro, no mês de junho de 2017, de 3.122 empresários no total, dentre os quais 1.145 na forma individual de empreendedor, 1.304 no tipo da sociedade limitada e a maior parte do restante no modelo de EIRELI. O valor global do ano de 2017 soma 60.905 registros, em que 6.081 são de empresários individuais; 6.435, de sociedades limitadas; e 2.166, de EIRELI. Desse universo, 46.166 empresários enquadram-se na categoria de Microempreendedor Individual,⁴⁴ para a qual um dos requisitos é ter faturamento anual de até R\$ 81.000,00, nos termos do art. 18-A, §1º da Lei Complementar 123.⁴⁵

No Paraná, os dados mais próximos em qualidade, para a comparação, datam de 2015, ano em que dos 17.799 registros realizados, 6.527 foram na modalidade empresário individual e 2.058 na forma de EIRELI.⁴⁶

No Espírito Santo, dos 6.690 registros em 2017, 1.487 referem-se a EIRELI; 1.703, a empresários individuais; e 3.345, a sociedades limitadas.⁴⁷

Em Tocantins, no ano de 2016, os registros somam 9.849 empresários individuais, 7.304 EIRELI, 821 empresários individuais e 924 sociedades limitadas.⁴⁸

Na Bahia, do total de 12.774 registros em 2017, 5.327 foram de empresários individuais; 2.270, de EIRELI; e 5.003, relativos às sociedades limitadas.⁴⁹

Percebe-se que o tipo de empresário que prevalece em várias regiões do Brasil é aquele que atua individualmente. Há também expressiva presença das sociedades limitadas, o que, todavia, não contradiz a roupagem de menor porte para grande parte do empresariado brasileiro.

Afirma-se isso porque o relatório de estudo feito para se apurar o perfil das sociedades limitadas registradas em São Paulo, de 10 de janeiro de 2003 a 10 de janeiro de 2012, consegue revelar que aproximadamente 80% dessas pessoas jurídicas têm capital social menor do que 50 mil reais. E mais: que 38% delas correspondem a um capital social menor que 10 mil reais. Evidencia, ainda, que 52,2% dessas sociedades se enquadram no regime fiscal do microempresário estabelecido pela Lei 123/2006 e que aproximadamente 85% delas têm

42 SEBRAE. *Participação da micro e pequenas empresas na economia brasileira*, Brasília: Sebrae, 2014. Disponível em: <<http://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 135-136.

43 MINAS GERAIS. Junta Comercial do Estado de Minas Gerais. *Estatísticas – 2017*. Disponível em: <<https://www.jucemg.mg.gov.br/ibr/informacoes+estatisticas+estatisticas-2017>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

44 RIO GRANDE DO SUL. Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul. *Estatísticas – 2017*. Disponível em: <http://www.jucergs.rs.gov.br/p_estatisticas.asp>. Acesso em: 22 jul. 2017.

45 RIO GRANDE DO SUL. Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul. *Estatísticas – 2017*. Disponível em: <http://www.jucergs.rs.gov.br/p_estatisticas.asp>. Acesso em: 22 jul. 2017.

46 PARANÁ. Junta Comercial do Paraná. *Estatísticas 2015*. Disponível em: <http://www.juntacomercial.pr.gov.br/arquivos/File/2015/Sede_Agencias_Maio2015.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

47 ESPÍRITO SANTO. Junta Comercial do estado do Espírito Santo. *Estatísticas – 2017*. Disponível em: <<https://www.jucees.es.gov.br/jucees/dados-estatisticos/>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

48 TOCANTINS. Junta Comercial do Estado de Tocantins. *Estatísticas – 2017*. Disponível em: <<https://central3.to.gov.br/arquivo/304442//>>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

49 BAHIA. Junta Comercial do Estado da Bahia. *Estatísticas*. Disponível em: <<http://www.juceb2.ba.gov.br/const.asp>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

apenas 2 sócios, situação que tende a sofrer mudança com a figura da sociedade limitada unipessoal. Por fim, expõe que 98,35% das sociedades limitadas estudadas não contratam administrador profissional.⁵⁰

Portanto, vê-se que grande parte das sociedades limitadas estudadas nessa pesquisa explicita o perfil de um empreendimento sem gestão profissional do negócio, de baixo investimento no capital social, com pouca quantidade de sócios e com o faturamento bruto anual até 360.000,00.

Pertinente é, ainda, a análise de dados que tratam sobre os encerramentos das atividades empresariais. Essa investigação retrata que uma variável relevante para a determinação da sobrevivência/mortalidade das empresas é o desemprego. Afirma-se isso porque dentre os empresários que encerraram as atividades, é constatada proporção significativa de pessoas que se encontravam no desemprego anteriormente ao início da atividade. Nesse cenário, grande parte apresenta pouca experiência no ramo, pois prevalecem aqueles que iniciam empresas por necessidade e/ou exigência de cliente/fornecedor e que, assim, não têm tempo para planejar o início da atividade.⁵¹

Esses dados podem estar relacionados com o chamado terceiro capitalismo, que seduz os subalternizados com o discurso do empreendedorismo, autonomia e independência advinda de empresas individuais. “Esta situação transforma o assalariado em empresário, fazendo-o perder todos os direitos trabalhistas, visto que o contrato agora se dá entre empresas, sendo regido pelo direito comercial, relação na qual prevalece a igualdade entre as partes”.⁵²

Há se considerar, ainda, a chamada “pejotização”. Essa expressão é derivada de um neologismo remete à sigla “PJ”, que corresponde às iniciais da expressão “pessoa jurídica”. Caracteriza-se pela exigência, por parte do empregador, de que o trabalhador providencie a constituição de uma pessoa jurídica, para passar-se por prestador de serviço, de maneira a evitar a constituição do arquétipo legal da relação de emprego. A partir disso, é firmado contrato de direito privado, de natureza empresarial, mesmo que todas as características da relação de emprego estejam presentes. É frequente que os empregados que apresentem maior qualificação e que estão prestes a receber salários em valores maiores recebam esse “convite”, sob o argumento que a carga tributária menor possibilita o pagamento de uma quantia maior do que o salário pago em razão do vínculo empregatício.⁵³

Apesar de a regulamentação das normas de trabalho brasileira ter como base o emprego formal assalariado, esse formato deixa de prevalecer a partir dos anos 80, em que a crise no setor da indústria passa a fomentar o uso de contratos atípicos para a contratação de serviços. No aproximar dos anos 90, em que de fato ocorre a transição do regime ditatorial para o democrático, despontam desafios: hiperinflação e um grande endividamento externo, que direcionam as forças do Estado para resolver os problemas da macroeconomia. Enfraquece-

50 CHAVENCO, Maurício; MATTOS FILHO, Ary Oswaldo; Hubert, Paulo; RIBEIRO, Victor B. Holloway; VILELA, Renato. *Radiografia das Sociedades Limitadas*. São Paulo: FGV-Direito, 2012. Núcleo de Estudos em Mercado e Investimentos. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anexos/radiografia_das_ltdas_v5.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 2-3.

51 SEBRAE. *Sobrevivência das empresas no Brasil*. Brasília: Sebrae, 2016. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-102016.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017, p. 14-15.

52 ORBEM, Juliani Veronezi. A (re) construção de uma “nova” modalidade de trabalho denominada “pejotização” no contexto sociocultural brasileiro. In: *Askesis – Revista dos discentes do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar*, São Carlos, n. 1, v. 5, janeiro-junho, 2016, p. 143 -156. Disponível em: <<http://www.revistaaskesis.ufscar.br/index.php/askesis/article/view/81/pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2017, p. 152.

53 MAEDA, Fabíola Miotto. Prestação de serviço por meio de pessoa jurídica: dignidade e fraude nas relações de trabalho. 2014. 148f. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-21012015-080938/pt-br.php>>. Acesso em: 22 jun. 2017, p. 119.

se cada vez mais, o seu papel interventor, deixando as relações de trabalho a mercê da lógica da não regulamentação do mercado. São traços típicos da política neoliberal, que vai além da reestruturação econômica, podendo formatar-se como ideologia instaurada por meio das mudanças na forma de as empresas contratarem mão-de-obra.⁵⁴

Inicia-se o desenvolvimento do pós-fordismo, com a ideia de flexibilidade da produção, pois o enfoque passa a ser a atividade principal. As atividades periféricas começam a ser tratadas de maneira diversa, como as terceirizações. A partir disso, estabelece-se uma nova racionalidade de trabalho, em que se prega um trabalho atípico, independente, autônomo, dinâmico, proativo, polivalente, engajado. Isso implica a mudança da ideia de trabalhador subordinado típico do taylorismo-fordismo para sujeito que colabora com o empresário, o chamado colaborador, o qual goza de igualdade no local de trabalho e supostamente possui especial potencial para empreender. Nesse panorama, a educação formal deixa de ser uma obrigação do Estado para tornar-se obrigação do indivíduo enquanto investimento em si mesmo. Consolida-se, assim, a ideia de capital humano.⁵⁵

Observa-se, nessa perspectiva teórica, a possível defesa do potencial do neoliberalismo de criação de novos sujeitos, sendo, assim, muito mais do que um modelo econômico,⁵⁶ e sim uma forma de pensamento. Esse novo empresário é o “*homo economicus*’ empresário de si mesmo, sendo ele próprio seu capital, sendo para si mesmo seu produtor, sendo para si mesmo a fonte de renda”.⁵⁷

Fica, assim, cada vez mais evidente que, com esses cenários de não alcance da tutela trabalhista, é provável a vulnerabilidade no campo do Direito Empresarial, que não pode ficar alheio, em absoluto, aos desequilíbrios em relações interempresariais. Para tanto, deve transpor a premissa de empresário onipotente.

Neste ponto, já é possível identificar como o perfil do empresário brasileiro afasta-se da onipotência do imaginário geral. Além de grande parte dos empresários nacionais caracterizar-se por pequenos negócios, muitos que perdem seus postos de trabalho enxergam no empreendedorismo a saída para a sobrevivência. Assim, a vulnerabilidade do empresário é fator complexo, que vai além do seu porte e pode se atrelar também com o estado de extrema necessidade e de despreparo social. Logo, é viável cogitar-se de uma tutela protetiva eventual e específica.

Nesse sentido, César Fiuza e Roberto Henrique Pôrto Nogueira:

A vulnerabilidade do agente econômico em face de outros sujeitos da mesma estirpe justifica o reconhecimento do direito à tutela protetiva à categoria, quando em situação desfavorável. Há, por conseguinte, espaço, no direito empresarial, para conceber o tratamento de relações jurídicas não paritárias. Talvez, como medida de política pública para a construção de um direito empresarial mais inclusivo, seria viável a elaboração de um sistema jurídico protetivo próprio.⁵⁸

54 ORBEM, Juliani Veronezi. A (re) construção de uma “nova” modalidade de trabalho denominada “pejotização” no contexto sociocultural brasileiro. In: *Askesis – Revista dos discentes do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar*, São Carlos, n. 1, v. 5, janeiro-junho, 2016, p. 143-156. Disponível em: <<http://www.revistaaskesis.ufscar.br/index.php/askesis/article/view/81/pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2017, p. 147-148.

55 ORBEM, Juliani Veronezi. A (re) construção de uma “nova” modalidade de trabalho denominada “pejotização” no contexto sociocultural brasileiro. In: *Askesis – Revista dos discentes do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar*, São Carlos, n. 1, v. 5, janeiro-junho, 2016, p. 143-156. Disponível em: <<http://www.revistaaskesis.ufscar.br/index.php/askesis/article/view/81/pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2017, p. 148-149.

56 ORBEM, Juliani Veronezi. A (re) construção de uma “nova” modalidade de trabalho denominada “pejotização” no contexto sociocultural brasileiro. In: *Askesis – Revista dos discentes do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar*, São Carlos, n. 1, v. 5, janeiro-junho, 2016, p. 143-156. Disponível em: <<http://www.revistaaskesis.ufscar.br/index.php/askesis/article/view/81/pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2017, p. 149.

57 FOUCAULT, Michel. *O nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 331.

O Direito Empresarial preparado para as complexidades que envolvem os sujeitos e os direitos no contexto particular do Brasil, para admitir a existência e a urgência de enfrentamento de relações jurídicas interempresariais não paritárias, é alternativa possível à transposição da linha abissal que replica desigualdades sutilmente encobertas.

Independentemente da concordância com os posicionamentos políticos dos autores trazidos à baila para a articulação das determinantes do perfil do empresário na atualidade, parece irrefutável que o Direito Empresarial precisa falar sobre a vulnerabilidade entre seus sujeitos.

4 CONCLUSÃO

É comum que os empresários sejam relacionados a um significativo poder econômico, financeiro, político, social, técnico e estrutural. A partir disso, estabelece-se a pressuposição que serve de fundamento para a construção do Direito Empresarial, segundo o qual os empresários detêm as ferramentas para avaliarem seus riscos e para efetuarem, livre e racionalmente, suas escolhas. Por essa razão, é recorrente a consagração do entendimento de que empresário não precisa de normas, ainda que casuísticas, que tenham como objetivo o equilíbrio de suas relações.

É essa pressuposição que tende a ocultar sujeitos e direitos no âmbito do mercado, quando ocupantes de posições vulneráveis, ficando, possivelmente, negligenciados.

Logo, apresentam-se como objetivos do presente ensaio empreender reflexões acerca da abordagem do pensamento abissal de Boaventura de Sousa Santos para, em seguida, aferir se é viável revelar eventual incoerência dessa premissa de paridade decorrente da onipotência econômica e racional com os comandos constitucionais para a ordem econômica nacional, sobretudo quando considerado o perfil do empresário registrado no Brasil.

A teoria do pensamento abissal concebe o potencial hegemônico segregador que a adoção de epistemologias universalizantes possui, de maneira que sujeitos podem ficar à margem do Direito, que, com raízes modernas, reproduz determinadas premissas que podem legitimar invisibilidades.

Dados sobre o empresário no Brasil confirmam o seu perfil prevalente de empresário individual, empresa individual de responsabilidade limitada ou sociedade limitada de reduzido quadro societário e capital social, sugerindo que tais estruturas podem ter sido articuladas, por vezes, como saídas empreendedoras para a realidade da falta de condições materiais, do desemprego ou ainda para o atendimento da imposição do empregador (fenômeno conhecido como pejotização).

Os dados trazidos neste trabalho revelam ser prevalentes os empresários de pequeno porte no Brasil, o que torna justificável a Constituição estabelecer o princípio do tratamento favorecido. Trata-se da afirmação da necessidade de reconhecimento de vulnerabilidades eventuais aos empresários e da perspectiva de probabilidade de que essa qualidade de esteja, a rigor, ligada ao porte. Por conseguinte, é defensável que, a partir disso, no contexto do Estado Democrático de Direito, talvez caiba a promoção da superação da premissa quase inderrogável de paridade em relações interempresariais, cunhadas em um cenário de modernidade que não se coaduna com a realidade nacional.

58 FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. Relações Jurídicas Interempresariais e a Artificialidade da Atribuição da Natureza Consumerista em Razão da Vulnerabilidade. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César. *Direito Privado e Contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014, p. 261.

Tal assertiva deve-se ao fato de que, conforme demonstrado, muitas das normas destinadas a esses sujeitos não têm perspectiva de tutelar eventuais vulnerabilidades advindas de desequilíbrio em relações entre empresários. A despeito da relevância de outras iniciativas de fomento ao empresário de pequeno porte, não cabe descurar da promoção da paridade entre empresários no contexto do mercado.

Ao que parece, essa insuficiência normativa, apesar de tangenciada, em certa medida, no âmbito do Judiciário, do Legislativo e mesmo da literatura aplicada, não é atrelada à noção de empresário de menor porte, o que pode ofuscar a contingência de tratamento especial de suas posições vulneráveis.

Assim, o uso extensivo da tutela consumerista, pela via da teoria finalista mitigada; a proposta do projeto de Novo Código Comercial de atribuir, com exclusividade, ao empresário não vulnerável o dever engendrar a neutralização das assimetrias contratuais; e a tentativa de busca de tutela no Direito de Concorrência, que se volta ao mercado como um todo; podem revelar iniciativas que negligenciam a incumbência de trazer à luz as circunstâncias de vulnerabilidade contratual do empresário de menor porte.

A incoerência da premissa de paridade interempresarial torna-se flagrante quando, apesar de estabelecida no passado moderno, continua a transpor o mandamento constitucional principiológico para um tratamento favorecido e, desse modo, a subjugar a realidade do porte de grande parte dos empresários no país.

Significa dizer que parece ser a subsistência dogmática incoerente e infundada, tanto no plano ontológico quanto deontológico, de tal famigerada premissa, que desempenha o papel segregador de sujeitos empresários de menor porte ocupantes de posições vulneráveis em relações interempresariais. Atacar tal referencial moderno de equilíbrio é formar espaço de resistência às subjetividades e singularidades nacionais, para constituir, assim, iniciativa relevante ao processo de desinvisibilização de sujeitos e de reconhecimento de seus direitos. Esses sujeitos e seus direitos são novos, apenas na medida em que é inovadora a revelação da urgência de seu reconhecimento.

Merece destaque, portanto, essa espécie sutil e extremamente poderosa de segregação, que pode ser explicada pela linha abissal. Trata-se da inclusão perversa ou da falsa inclusão. Rejeitar referenciais epistêmicos ao Sul da linha abissal pode ser tão excludente quanto à inclusão perversa que se faz do empresário que, em tese, sempre se situa ao Norte. Dito onipotente econômica e racionalmente, ao mesmo tempo que a ele se imputam arquétipos hegemônicos, negam-se-lhes quaisquer perspectivas de tratamento que possibilitem a disponibilização de ferramentas para o efetivo exercício de liberdades (de contratar e contratual).

A denúncia dessa omissão na concreção constitucional coaduna-se com o movimento de desocultação, inclusão e regulamentação. Vale, em resistência, lançar luzes sobre a linha abissal, que divide os sujeitos em dois universos: em um primeiro, que se encontra acima da linha, no qual o Direito atua na promoção das garantias necessárias; e um segundo, daqueles que estão abaixo da linha, local em que subsiste a regulação seletiva e a não existência substancial para o sistema jurídico. Portanto, é possível a admissão de empresários de pequeno porte como sujeitos localizados abaixo da linha abissal proposta por Boaventura de Sousa Santos, devido à falta de compatibilidade do fundamento e do tratamento de seus direitos diante da realidade do sistema jurídico brasileiro. A reversão desse panorama depende da adaptação do Direito ao pluralismo epistêmico que admita um Direito Empresarial firmado em premissas menos estanques, mais plásticas, mais locais e, por conseguinte, mais substanciais, aptas a contemplarem os empresários menores de modo mais adequado, qual

seja, que o tenha alheio a julgamentos apriorísticos, especialmente quando tais julgamentos servirem como razão de exclusão.

Certamente, o Direito Empresarial é dotado de princípios informadores próprios que o diferenciam do regime consumerista ou mesmo do regime privatístico comum. Lado outro, a admissão de novos sujeitos e de novos direitos no campo da empresarialidade é consectário da pauta constitucional que estatui a superação necessária da premissa de paridade interempresarial que tanto pode acentuar o abismo no qual se aprisionaram e se ofuscam, *a priori*, todas as pessoas que se voltam ao exercício profissional de atividade econômica organizada para a finalidade de produção e circulação de bens ou serviços.

REFERÊNCIAS

BAHIA. Junta Comercial do Estado da Bahia. *Estatísticas*. Disponível em: <<http://www.juceb2.ba.gov.br/const.asp>>. Acesso em: 22 abr. 2017.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasil: *Diário Oficial da União*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%E7ao.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília: *Diário Oficial da União*, 12 set. 1990. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8078.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. Brasília: *Diário Oficial da União*, 22 jun. 1993. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. Brasília: *Diário Oficial da União*, 11 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2002/L10406.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Lei n. 11.101 de 9 de fevereiro de 2005. Regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária. Brasília: *Diário Oficial da União*, 10 fev. 2005. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/111101.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Institui o Estatuto Nacional da Microempresa e da Empresa de Pequeno Porte; altera dispositivos das Leis no 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, da Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei no 5.452, de 10 de maio de 1943, da Lei no 10.189, de 14 de fevereiro de 2001, da Lei Complementar no 63, de 11 de janeiro de 1990; e revoga as Leis no 9.317, de 5 de dezembro de 1996, e 9.841, de 5 de outubro de 1999. Brasília: *Diário Oficial da União*, 15 dez. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2006/L123.htm>. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso em Mandado de Segurança nº 27.512*. Recorrente: Banco Safra S/A. Recorrido: Plasalp Produtos Cirúrgicos LTDA. Brasília-DF, 23 de setembro de 2009a. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=905277&num_registro=200801579190&data=20090923&formato=PDF>. Acesso em 06 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial Nº 761.557*. Recorrente: Alan Representações Comerciais S/C LTDA – MICROEMPRESA. Recorrido: Indústria de Calçados e Artefatos Cariri LTDA. Brasília-DF, 3 de dezembro de 2009b. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=931939&num_registro=200501044640&data=20091203&formato=PDF>. Acesso em 06 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 807.052*. Agravante: BV Financeira S/A. Agravado: Celia Maria Trevisan Teixeira Schoroeder. Brasília-DF, 15 de maio de 2015a. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=622543&num_registro=200600025530&data=20060515&formato=PDF>. Acesso em 06 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1.138.130*. Agravante: Esj Comércio De Alimentos Ltda. Agravado: Banco Itaú S/A. Brasília-DF, 14 de maio de 2015b. Disponível em <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1404909&num_registro=200900845294&data=20150514&formato=PDF>. Acesso em 06 ago. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Medida Cautelar nº 24.455*. Requerente: Dibens Leasing S/A - Arrendamento Mercantil. Requerido: N Landim Comercio Ltda. Brasília-DF, 19 de maio de 2016. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=MON&sequencial=49056829&num_registro=201501401342&data=20150619&formato=PDF>. Acesso em 06 ago. 2017.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Projeto de Lei 1.571/2011. Institui Código Comercial. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=508884>>. Acesso em: 07 jul. 2017.

BRUSCATO, Wilges. *Empresa Individual de Responsabilidade Limitada: EIRELI*. São Paulo: Malheiros, 2016a.

BRUSCATO, Wilges. Há espaço para a dignidade humana no Direito Empresarial? In: SÁ, Maria de Fátima Freire; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SCHETTINI, Beatriz (orgs.). *Novos direitos privados*. Belo Horizonte: Arraes, 2016b, p. 157-169.

CARNEIRO FILHO, Humberto João. Breve ensaio sobre a autonomia dos contratos interempresariais. *Revista de Direito Privado*, v. 63, junho-setembro, 2014. Disponível em <<http://www.direitocivilcontemporaneo.com/wp-content/uploads/2016/05/MIANA-Raphael-Fraemam-Braga-CARNEIRO-FILHO-Humberto-Joa%CC%83o.-Breve-ensaio-sobre-a-autonomia-dos-contratos-interempresariais.pdf>>. Acesso em: 15 jul. 2017.

CHAVENCO, Maurício; MATTOS FILHO, Ary Oswaldo; Hubert, Paulo; RIBEIRO, Victor B. Holloway; VILELA, Renato. *Radiografia das Sociedades Limitadas*. São Paulo: FGV-Direito, 2012. Núcleo de Estudos em Mercado e Investimentos. Disponível em: <https://direitosp.fgv.br/sites/direitosp.fgv.br/files/arquivos/anexos/radiografia_das_ltdas_v5.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

COELHO, Fábio Ulhoa. *Princípios do Direito Comercial*. São Paulo: Saraiva, 2012.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. *Enunciado nº 25*. Disponível em <<http://www.cjf.jus.br/enunciados/enunciado/46>>. Acesso em: 10 fev. 2017.

DIAS, Maria Tereza Fonseca; GUSTIN, Miracy Barbosa de Souza. *(Re) pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática*. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.

ESPÍRITO SANTO. Junta Comercial do estado do Espírito Santo. *Estatísticas – 2017*. Disponível em: <<https://www.jucees.es.gov.br/jucees/dados-estatisticos/>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

FAZZIO JÚNIOR, Waldo. *Direito comercial: empresários, sociedades, títulos de crédito, contratos, recuperações, falência*. São Paulo: Atlas, 2008.

FERREIRA, Luis Fernando Filardi et al. Análise quantitativa sobre a mortalidade precoce de micro e pequenas empresas da cidade de São Paulo. In: *Gestão e Produção*, v. 19, n. 4, p. 811-823, 2012. Disponível em <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

FIUZA, César; NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto. *Relações Jurídicas Interempresariais e a Artificialidade da Atribuição da Natureza Consumerista em Razão da Vulnerabilidade*. In: BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; SILVA, Michael César. *Direito Privado e Contemporaneidade: desafios e perspectivas do direito privado no século XXI*. Belo Horizonte: D'Plácido Editora, 2014.

FORGIONI, Paula Andrea. *Teoria geral dos contratos empresariais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FOUCAULT, Michel. *O nascimento da Biopolítica*. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

FRANCO, Vera Helena de Melo. *Teoria Geral do Contrato: confronto com o Direito Europeu Futuro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

LEAL, Larissa Maria de Moraes; ALBUQUERQUE JR., Roberto Paulino de. A resolução do contrato por onerosidade excessiva no Código Civil Brasileiro de 2002 e sua aplicação no Superior Tribunal de Justiça. In: CAMPOS, Alyson Rodrigo Correia; CASTRO JR., Torquato da Silva (Orgs.). *Dos contratos*. Recife: Ed. Nossa Livraria, 2012.

MAEDA, Fabíola Miotto. *Prestação de serviço por meio de pessoa jurídica: dignidade e fraude nas relações de trabalho*. 2014. 148f. Dissertação (Mestrado). Universidade de São Paulo, Departamento de Direito do Trabalho e da Seguridade Social. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-21012015-080938/pt-br.php>>. Acesso em: 22 jun. 2017.

MAGALHÃES, José Luiz Quadros de. *O constitucionalismo moderno: origem e crise – reflexões*. Disponível em: <<http://www.revistapersona.com.ar/Persona76/76Quadros.htm>>. Acesso em: 04 ago. 2017.

MARTINS-COSTA, Judith. *Mercado e Solidariedade Social*. In: MARTINS-COSTA, Judith (Org.). *A reconstrução do direito privado: reflexões dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MINAS GERAIS. Junta Comercial do Estado de Minas Gerais. *Estatísticas – 2017*. Disponível em: <<https://www.jucemg.mg.gov.br/ibr/informacoes+estatisticas+estatisticas-2017>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

ORBEM, Juliani Veronezi. A (re) construção de uma “nova” modalidade de trabalho denominada “pejotização” no contexto sociocultural brasileiro. In: Askesis – *Revista dos discentes do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da UFSCar*, São Carlos, n. 1, v. 5, janeiro-junho, 2016, p. 143 -156. Disponível em: <<http://www.revistaaskesis.ufscar.br/index.php/askesis/article/view/81/pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

PARANÁ. Junta Comercial do Paraná. *Estatísticas 2015*. Disponível em: <http://www.juntacomercial.pr.gov.br/arquivos/File/2015/Sede_Agencias__Maio2015.pdf>. Acesso em: 22 jul. 2017.

RAMOS, André Luiz Santa Cruz. *Contratos empresariais e dirigismo contratual*. Disponível <http://genjuridico.com.br/2016/08/29/contratos-empresariais-e-dirigismo-contratual/#_ftn6>. Acesso em: 15 jul. 2017.

RIO GRANDE DO SUL. Junta Comercial do Estado do Rio Grande do Sul. *Estatísticas – 2017*. Disponível em: <http://www.jucergs.rs.gov.br/p_estatisticas.asp>. Acesso em: 22 jul. 2017.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Por uma concepção multicultural de direitos humanos. In: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 39, São Paulo, 1997. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n39/a07n39.pdf>>. Acesso em: 05 ago. 2017.

SANTOS, Milton. *Por uma outra globalização: do pensamento único à consciência universal*. 10. ed. Rio de Janeiro: Record, 2003.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: *Novos estudos-CEBRAP*, n. 79, 2007. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/nec/n79/04.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

SEBRAE. *Participação da micro e pequenas empresas na economia brasileira*, Brasília: Sebrae, 2014. Disponível em: <<http://m.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Estudos%20e%20Pesquisas/Participacao%20das%20micro%20e%20pequenas%20empresas.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

SEBRAE. *Sobrevivência das empresas no Brasil*, Brasília: Sebrae, 2016. Disponível em: <<https://www.sebrae.com.br/Sebrae/Portal%20Sebrae/Anexos/sobrevivencia-das-empresas-no-brasil-102016.pdf>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

TOCANTINS. Junta Comercial do Estado de Tocantins. *Estatísticas – 2017*. Disponível em: <<https://central3.to.gov.br/arquivo/304442/>>. Acesso em: 22 jul. 2017.

YAMASHITA, Hugo Tubone. *Contratos interempresariais: alteração superveniente das circunstâncias fáticas e revisão contratual*. Curitiba: Juruá, 2015.

Recebido em: 12/12/2019

Aprovado em: 30/06/2020

Como citar este artigo (ABNT):

NOGUEIRA, Roberto Henrique Pôrto; SILVA, Leila Bitencourt Reis da. Empresário de menor porte como sujeito vulnerável: reflexões a partir da abordagem do pensamento abissal de Boaventura de Sousa Santos. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.40, p.70-87, jan./abr. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/10/DIR40-04.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

O DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO E O PORTO DO AÇU: A HETERORREGULAÇÃO COMO INSTRUMENTO PARA REMEDIAR, PROTEGER E RESPEITAR OS DIREITOS HUMANOS NAS ATIVIDADES MINERÁRIAS

FROM THE HUMAN RIGHTS TO DEVELOPMENT AND THE PORT OF AÇU: HETEROREGULATION AS AN INSTRUMENT TO REMEDY, PROTECT AND RESPECT THE HUMAN RIGHTS IN MINING ACTIVITIES

Fernando Joaquim Ferreira Maia¹
Osmar Caetano Xavier²

RESUMO: O Porto do Açú é o maior complexo portuário da América Latina. Está localizado no Rio de Janeiro e tinha como objetivo inicial promover o desenvolvimento social e econômico da região fluminense através da exploração minerária. Todavia, o que se observa é a violação de direitos humanos dos diretamente afetados e dos atingidos de forma indireta, o que ocorre por meio da violação à função social da propriedade, ao meio ambiente sadio e à cultura de produção característica da região. Utiliza-se como método a racionalidade ambiental, que apresenta o Porto do Açú como um ambiente marcado por contradições socioecotecnológicas, a respeito da violação de direitos humanos decorrente da relação entre direito econômico do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento. A metodologia vai utilizar bibliografia e exploração de banco de dados, a partir das investigações desenvolvidas pelo Centro de Direitos Humanos e Empresas-HOMA, sob a coordenação de Manoela Roland, sobre o Complexo Portuário do Açú, como instrumentos de pesquisa, pretendendo-se que sejam suficientes para a extração dos dados que embasarão o presente trabalho. Defende-se que o desenvolvimento pressupõe, para além do crescimento econômico, a garantia da participação social, a justa distribuição das rendas e benefícios e o devido respeito aos direitos humanos. Pretende-se identificar as violações aos direitos humanos no Porto do Açú e propor a heterorregulação como um instrumento para proteção, respeito e remediação de tais violações, tanto da regulação através do firmamento de um tratado internacional que efetivamente vincule os Estados-Partes e estabeleça uma normatização global a ser respeitada pelas empresas transnacionais, quanto por meio da ação da sociedade civil mediante a elaboração de relatórios que sirvam de contraponto aos estudos elaborados pelas empresas transnacionais e movimentos sociais, no exercício de uma democracia participativa.

Palavras-chave: porto do açú; direito humano ao desenvolvimento; direitos humanos; heterorregulação.

ABSTRACT: Port of Açú is the largest complex port from the Latin America and is located at Rio de Janeiro city and its initial objective was to promote the social and economic development of the region of Rio de Janeiro through mining. However, what is observed is the violation of the human rights that affects directly and indirectly people, which occurs through the aspects as the violation of the social function of property, the healthy environment and the production culture that is a characteristic of this region. The environmental rationality was analysis method used in this study that inferred the Porto of Açú is an environment context marked by social and technological contradictions regarding the violation human rights is resulting from the relationship between economic right of the development and human rights to development. The methodology will use bibliography and database exploration, from the investigations carried out by the Center for Human Rights and Companies-HOMA, under the coordination of Manoela Roland, about the Açú Port Complex, as research tools, intended to be sufficient for the extraction of data that will support the present work. It is argued that development presupposes, in addition to economic growth, the guarantee of social participation, the fair distribution of incomes and benefits and due respect for human rights. It is intended to identify violations of human rights in Port of Açú and to propose heteroregulation as an instrument to protect, respect and remedy this violations the regulation through the guarantees of an international treaty that effectively binds state sectors and establishes a global norms to be respected by transnational companies, as well as through the action of civil society through the elaboration of reports that serve as a counterpoint to the studies prepared by transnational companies and social movements, in the exercise of a participatory democracy.

Keywords: port of açú; human right to development; human rights; heteroregulation.

1 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Professor Permanente do Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas da Universidade Federal da Paraíba (PPGCJ/UFPB).

2 Mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Procurador do Município de Cajazeiras-PB. Advogado.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo tem por base as discussões em torno das violações de direitos humanos nas atividades minerárias e a utilização do direito humano ao desenvolvimento, com enfoque na racionalidade ambiental, para a prevenção, o respeito e a remediação dessas violações.

A partir do caso do Complexo Portuário do Açú, pretende-se identificar violações a direitos humanos que são características das atividades minerárias, bem como a ausência de regulamentação internacional acerca desses trabalhos e as consequências do seu exercício relacionadas com os direitos sociais, ambientais, culturais e humanitários.

A crítica à ausência de regulamentação internacional a respeito da vinculação e da consequente responsabilização das empresas transnacionais por violações a direitos humanos se baseia no fato de que essas empresas têm executado suas atividades sem a consulta prévia às comunidades afetadas e atingidas.³ Isso tem causado diversos danos de ordem cultural, social, ambiental e humanitária denunciados por várias organizações.

Essa crítica está sustentada em um modelo de desenvolvimento que privilegia os direitos de solidariedade, estimula a participação social nas decisões de caráter político-administrativo e possibilita aos diversos atores sociais – comunidades tradicionais, organizações não governamentais e grande massa de trabalhadores – o exercício do controle das atividades dos megaempreendimentos, especialmente daqueles que exploram e executam a mineração, além de permitir que eles atuem diretamente como gestores dos recursos naturais que estão à sua disposição, de modo a exercer uma reapropriação social da natureza e a resistir ao modelo de exploração hegemônico e culturalmente homogêneo.

Essa abordagem será empreendida através do método da racionalidade ambiental, cuja aplicação será realizada através do tratamento e extração de dados contidos em livros, artigos científicos e documentos. A metodologia vai utilizar bibliografia e exploração de banco de dados, a partir das investigações desenvolvidas pelo Centro de Direitos Humanos e Empresas-HOMA⁴, sob a coordenação de Manoela Roland, sobre o Complexo Portuário do Açú, como instrumentos de pesquisa, pretendendo-se que sejam suficientes para a extração dos dados que embasarão o presente trabalho. Objetiva-se verificar se a atividade minerária tem sido exercida por um modelo de mercado hegemônico, que se apropria economicamente dos recursos naturais, aniquilando culturas tradicionais. Investiga-se se é necessário editar (e aprovar) tratado de direitos humanos que vincule e responsabilize as empresas transnacionais na prevenção, no respeito e na remediação das violações a direitos humanos, como também se é importante uma regulação das atividades empreendidas diretamente pelos diversos atores sociais – comunidades tradicionais, organizações não governamentais, grande massa de trabalhadores e outros atores sociais – tanto como fator de controle quanto como forma de coagir a edição e aprovação desses tratados ou convenções em direitos humanos dirigidos às atividades das empresas transnacionais, especialmente as que atuam no segmento da mineração.

O artigo pretende investigar, como problema essencial, se uma das causas que influenciam na maximização da violação de direitos humanos, decorrentes das atividades minerárias empreendidas pelas empresas transnacionais, é a ausência de regulamentação internacional vinculante. Pode-se inferir que isto só pode ser alterado através da heterorregulação

3 CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS – HOMA. *Direitos Humanos e Empresas: o caso do Complexo Portuário do Açú* – RJ. Coord. Manoela Carneiro Roland. Rio de Janeiro, 2016, p.9-10.

4 CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS – HOMA. *Direitos Humanos e Empresas: o caso do Complexo Portuário do Açú* – RJ. Coord. Manoela Carneiro Roland. Rio de Janeiro, 2016.

exercida pelos diversos atores sociais.

A partir de tais problemáticas, objetiva-se: 1) estudar o caso Porto do Açú e verificar as violações a direitos humanos lá ocorridas; 2) relacionar essas violações com a ausência de regulamentação internacional vinculante às empresas transnacionais e com o déficit de heterorregulação dos trabalhos dessas empresas, o que se justifica a partir da valorização do dever de solidariedade, do discurso contra-hegemônico e pela importância que deve ser atribuída às questões culturais, sociais e ambientais.

Em um primeiro momento, estudar-se-á o Complexo Portuário do Açú, de modo a verificar, a partir da crítica da racionalidade ambiental à reapropriação social da natureza, se o impacto deste empreendimento tem relação com a lógica do mercado globalizado e se equilibra os diversos interesses em jogo – econômicos, sociais, culturais, ambientais e humanos. Parte-se da hipótese de que a heterorregulação das atividades executadas pelas empresas transnacionais, com especial enfoque para aquelas do ramo da mineração, constitui-se um meio para coagir a comunidade internacional a criar e aprovar tratados de direitos humanos que responsabilizem e vinculem tais empresas. Esta vinculação, no sentido da prevenção, do respeito e da remediação dos direitos humanos, pode servir de meio para os diversos atores sociais, na luta pela reapropriação social da natureza, radicalizarem o jogo democrático.

O artigo inicia a discussão pela descrição do Complexo Portuário do Açú e seus desdobramentos com relação às comunidades atingidas e afetadas, aplicando a racionalidade ambiental ao necessário enlaçamento entre o direito econômico e o direito humano ao desenvolvimento. Por fim, passa a analisar a heterorregulação das atividades minerárias como instrumento para a efetividade do direito humano ao desenvolvimento.

2 A PREDOMINÂNCIA DOS INTERESSES ECONÔMICOS SOBRE O OBJETIVO DO DESENVOLVIMENTO E BEM-ESTAR DOS POVOS NO PORTO DO AÇU

O Complexo Portuário do Açú é um dos maiores empreendimentos logístico-industriais da América Latina, que está localizado entre Conceição do Mato Dentro – MG e o norte do Rio de Janeiro – RJ, transpassando, portanto, trinta e dois municípios e constituindo um Distrito Industrial com área de 90km² (noventa quilômetros quadrados).

O projeto inicial do Porto do Açú foi elaborado na década de 1990 pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, mas somente teve a execução iniciada em 2007, com o objetivo de fomentar o desenvolvimento socioeconômico da região fluminense. Apesar de esse objetivo programático estar alinhado ao desenvolvimento que não se limita a uma dimensão econômica, o que pode ser observado materialmente é que consiste em um exemplar caso em que os interesses estritamente econômicos prevalecem sobre os interesses sociais, ambientais, culturais e humanitários.

Como confirma o Documento elaborado pelo Centro de Direitos Humanos e Empresas – HOMA:

Em última instância, o Porto do Açú é um exemplo típico da prevalência de interesses econômicos duvidosos, os quais não necessariamente contribuiriam para o desenvolvimento e bem-estar da sociedade afetada, sobre o modo de vida das pessoas e sua relação sustentável com os territórios e todo o ambiente envolvido.

Pode-se afirmar que o resultado das dinâmicas estabelecidas resume-se na conformação de um cenário marcado pela pouca participação da sociedade no planejamento e implementação do empreendimento; descumprimento de

condicionantes ambientais; falta de transparência com relação aos rumos e gestão do Projeto, pouco retorno para as comunidades que deveriam ser supostamente beneficiadas com a iniciativa e violações de Direitos Humanos em geral que permanecem sem a efetiva responsabilização.⁵

Não é difícil perceber as razões pelas quais esse empreendimento foi direcionado muito mais aos interesses econômicos do que aos sociais, ambientais, culturais e humanitários, bastando verificar que o projeto somente saiu do papel – após quase uma década – graças ao interesse do grupo EBX – que tem como acionista majoritário o empresário Eike Batista – que aglutinou outros parceiros privados, conseguiu incentivos fiscais em todos os níveis, bem como empréstimo do BNDES – Banco Nacional do Desenvolvimento.⁶

Ademais, de acordo com o HOMA⁷, o megaempreendimento do Porto do Açú foi imposto às comunidades locais, as quais não tiveram oportunidade de discutir o projeto, sendo que tiveram suas propriedades tomadas, sofreram prejuízos à fauna e à flora e, ainda, foram vítimas da derrubada de uma cultura de produção intergeracional, em que a população local explorava diretamente os recursos naturais à sua disposição, consoante depoimento de Noêmia Magalhães.

Todos esses sintomas que são sentidos a partir do Porto do Açú são consequência de uma economia de mercado, a qual nega o outro e as condições da natureza. Com efeito, esse modelo econômico realiza a fragmentação e recodificação da natureza, de modo a inseri-la no capital globalizado e torná-la parte de um sistema que se pauta no crescimento econômico a custo do desgaste das fontes de produção ecológica e da diversidade cultural existente.

O caso ora apresentado contém características de ter sido apropriado pelo direito econômico do desenvolvimento sem o devido enlace com o direito humano ao desenvolvimento, pois houve prestígio ao aspecto formal dos assuntos – com a realização de licenciamento ambiental e estudo de impacto ambiental, por exemplo – mas não se verifica qualquer tentativa de colher a opinião das comunidades atingidas e afetadas e de permitir que elas pudessem gerir diretamente os recursos naturais que estavam à sua disposição.

Com efeito, o direito econômico do desenvolvimento, apesar de não estar baseado apenas no crescimento econômico, amolda-se aos interesses hegemônicos e está baseado no direito posto em âmbito nacional e internacional, podendo ser desvirtuado por uma agenda liberal. Por outro lado, o direito humano ao desenvolvimento revela-se contra-hegemônico e pressuposto (não posto), baseia-se em princípios e possibilita a participação alargada da população interessada, privilegiando as dimensões individuais e sociais.⁸

Com isso, não se afirma que qualquer deles esteja equivocado, mas que eles devem se harmonizar, de modo a possibilitar a afirmação de direitos e a garantia de um padrão de civilidade que seja ambientalmente justo e socialmente sustentável. Nesse sentido, caso o direito econômico do desenvolvimento seja apropriado pelos interesses hegemônicos do mercado, é alta a probabilidade de afastar a legitimidade social dos objetivos do empreendimento e findar na aplicabilidade de um mero e inefetivo positivismo puro.

5 CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS – HOMA. *Direitos Humanos e Empresas: o caso do Complexo Portuário do Açú* – RJ. Coord. Manoela Carneiro Roland. Rio de Janeiro, 2016, p.6.

6 LEO, Sergio. *Ascensão e queda do império X*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014, p.65.

7 CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS – HOMA. *Direitos Humanos e Empresas: o caso do Complexo Portuário do Açú* – RJ. Coord. Manoela Carneiro Roland. Rio de Janeiro, 2016, p.9-10.

8 FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Direito Econômico do Desenvolvimento e Direito Humano ao Desenvolvimento. Limites e Confrontações. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer *et alii* (org.). *Direitos Humanos de Solidariedade: avanços e impasses*. Curitiba: Appris, 2013, p.238.

Nesse sentido estão as considerações de Maria Luiza Feitosa:

Os dois ramos do direito econômico aqui abordados não conseguem funcionar bem isoladamente. Orientados em conjunto, podem apresentar direcionantes estratégicos para o Brasil, do contrário, encarados em perspectivas dissociados, podem levar (como aliás tem ocorrido) a atuações paralelas ou a políticas contrapostas. O país precisa assegurar energia suficiente para o crescimento sustentado ao tempo em que garante viabilidade ambiental e social dos projetos; precisa consolidar o mercado de energia sem anular o poder decisório e de fiscalização das Agências; criar condições para os investimentos públicos e privados sem excluir a sociedade civil das esferas de decisão; tributar para o crescimento mas também (e principalmente) para o desenvolvimento.⁹

No Complexo do Porto do Açú, por tudo que consta no já citado documento produzido pelo HOMA, é possível verificar que a correlação necessária e pressuposta – pela racionalidade ambiental – entre direito econômico do desenvolvimento e direito humano ao desenvolvimento não ocorreu no plano real, pois houve o completo desprezo das comunidades atingidas e afetadas, as quais não foram consultadas, sendo que tiveram suas propriedades expropriadas, sem respeito ao devido processo legal, foram privadas dos recursos naturais que outrora eram largamente disponíveis, além de terem sido prejudicadas com o extermínio da cultura de produção local, especialmente da pesca artesanal.

Com efeito, a racionalidade ambiental está alinhada com o necessário enlaçamento entre direito econômico e direito humano ao desenvolvimento, uma vez que vai além das regras objetivas formais de desenvolvimento social, econômico e ambiental, pregando que elas somente podem ser materializadas através da valorização de signos humanitários, pela abertura de caminho à diversidade cultural e da permissão da entrada impetuosa e súbita da diferença na sociedade.¹⁰

Ademais, aquelas consequências oriundas do Complexo Portuário do Açú estão inscritas na realidade do processo de globalização da economia e da economia de mercado, os quais se utilizam do direito econômico do desenvolvimento sem o amparo do direito humano ao desenvolvimento para justificar suas ações, e, por esse fato, recebem a crítica da racionalidade ambiental, já que aquelas práticas, de acordo com Enrique Leff¹¹, possibilitam a dissolução da coexistência da diversidade no mundo moderno.

Nesse caso exemplar ora enfrentado, é muito claro que os interesses econômicos oriundos do processo econômico globalizado foram postos acima dos fatores ambientais, sociais, culturais e humanitários, haja vista que, na tentativa de produção de maior quantidade de matéria-prima para exportação e obtenção de maior investimento para aumento da produção no setor minerário, o Estado e as transnacionais ocupantes do grupo econômico envolvido no Porto destituíram as pessoas de suas propriedades, acabaram com a vegetação local e, por conseguinte, com a fauna e flora local, dizimaram a prática da pesca e prejudicaram os agricultores da região.¹²

9 FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Direito Econômico da Energia e Direito Econômico do Desenvolvimento. Superando a Visão Tradicional. In: FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. *Direito Econômico da Energia e do Desenvolvimento: ensaios interdisciplinares*. São Paulo: Conceito, 2012, p.45.

10 LEFF, Enrique. *Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.263.

11 LEFF, Enrique. *Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.161.

12 CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS – HOMA. *Direitos Humanos e Empresas: o caso do Complexo Portuário do Açú – RJ*. Coord. Manoela Carneiro Roland. Rio de Janeiro, 2016, p.10.

Diante disso, verifica-se que, no Porto do Açú, a atividade minerária foi praticada de forma dirigida a atender às finalidades da economia de mercado e do capitalismo globalizado, sem qualquer compromisso com os direitos sociais, ambientais, culturais e humanitários dos povos.

Por essa razão, a crítica da racionalidade ambiental, que pressupõe o enlace fático entre direito econômico e direito humano ao desenvolvimento, surge como princípio diretor da exploração dos recursos minerários, ao ponto de equilibrar os interesses em jogo, considerando as pretensões das comunidades atingidas e afetadas, da massa operária, suas culturas, os direitos sociais, a proteção ambiental e aos direitos humanos dos povos.

3 A HETERORREGULAÇÃO DAS ATIVIDADES MINERÁRIAS COMO INSTRUMENTO PARA EFETIVIDADE DO DIREITO HUMANO AO DESENVOLVIMENTO

O direito econômico do desenvolvimento está relacionado com os direitos econômicos, sociais e culturais (DESC), enquanto o direito humano ao desenvolvimento está relacionado aos direitos de solidariedade, defendendo a racionalidade ambiental, enquanto novo modelo de racionalidade, que orienta o estabelecimento de um equilíbrio das economias regionais e locais com a ordem global, sendo que ambas atuem de forma alinhada, de modo a garantir o desenvolvimento da qualidade de vida dos povos.

A racionalidade ambiental tem ainda maior relevância quando se verifica que os Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos não se aplicam às empresas transnacionais diretamente e que as “obrigações” dessas empresas são determinadas apenas por princípios orientadores que determinam o dever de agir diligentemente para prevenir ou atenuar violações a direitos humanos decorrentes do exercício de suas atividades, mas que não possuem caráter vinculante e nenhuma atribuição de responsabilidades, com cominação de sanções a tais empresas e seus dirigentes.

Com efeito, a racionalidade ambiental orienta no sentido da luta da sociedade pela efetivação da solidariedade, da consideração da outridade nas mais diversas relações sociais, na incorporação do “outro cultural”¹³, e isso demanda o exercício de uma democracia participativa direta dos povos, de modo a, inclusive, permitir que os atores sociais, como as comunidades tradicionais, a massa de trabalhadores e as organizações da sociedade civil, realizem o controle direto das atividades empreendidas pelas empresas transnacionais.

Em razão da ausência de normas vinculantes em âmbito internacional que obriguem as empresas transnacionais a identificarem, prevenirem e remediarem¹⁴ as ofensas a Direitos Humanos – haja vista que existem apenas diretrizes (OCDE/1976), declaração da OIT (1977), um pacto global da ONU (2000) e princípios orientadores da ONU (2011) –, as empresas transnacionais aproveitam-se da dependência de investimento de capital estrangeiro ao qual os países em desenvolvimento estão sujeitos para autorregular as atividades que exercem, no caso, as minerárias.

Nesse sentido está o Manual sobre Direitos Humanos e Empresas Transnacionais na América Latina, o qual foi produzido pela Universidade Federal do Pará e pela Universidade Federal de Brasília:

Uma vez que Estados são invariavelmente vulneráveis às influências e/ou decisões das empresas, a obrigação de proteger Direitos Humanos em um

13 LEFF, Enrique. *Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.377.

14 RUGGIE, John Gerard. *Promotion and Protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*. A/HRC/8/5. 2008, p.5.

cenário de capitalismo globalizado resta questionável. Frequentemente, há um abismo considerável entre o discurso das empresas sobre suas ações relacionadas à proteção dos direitos e os reais impactos de suas atividades às pessoas e ao meio ambiente.

Ademais, a fiscalização de empresas transnacionais em países emergentes é prejudicada pelo temor da fuga dos investimentos internacionais, justamente em locais onde muitas vezes o discurso de desenvolvimento se resume à perspectiva de “salvação” por esta via. Assim, para uma efetiva responsabilização por violações de Direitos Humanos nesses territórios, é fundamental que seja incorporado o caráter transfronteiriço da atuação empresarial ao Direito Internacional.¹⁵

A atividade de regulação diz respeito à fiscalização das atividades empreendidas pelas empresas no exercício da atividade econômica, a qual é empreendida pelo Estado através do exercício do poder de polícia, não se confundindo com regulamentação ou *regulation*, que se refere ao poder regulamentar de expedir normas de caráter secundário e que não necessariamente estão relacionadas com a regulação das atividades econômicas.¹⁶

A esse respeito, verifica-se que os Estados têm descumprido reiteradamente o dever de enviar os relatórios à ONU sobre a situação da proteção de direitos humanos em seu território¹⁷, consoante obrigações assumidas em se submeterem ao monitoramento convencional da ONU em tratados e convenções específicas, como é o caso do Brasil, ao ter ratificado, por exemplo, a Convenção contra a tortura e outros tratamento cruéis ou degradantes.

Ocorre que, diante da deficiência do exercício do poder de polícia por parte do Estado, inclusive por desobedecer ao dever de envio dos relatórios iniciais e periódicos à ONU, o qual se justifica pela dependência econômico-financeira com relação aos investimentos estrangeiros, especialmente das empresas transnacionais, estas exercem o papel de regular o exercício da própria atividade (autorregulação), o que seria digno de elogios se essa técnica não fosse utilizada para justificar o exercício das atividades econômicas de forma hegemônica, nos moldes de uma agenda neoliberal, apropriando-se da natureza e em desprestígio de direitos humanos.

Com efeito, a *due diligence* deve ser exercida de modo a valorizar a proteção dos direitos humanos, e não com o objetivo de justificar as atividades negociais. Nesse sentido, o Manual sobre Direitos Humanos e Empresas Transnacionais na América Latina¹⁸ afirma que esse conceito deve ser utilizado em defesa dos direitos humanos, e não como signo conformador das atividades econômicas:

O conceito de *due diligence* tem sido construído sobre as práticas existentes no mundo dos negócios na área de gestão de riscos financeiros e de mercado e é parte de algumas correntes teóricas políticas e legais. Mas diligência sobre os Direitos Humanos não pode se confundir com a gestão de riscos para a empresa a partir de uma perspectiva de diligência normal de negócios, uma vez que estes riscos se referem aos Direitos Humanos das comunidades onde a empresa opera ou planeja operar.

Diante da ausência de normas internacionais vinculantes que obriguem as empresas transnacionais a respeitar os direitos humanos no exercício de suas atividades, especialmente

15 UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ – UFPA; UNIVERSIDADE FEDERAL DE BRASÍLIA – UnB. *Manual sobre Direitos humanos e empresas transnacionais na América Latina*. Pará, 2018, p.35

16 FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do Direito da Regulação Econômica. Tradução de Thales Morais da Costa. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 3, n. 9, p. 207-217, Belo Horizonte: jan./mar. 2005, p.214-215.

17 AMARAL, Maia Gelman. *Direitos Humanos: a sociedade civil no monitoramento*. Curitiba: Juruá, 2007, p.159.

18 UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ – UFPA; UNIVERSIDADE FEDERAL DE BRASÍLIA – UnB. *Manual sobre Direitos humanos e empresas transnacionais na América Latina*. Pará, 2018, p.24.

as minerárias, bem como pela deficiência da regulação estatal justificada pela dependência do investimento do capital estrangeiro e em razão do exercício da autorregulação por parte dessas empresas, não com o objetivo de identificar, prevenir ou remediar as violações a direitos humanos, mas apenas com a finalidade de justificar a prática de suas ações negociais, surge com especial relevância a possibilidade (real) de ocorrer a heterorregulação dos trabalhos desenvolvidos por essas empresas, com enfoque a respeito daquelas que executam trabalhos minerários, em razão dos fins a que se destina esse trabalho.

A heterorregulação dos trabalhos das empresas transnacionais se dá por meio da sociedade civil, organizações sociais não governamentais nacionais e internacionais e demais atores sociais que tenham interesse na identificação, prevenção e remediação das violações a direitos humanos empreendidas por parte dessas empresas, no exercício de suas atividades, como ocorreu no caso do Complexo Portuário do Açú.

Essa forma de regulação dos trabalhos executados pelas empresas transnacionais se amolda ao conteúdo da racionalidade ambiental, uma vez que esta se insere no jogo democrático de modo a permitir que as mais diversas comunidades sociais tenham direito a voz, seja fiscalizando as atividades das grandes fornecedoras de produtos ou serviços, reivindicando o respeito à outridade e aos seus direitos humanos, ou mesmo agindo diretamente, apropriando-se dos recursos naturais que estão à sua disposição, em defesa da sustentabilidade partilhada¹¹ entre fornecedores, comunidades tradicionais, a grande massa de obreiros e outros atores sociais.

Nesse ponto, os relatórios-sombra (ou alternativos) surgem como resposta aos relatórios com cunho autorregulatório emitidos pelas empresas transnacionais, na maioria das vezes destinados a justificar suas atividades negociais, mesmo que em prejuízo aos direitos humanos, e ao descumprimento pelos Estados-Partes de enviar os relatórios oficiais aos Comitês da ONU. O objetivo com tais relatórios é publicizar as violações aos direitos humanos decorrentes do exercício das atividades das empresas transnacionais e, ainda, denunciar a importância do firmamento de tratados internacionais vinculantes às empresas no sentido de prevenir, respeitar e remediar.

De acordo com José Augusto Lindgren Alves¹⁹, esse sistema de relatórios, que ora é denominado de sombra ou alternativo, funciona como uma forma de controle não regulamentado que ocorre em paralelo ao controle exercido pela ONU sobre os Estados no seio do sistema universal de proteção dos direitos humanos. Para além disso, a importância desse sistema de controle ganha ainda mais relevância pelo fato de que os Comitês de Direitos Humanos têm mantido uma postura aberta ao recebimento desses relatórios, especialmente pelo fato do inadimplemento dos Estados-partes em enviar seus relatórios.²⁰

Verifica-se, com isso, que os relatórios-sombra ou alternativos são formas de heterorregulação exercidas pelas diversas entidades da sociedade civil, no desejo de controlar as atividades violadoras de direitos humanos empreendidas em âmbito nacional, com especial relevância para os trabalhos executados pela empresas transnacionais em atividade minerária, além de possibilitarem a essas comunidades (tradicionais, organizações não governamentais, massa de trabalhadores e outros) o exercício da democracia e de início pela busca da reapropriação social da natureza.

Esses relatórios-sombra, de acordo com Miller²¹, são classificados em três espécies:

19 LEFF, Enrique. *Complexidade, racionalidade ambiental e diálogo de saberes*. Educação e Realidade, v. 34, n.3, 2009, p.19.

20 AMARAL, Maia Gelman. *Direitos Humanos: a sociedade civil no monitoramento*. Curitiba: Juruá, 2007, p.147.

(a) propriamente dito, (b) paralelo e (c) contrarelatório.

O primeiro – o propriamente dito – ocorre quando não há relatórios oficiais emitidos a respeito daquela determinada temática em direitos humanos, consistindo o relatório em único mecanismo de controle das violações dos direitos humanos.

O segundo tipo de relatório é o paralelo, o qual consiste no relatório alternativo que é elaborado sem levar em consideração os termos existentes em relatório oficial elaborado por Estado-parte a respeito daquele determinado assunto de direitos humanos.

Por fim, o contrarelatório tem especial relevância por consistir em espécie de relatório-sombra que conhece o conteúdo de relatório oficial enviado aos Comitês da ONU e, com isso em vista, é elaborado para incorporar informações omitidas ou, até mesmo, para contraditá-las.

Apesar de Miller apenas tratar dos relatórios-sombra ou alternativos, em comparação aos relatórios de regulação oficiais emitidos pelos Estados-partes, entende-se que tais documentos também possuem relevância, especialmente o relatório do tipo contra-relatório, para contrapor ou complementar informações constantes em relatórios produzidos pelas empresas transnacionais no exercício da autorregulação das suas atividades.

Isso se dá em razão de que esses relatórios, mesmo que não emitidos para responderem aos relatórios oficiais, ao serem associados a eles, funcionam como forma de controlar as atividades exercidas pelas empresas transnacionais, especialmente no setor minerário, pelas diversas comunidades que possuem relevância democrática e legitimidade supervalorizada pela racionalidade ambiental para exercício desse poder, bem como têm a função correlacionada àquela de pressionar no sentido da elaboração de tratados ou convenções internacionais que vinculem as empresas transnacionais a prevenir, respeitar e remediar as violações em direitos humanos, de forma a efetivar o direito humano ao desenvolvimento.

A heterorregulação das atividades minerárias exercidas pelas empresas transnacionais, como permite maior participação social à comunidade civil, também possibilita que ela exerça uma democracia direta para além da mera edição de relatórios. Com efeito, permite-se que as comunidades tradicionais, campesinas e a grande massa de trabalhadores partam da inércia e da omissão para um ativismo produtivo, no sentido da reapropriação social da natureza e da radicalização cultural, passando de um modelo homogêneo imposto e hegemônico para uma forma de cultura heterogênea e contra-hegemônica.

Enrique Leff, nesse sentido, endossa que a satisfação das necessidades de todos parte da valorização da diversidade cultural e, portanto, propõe que as comunidades civis atuem de forma ativa, gerindo os recursos que estão à sua disposição da forma como orientam as diversas culturas locais e regionais, em diálogo com a ordem global, isto é, sem admitir que esta exclua aquelas:

A racionalidade ambiental acolhe assim as diferentes formas culturais de aproveitamento dos recursos das comunidades para satisfazer as necessidades fundamentais e sua qualidade de vida. Nesse sentido, a racionalidade ambiental organiza e dá especificidade ao processo de mediação entre a sociedade e a natureza, através dos estilos étnicos e das normas culturais de aproveitamento dos recursos naturais.

A racionalidade ambiental cultural estabelece um vínculo entre o princípio

21 MILLER, Dante Vera. Una Guía para la acción, Los informes Alternativos ante o Comitê de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Colición Flamenca Del Movimiento Norte-Sur 11.11.11, *Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Desarrollo y Democracia – PIDHDD*, Peru, 2002, p.148-149.

de diversidade cultural e sua realização dentro de organizações culturais específicas. Dessa maneira, conduz a um diálogo de saberes, entre os saberes encarnados em identidades culturais e os saberes que, a partir da ética, da técnica e do direito, fortalecem as identidades e capacidades locais.²²

Com isso, a heterorregulação permite o controle das atividades das grandes empresas, coagindo a comunidade internacional a editar e aprovar tratado internacional vinculante no sentido do respeito aos direitos humanos, bem como permite, a partir da adoção da racionalidade ambiental, que a comunidade civil lute diretamente pela reapropriação social da natureza e pela valorização do alcance de níveis de desenvolvimento que considerem os interesses dos mais diversos grupos, atendendo aos desejos econômicos, sociais, ambientais, culturais e humanitários.

4 CONCLUSÃO

Por tudo que fora observado a partir do caso do Complexo Portuário do Açú, tornou-se perceptível que as empresas transnacionais que trabalham no ramo minerário praticam violações aos direitos sociais, ao meio ambiente, à cultura local e aos direitos humanos das comunidades atingidas e afetadas.

Evidenciou-se, ainda, que tais empreendimentos justificam suas atividades de acordo com teorias desenvolvimentistas que se utilizam do direito econômico do desenvolvimento para apropriarem-se dos recursos naturais, de acordo com a lógica de mercado que é orientada pela globalização hegemônica e neoliberal, o que implica a violação dos direitos sociais, abolição das culturas locais e reflexos negativos ao meio ambiente.

Em razão disso, emerge a importância da racionalidade ambiental, que orienta no sentido de que o direito humano ao desenvolvimento seja correlacionado com o direito ao desenvolvimento, de modo a exigir que a comunidade internacional elabore e aprove tratados ou convenções internacionais que vinculem as empresas transnacionais ao sentido da prevenção, respeito e remediação dos danos que suas atividades causarem aos direitos humanos, havendo consequente responsabilização para o caso de descumprimento das diretrizes que forem traçadas.

De acordo com essa nova racionalidade, o meio que pode tornar efetiva essa previsão internacional é através da heterorregulação das atividades das empresas transnacionais, com especial enfoque nas atividades minerárias, pelas comunidades tradicionais, pelas organizações não governamentais, pela grande massa de trabalhadores e por outros atores sociais interessados.

Esse controle pode ocorrer através de relatórios-sombra ou alternativos propriamente ditos, paralelos ou contrarelatórios, com especial relevância para estes últimos, os quais podem contrapor as informações cotejadas pelos Estados-parte, muitas vezes dependentes de investimentos financeiros das empresas transnacionais, bem como os relatórios divulgados por essas empresas no exercício da autorregulação, muitas vezes apropriando-se dos conceitos do direito econômico do desenvolvimento e conferindo a conotação desenvolvimentista a suas atividades de acordo com a agenda neoliberal própria do mercado globalizado e hegemônico.

Para além disso, por tudo que fora exposto, restou evidenciado que a racionalidade

22 LEFF, Enrique. *Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006, p.260.

ambiental orienta tais comunidades a uma atividade proativa, de modo a reapropriarem-se dos recursos naturais de forma direta, lutando para que a heterogeneidade cultural prevaleça frente à homogeneidade que é orientada pela lógica de mercado dominante e implementada pelas empresas transnacionais no exercício de suas atividades, bem como para que as formas de produção sejam plurais, de forma a permitir o desenvolvimento econômico, social e ambiental, envolvendo na mesma dinâmica os signos característicos do direito econômico e do direito humano ao desenvolvimento.

Para além disso, essa luta dos atores sociais manifesta o exercício de uma democracia verdadeiramente direta e, ainda, implica a coação da comunidade internacional no sentido de criar e aprovar um documento vinculante e de responsabilizar tais empresas.

REFERÊNCIAS

- ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.
- AMARAL, Maia Gelman. *Direitos Humanos: a sociedade civil no monitoramento*. Curitiba: Juruá, 2007. v. 1.
- CENTRO DE DIREITOS HUMANOS E EMPRESAS – HOMA. *Direitos Humanos e Empresas: o caso do Complexo Portuário do Açú – RJ*. Coord. Manoela Carneiro Roland. Rio de Janeiro, 2016.
- FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Direito Econômico do Desenvolvimento e Direito Humano ao Desenvolvimento. Limites e Confrontações. In: FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer *et alii* (org.). *Direitos Humanos de Solidariedade: avanços e impasses*. Curitiba: Appris, 2013, p. 171-241.
- FEITOSA, Maria Luiza Alencar Mayer. Direito Econômico da Energia e Direito Econômico do Desenvolvimento. Superando a Visão Tradicional. In: FEITOSA, Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer; PEREIRA, Maria Marconiete Fernandes. *Direito Econômico da Energia e do Desenvolvimento: ensaios interdisciplinares*. São Paulo: Conceito, 2012, p. 25-46.
- FRISON-ROCHE, Marie-Anne. Definição do Direito da Regulação Econômica. Tradução de Thales Moraes da Costa. *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*. Ano 3, n. 9, p. 207-217, Belo Horizonte: jan./mar. 2005.
- LEFF, Enrique. *Racionalidade Ambiental: a reapropriação social da natureza*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2006.
- LEFF, Enrique. *Complexidade, racionalidade ambiental e diálogo de saberes*. Educação e Realidade, v. 34, n. 3, p. 17-24, 2009.
- MILLER, Dante Vera. Una Guía para la acción, Los informes Alternativos ante o Comitê de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Colición Flamenca Del Movimiento Norte-Sur 11.11.11, *Plataforma Interamericana de Derechos Humanos, Desarrollo y Democracia – PIDHDD*, Peru, 2002.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Pacto Global da ONU*. 2000. Disponível em: < <http://pactoglobal.org.br/10-principios/>>. Acesso em: 11 nov. 2018.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Princípios Orientadores sobre Empresas e Direitos Humanos*. 2011. Disponível em https://www.socioambiental.org/sites/blog.socioambiental.org/files/nsa/arquivos/conectas_principiosorientadoresuggie_mar20121.pdf.> Acesso em: 11 nov. 2018.
- ORGANIZAÇÃO PARA COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICOS – OCDE. *Diretrizes para Empresas Multinacionais*. 1976. Disponível em: <<http://www.fazenda.gov.br/assuntos/atuaacao-internacional/ponto-de-contato-nacional/diretrizes-da-ocde-para-empresas-multinacionais>>. Acesso em: 11 nov. 2018.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Declaração da OIT sobre Justiça Social para uma Globalização Justa*. 1977. Disponível em: <https://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/resolucao_justicasocial.pdf>. Acesso em: 11 nov. 2018.

RUGGIE, John Gerard. *Promotion and Protection of all human rights, civil, political, economic, social and cultural rights, including the right to development*. A/HRC/8/5. 2008.

SERGIO LEO. *Ascensão e queda do império X*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2014.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARÁ – UFPA; UNIVERSIDADE FEDERAL DE BRASÍLIA – UnB. *Manual sobre Direitos humanos e empresas transnacionais na América Latina*. Pará, 2018.

Recebido em: 06/02/2020

Aprovado em: 17/05/2020

Como citar este artigo (ABNT):

MAIA, Fernando Joaquim Ferreira; XAVIER, Osmar Caetano. O direito humano ao desenvolvimento e o Porto do Açú: a heterorregulação como instrumento para remediar, proteger e respeitar os direitos humanos nas atividades minerárias. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.40, p.88-99, jan./abr. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/10/DIR40-05.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.

MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS E CONTRATO DE TRABALHO: A REPARAÇÃO DE DANOS DECORRENTES DA VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO

LEGAL MICROSYSTEM OF PERSONAL DATA PROTECTION AND EMPLOYMENT CONTRACT: THE COMPENSATION DUE TO THE VIOLATION OF THE EMPLOYEE'S PERSONALITY RIGHTS

Taisa Maria Macena de Lima¹
Maria de Fátima Freire de Sá²

RESUMO: O presente artigo volta-se à análise das repercussões da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais no contrato de trabalho, especificamente, a proteção dos dados pessoais do empregado, quando é o próprio empregador que realiza qualquer uma das atividades atinentes ao tratamento de dados pessoais. Para tanto, inicia-se com apresentação do novo microsistema. Segue-se a abordagem dos conceitos de privacidade, intimidade e intimidade genética a fim de identificar as violações aos direitos da personalidade do empregado. Por fim, é investigada a compatibilidade do sistema de responsabilidade civil da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais com as prescrições da Consolidação das Leis do Trabalho sobre o dano extrapatrimonial. Trata-se de pesquisa teórica, de modo que toda investigação foi realizada com base em pesquisa bibliográfica, análise de conteúdo de normas e decisões judiciais.

Palavras-chave: dados pessoais; contrato de trabalho; privacidade; intimidade genética; responsabilidade civil; dano extrapatrimonial.

ABSTRACT: This paper analyses the repercussions of the General Statute of Personal Data Protection into the employment contract, specifically the protection of the employee's personal data when it is the employer who accomplishes any of the activities related to this legal microsystem. It is followed an approach of the concepts of privacy, intimacy and genetic intimacy in order to identify the violations of the employee's personality rights. Lastly, it is investigated the compatibility between the civil liability system of the General Statute of Personal Data Protection and the rules about personal damages fixed in the Brazilian Labour Law (CLT). Thus, it is a theoretical research, since all the investigation was realized based on bibliographic review, analysis of norms content, and judicial decisions.

Keywords: personal data; employment contract; privacy, genetic intimacy; civil liability; personal damages.

1 Doutora e Mestre em Direito pela UFMG. Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação (mestrado e doutorado) em Direito na PUC Minas. Ex-bolsista do DAAD. Conselheira do KAAD. Desembargadora do Tribunal Regional do Trabalho de Minas Gerais.

2 Doutora em Direito pela UFMG. Mestre em Direito pela PUC Minas. Professora da Graduação e do Programa de Pós-graduação (especialização, mestrado e doutorado) em Direito na PUC Minas. Pesquisadora do Centro de Estudos em Biodireito (CEBID). Membro da Comissão de Responsabilidade Civil da OAB/MG. Membro do Instituto Brasileiro de Estudos em Responsabilidade Civil (IBERC). Advogada.

1 INTRODUÇÃO

No Brasil, em Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público do Distrito Federal, o Banco Inter teve que enfrentar a alegação de que não teria tomado os cuidados necessários para garantir a segurança dos dados pessoais de seus clientes e não clientes, e, por isso, seria responsável pelo vazamento de dados pessoais de cerca de 19 mil correntistas. A questão foi pacificada com um acordo (homologado pelo Poder Judiciário), em razão do qual o Banco Inter assumiu a obrigação de pagar R\$ 1.500.000,00, a título de danos morais, valor a ser destinado a órgãos públicos, que combatem crimes cibernéticos, e a instituições de caridade.³

O número de pessoas atingidas parece modesto se comparado ao caso protagonizado pelo Facebook: os dados pessoais de milhões de usuários da rede social de Zuckerberg foram utilizados, sem o consentimento deles, pela empresa americana Cambridge Analytica para fazer propaganda política em favor de Donald Trump.⁴

São muitas as notícias de vazamento ou mau uso de dados, que expõem a fragilidade das pessoas conectadas pelas novas tecnologias. Por isso, uma das maiores preocupações da era digital, na qual a circulação de imagens e palavras se faz com extrema rapidez e alcance, é proteção dos bens jurídicos da personalidade, sobretudo, a intimidade.

Para enfrentar desafio dessa magnitude, a União Europeia editou o Regulamento (UE) 2016/679 do Parlamento Europeu e Conselho, de 27 de abril de 2016, relativo à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados/General Data Protection Regulation - GDPR).

Inspirado no marco regulatório europeu, no Brasil, em 14 de agosto de 2018, foi promulgada a Lei n.13.709/2018, com *vacatio legis* de dois anos, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD.

A LGPD - que instaura mais um microssistema no direito privado brasileiro - não se dedicou a regulamentar especificamente o tratamento de dados pessoais envolvendo empregados e empregadores. Sua aplicabilidade ao contrato de trabalho, no entanto, é inequívoca. Basta imaginar as consequências de vazamento de dados pessoais de cliente, decorrente de conduta dolosa, imprudente ou negligente de empregados, criando embaraços entre empreendedor-empregador e cliente, ou diversas situações nas quais o empregador tem acesso a dados pessoais de seus empregados ou potenciais empregados (candidatos sujeitos a processo seletivo para contratação). O campo de estudo, se não totalmente novo, é vasto e relevante.

Naturalmente, o empregador que, por força de sua atividade, realiza tratamento de dados de clientes, tem a legítima expectativa do cumprimento de dever de sigilo pelos seus empregados. Tal dever se estende aos dados pessoais de sócios, de parceiros contratuais e de outros empregados. Mas, este artigo, que se volta à análise das repercussões da LGPD no contrato de trabalho, abordará o tema noutra perspectiva: a proteção dos dados pessoais do empregado, quando é o próprio empregador que realiza qualquer uma das atividades

3 BANCO Inter: acordo destinará R\$ 1,5 milhão para caridade e combate a crimes cibernéticos. *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, 19 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.mpdfp.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2018/10524-2018-12-19-10-27-31>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

4 ENTENDA o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. *G1*, 20 mar. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>>. Acesso: em 13 jan. 2020.

atinentes ao tratamento de dados pessoais, previstas na LGPD.

O texto inicia-se com apresentação do novo microssistema, seguindo-se a abordagem dos conceitos de privacidade, intimidade e intimidade genética a fim de identificar as violações aos direitos da personalidade do empregado. Por fim, é investigada a compatibilidade do sistema de responsabilidade civil da Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD) com as prescrições da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) sobre o dano extrapatrimonial.

2 O MICROSSISTEMA DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS (LEI N.13.709/2018)

A Lei n.13.709/2018 - doravante referida apenas por LGPD - nos seus sessenta e cinco artigos divididos em dez capítulos - disciplina o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado com o objetivo de proteger os direitos fundamentais de liberdade e de privacidade e o livre desenvolvimento da pessoa natural, conforme expressamente enunciado no seu primeiro artigo.

A LGPD é expressa, ainda, ao indicar seus fundamentos, seu âmbito de incidência, sua terminologia, sua principiologia e seu sistema de responsabilidade civil, assumindo as características de microssistema.

O art. 5º da Lei traz um catálogo de designações que são usadas na disciplina dos dados pessoais, bem como o significado de cada uma delas. Neste texto, apenas alguns conceitos serão examinados, porquanto mais diretamente ligados ao tema central. São eles: titular, dado pessoal, dado sensível e tratamento de dados:

a) Titular é pessoa natural a quem se referem os dados pessoais que são objeto de tratamento. Na dicção legal, não há como albergar às pessoas jurídicas, conquanto a elas seja aplicada à proteção relativa aos direitos da personalidade (art. 52 do CC/02).

b) Dado pessoal é informação relacionada à pessoa natural, identificada ou identificável. Não há proteção para os dados pessoais quando eles estiverem anonimizados.

c) Dado pessoal sensível é dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural. A LGPD não se refere a dado médico - também denominado dado de saúde ou dano clínico - mas da conceituação legal se conclui que dado médico é subespécie de dado pessoal sensível.

e) Tratamento é toda operação realizada com dados pessoais, como as que se referem a coleta, produção, recepção, classificação, utilização, acesso, reprodução, transmissão, distribuição, processamento, arquivamento, armazenamento, eliminação, avaliação ou controle da informação, modificação, comunicação, transferência, difusão ou extração.

A LGPD cuidou de indicar e definir os sujeitos jurídicos envolvidos no tratamento de dados. Aqui são destacados:

a) Controlador é pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, a quem competem as decisões referentes ao tratamento de dados pessoais;

b) Operador é a pessoa natural ou jurídica, de direito público ou privado, que realiza o tratamento de dados pessoais em nome do controlador;

c) Encarregado é a pessoa indicada pelo controlador e operador para atuar como canal de comunicação entre o controlador, os titulares dos dados e a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD);

d) Agentes de tratamento são o controlador e o operador.

Enquanto as regras estão diluídas ao longo de seus 65 artigos, a principiologia do novo

microsistema encontra-se sistematizada num só dispositivo legal, que destaca a boa-fé e submete o tratamento de dados aos princípios da finalidade, da adequação, da necessidade, do livre acesso, da qualidade dos dados, da transparência, da segurança, da prevenção, da não discriminação e da responsabilização e prestação de contas.

Os princípios acima não podem ser adjetivados de inovadores, porquanto já se encontravam consagrados em outras normas do ordenamento jurídico brasileiro, tais como a Lei do *Habeas Data*, o Código de Defesa do Consumidor, a Lei de Acesso à Informação, a Lei do Cadastro Positivo, o Marco Civil da Internet, o Código Civil e, acima de todas as leis, a própria Constituição da República. A sistematização realizada pela LGPD tem o mérito de dar concretude às normas principiológicas.

Com a vigência da LGPD, a regulação dos dados pessoais deixa de ser fragmentada. Como estatuto mais abrangente de determinado setor da vida em sociedade, a LGPD é verdadeiro microsistema. Sua interpretação deve guardar coerência com as demais normas infraconstitucionais e com os institutos do sistema, de modo a materializar as normas constitucionais. Assim, quando houver tratamento de dados de pessoa com deficiência, por exemplo, há que se considerar o Estatuto da Pessoa com Deficiência (EPD). Quando o tratamento de dados pessoais é realizado pelo empregador, a incidência das prescrições da LGPD deve compatibilizar-se com a legislação protetiva do trabalho humano.

3 O TRATAMENTO DE DADOS PESSOAIS PELO EMPREGADOR-CONTROLADOR E A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO EMPREGADO- TITULAR

O direito brasileiro, anterior à LGPD, já atribuía ao empregador responsabilidade civil relativamente aos dados fornecidos por seus empregados, cabendo-lhe utilizá-los para as finalidades compatíveis com a execução do contrato de trabalho.

A CLT não tem regime próprio de responsabilidade civil e, por isso, a conduta patronal violadora dos direitos do empregado sujeita-se às prescrições do Código Civil. Só recentemente, com a vigência da Lei n. 13.467/2017, denominada de Lei da Reforma Trabalhista, foi adicionada a disciplina do dano extrapatrimonial. Atualmente, há norma legal trabalhista apenas sobre um dos elementos da responsabilidade (dano), ainda assim sem albergar todas as espécies de dano.

A responsabilidade jurídica do empregador é intensificada com a vigência da LGPD. Afinal, a Ficha de Registro do Empregado encerra um conjunto de dados pessoais. Alguns dados do empregado podem ser qualificados de dados sensíveis, como os dados de saúde colhidos em avaliação médica (exame admissional, periódico ou demissional), atestados médicos para abono de faltas e até mesmo a filiação a alguma entidade sindical.

A LGPD não se ocupa em definir *violação de dados pessoais* (incidente de segurança), ao contrário do GDPR que a define como

[...] uma violação da segurança que provoque, de modo acidental ou ilícito, a destruição, a perda, a alteração, a divulgação ou o acesso, não autorizados, a dados pessoais transmitidos, conservados ou sujeitos a qualquer outro tipo de tratamento. (art. 4º, 12).⁵

Da leitura desse dispositivo sobressai que está afastada a ideia de que a vulneração dos direitos do titular ocorre apenas nas situações de “vazamento de dados” (divulgação

5 UNIÃO EUROPEIA. *General Data Protection Regulation (GDPR)*. 2018. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/>>. Acesso em: 08 maio 2020.

indevida). São muitas as possibilidades ali contempladas. O simples acesso não autorizado, assim como a destruição, a perda e a alteração de dados pessoais configuram ato de violação de direitos. Ademais, ainda que a conduta dos agentes de tratamento não seja em si mesma ilícita, a violação de segurança meramente acidental enseja a aplicação da GDPR. Afinal, a responsabilidade civil nela prevista é de natureza objetiva, ou seja, não requer a culpa do agente de tratamento.

Por razões de relevante similitude entre o marco regulatório europeu e o brasileiro, o conceito de violação de dados pessoais ou incidente de segurança contido na GDPR apresenta-se como elemento que pode contribuir para a interpretação da LGPD e para colmatação da lacuna.

A proteção de dados pessoais, que o novo microssistema visa a implementar, abrange tanto a intimidade em seu significado clássico como a intimidade genética.

Privacidade, intimidade e intimidade genética são conceitos distintos, que dialogam entre si. A privacidade retrata a vida pública, familiar ou social da pessoa abrangendo o direito ao controle de coleta e utilização de dados pessoais. A intimidade situa-se no compartimento mais restrito da pessoa, com situações que ela não deseja compartilhar. Assim, privacidade e intimidade são aspectos da vida privada que retratam matizes diversas do cotidiano da pessoa humana.⁶

Nesse contexto, impõe-se uma reflexão sobre os dados genéticos e o direito.

O mapeamento do genoma humano, ao lado dos grandes benefícios para a medicina, acabou por propiciar mais uma forma de vulneração dos direitos da pessoa humana: o uso indevido e não autorizado de informações genéticas. Como reação, alargou-se a proteção aos direitos da personalidade com o reconhecimento do direito à intimidade genética.

A intimidade genética, enquanto desdobramento da intimidade é focada na confidencialidade dos dados genéticos de modo que sua revelação a terceiros, sem a prévia e expressa concordância do titular, configura ofensa a direito da personalidade.

Os três atributos da pessoa - privacidade, intimidade e intimidade genética - são alcançados pela Constituição da República e pela legislação civil (Código Civil de 2002 e microssistemas).

Ao tratar dos direitos da personalidade, o Código Civil de 2002, nos artigos de 11 a 21, não faz referência à intimidade genética. Contudo, a Lei Civil afastou-se da técnica legislativa de indicação taxativa, de sorte que outros atributos da personalidade estão lá contemplados.

A Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2014 (Marco Civil da Internet) também alberga os direitos da personalidade, ao incluir, entre seus princípios, o da “proteção de dados pessoais, na forma da lei” (art. 3º, III). Em seus comentários à Lei, Cássio Augusto Barros Brant afirma que este princípio:

é uma das formas de proteção ao usuário, que acaba deixando vestígios de seus hábitos na rede ou em cadastros eletrônicos. É muito difícil dar um tratamento em relação aos dados pessoais sem sua vinculação com a intimidade. Na verdade, há uma preservação do indivíduo diante da possibilidade de cruzamento de seus dados e a possível comercialização destes com sites comerciais ou para outras situações em que o coloque em vulnerabilidade.⁷

6 NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017, p. 96.

7 BRANT, Cássio Augusto Barros. *Marco Civil da Internet: comentários sobre a Lei 12.65/2014*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014, p.89.

Afora a legislação infraconstitucional, a cláusula geral de proteção à pessoa humana, contida no texto constitucional (art. 1º, III, CR), confere fundamento à construção de novos direitos da personalidade, necessários para a concretização da mais completa proteção aos seres humanos.

Assim, não há dúvida de que a intimidade genética tem proteção constitucional e infraconstitucional na ordem jurídica brasileira.

No âmbito do contrato de trabalho, são muitos os casos de vulneração dos direitos da personalidade do empregado, que judicializados, resultam na condenação do empregador ao pagamento de indenização por danos morais, tais como revista íntima, perguntas inadequadas ao empregado sobre opção sexual, uso de drogas, prática de crimes e problemas com dependência alcoólica na família.

Questão mais nova a refletir é o acesso do empregador aos dados genéticos do empregado.

O tema pode parecer futurista ou apenas inspiração para filmes de ficção científica. Mas já existem testes genéticos que podem ser aplicados aos empregados com objetivos bem específicos: o teste de monitorização genética (*genetic monitoring*) e teste de seleção ou rastreio genético (*genetic screening*).⁸

A monitorização genética tem o objetivo de, mediante exames periódicos, verificar se o material genético do trabalhador sofreu alguma alteração ao longo do tempo devido à exposição a substâncias perigosas no local de trabalho. Em princípio, com este monitoramento, o empregador busca evitar ou reduzir o risco de doenças causadas por mutações genéticas relacionadas com o ambiente laboral.

A seleção ou rastreio genético é teste de maior amplitude, porquanto as características hereditárias dos trabalhadores ou candidatos a emprego são rastreadas. Neste caso, o empregador, mediante o exame de toda a estrutura genética da pessoa, objetiva descobrir suas propensões a enfermidades.

A utilização de testes genéticos no ambiente de trabalho é altamente controversa, havendo argumentos relevantes *pro* e *contra*.

Em defesa dos testes, argumenta-se que o uso da informação genética se faz não apenas no interesse do empregador, mas igualmente no interesse empregado (titular dos dados sensíveis), no interesse dos demais empregados, no interesse de terceiros e no interesse do Estado:

O próprio trabalhador pode fazer uso dos dados sobre sua condição genética para adotar medidas preventivas, tratar-se de eventual doença, trocar de emprego quando o trabalho ou o ambiente laboral favorecem o aparecimento ou o agravamento de alguma moléstia ou, ainda, renunciar a ascensão funcional, se a nova função revela-se prejudicial à sua condição genética.

Para o empregador, a coleta de dados genéticos é medida tendente a reduzir os custos derivados de enfermidades potenciais futuras de seus trabalhadores, assim como é relevante na decisão de excluir, do local de trabalho ou de certa função, aqueles que apresentam riscos mais elevados.

Os outros trabalhadores são beneficiados com o ambiente laboral mais seguro em consequência da redução de acidentes decorrentes da atuação de colegas com determinadas

8 PIOVAM, Alexandre Valle; MIZIARA Raphael. O acesso ao patrimônio genético do empregado: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral. *Jus.com.br*, abril, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38540/o-acesso-ao-patrimonio-genetico-do-empregado-limites-a-sua-utilizacao-e-consequencias-no-ambito-laboral>>. Acesso em: 14 jan. 2020

predisposições genéticas.

Os terceiros relacionados com o empregador, tais como clientes e parceiros contratuais, também se beneficiam com a prevenção de acidentes causados por manifestações de doenças do empregado. Só imaginar a morte súbita de motorista - enquanto realizava a condução de passageiros - em decorrência de enfermidade genética não diagnosticada.

Finalmente, atendem ao interesse do Estado a redução dos gastos com benefícios previdenciários (auxílio doença, auxílio doença acidentário, aposentadoria por invalidez), a prevenção de acidentes de trabalho e a proteção da saúde dos trabalhadores.

Os argumentos desfavoráveis ao acesso do empregador aos dados genéticos do empregado ligam-se - principalmente, mas não exclusivamente - ao risco de discriminação no mercado de trabalho, pela seleção dos “geneticamente mais aptos” e a exclusão dos “geneticamente danificados”.

Não há como ignorar a possibilidade de utilização de informações genéticas do trabalhador ou potencial empregado como fator discriminatório, em todas as fases do contrato de emprego:

Na fase pré-contratual, o acesso a dados genéticos poderá se decisivo para contratar ou deixar de contratar certo candidato.

No curso da relação empregatícia, decisões sobre promoção ou ascensão funcional ou mesmo sobre a dispensa do trabalhador podem ser influenciadas ou determinadas pelas informações genéticas.

Na fase pós-contratual, o descumprimento do dever de sigilo do ex-empregador, com divulgação dos dados genéticos do ex-empregado, pode dificultar as negociações tendentes à recolocação da pessoa no mercado de trabalho e ainda causar-lhe transtornos na vida social e familiar.

Afora isso, a aplicação dos testes genéticos pode alcançar os membros da família do empregado e a linha genética. Noutras palavras, “o conhecimento da informação genética do empregado pode ter um impacto significativo sobre sua família, incluindo a descendência, ao longo de várias gerações”.⁹

Nessa análise, cabe ainda considerar o direito de não saber (*right not to know*). Com efeito, a pessoa tem o direito a permanecer ignorando prognósticos genéticos sobre doenças graves para as quais não há cura, se considerado o atual estágio da ciência e da tecnologia.

Diante dos pontos de vista conflitantes, qual a solução? Fazer prevalecer o interesse patronal na coleta de dados genéticos do empregado ou potencial empregado? Ou deve preponderar o direito à intimidade genética? Na ordem jurídica nacional, seria lícito ao empregador (controlador) aplicar testes genéticos para evitar ou reduzir o risco de doenças causadas por mutações genéticas relacionadas com o ambiente laboral, fazendo a coleta de dados genéticos de seus empregados, a despeito da falta de consentimento deles (titulares)? Existe resposta prévia e unívoca?

As questões são profundas e delicadas e envolvem, além do direito nacional, diferentes marcos regulatórios jurídicos internacionais: a Declaração Universal do Genoma Humano e dos Direitos Humanos e a Declaração Internacional sobre Dados Genéticos Humanos de 2003.

Sem rechaçar completamente os testes genéticos no ambiente laboral, Ana Paula Myszczyk e Jussara Meirelles condicionam tais exames a determinados princípios bioéticos:

9 PIOVAM, Alexandre Valle; MIZIARA Raphael. O acesso ao patrimônio genético do empregado: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral. *Jus.com.br*, abril, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38540/o-acesso-ao-patrimonio-genetico-do-empregado-limites-a-sua-utilizacao-e-consequencias-no-ambito-laboral>>. Acesso em: 14 jan. 2020.

A legislação constitucional e trabalhista determina que qualquer procedimento relacionado ao estado de saúde do trabalhador deve ser analisado com o objetivo de proteger sua saúde, integridade física, psíquica e genética e não para dar causa a novos fatores de opressão. Essas exigências têm como objetivo dar maior proteção à saúde e promover a manutenção de um ambiente saudável e seguro para o trabalhador e adaptar sua capacidade física e psicológica à sua ocupação. Princípios éticos precisam nortear a aplicação de testes genéticos, que devem atuar exclusivamente como ferramenta para reduzir a possibilidade de danos à saúde do trabalhador e melhorar a adequação dos ambientes de trabalho. É imprescindível garantir que sejam respeitados, ao menos, quatro requisitos básicos: adequação, reserva, transparência e fiabilidade.¹⁰

A possibilidade de tratamento de dados pessoais no legítimo interesse do controlador ou de terceiros, sem o consentimento do titular, suscitou intensos debates, na Europa.

As vezes que a isso se opunham, apontavam para o risco de esvaziamento da proteção normativa: por meio de argumentos engenhosos, o controlador poderia usar da brecha legal para “tudo tratar”, comprometendo a efetividade da norma jurídica.¹¹ Mas tais justificativas não se impuseram na elaboração do marco regulatório europeu.

A Diretiva de Proteção de Dados (95/46/CE) autorizava o tratamento de dados nessa hipótese. O Regulamento Geral Europeu sobre a Proteção de Dados Pessoais (GDPR) manteve a autorização, alinhando-se à corrente, segundo a qual outros interesses podem ser tão relevantes quanto o resguardo à intimidade e à privacidade dos titulares dos dados pessoais. No mesmo sentido, os autores Bucar e Viola - que adotam o mesmo entendimento - afirmam:

O complexo jogo de forças sociopolíticas impõe conciliar valores constitucionais opostos, transfigurando-se esse embate ao discurso jurídico na linha mestra da interpretação e aplicação de normas-princípios: nenhum deles, nem mesmo a privacidade, será taxado de absoluto. Dessa forma, as liberdades de expressão, informação, o desenvolvimento tecnológico e econômico, a inovação, a livre iniciativa, e até os direitos existenciais de terceiro (também presentes nos incisos III, V e VI do art. 2º da LGPD) configuram o arcabouço de conformidade para o tratamento de dados por força de legítimo interesse do controlador ou de terceiros¹².

Voltando ao exame da LGPD, constata-se que, seguindo o modelo europeu, foi autorizado expressamente o tratamento de dados pessoais para atender ao legítimo interesse do controlador ou de terceiros, sem o consentimento do titular dos dados pessoais (sensíveis e não sensíveis), incluídos os dados referentes à saúde e os dados genéticos. Assim, a ausência do consentimento do empregado-titular não seria óbice ao acesso de seus dados pessoais diante do reconhecimento da legitimidade do interesse do empregador-controlador ou mesmo do interesse de terceiros.

10 MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara. Políticas de biocontrole genético e a contratação do trabalho no Brasil. *Revista Iberoamericana de Bioética*, n.3, p.01-14, 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/313200106_Políticas_de_biocontrole_genetico_e_a_contratacao_do_trabalho_no_brasil>. Acesso em: 30 jan. 2020.

11 BUCAR, Daniel; VIOLA, Mário. Tratamento de dados pessoais por “legítimo interesse do controlador”: primeiras questões e apontamentos. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019, p.473.

12 BUCAR, Daniel; VIOLA, Mário. Tratamento de dados pessoais por “legítimo interesse do controlador”: primeiras questões e apontamentos. In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019, p.473.

Mas, quais os critérios para definir o que é legítimo interesse? Quem decide qual é o legítimo interesse do controlador ou de terceiro? Quem controla o controlador?

A LGPD não preceitua o controle administrativo e prévio do tratamento de dados no legítimo interesse de controlador.

Há, contudo, previsão da criação da Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), à qual, nos moldes do art. 55-J, incisos IV e V, compete, entre outras atribuições: a) fiscalizar e aplicar sanções em caso de tratamento de dados realizado em descumprimento à legislação, mediante processo administrativo que assegure o contraditório, a ampla defesa e o direito de recurso; b) apreciar petições do titular contra o controlador após o titular comprovar que apresentou reclamação ao controlador e esta não foi solucionada no prazo estabelecido em regulamentação.

Desse modo, poderá o empregado-titular questionar a legitimidade do interesse do controlador-empregador em face da ANPD.

Sem adotar a hierarquização de interesses e princípios, aqui se defende a corrente vencida, pois a faculdade atribuída ao controlador de decidir sobre tratamento de dados, segundo seu interesse e sem o consentimento do titular, pode esvaziar a proteção que a LGPD procura conferir à pessoa natural. É certo que se procurou limitar a atuação do controlador pela norma do art. 10 e seus parágrafos, mas uma leitura atenta leva à conclusão de que as hipóteses trazidas nos incisos I e II não são taxativas.

4 A RESPONSABILIDADE CIVIL NA LGPD E O DANO EXTRAPATRIMONIAL NA CLT

A principal consequência, de natureza civil, da violação da privacidade, intimidade ou intimidade genética pelo empregador, quando este atua como agente de tratamento dos dados pessoais (empregador-controlador), é o direito do empregado-titular à reparação civil.

A reparabilidade do dano do empregado, na situação ora analisada, exige a reflexão sobre a natureza dos direitos previstos na LGPD em relação aos empregados-titulares. Tais direitos têm natureza de direitos trabalhistas ou não?

A tese favorável à natureza trabalhista dos direitos é fortalecida pelas decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a competência para julgar ações de responsabilidade civil.

O art. 114 da Constituição da República, com a promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, foi alterado para ampliar a competência da Justiça do Trabalho, nela incluindo, expressamente, o julgamento das “ações de indenização por dano moral ou patrimonial, decorrentes da relação de trabalho”.

A modificação do texto constitucional, vencendo resistência significativa, adotou a tese de que a Justiça do Trabalho deveria julgar as lides de responsabilidade civil, desde que decorrentes do contrato de trabalho, aplicando as normas do Código Civil. Mas remanesceu a dúvida quanto à ação de reparação civil por acidente de trabalho ou doença profissional proposta em face do empregador.

Na sessão plenária de 9 de março de 2005, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário n. 438.639, decidiu que a Justiça Comum era a competente para instruir e julgar as ações indenizatórias de acidente de trabalho, invocando o princípio da unidade de convicção, a consistência de funcionalidade e ainda razões de ordem prática.

A Corte Constitucional, contudo, alterou esse entendimento, ao julgar o Conflito de Competência n. 7204-1, suscitado pelo Tribunal Superior do Trabalho em face do extinto Tribunal de Alçada de Minas Gerais. Em decisão unânime, de Relatoria do Ministro Ayres de Brito, definiu a competência da Justiça do Trabalho para julgamento das ações por danos morais e patrimoniais decorrentes de acidente de trabalho.

A evolução da jurisprudência constitucional - sobre competência da Justiça do

Trabalho para conhecer e decidir lides concernentes à responsabilidade civil - afasta a tese da competência da Justiça Comum. No caso de empregador-controlador, os direitos previstos na LGPD são conexos ao contrato de trabalho, atraindo a competência da Justiça do Trabalho. Assim, aos juízes e tribunais trabalhistas cabe aplicar as prescrições do Microssistema de Proteção de Dados Pessoais nas lides entre empregado-titular e empregador-controlador, compatibilizando-as com as normas da CLT.

Fixadas as premissas, indaga-se: há incompatibilidade entre as normas sobre ressarcimento de danos contidas na LGPD e o regime de responsabilidade civil aplicável às relações de trabalho?

O regime de responsabilidade civil da LGPD encontra-se disciplinado na Sessão III, do Capítulo VI, que distingue o tratamento realizado por particulares e o tratamento realizado por entes públicos.

Relativamente à violação de dados pessoais, conforme previsão do art. 43, a reparabilidade do dano não depende de discussão nem de comprovação de culpa: a responsabilidade civil é objetiva, fundada no risco.

Não há unanimidade na doutrina brasileira sobre esse ponto.

De acordo com Gisela Sampaio da Cruz Guedes e Rose Melo Venceslau Meireles:

(...) O legislador criou uma série de deveres de cuidado que devem ser seguidos pelo controlador e pelo operador, sob pena de ser responsabilizados. Assim, não faz sentido – nem do ponto de vista lógico, nem do jurídico – o legislador criar uma série de deveres de cuidado se não for para implantar um regime de responsabilidade subjetiva.¹³

A despeito desse argumento, é claro que a LGPD buscou inspiração na responsabilidade por risco-proveito, consagrada nas disposições do Código de Defesa do Consumidor, como salienta Caitlin Mulholland:

(...) apesar do uso de expressões diversas em sua redação, tanto o artigo 42, quanto o artigo 44, da LGPD, adotam o fundamento da responsabilidade civil objetiva, impondo aos agentes de tratamento a obrigação de indenizar os danos causados aos titulares de dados, afastando destes o dever de comprovar a existência de conduta culposa por parte do controlador ou operador. Fundamenta esta conclusão o fato de que a atividade desenvolvida pelo agente de tratamento é evidentemente uma atividade que impõe riscos aos direitos dos titulares de dados, que, por sua vez, são intrínsecos, inerentes à própria atividade e resultam em danos a direito fundamental. Ademais, tais danos se caracterizam por serem quantitativamente elevados e qualitativamente graves, ao atingirem direitos difusos, o que, por si só, já justificaria a adoção da responsabilidade civil objetiva, tal como no caso dos danos ambientais e dos danos causados por acidentes de consumo.¹⁴

Rafael de Freitas Valle Dresch e José Luiz de Moura Faleiros Júnior aprofundam a questão relativa à natureza do regime de responsabilização delineado na LGPD ao discorrerem

13 GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Término do tratamento de dados. *In*: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019, p.231.

14 MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco? *Migalhas*, 1 set. 2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais-culpa-ou-risco#:~:text=A%20LGPD%2C%20em%20seus%20artigos,agente%20de%20tratamento%20D%20ou%20objetiva%20D>> Acesso em 09 set. 2020

sobre uma responsabilidade objetiva especial:

(...) o legislador, ciente dos percalços enfrentados para a efetivação de direitos devidamente regulamentados, adotou a governança como parâmetro expresso – embora não obrigatório – para a delimitação dos contornos do nexos de causalidade em eventos de mau tratamento de dados, abrindo espaço para a discussão acerca da criação de um novo regime de responsabilidade que, ao fim e ao cabo, se realmente existir, não surge atrelado a uma nova dogmática, mas à condensação de aspectos inter-relacionais para a formatação do elemento nuclear da teoria objetiva. Tem-se, em essência, um dever geral de cautela desdobrado da consagração de um regime de imputação baseado na verificação e demonstração do defeito na prestação de serviço relacionado aos processos de coleta, tratamento e armazenagem de dados. Eventual violação, por causar a ruptura de legítimas expectativas do titular dos dados, conduzirá à responsabilização do agente. Superam-se as barreiras da culpa, suplantam-se as escusas técnicas e ampla incidência de causas excludentes decorrentes do domínio da técnica, pelo controle da arquitetura de software e se impõe a cooperação como modal de controle e aferição dos limites da responsabilidade civil¹⁵.

Assim como Valle Dresch e Faleiros Júnior, aqui se defende que a imposição do dever de cautela não afasta a natureza objetiva da reparação civil; ao contrário tal dever não só se harmoniza, como potencializa a responsabilização desvinculada do elemento culpa.

A LGPD prevê três circunstâncias que excluem o dever de indenizar dos agentes particulares. Assim, eles não serão responsabilizados se provarem: que não realizaram o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído (a); que, embora tenham realizado o tratamento de dados pessoais que lhes é atribuído, não houve violação à legislação de proteção de dados (b); ou que o dano é decorrente de culpa exclusiva do titular dos dados ou de terceiro (c).

A LGPD concentra-se no fundamento da responsabilidade civil (risco) e nas excludentes de reparação civil. A completude do seu regime de ressarcimento de danos se realiza, com aplicação das normas do Macrossistema do Direito Civil.

A CLT não contém um regime de responsabilidade civil do empregador, de modo que são aplicadas as disposições do Código Civil. Relativamente à prescrição, consolidou-se, na jurisprudência, a tese de aplicação dos prazos prescricionais, previstos no art 7º, XXIX, da CR/88 e não o prazo de 3 anos previsto no CC/02 para as ações de reparação civil.

Com a vigência da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017 (Lei da Reforma Trabalhista) foi acrescentado à CLT o Título II-A que disciplina apenas o dano extrapatrimonial.

A CLT nada dispõe sobre o fundamento da responsabilidade civil do empregador - culpa ou risco. Assim, condenações fundadas na cláusula geral de responsabilidade por culpa (art. 186 c/c art. 927, *caput*, do CC/02) convivem com condenações fundadas na responsabilidade por risco, prevista no art. 927, parágrafo único do Código Civil.

Sobre essa questão, o Plenário virtual do STF, no RE 828040, negou provimento ao recurso extraordinário em que a empresa sustentava ser inaplicável o art. 927 do Código Civil na Justiça do Trabalho, além de ficar decidida a fixação de tese de repercussão geral no mesmo sentido (tema 932).

15 VALLE DRESCH, Rafael de Freitas; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) In: ROSENVALD, Nelson; VALLE DRESCH, Rafael de Freitas; WESENDONCK, Tula (Coord.) *Responsabilidade civil: novos riscos*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 85.

Não há qualquer óbice a que a responsabilização do empregador-controlador seja apreciada e decidida a partir do regime de responsabilidade objetiva previsto na LGPD. Remanesce, contudo, a questão sobre a concepção do dano a ser observada.

Como já salientado, a LGPD tem poucos artigos sobre ressarcimento de danos, o que remete a matéria ao Código Civil.

Do ponto de vista da quantificação do dano, a Lei Civil adota o princípio da reparação integral que alcança tanto a lesão a interesses patrimoniais como a interesses extrapatrimoniais ou existenciais. Ademais, não prevê qualquer tarifação para os danos morais.

Seguindo a tendência mundial de expansão qualitativa, o Código Civil confere ampla reparabilidade a todos os tipos de danos, possibilitando, ainda, o surgimento de novas categorias de danos:

[...] verifica-se em todo mundo, de modo ainda mais marcante, uma expansão qualitativa, na medida em que novos interesses, sobretudo de natureza existencial e coletiva, passam a ser considerados pelos tribunais como merecedores de tutela, consubstanciando-se a sua violação em novos danos ressarcíveis.⁶

O Direito do Trabalho está a caminhar em sentido oposto. Atualmente, nas lides trabalhistas, há dois regimes jurídicos para os danos:

A reparação do dano patrimonial - seja o dano patrimonial direto, seja indireto que decorre da violação de bem jurídico existencial - sujeita-se ao regime responsabilizatório aberto, fundado em cláusulas gerais e no princípio da reparação integral.

O dano extrapatrimonial - expressão utilizada na Lei da Reforma Trabalhista - é mais amplo que o dano moral: abriga o dano moral, o dano existencial e o dano estético.

Após a Reforma Trabalhista de 2017, a reparação civil do dano extrapatrimonial submete-se a regras que restringem os bens jurídicos protegidos e fixam limites ao valor das indenizações. Há, portanto, retraimento qualitativo e quantitativo.

Na verdade, a CLT reformada é hostil à reparação por danos de natureza extrapatrimonial, o que se revela nas seguintes opções - questionáveis e de duvidosa constitucionalidade - feitas pelo legislador infraconstitucional:

a) a vedação do diálogo das fontes, pois o art. 223-A determina que se aplicam à reparação de danos de natureza extrapatrimonial decorrentes da relação de trabalho apenas os dispositivos do Título II-A da CLT;

b) a tarifação do dano extrapatrimonial com base no salário contratual do trabalhador ofendido, nos moldes do art. 223-G, § 1º;

c) a limitação das pretensões indenizatórias à ofensa dos bens jurídicos da pessoa natural mencionados no art 223-C, da CLT (imagem, intimidade, liberdade de ação, autoestima, sexualidade, saúde, lazer e integridade física);

d) a limitação da reparabilidade à ofensa dos bens jurídicos da pessoa jurídica mencionados no art 223-D da CLT (imagem, marca, nome, segredo empresarial);

e) a proibição do pagamento de duas indenizações por dano extrapatrimonial em razão do mesmo fato, conforme consta no art. 223-G, § 1º;

f) o afastamento da reparação do dano reflexo ou em ricochete, como decorrência da redação do art. 223-B, da CLT.

Os diferentes regimes indenizatórios do dano extapatrimonial - na CLT e na LGPD -

16 SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p.85.

trazem como consequência a quebra da isonomia no tratamento de situações idênticas. Em vista disso, ocorrendo um incidente de segurança, que resulte na divulgação não consentida de dados pessoais, tanto de titulares-clientes como de titulares-empregados, as indenizações fixadas para titulares-clientes serão, potencialmente mais altas do que aquelas deferidas aos titulares-empregados.

Ademais, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental - ADPF n. 130-DF declarou que a Lei Federal n. 5.250/67 não foi recepcionada pela Constituição de 1988. A questão da inconstitucionalidade do tabelamento dos danos morais - que foi discutida amplamente na Corte - também foi alcançada pela declaração de inconstitucionalidade. Se o tabelamento é inconstitucional na Lei de Imprensa, não há como concluir pela constitucionalidade dos tetos fixados na Lei da Reforma Trabalhista, pelas mesmas razões contidas na decisão da ADPF n. 130-DF.

Quanto aos direitos da personalidade da pessoa natural, a indicação dos bens jurídicos, cuja vulneração pode ensejar a reparação civil, levanta a dúvida quanto à inclusão da intimidade genética, que não foi expressamente referida no texto do art. 223-C, da CLT. Seria possível, a partir da menção à intimidade e à saúde, concluir que a intimidade genética também estaria sob a cobertura desse novo dispositivo da CLT? Ou a intimidade genética do titular-empregado estaria fora da proteção da LGPD em decorrência do conceito de dano extrapatrimonial ressarcível, criado pela Lei da Reforma Trabalhista?

Aliás, a tentativa de restringir o ressarcimento dos danos extrapatrimoniais, mediante a técnica legislativa da taxatividade dos bens existenciais protegidos, é a antítese da evolução da responsabilidade civil na codificação do direito privado e nos demais microssistemas e da principiologia constitucional.

Não há como adotar uma interpretação literal e restritiva do Título II-A da CLT. Afinal, a Constituição Republicana de 1988, ao inserir a dignidade da pessoa humana entre os fundamentos da República (art. 1º, inciso III), transferiu a proteção aos atributos e projeções da pessoa humana para além das normas jurídicas contidas no Código Civil, na Consolidação das Leis do Trabalho e na Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais.

As soluções diferentes para os titulares dos dados pessoais, previstas nas leis infraconstitucionais, analisadas aqui, agridem o ordenamento jurídico na sua unidade e coerência. A metodologia civil-constitucional é a solução hermenêutica para dar concretude à principiologia constitucional nas relações privadas e para restabelecer a unidade e a coerência do ordenamento jurídico.

Impõe-se, portanto, na proteção dos dados pessoais do titular-empregado e consequente ressarcimento dos danos, a incidência das mesmas normas sobre danos (patrimonial ou extrapatrimonial) aplicáveis aos demais titulares. Outra interpretação do complexo normativo sobre dados pessoais acabaria por consagrar odiosa discriminação com o trabalhador.

5 CONCLUSÕES

I - A Lei n.13.709/2018, denominada Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais - LGPD, que instaura mais um microssistema no direito privado brasileiro, não se dedicou a regulamentar especificamente o tratamento de dados pessoais envolvendo empregados e empregadores. Sua aplicabilidade ao contrato de trabalho, no entanto, é inequívoca.

II - O direito brasileiro, anterior à LGPD, já atribuía ao empregador a responsabilidade civil relativamente aos dados fornecidos por seus empregados, cabendo-lhe utilizá-los para as finalidades compatíveis com o contrato de trabalho. Mas a responsabilidade jurídica do empregador é potencializada com a vigência da LGPD.

III - A LGPD autoriza o tratamento de dados pessoais sensíveis no interesse do controlador ou de terceiro, sem consentimento do titular. Tal permissivo legal estende-se aos casos de tratamento de dados pessoais do empregado (titular) pelo empregador (controlador).

IV - A principal consequência, de natureza civil, da violação da privacidade, intimidade ou intimidade genética pelo empregador, quando este atua como agente de tratamento dos dados pessoais é o direito do empregado à reparação civil.

V - Os direitos dos empregados-titulares previstos na LGPD são conexos ao contrato de trabalho, o que atrai a competência da Justiça do Trabalho. Assim, cabe aos juízes e tribunais trabalhistas aplicar as prescrições do Microssistema de Proteção de Dados Pessoais nas lides entre empregados-titulares e empregadores-controladores.

VI - O julgamento de lides sobre vulneração de dados pessoais do empregado exige a compatibilização entre as normas sobre responsabilidade civil objetiva contidas na LGPD e o regime de responsabilidade civil aplicável às relações de trabalho.

VII - A LGPD concentra-se no fundamento da responsabilidade civil (risco) e nas excludentes de reparação civil. A completude do seu regime de ressarcimento de dados se realiza com a aplicação das normas do Macrossistema de Direito Civil.

VIII - A CLT não contém um regime de responsabilidade civil do empregador, de modo que são aplicadas as disposições do Código Civil. Relativamente à prescrição, consolidou-se, na jurisprudência, a tese de aplicação dos prazos prescricionais, previstos no art 7º da CR/88 e não o prazo de 3 anos previsto no CC para as ações de reparação civil. Com a vigência da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017 (Lei da Reforma Trabalhista) foi acrescentado à CLT o Título II-A que disciplina apenas o dano extrapatrimonial.

IX - Não há qualquer óbice a que a responsabilização do empregador-controlador seja apreciada e decidida a partir do regime de responsabilidade objetiva previsto na LGPD.

X - Do ponto de vista da quantificação, o Código Civil adota o princípio da reparação integral que alcança tanto a lesão a interesses patrimoniais como a lesão a interesses extrapatrimoniais ou existenciais; não prevê qualquer tarifação para os danos morais e, seguindo a tendência mundial de expansão qualitativa, confere ampla reparabilidade a todos os tipos de danos, possibilitando a reparação de novas categorias de danos.

XI - Atualmente, nas lides trabalhistas, há dois regimes jurídicos para os danos. A reparação do dano patrimonial sujeita-se ao regime responsabilizatório aberto, fundado em cláusulas gerais e no princípio da reparação integral. A reparação civil do dano extrapatrimonial trabalhista (moral, existencial e estético) submete-se a regras que restringem os bens jurídicos protegidos e fixam limites ao valor das indenizações.

XII - A interpretação literal e restrita do Título II-A da CLT - que disciplina o dano extrapatrimonial - não se compatibiliza com a evolução da responsabilidade civil no direito brasileiro nem com a principiologia constitucional.

XIII - Para evitar a discriminação (negativa), na proteção dos dados pessoais do titular-empregado e conseqüente ressarcimento dos danos causados pelo empregador-controlador, devem incidir as mesmas normas sobre dano (patrimonial ou extrapatrimonial) aplicáveis aos demais titulares. Ao contrário, voltando ao caso narrado na introdução (divulgação indevida

de dados dos correntistas do Banco Inter), se o incidente de segurança tivesse atingido indistintamente clientes e empregados, os dois grupos de vítimas estariam sujeitos a regras diferentes: os primeiros poderiam se beneficiar com um regime responsabilizatório que não apõe limites à indenização por dano extrapatrimonial, enquanto a indenização devida aos segundos seria fixada de acordo com as faixas previstas na CLT reformada, uma mal disfarçada forma de tabelamento da reparação civil decorrente da violação aos direitos da personalidade. Enfim, seria perpetrada a vulneração do princípio da isonomia.

REFERÊNCIAS

BANCO Inter: acordo destinará R\$ 1,5 milhão para caridade e combate a crimes cibernéticos. *Ministério Público do Distrito Federal e Territórios*, Brasília, 19 dez. 2018. Disponível em: <<https://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/comunicacao-menu/sala-de-imprensa/noticias/noticias-2018/10524-2018-12-19-10-27-31>>. Acesso em: 16 jan. 2020.

BARRETO JUNIOR, Irineu Francisco; FAUSTINO, André. Aplicativos de serviços para saúde e proteção dos dados pessoais de usuários. *Revista Jurídica*, Curitiba, vol. 1, n. 54, 2019, p. 292-316.

BRANT, Cássio Augusto Barros. *Marco Civil da Internet: comentários sobre a Lei nº 12.65/2014*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2014.

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Marco Civil da Internet. *Diário Oficial da União*, Brasília, 24 abr. 2014.

BRASIL. Lei nº 13.709 de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). *Diário Oficial da União*, Brasília, 14 ago. 2018.

BRASIL. Lei nº 13.853 de 08 de julho de 2019. Altera a Lei nº 13.709, de 14 de agosto de 2018, para dispor sobre a proteção de dados pessoais e para criar a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, 08 jul. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 438.639/MG. Relator: Carlos Ayres Britto. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 06 mar. 2009. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2261440>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Conflito de Competência 7204-1/MG. Relator: Carlos Ayres Britto. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 09 dez. 2005. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2283308>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário 828.040/DF. Relator: Alexandre de Moraes. *Diário de Justiça Eletrônico*, Brasília, 03 fev. 2020. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4608798>>. Acesso em: 21 abr. 2020.

BUCAR, Daniel; VIOLA, Mário. Tratamento de dados pessoais por “legítimo interesse do controlador”: primeiras questões e apontamentos. In TEPEIDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019, p. 465/484.

CABRAL, Carine Murta Nagem. O acesso do empregador aos dados genéticos do empregado para a prevenção de doenças: compatibilização entre a privacidade e a saúde do trabalhador. *Revista Ltr: legislação do trabalho*, São Paulo, SP, v. 82, n. 7, p. 813-829, jul. 2018.

ENTENDA o escândalo de uso político de dados que derrubou valor do Facebook e o colocou na mira de autoridades. *G1*, 20 mar. 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/entenda-o-escandalo-de-uso-politico-de-dados-que-derrubou-valor-do-facebook-e-o-colocou-na-mira-de-autoridades.ghtml>>. Acesso: em 13 jan. 2020.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. *Novo curso de direito civil*. 18.ed. vol. 1. São Paulo: Saraiva, 2016.

GUEDES, Gisela Sampaio da Cruz; MEIRELES, Rose Melo Venceslau. Término do tratamento de dados. *In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Editora RT, 2019, p. 219-241.

KELLER, Werner. O genoma humano e sua relação com a autonomia privada do empregado. *Revista Ltr: legislação do trabalho*, São Paulo, SP, v. 79, n. 10, p. 1245-1250, out. 2015.

KONDER, Carlos Nelson. O tratamento de dados sensíveis à luz da Lei 13.709/2018. *In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019, p. 445-463.

MULHOLLAND, Caitlin. A LGPD e o fundamento da responsabilidade civil dos agentes de tratamento de dados pessoais: culpa ou risco? *Migalhas*, 1. set.2020. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/coluna/migalhas-de-responsabilidade-civil/329909/a-lgpd-e-o-fundamento-da-responsabilidade-civil-dos-agentes-de-tratamento-de-dados-pessoais-culpa-ou-risco#:~:text=A%20LGPD%2C%20em%20seus%20artigos,agente%20de%20tratamento%20%2D%20ou%20objetiva%20%2D>> Acesso em: 09 set. 2020.

MYSZCZUK, Ana Paula; MEIRELLES, Jussara. Políticas de biocontrole genético e a contratação do trabalho no Brasil. *Revista Iberoamericana de Bioética*. n. 3, p. 01-14, 2017. Disponível em: <https://www.researchgate.net/publication/313200106_Políticas_de_biocontrole_genético_e_a_contratacao_do_trabalho_no_Brasil>. Acesso em: 30 jan. 2020.

NAVES, Bruno Torquato de Oliveira; SÁ, Maria de Fátima Freire de. *Direitos da personalidade*. Belo Horizonte: Arraes, 2017.

OLIVEIRA, Marco Aurélio Belizze; LOPES, Isabela Maria Pereira. Os princípios norteadores da proteção de dados pessoais no Brasil e sua otimização pela Lei 12.709/2018. *In: TEPEDINO, Gustavo; FRAZÃO, Ana; OLIVA, Milena Donato (Coords.). Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais e suas repercussões no direito brasileiro*. São Paulo: Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019, p.53-83.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional: de acordo com a reforma trabalhista Lei n. 13.467/2017*. 11. ed. São Paulo: LTr, 2019.

PIOVAM, Alexandre Valle; MIZIARA Raphael. O acesso ao patrimônio genético do empregado: limites à sua utilização e consequências no âmbito laboral. *Jus.com.br*, abril, 2015. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/38540/o-acesso-ao-patrimonio-genetico-do-empregado-limites-a-sua-utilizacao-e-consequencias-no-ambito-laboral>>. Acesso em: 14 jan. 2020

ROSENVALD, Nelson. *As funções da responsabilidade civil: a reparação e a pena civil*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

SCHAEFER, Fernanda. *Proteção de dados de saúde na sociedade de informação: a busca pelo equilíbrio entre privacidade e interesse social*. Curitiba: Juruá, 2010.

SCHAEFER, Fernanda. Proteção de dados de saúde como direito fundamental. *Cadernos da Escola de Direito e Relações Internacionais*. Curitiba, vol.1, n.17, 2012.

SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. *Fundamentos da regulação de dados e proteção de dados pessoais: pluralismo jurídico e transparência em perspectiva*. São Paulo: Thomson Reuters (Revista dos Tribunais), 2019.

UNIÃO EUROPEIA. *General Data Protection Regulation (GDPR)*. 2018. Disponível em: <<https://gdpr-info.eu/>>. Acesso em: 08 maio 2020.

VALLE DRESCH, Rafael de Freitas; FALEIROS JÚNIOR, José Luiz de Moura. Reflexões sobre a responsabilidade civil na Lei Geral de Proteção de Dados (Lei nº 13.709/2018) *In*: ROSENVALD, Nelson; VALLE DRESCH, Rafael de Freitas; WESENDONCK, Tula (Coords.) *Responsabilidade civil: novos riscos*. Indaiatuba: Foco, 2019, p. 65-89

Recebido em: 12/05/2020

Aprovado em: 07/09/2020

Como citar este artigo (ABNT):

LIMA, Taisa Maria Macena de; SÁ, Maria de Fátima Freire de. Microssistema de proteção de dados pessoais e contrato de trabalho: a reparação de danos decorrentes da violação dos direitos da personalidade do empregado. *Revista Eletrônica de Direito do Centro Universitário Newton Paiva*, Belo Horizonte, n.40, p.110-116, jan./abr. 2020. Disponível em: <<https://revistas.newtonpaiva.br/redcunp/wp-content/uploads/2020/10/DIR40-06.pdf>>. Acesso em: dia mês. ano.



Newton

ISSN 1678-8729