

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 8– 2017

Volumen Ordinario - Diciembre

ISSN 2340-860X

Cadernos de Dereito Actual
Nº 8. Ordinario - 2017

EQUIPO EDITORIAL

Director: **Rubén Miranda Gonçalves**, *Universidade de Santiago de Compostela*.

Secretario: **Jose Martínez Fernández**, *Universidad Camilo José Cela*.

Secretario Adjunto: **Fábio da Silva Veiga**, *Universidade de Vigo*.

COMITÉ CIENTÍFICO

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidade de Santiago de Compostela*, **Fábio da Silva Veiga**, *Universidade de Vigo*, **Consuelo Ferreiro Regueiro**, *Universidade de Santiago de Compostela*, **Juan Fernando López Aguilar**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Rogelio Pérez-Bustamante González**, *Universidad Rey Juan Carlos*, **Rufina Hernández Rodríguez**, *Tribunal Superior Popular de la Habana (Cuba)*, **Irene Maria Portela**, *Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (Portugal)*, **Marcos Augusto Pérez**, *Universidade de São Paulo, (Brasil)*, **Alessandro Rosanó**, *University of Padova (Italia)*, **José Julio Fernández Rodríguez**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Camila Clarisse Romero Gomes**, *Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil)*, **Emilia Santana Ramos**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Antonio Tirso Ester Sánchez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Dávid Barczy**, *Pavol Jozef Šafárik University in Košice (Eslovaquia)*, **Francielle Vieira Oliveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**, *Universidad de los Andes (Chile)*, **Fernando Hernández Fradejas**, *Universidad de Bolonia (Italia)*, **Daniel Camilo Beltrán Castiblanco**, *Pontificia Universidad Javierana de Bogotá (Colombia)*, **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Río de Janeiro (Brasil)*, **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Río de Janeiro (Brasil)*, **Thiago Oliveira Moreira**, *Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)*, **Alessandra Silveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Douglas Predo Mateus**, *Universidade Católica de Santos (Brasil)*, **Arlen José Silva de Souza**, *Universidade Federal de Rondônia - Escola da Magistratura de Rondônia, (Brasil)*, **Guilherme Augusto Souza Godoy**, *Universidade do Porto (Portugal)*, **Domenico d'Orsogna**, *Universidad de Sassari (Italia)*, **Manuel Pérez Rodríguez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Teresa Carballeira Rivera**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Rosa Rodríguez Bahamonde**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Daniel Sansó-Rubert Pascual**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Teresa Fajardo del Castillo**, *Universidad de Granada*, **Rafael García Pérez**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Marco Aurélio Gumieri**, *Universidade de São Paulo*, **Bruno Joviniano de Santana**, *Universidade Anhanguera, (Brasil)*, **Gabriel Martín Rodríguez**,

Universidad Rey Juan Carlos, Gemma Minero Alejandre, Universidad Autónoma de Madrid. Rui Miguel Zeferino Ferreira, Universidad de Santiago de Compostela, Heron Gordilho, Universidade Federal da Bahia, (Brasil), Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva, Universidade Federal de Sergipe, (Brasil), Márcio Luís de Oliveira, Universidade Federal de Minas Gerais, (Brasil), Lucas Gonçalves da Silva, Universidade Federal de Sergipe, (Brasil), Johannes San Miguel, Universidad de Guayaquil, (Ecuador), Lucio Pegoraro, Università di Bologna, (Italia), Anabela Susana de Sousa Gonçalves, Escola de Direito da Universidade do Minho, (Portugal), Natalia Pérez Rivas, Universidad de Santiago de Compostela, Cristiane Elias Campos Pinto, Universidade Católica de Santos, (Brasil). Sebastián Kiwonghi Bizawu, Escola Superior Dom Helder Câmara, (Brasil), Wilson Engelmann, Universidade do Vale do Rio Sinos, (Brasil), Ilton Garcia da Costa, Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil), Gilberto Atencio Valladares, Universidad de Salamanca, (España), J. Eduardo Amorim, Universidade do Porto, (Portugal), Celso Hiroshi Iocohama, (Universidade Paranaense, Brasil), Salvador Tomás Tomás, (Universidad de Murcia), Viviane de Sélos Knoerr, (Unicuritiba), Juan Emilio Oviedo Cabañas, (Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur) Armando Rovai, (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil), Felipe Chiarello, (Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil), João Relvão Caetano, (Universidade Aberta, Portugal), Irene Patricia Nohara, (Universidade de São Paulo e U. Presbiteriana Mackenzie), Ignacio Covarrubias Cuevas, (Universidad del Desarrollo, Chile), Enoque Feitosa, (Universidade da Paraíba, Brasil), Lorena Freitas, (UNIPÊ, Brasil), Sidney Guerra, (Universidade do Rio de Janeiro, Brasil), Maria Teresa Alonso (Universidad de Zaragoza, España), Gonzalo Martínez Etxeberria, (Universidad de Deusto), Vânia Aieta, (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil), Flavio Martins, (Damásio Educacional, Brasil), Laura Miraut Martín (Universidad de Las Palmas de Gran Canaria). Jose Eduardo Cardozo (Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil). José Barroso Filho (Superior Tribunal Militar do Brasil). Angelo Viglianisi Ferraro (Università Mediterranea, Italia). Márcio Aleandro Correia Teixeira (Universidade Federal do Maranhão, Brasil). Daniela Serra Castilhos (Universidade Portucalense, Portugal). Carlos García Soto (Universidad Monteávila, Venezuela). Claudia Gurgel (Universidade Estadual do Rio de Janeiro Brasil). João Proença Xavier (Universidad de Salamanca).

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción. Facultad de Derecho Avenida Dr. Ángel Echeverri s/n CP 15782 Campus Vida, Santiago de Compostela.

Depósito Legal: C 2118-2013 **ISSN:** 2340-860X - **ISSNe:** 2386-5229

SUMARIO

Artículos de investigación

As consequências da expansão urbana no meio ambiente de Anápolis, Goiás. Ariane Oliveira, Euriane Sousa & Rildo Mourão Ferreira	09
Los medios de prueba de los delitos ambientales cibernéticos M ^a Auxiliadora Minahim, Heron Gordilho & Daniela Portugal	23
Las Prácticas de Mejora en las administraciones públicas españolas Hortensia Rodríguez Morales	41
El derecho penal como disciplina transnacional y de Cooperación – El caso del Tribunal Penal Internacional Marco Ribeiro Henriques & Daniela Serra Castilhos	23
Questões próprias da determinação da residência das pessoas coletivas na legislação portuguesa e o critério da residência nas convenções internacionais Patrícia Anjos Azevedo	79
La detención como figura representativa del sistema de justicia Vicente Rivero Santana	95
La detención como figura representativa del sistema de justicia Márcia Dieguez L. & Paulo Campanha Santana	103
Medidas cautelares ante colusión en compras públicas: puesto que nadie quiere irse, nos iremos solos Johannes San Miguel Giralt	115
A atuação da equipe econômica do Plano Real no Conselho Monetário Nacional: uma análise institucional da relação da burocracia com o Poder Legislativo José Raymundo R. C. Filho, Elisabete R. de Carvalho & Charles de Sousa Trigueiro	139
El impacto de las tecnologías de la información en el Derecho laboral, especial referencia a la intimidad del trabajador y el secreto de sus comunicaciones María Candelaria del Pino Padrón	153
A questão da paridade no ensino superior Dora Resende Alves & Clara de Sousa Alves	165

Direito, Gênero e Literatura: sua aproximação a partir da obra de Clarice Lispector Angelita Maria Maders & Isabel C. Brettas Duarte	181
Trata de Órganos Humanos: Desafíos del alineamiento de la legislación de Brasil con los principios del Convenio de Santiago de Compostela- Consejo de Europa (CoE) Claudia Ribeiro P. N., Fernando G. Botija & Pedro D. Peralta	205
El problema de la Reputación Online y Motores de Búsqueda: Derecho al Olvido José R. Saura, Pedro Palos & Felipe D. Navalpotro	221
A epistemologia do garantismo penal e sua validade teórica: uma discussão sobre a crise da violência Sérgio W. D. Teixeira & Arlen J. S. de Souza	231
El pensamiento de Aristóteles, Hobbes y Marx en las teorías criminalísticas contemporáneas. Matías Alejandro Caro	257
Breves considerações sobre o consentimento informado na procriação medicamente assistida e a sua repercussão no direito processual civil português Diana Coutinho	267
Corrupção e transparência no Brasil Charles de Sousa T. & Mariano Rodrigues da S. N. .	285
Implicación del Derecho en la Violencia Deportiva Álvaro Alzina Lozano	293
A violação de direitos humanos em decorrência do assédio moral nas forças armadas e o conflito aparente em relação a hierarquia e a disciplina militar Iasmin da Silva Oliveira & Ricardo T. de Albuquerque	305
Catástrofes naturais e a emergência do Direito Internacional das Catástrofes Sidney Guerra	331
As Teorias da Argumentação Jurídica e o Constitucionalismo dos Direitos Fundamentais na judicialização das políticas públicas brasileiras Inês M. da Costa & Arlen J. S. de Souza	347
Crescimento populacional, arrecadação e recessão Fabiano A. Petean & Daniel F. N. Menezes.	367
Juizados Especiais: dever de fundamentação segundo o Novo Código de Processo Civil Jessiane N. Roque & Jeibson dos S. Justiniano	379
A evolução da responsabilidade civil no direito constitucional contemporâneo: do dano moral <i>in nature</i> ao dano moral <i>in re ipsa</i> Mariana C. Garatini & Ana Luiza F. Porto	399

El Reconocimiento del Derecho Consuetudinario Indígena como Derechos Humanos:
su estado en el Derecho Chileno Moderno
Álvaro Espinoza Collao 413

A tutela dos direitos humanos dos migrantes pelo Sistema Interamericano de Direitos
Humanos
Laura M^a S. Cortez & Thiago O. Moreira 439

As consequências da expansão urbana no meio ambiente de Anápolis, Goiás

The consequences of urban expansion in the middle Annapolis environment, Goiás

Ariane Oliveira da Silva Gonçalves¹

Euriane Sousa Abreu²

Rildo Mourão Ferreira³

Universidade Evangélica (Brasil)

Sumário: 1. Introdução; 2. Processo de urbanização no Brasil; 3. Conceito de meio ambiente e sua importância para a sociedade; 4. Degradação do meio ambiente no Brasil; 4.1 A importância das Políticas Públicas para o meio ambiente; 5. Acontecimentos que contribuíram para o crescimento do perímetro urbano e populacional de Anápolis – Goiás; 5.1 Expansão do perímetro urbano de Anápolis – Goiás; 6. Crescimento urbano na cidade de Anápolis ocasionado impactos ambientais; 6.1 Inundações: problema ocasionado pela falta de planejamento urbano; 6.2 Problemas ambientais do município de Anápolis devido à expansão urbana; 7. Conclusão 8. Bibliografia citada.

Resumo: A presente pesquisa tem por finalidade o aprofundamento da questão da expansão urbana desordenada, que gerou grandes impactos ambientais. No presente artigo, analisa-se a expansão urbana no Brasil desde suas primeiras décadas de expansão histórica que gerou degradação no meio ambiente até a época atual. Também foi verificada a expansão do Município de Anápolis no Estado de Goiás, tendo como consequência a supressão do meio ambiente e a perda da qualidade de vida urbana. O resultado da pesquisa é a verificação da degradação ambiental em decorrência da expansão urbana e a garantia de participação da sociedade na preservação ambiental da cidade. A metodologia usada foi de pesquisa bibliográfica, documental e dados e compilação de doutrinas.

Palavras chave: Direito; Expansão urbana; Degradação; Meio Ambiente.

Abstract: This article aims to deepen the issue of unplanned urban expansion, which led to major environmental impacts. In this research project, we analyze the urban expansion in Brazil since its first major expansion decades of history generating degradation in their environment until the present time. It will also analyze the expansion of Annapolis County as a result of environmental degradation. The result of research is knowledge of environmental degradation as a result of urban sprawl and the company's participation in ensuring environmental protection of the city. The methodology used was research and compilation by organizing various opinions.

¹ RILDO MOURÃO FERREIRA, Professor do curso de Direito da UniEvangélica e da UNIRV, Coordenador do Núcleo de Pesquisa da UniEvangélica, Mestre em Direito Empresarial e Doutor em Ciências Sociais, Pós Doutor em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília.

² ARIANE OLIVEIRA DA SILVA GONÇALVES, Graduanda no Curso de Direito no Centro Universitário (UniEvangélica), Bolsista Pibic Funadesp e pesquisadora do Núcleo de Pesquisa em Direito da UniEvangélica.

³ EURIANE SOUSA ABREU, Graduanda do Curso de Direito no Centro Universitário (UniEvangélica), pesquisadora voluntária no Núcleo de Pesquisa em Direito na UniEvangélica.

Keywords: Right; Urban Sprawl; Degradation; Environment

1. Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar de forma ampla as consequências que a expansão urbana vem trazendo ao meio ambiente, partindo da época em que a população deixa de viver no campo e passam a viver nas cidades, proveniente de um projeto de pesquisa de PIBIC FUNADESP da Unievangélica sob o tema Políticas Públicas de Proteção Ambiental: As Consequências da Degradação Ambiental na Cidade de ANÁPOLIS, GOIÁS.

A população do Brasil cresce a cada ano e este crescimento populacional modificou o cenário brasileiro, proporcionando um avanço tecnológico e gerando sérios problemas ao meio ambiente.

O processo de urbanização do município de Anápolis-Goiás, teve início há muitos anos atrás e atualmente o município passa por uma expansão urbana desordenada e com a necessidade de expandir o perímetro urbano, no qual esse aumento ocorre em grande parte para justificar o desenvolvimento econômico da cidade.

Desta forma, o desafio é analisar se o aumento do perímetro urbano não irá ocasionar mais problemas para o meio ambiente do município, prejudicando também a própria população, uma vez que a sociedade necessita dos recursos naturais diminuindo a qualidade de vida dos munícipes.

É importante demonstrar que a Lei nº 6.938/81, que instituiu a Política Nacional de Meio Ambiente no Brasil, estabelece políticas públicas de meio ambiente que visa proteger e garantir um direito ao meio ambiente para todos.

A Lei nº 349, de 07 de julho de 2016, denominada Plano Diretor do município de Anápolis-Goiás, é um instrumento que direciona o planejamento ambiental e também organiza a cidade para o crescimento ordenado e planejado de acordo com a preservação do meio ambiente.

Por fim, o artigo foi desenvolvido e tem por objetivo corroborar por meio de pesquisas a compreensão da importância a respeito da preservação do meio ambiente e a acerca do planejamento da expansão urbana.

2. Processo de urbanização no Brasil

Segundo os dados do IBGE (2016)⁴ a população brasileira é de 206.704.158 milhões de pessoas. A maioria se encontra vivendo na área urbana do país, mas nem sempre foi assim. O IBGE vem acompanhando desde seu primeiro censo o crescimento da população brasileira nos últimos 70 anos. Muitos não sabem, embora o país seja urbano hoje, ele já teve um percentual rural maior.

O Gráfico 1 revela que em 1940, 31,2% da população brasileira residia em áreas urbanas em torno de 41.236.315 habitantes, demonstrando um valor inferior em comparação a área rural que era de 66,8%. Nas décadas posteriores o percentual urbano apresenta um incremento sistematicamente.

Nos anos 70 os dados censitários registraram um progresso acelerado, podendo observar esse avanço no gráfico 1. Pela primeira vez a população urbana com a taxa de 55,92% chegou no auge superando a rural, apresentando uma inversão demográfica no território brasileiro em relação campo e cidade.⁵

Sem dúvida, essas migrações internas foram responsáveis pelo aceleramento do processo de urbanização. Segundo o IPEA, NESUR-IE-UNICAMP e

⁴ IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo Demográfico 2016. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>

⁵ Para SANTOS, Milton. A Urbanização Brasileira. São Paulo: Hucitec, 1993, uma das causas deste aumento foi o incentivo do poder público a industrialização, famílias oriundas das áreas rurais migravam para as cidades em busca de melhor condição de vida, sendo assim, alguns trabalhadores rurais se tornavam trabalhadores assalariados (SANTOS, 1993).

o IBGE⁶, o ano de 1980 se iniciou com a mais grave crise econômica da história do Brasil, motivo ocasionando pela paralisação do investimento industrial. A taxa de crescimento urbano teve um acréscimo pequeno, apenas 1,9 ponto percentual na sua participação relativa, entre 1940 a 2010, registrando assim um declínio populacional em comparação a as décadas de maior incremento urbano.

No ano de 2000 o crescimento urbano, de acordo com o levantamento censitário chegou a 81,2%. O IBGE de 2010⁷ registra uma população urbana com um crescimento médio de 3,14% em relação a 2000. Mesmo com esse baixo índice populacional urbano comparado as décadas exuberantes da metade do século XX, o país ainda continua com o processo acelerado de urbanização.

O fenômeno da urbanização no Brasil tem gerado grandes problemas para o meio ambiente. Esse processo de urbanização provoca mudanças drásticas na natureza, ocasionando desmatamentos, poluições, produção de lixos, entre outros.

3. Conceito de meio ambiente e sua importância para a sociedade

O meio ambiente está relacionado com a natureza, adquirindo interpretações variáveis⁸.

Na sociedade o papel do meio ambiente tem grande importância, pois o ser humano necessita do mesmo para sobreviver⁹. Neste caso o homem depende da natureza para extrair todos os recursos naturais que vão garantir a sobrevivência da espécie e seus avanços tecnológicos^{10, 11}.

Portanto o meio ambiente pode ser considerado como um bem jurídico de uso comum do povo¹².

⁶ IPEA, NESUR-IE-UNICAMP e o IBGE, Caracterização e tendências da rede urbana no Brasil, 1999.

⁷ IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo Demográfico 2010. Disponível em: <http://www.ibge.gov.com.br>

⁸ Conforme o doutrinador Antunes Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 13.ed.,ver. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011 p. 10) ao discutir sobre a concepção do que o homem seria para o meio ambiente, diz: "Meio ambiente em uma concepção do que seria o ser humano, compreenderia como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas, construídas a partir da apropriação dos bens naturais, transformando-se em recursos essenciais para a vida humana em quaisquer de seus aspectos, o meio ambiente é a natureza vinculada à modificação produzida pelo ser humano o meio físico de onde retira o seu sustento". ART, W. H. Dicionário de ecologia e ciências ambientais. São Paulo: UNESP/Melhoramentos, 1998, ele conceitua o meio ambiente como "a soma de todas as condições na qual um organismo ou uma comunidade existe".

⁹ De acordo com MEYER-ABICH, K. M. Revolution for nature: from the environment to the coonatural world. Cambridge: The White Horse Press, 1993. "... cada espécie depende de determinados elementos específicos da natureza, que são indispensáveis à sobrevivência de cada uma".

¹⁰ Segundo Santos, Milton. A Urbanização Brasileira. São Paulo: Hucitec, 1993, não tem como separar as pessoas do mundo natural e mecânico na sociedade em que vivemos hoje em dia.

¹¹ Amorim, João Alberto Alves. A ONU e o meio ambiente: direitos humanos, mudanças climáticas e segurança internacional no século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, considera o meio ambiente como "um direito fundamental em si mesmo e condicionante do gozo e fruição de uma série de outros direitos fundamentais a ele relacionados, principalmente o direito à vida e à saúde".

¹² Está previsto na Constituição Federal da República de 1988 em seu artigo 225 'caput' que: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e a coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações". Assim podemos observar que o meio ambiente deve ser a preocupação comum da humanidade, pois se trata de um bem juridicamente tutelado, com uma grande importância para o bem-estar da humanidade. Amorim, João Alberto Alves. A ONU e o meio ambiente: direitos humanos, mudanças climáticas e segurança internacional no século XXI. São Paulo: Atlas, 2015.

4. Degradação do meio ambiente no Brasil

O meio ambiente vem sendo prejudicado pelas ações humanas. A má administração de seus recursos corroborada com a não preservação do ecossistema vem caracterizando o que há tempos devíamos ter percebido, os recursos naturais são finitos.¹³

Esse dano sofrido pelo meio ambiente pode ser chamado de degradação ambiental^{14, 15}

Todas as atividades praticadas por uma sociedade sempre vão gerar algum dano ao meio ambiente, tais danos podem provocar grandes impactos ou não à natureza. Cabendo ao homem a sua reparação, a risco de ser o mais prejudicado no final da história. Um grande exemplo disso foi o rompimento da barragem da mineradora Samarco no município de Mariana em Minas Gerais, que, ao se romper, gerou a maior catástrofe ambiental praticada pela negligência humana dos últimos anos, deixando inutilizáveis os recursos hídricos e a fauna que viviam no local devastado. O caso ainda não resolvido demonstra que o homem pratica, com suas próprias mãos, o fim da sociedade.

O solo é a peça principal de nosso habitar e do Meio Ambiente, sendo que há muito vem sendo prejudicado pelas condutas do homem. O desmatamento, a utilização de agrotóxicos e qualquer atividade agrícola, praticada de maneira incorreta, deixam um imenso prejuízo na natureza, provocando, como consequência, a escassez dos nutrientes da terra, deixando-a degradada.

Porém não são somente as atividades agrícolas que causam a redução da vida no solo, as indústrias também são umas das grandes causadoras dessa redução. Além de usufruir dos recursos naturais de modo exagerado, sem se preocupar com o mal que está causando, elas utilizam vários tipos de substâncias maléficas na fabricação de seus produtos, gerando resíduos indesejados na natureza.¹⁶

A Lei 12.305/10 que estabelece a Política Nacional de Resíduos Sólidos, expressa em seu conteúdo que as pessoas geram os resíduos sólidos, nos quais os contaminam por meio das atividades que praticam, podendo ser classificados como resíduos perigosos, que são aqueles que apresentam risco à saúde pública ou à qualidade ambiental e não representam perigo para ambos.

De acordo com o artigo 13, inciso I, da lei 12.305/10, os resíduos sólidos têm procedências de atividades domiciliares, comerciais, indústrias, serviço da saúde, serviços públicos de saneamento básicos, construção civil, agropecuárias, serviço de transporte e mineração e outros. Demonstrando que a maioria dos impactos ambientais não são causados pela natureza, mas sim, como demonstrado

¹³ Segundo o doutrinador Santos, ao falar sobre o assunto, afirma o seguinte: No começo da história do homem, a configuração territorial é simplesmente o conjunto dos complexos naturais. À medida que a história vai se fazendo, a configuração territorial é dada pelas obras dos homens: estradas, plantações, casas, depósitos, portos, fábricas, cidades etc.; verdadeiras próteses. Cria-se uma configuração territorial que é cada vez mais o resultado de uma produção histórica e tende a uma negação da natureza natural, substituindo-a por uma natureza inteiramente humanizada. SANTOS, Milton. *A Natureza do Espaço: Técnica e Tempo; Razão e Emoção*. 4ª ed. São Paulo: EdUSP, 2006. p.39.

¹⁴ A degradação ambiental, conforme LEMOS, J.J.S. Níveis de Degradação no Nordeste Brasileiro. *Revista Econômica do Nordeste*, Fortaleza, v.32, n. 3, p. 406-429, 2001, "é a deterioração, destruição ou desgastes gerados ao meio ambiente por meio de atividades econômicas praticadas pelo homem".

¹⁵ A Política Nacional de Meio Ambiente no Brasil, Lei 6.938/81 em seu artigo 3º, inciso II conceitua degradação como: "degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente; conceitua degradação como uma alteração contrária as características do meio ambiente".

¹⁶ Para CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é Direito Ambiental: Dps descaminhos da casa à harmonia da Nave*. Florianópolis: Habitus, 2003. "as indústrias introduziram várias mudanças radicais no Meio Ambiente físico".

a cima, pelas condutas do próprio homem. O êxodo rural é condição sine qua non deste desgaste ambiental.

Devidos aos impactos que vieram aumentando no decorrer dos anos, surgiram preocupações em relação ao meio ambiente. As Organizações das Nações Unidas – (ONU). Criada após a Segunda Guerra Mundial, tendo o Brasil como integrante, vem discutindo e procurando soluções gerais para inúmeras questões, e a degradação do meio ambiente está sendo o seu maior desafio no último século.¹⁷

Defender e melhorar o meio ambiente para as atuais e futuras gerações se tornou uma meta fundamental para a humanidade.¹⁸

4.1 A importância das Políticas Públicas para o meio ambiente

As políticas públicas devem conservar o meio ambiente e os recursos que proporcionam uma vida melhor para a geração presente e futura, por meio de atividades educacionais e programas que incentivam as empresas a usar os recursos que a natureza oferece, de forma moderada, com aplicações de penas e/ou multas para o descumprimento de algumas leis que visam à proteção do meio ambiente.

5. Acontecimentos que contribuíram para o crescimento do perímetro urbano e populacional de Anápolis – Goiás

No ano de 1935 houve um grande avanço que ajudou para o aumento populacional de Anápolis, foi à inauguração da ferrovia, que contribuiu para um progresso considerável no comércio da cidade. Anápolis obteve benefícios com a estrada de ferro, pois era uma ponta de linha que ligava todas as outras estradas de ferro, além disso, havia o transporte de passageiros, animais e produtos¹⁹.

Alguns anos depois, em 1976 surgiu o Distrito Agroindustrial de Anápolis com objetivo de expandir a produção agropecuária e mineral da região. Mas foi na década de 1980 com os incentivos fiscais instituídos pelo governo estadual que fez com que as indústrias se instalassem no polo industrial de Anápolis, assim aumentando cada vez mais a área ocupada pelo DAIA e a economia da cidade também.

Nessa época do crescimento do polo industrial muitas pessoas se mudaram para a cidade por causa de suas empresas, outras mudaram porque procuravam por emprego. Pessoas das regiões mais próximas de Anápolis vinham para cá com intuito de obter uma vida economicamente melhor. Isto acarretou um aumento populacional muito grande no município no ano de 1980 a 2000.

De acordo com o IBGE a população Anapolina cresceu muito na década de 1980 para 2010, foi um aumento de 154.601 habitantes, é quase duas vezes mais

¹⁷ Em 1972, em uma dessas conferências, foi declarado em nota, o que se segue: “Chegamos a um ponto na História em que devemos moldar nossas ações em todo o mundo, com maior atenção para as consequências ambientais. Através da ignorância ou da indiferença podemos causar danos maciços e irreversíveis ao meio ambiente, do qual nossa vida e bem-estar dependem. Por outro lado, através do maior conhecimento e de ações mais sábias, podemos conquistar uma vida melhor para nós e para a posteridade, com um meio ambiente em sintonia com as necessidades e esperanças humanas”.

¹⁸ Trechos da Declaração da Conferência da ONU sobre o meio ambiente (Estocolmo, 1972), parágrafo 6. Por fim, importante lembrar que a natureza deve ser conservada com dignidade, para que possa proporcionar uma vida com condições conservadoras ao mundo que vivemos e ao ser humano. Em outras palavras, a conservação do meio ambiente e a manutenção de sua saúde são os pontos mais importantes para a sobrevivência das populações.

¹⁹ Anápolis foi duplamente beneficiada com a chegada da ferrovia. Primeiro, pela própria implantação da estrada de ferro, contribuindo para dinamizar a economia da região; segundo porque a cidade passou a ser ponto terminal dos trilhos, servindo como entreposto comercial na troca de mercadorias de vasta região do Estado de Goiás. POLONIAL, J.M. Ensaios sobre a História de Anápolis. Anápolis: AEE, 2000, p. 56).

a quantidade de habitantes da época de 1980. Aproximadamente em cada residência mora de 3 a 4 pessoas no ano de 2010. Para o ano de 2016 a estimativa é de 370.875 habitantes.

Com o crescimento populacional e os avanços tecnológicos é normal a área urbana se expandir. O município hoje possui uma área territorial de 933,156 km², se comparado com a área territorial do estado é uma área bem pequena, porém Anápolis é a terceira cidade mais populosa do Estado de Goiás.

5.1 Expansão do perímetro urbano de Anápolis – Goiás

O atual Plano Diretor do Município de Anápolis Lei Complementar Nº 349, de 07 de julho de 2016 em seu dispositivo tem como objetivo desenvolver a propriedade urbana de modo que, Anápolis seja uma cidade sustentável. De acordo com seu artigo 3º, incisos, I, VIII, X e XIII, a expansão urbana deve ocorrer de acordo com os limites da sustentabilidade, tendo um equilíbrio entre o meio ambiente e o construído. Para isso acontecer o uso do solo tem que ser controlado.

Atualmente foi aprovado um projeto de Lei Complementar nº 348 de 06 de julho de 2016 que dispõe sobre expansão do perímetro urbano de Anápolis, segundo o Jornal Contexto a área seria acrescida em 30%, mas a Câmara só aprovou o aumento de 24%. De modo que 60% desses 24% serão destinados para indústrias e os outros 40% será para residência.

O perímetro urbano do Município de Anápolis nos últimos seis anos aumentou, pois de certa forma a população também aumentou. Ao calcular em quantos mil habitantes foram acrescentados na cidade de Anápolis entre os anos de 2010 a 2016, obteve-se uma estimativa de 36.262 habitantes.

O segundo o mapa demonstra a expansão urbana da cidade de Anápolis entre o ano de 2013 e 2016 que terá um acréscimo de 24%. A linha lilás identifica o perímetro urbano em 2013, já a linha vermelha revela os 24% que serão acrescentados à mais a partir desse ano de 2016 no perímetro urbano do município de Anápolis. O Plano Diretor do Município de Anápolis de 2016 fez o planejamento da cidade para os próximos 10 anos, que de acordo com IBGE a população será de 490.000 habitantes.

O Plano Diretor do Município de Anápolis aduz que deve ser promovida a ocupações dos vazios urbanos, por isso os novos loteamentos deverão estar próximos de empreendimentos já consolidados. Isso irá evitar um crescimento desordenado do perímetro urbano da cidade.

O Conselho de Arquitetura e Urbanismo de Goiás (CAU/GO) realizou uma pesquisa no dia 25 de fevereiro de 2016 sobre os loteamentos existentes da cidade de Anápolis em relação à expansão do perímetro urbano da mesma²⁰.

Contudo, o município de Anápolis vem crescendo cada vez mais, quanto a população, quanto em área territorial, disponibilizando um dispositivo concernente de maneira a ampliar a expansão urbana desta cidade, envolvendo-se indústrias e habitantes para o grande desenvolvimento do município.

6. Crescimento urbano na cidade de Anápolis ocasionado impactos ambientais

O uso do espaço urbano do Município de Anápolis nas últimas décadas, têm provocado impactos ambientais. Devido a rápida expansão urbana da cidade, lugares que antes eram reservas ambientais foram substituídos por loteamentos, ambientes que a dez anos não existiam residências.

Para Casseti (1991)²¹ os impactos ambientais aparecem por meio do processo de expansão urbana, industrialização e agricultura predatória.

²⁰ “[...] Anápolis possui 51 mil lotes vagos x 3.21:163.200 habitantes. Portanto, o município possui hoje, pelo limite definido pela Lei de perímetro urbano a possibilidade de abrigar uma população de 244.800 habitantes. A população estimada pelo IBGE para 2015 foi de 366.491 pessoas, portanto hoje podemos abrigar 611.261,00 pessoas”. (CAU/GO, pág.01, 01/11/2016).

As alterações ambientais, vem modificando drasticamente a paisagem local, tornando-se um complicador para a ocupação e utilização das terras²².

Conforme estabelece a Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012, no seu artigo 1º, inciso IV, é dever do Município proteger a vegetação nativa, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal²³.

Segundo o dispositivo é possível identificar a responsabilidade do Município com participação da sociedade civil, na criação de políticas ambientais para preservação e restauração do meio ambiente nas áreas urbanas e rurais.

O que é uma área de preservação permanente?²⁴

Segundo esse conceito é possível entender que a área de preservação permanente é um direito fundamental ao cidadão, conforme já mencionada o art. 225 da Constituição Federal, “ todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado”.

6.1 Inundações: problema ocasionado pela falta de planejamento urbano

As consequências da expansão urbana de Anápolis vêm acarretando diversos prejuízos à população. De acordo com o Corpo de Bombeiros em épocas da chuva, há ocorrências de alagamentos de residências em áreas que não estão adjacentes aos cursos d'água.

A Lei Federal nº 6.766/79 em seu art. 3º, parágrafo único, inciso I, proíbe o loteamento em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações antes da infraestrutura básica para moradia²⁵.

Conforme divulgado no Jornal Contexto, encontramos residências alagadas decorrente da falta de escoamento de água das chuvas. Lugares que ocorrem essas calamidades são: o Centro de Anápolis, nos bairros do Recanto do Sol, Jundiá, Anápolis City, Bandeiras, Jardim Progresso, como também nas avenidas Universitária, Pedro Ludovico que dão acesso à região sul e saída para Goiânia. Essas inundações, ocasiona prejuízos materiais e desconforto a população das regiões afetadas.

Segundo a prefeitura declarou em noticiários recentes, anos atrás foi feita o alargamento das margens das vias fluviais, bem como a limpeza das bocas de lobo. Porém, de acordo com a população local na última chuva forte, as inundações persistiram ocasionando mais prejuízos as residências e estabelecimentos comerciais.

²¹ [...] que se constata o grau de dilapidação da capacidade produtiva da terra, com crescente degradação da natureza, determinada por um aproveitamento generalizado e mais intenso dos recursos naturais, sobretudo através do processo de industrialização, urbanização e agricultura predatória. (CASSETI, Valter. Ambiente e apropriação do relevo. São Paulo: Contexto, 1991. (Coleção Ensaios). p. 26).

²² No âmbito geral, consideram-se os aspectos físicos associados à ocupação irregular nas nascentes, fator comprometedor que vem afetando o funcionamento da rede de drenagem dos córregos SOUZA, Adriana. Impactos ambientais e expansão urbana nas cabeceiras de drenagem do córrego catingueiro Anápolis/Go. Anais do X Encontro de Geógrafos da América Latina – 20 a 26 de março de 2005 – Universidade de São Paulo, p.13, 2005.

²³ Art. 1º A. Esta Lei estabelece normas gerais sobre a proteção da vegetação, áreas de Preservação Permanente e as áreas de Reserva Legal. IV - responsabilidade comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios, em colaboração com a sociedade civil, na criação de políticas para a preservação e restauração da vegetação nativa e de suas funções ecológicas e sociais nas áreas urbanas e rurais;

²⁴ De acordo com o Código Florestal, Lei nº 12.651/12 art. 3º, inciso II: Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

²⁵ [...] § único: Não será permitido o parcelamento do solo; I- em terrenos alagadiços e sujeitos a inundações, antes de tomadas as providencias para assegurar o escoamento das águas;

De acordo com Lacerda (2003) esses acidentes em razão das chuvas, estão associados a forma do uso da terra, numa urbanização que não levou em conta os processos geomorfológicos. A construção dessas residências está dentro da proibição descrita no art. 3º, parágrafo único, inciso IV, da Lei 6.766/ 79, “terrenos que em que as condições geológicas não se aconselham a edificação”. O município deve se preocupar com o seu crescimento, respeitando as políticas ambientais.

Conforme destaca a Lei Federal nº 6.766/ 79, em seu dispositivo art. 2º, parágrafo 5º, a infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais^{26, 27}.

6.2 Problemas ambientais do município de Anápolis devido à expansão urbana

Conforme a Lei Federal Nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979, esta lei dispõe sobre o parcelamento do solo urbano, permitindo aos Municípios normas complementares relativas ao parcelamento do solo municipal.

Em seu art.2º o parcelamento poderá ser feito mediante o loteamento ou desmembramento, observando as disposições desta lei e do Plano Diretor municipal. Em seu parágrafo 4º, conceitua – se lote o terreno servido de infraestrutura básica cuja dimensão esteja de acordo com o plano diretor ou lei municipal para a zona que em que se situe.

Anápolis é uma cidade com uma estrutura de recursos naturais e conta com muitos córregos e ribeirões, sendo que o Córrego das Antas e Ribeirão Piancó, estão dentro da zona urbana, já os demais Córrego Pereira, Córrego João Nunes, Córrego Traíras, Ribeirão Padre Souza e Ribeirão João Leite estão na circunscrição do município.

O Ribeirão das Antas em um dos seus trechos localizado no bairro São José, foram encontrados resíduos de construções, resíduos domésticos, pneus, esgoto e também atividades humanas como plantações e granjas. O córrego se encontra com pequeno volume d'água nessa região. A água se apresentava em péssima qualidade pela cor e mau cheiro.

O córrego Catingueiro, localizado a oeste da cidade de Anápolis. Nas cabeceiras desse córrego, as consequências da degradação do meio ambiente tornam-se ainda mais preocupantes e prejudiciais, considerando a tendência de expansão urbana advinda da construção do anel viário que liga a BR-153 com a GO-060 pelo oeste da cidade e por tratar-se de um dos principais afluentes a montante da bacia do ribeirão João Leite, manancial que abastece parcialmente²⁸.

²⁶ A cidade de Anápolis Goiás carece de investimentos na rede de esgoto e rede pluvial, dentre os bairros supracitados, sofrem com a falta de infraestrutura básica. Esse tipo de situação que a população passa é uma das causas do crescimento desordenado LACERDA, Homero. Riscos geológicos e uso da terra em Anápolis (GO). II JORNADA DE GEOGRAFIA, UEG, Anápolis, 2003.

²⁷ Torna-se cada vez mais presente e visível no cotidiano das cidades brasileiras condutas e atividades lesivas ao meio ambiente natural, refletindo em uma maior degradação da qualidade ambiental urbana. SOUZA, Adriana. Impactos ambientais e expansão urbana nas cabeceiras de drenagem do córrego catingueiro Anápolis/Go. Anais do X Encontro de Geógrafos da América Latina – 20 a 26 de março de 2005 – Universidade de São Paulo.

²⁸ Essa área encontra-se parcialmente ocupada por bairros residenciais de classes sociais diferenciadas por pequenas indústrias e loteamentos, o que possibilita fazer comparações entre os diferentes usos da terra e verificar a intensidade de ocorrências dos problemas ambientais. A ocupação irregular das terras é um problema grave e envolve aspectos de natureza social, legal, ecológica, ambiental e urbanística, entre outros. É neste contexto que a atividade de planejamento evidencia a necessidade do envolvimento do conhecimento geográfico no levantamento, análise e estudo da área em questão, subsidiando e propondo medidas que atenuem e reabilitem o ambiente natural e humano SOUZA, Adriana. Impactos ambientais e expansão urbana nas cabeceiras de drenagem do córrego catingueiro Anápolis/Go. Anais do X Encontro de Geógrafos da América Latina – 20 a 26 de março de 2005 – Universidade de São Paulo, p.06, (2005).

Uma degradação do meio ambiente que vem preocupando o município de Anápolis é a ocupação irregular de terras, um problema grave que envolve aspectos de natureza ambiental e urbanístico.²⁹

Em decorrência desse dispositivo legal, a prefeitura municipal tem legitimidade de fiscalizar o uso do solo. Sendo assim, tem grande responsabilidade em preservar o meio ambiente, estabelecendo punições aqueles que cometem crimes ambientais, ou seja, que invadem áreas de preservação ambiental.³⁰

Sendo assim há vários impactos ambientais na cidade pelo qual vem destruindo nascente de rios, por conta de construções. Em consequência desse tipo de crescimento desordenado, os impactos ambientais encontrados se verificam em assoreamento de rios em locais proibidos, resultando assim na morte de espécies aquáticas pela diminuição da quantidade de água. Isso demonstra o descaso do Poder Público com o meio ambiente.

7. Considerações finais

Ao longo deste trabalho de pesquisa foi abordada a expansão urbana e suas consequências, mostrando como o crescimento urbano pode prejudicar o meio ambiente, pois para expandir o perímetro urbano é necessário avaliar a infraestrutura, condições geográficas do local, os danos que irá prejudicar o meio ambiente, entre outros.

Como se pôde observar, o Brasil no decorrer de sua história foi se transformando, saindo de um país rural para um país urbano. Os surgimentos de tecnologias ajudaram bastante para esse fator.

Isso não ocorreu só no país, mas em todos os seus Estados e municípios, um grande exemplo desse desenvolvimento urbano é o município de Anápolis no Estado de Goiás.

Anápolis foi se desenvolvendo tecnologicamente e economicamente e isso acarretou um desenvolvimento populacional muito grande no município. Isso acabou levando um lugar que era toda rural, com sítios e fazenda para um lugar cheio de casas, prédios e indústrias, virando assim uma cidade com muita movimentação.

²⁹ A este respeito SANTOS, M. *Metamorfose do Espaço Habitado*. São Paulo: Hucitec, 1997. 5ª ed, p. 48), "Os elementos que se agrupam dando a configuração espacial de um lugar tem que passar por estudo aprofundado, desde o homem até as instituições que vão dirigir, juntamente com as firmas, as formas de materialização da sociedade... a busca da explicação das transformações passa pela compreensão dos grandes grupos de variáveis, que compõem o território, a começar pelos indicadores mais comuns até os mais complexos, reveladores das grandes mudanças ocorridas no período técnico - científico... Tais variáveis são independentes, umas sendo causa e/ ou consequência de outras, não tendo, portanto, real, valor, se não analisadas em conjunto." Ainda nesta mesma linha de considerações a Lei Federal nº 6.766/79 em seu art. 6º diz a respeito da elaboração do projeto de loteamento: [...] o interessado deverá solicitar à Prefeitura Municipal, que defina as diretrizes para o uso do solo, traçado dos lotes, do sistema viário, dos espaços livres e das áreas reservadas para equipamento urbano e comunitário, apresentando, para este fim, requerimento e planta do imóvel contendo, pelo menos: I - as divisas da gleba a ser loteada; II - as curvas de nível à distância adequada, quando exigidas por lei estadual ou municipal;

III - a localização dos cursos d'água, bosques e construções existentes;

³⁰ Compreende-se que a problemática ambiental e analisá-la é uma maneira de entender as atuais metáforas espaciais. É neste contexto que a atividade de planejamento evidencia a necessidade do envolvimento do conhecimento geográfico no levantamento, na análise e estudo da área em questão, subsidiando e propondo medidas que atenuem e reabilitem o ambiente natural e humano. SOUZA, Adriana. Impactos ambientais e expansão urbana nas cabeceiras de drenagem do córrego catingueiro Anápolis/Go. Anais do X Encontro de Geógrafos da América Latina – 20 a 26 de março de 2005 – Universidade de São Paulo.

Porém a expansão urbana não é só flor tem também o espinho, que é a consequência que essa expansão provoca. Com o avanço urbano quem saiu prejudicado foi o meio ambiente, pois para expandir uma cidade precisa-se de utilizar mais solo, e para que isto aconteça é necessário diminuir a qualidade do meio ambiente.

O meio ambiente de Anápolis vem sofrendo com a expansão urbana, águas dos rios e córregos vêm só abaixando, poluição do ar e do campo, árvores cortadas, animais que ficam sem lugares para se habitarem chegam a morrer devido tais circunstâncias deixa qualidade do meio ambiente bem reduzida.

Atualmente veio uma discussão para aumentar o perímetro urbano da cidade de Anápolis mais uma vez. Algumas pessoas acham isso bom para economia do município, mas outras verem isso como algo ruim. Tal aumento no perímetro urbano prejudicaria todos os habitantes do município com uma redução na qualidade de vida destes, pois diminuiria a qualidade do meio ambiente e os seres humanos necessitam do mesmo para sobreviver.

8. Bibliografia citada:

- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 06 nov. 2016.
- BRASIL. Lei nº 6.766, de 19 de dezembro de 1979. Dispõe sobre o parcelamento do solo urbano e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6766.htm> Acesso em: 16 nov. 2016.
- BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L6938.htm>. Acesso em: 10 out. 2016.
- BRASIL. Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010. Institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos; altera a Lei no 9.605, de 12 de fevereiro de 1998; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/lei/l12305.htm>. Acesso em: 20 out. 2016.
- BRASIL. Lei nº 12.651, 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nº 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória nº 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12651.htm>. Acesso em 22 out. 2016
- Câmara Municipal de Anápolis. Lei Complementar nº 348, de 06 de julho de 2016. DELIMITA O PERÍMETRO URBANO DO MUNICÍPIO DE ANÁPOLIS, ESTADO DE GOIÁS, E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS. Disponível em: <<http://www.leis.anapolis.go.gov.br/leis/page/listaLeisComplementar.jsf>>. Acesso em 02 nov. 2016.
- Câmara Municipal de Anápolis. Lei Complementar nº 349, de 07 de julho de 2016. DISPÕE SOBRE O PLANO DIRETOR PARTICIPATIVO DO MUNICÍPIO DE ANÁPOLIS. Disponível em: <<http://www.leis.anapolis.go.gov.br/leis/page/listaLeisComplementar.jsf>>. Acesso em: 02 nov. 2016.
- ALVES, E. ; LOPES, M.R. & CONTINI, E. *O empobrecimento da agricultura brasileira*. Revista de Política Agrícola, Ano VIII, n. 3, p. 15-29, jul./set. 1995.

- Anais do X Encontro de Geógrafos da América Latina 20 a 26 de março de 2005. Universidade de São Paulo. *IMPACTOS AMBIENTAIS E EXPANSÃO URBANA NAS CABECEIRAS DE DRENAGEM DO Córrego Catingueiro Anápolis/GO*. Antunes, Paulo de Bessa. Direito Ambiental. 13.ed., ver. E atual. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- Amorim, João Alberto Alves. *A ONU e o meio ambiente: direitos humanos, mudanças climáticas e segurança internacional no século XXI*. São Paulo: Atlas, 2015.
- ART, W. H. *Dicionário de ecologia e ciências ambientais*. São Paulo: UNESP/Melhoramentos, 1998.
- CARVALHO, Carlos Gomes de. *O que é Direito Ambiental: Dps descaminhos da casa à harmonia da Nave*. Florianópolis: Habitus, 2003.
- CASSETI, Valter. *Ambiente e apropriação do relevo*. São Paulo: Contexto, 1991. (Coleção Ensaios).
- GONÇALVES, Tatiana. *Chuva acima da média normal causa morte e muitos prejuízos*. Folha do Estado. Anápolis 13/04/2002, Cotidiano, p.2A.
- IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Coleção de monografias municipais nova série nº 57 Anápolis. 1980.
- IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo Demográfico 2000. Disponível em: <http://www.ibge.gov.com.br>
- IBGE - INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Censo Demográfico 2016. Disponível em: <http://www.ibge.gov.com.br>
- GONÇALVES, Tatiana. *Chuva acima da média normal causa morte e muitos prejuízos*. Folha do Estado. Anápolis 13/04/2002, Cotidiano, p.2A.
- LACERDA, Homero. *Riscos geológicos e uso da terra em Anápolis (GO)*. II JORNADA DE GEOGRAFIA, UEG, Anápolis, 2003. Disponível em: https://observatoriogeogoiias.iesa.ufg.br/up/215/o/Lacerda_homero_erosao_acelerada_inundacoes.pdf
- LEMO, J.J.S. *Níveis de Degradação no Nordeste Brasileiro*. Revista Econômica do Nordeste, Fortaleza, v.32, n. 3, p. 406-429, 2001.
- MEYER-ABICH, K. M. *Revolution for nature: from the environment to the coonatural world*. Cambridge: The White Horse Press, 1993.
- NOGUEIRA, A.C.L. *Mecanização na Agricultura Brasileira: uma visão prospectiva*. Caderno de Pesquisas em Administração, São Paulo, v.08, nº4, outubro-dezembro. 2001.
- LACERDA, Homero. *Riscos geológicos e uso da terra em Anápolis (GO)*. II JORNADA DE GEOGRAFIA, UEG, Anápolis, 2003.
- LEMO, J.J.S. *Níveis de Degradação no Nordeste Brasileiro*. Revista Econômica do Nordeste, Fortaleza, v.32, n. 3, p. 406-429, 2001.
- NOGUEIRA, A.C.L. *Mecanização na Agricultura Brasileira: uma visão prospectiva*. Caderno de Pesquisas em Administração, São Paulo, v.08, nº4, outubro-dezembro. 2001.
- POLONIAL, J.M. *Ensaio sobre a História de Anápolis*. Anápolis: AEE, 2000.
- SANTOS, Milton. *A Urbanização Brasileira*. São Paulo: Hucitec, 1993.
- SANTOS, M. E. P. dos. *Algumas considerações acerca do conceito de sustentabilidade: suas dimensões política, teórica e ontológica*. In: RODRIGUES, A. M. Desenvolvimento sustentável, teorias, debates e aplicabilidades. Campinas: UNICAMP/IFCH, 1996. p. 13-48.
- SANTOS, Milton. *A Natureza do Espaço: Técnica e Tempo; Razão e Emoção*. 4ª ed. São Paulo: EdUSP, 2006. p.39.
- SANTOS, M. *Metamorfose do Espaço Habitado*. São Paulo: Hucitec, 1997. 5ª ed.
- SOUZA, Adriana. *Impactos ambientais e expansão urbana nas cabeceiras de drenagem do córrego catingueiro Anápolis/Go*. Anais do X Encontro de Geógrafos da América Latina – 20 a 26 de março de 2005 – Universidade de São Paulo. Disponível em: <http://observatoriogeograficoamericalatina.org.mx/egal10/Procesosambientales/Impactoambiental/12.pdf>

- CONSELHO DE ARQUITETURA E URBANISMO DE GOIÁS. *LAUDO TÉCNICO PERÍMETRO URBANO DE ANÁPOLIS – GO*. Disponível em: <http://caugo.gov.br/wp-content/uploads/2016/02/Laudo-tecnico-perimetro-urbano_Anapolis_timbrado.pdf>. Acesso em: 01 nov. 2016.
- IPEA, NESUR-IE-UNICAMP e o IBGE, *Caracterização e tendências da rede urbana no Brasil*, 1999.
- JORNAL CONTEXTO. *Expansão do Perímetro Urbano é Aprovada, mas com Área Reduzida*. Disponível em: <<http://www.jornalcontexto.net/expanso-do-perimetro-urbano-aprovada-mas-com-rea-reduzida>>. Acesso em: 01 nov. 2016.
- JORNAL CONTEXTO. *Inundações e alagamentos castigam a cidade e a população*. Disponível em: <<http://www.jornalcontexto.net/inundaes-e-alagamentos-castigam-a-cidade-e-a-populao>>. Acesso em: 16 nov 2016.
- JORNAL CONTEXTO. *Situação de risco em mais de 20 bairros*. Disponível em: <<http://www.jornalcontexto.net/situacao-de-risco-em-mais-de-20-bairros>>. Acesso em: 16 de nov. 2016
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *ONU e o Meio Ambiente*. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/acao/meio-ambiente/>>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- PLANETA SUSTENTÁVEL. *“Nature Is Speaking”: campanha com famosos de Hollywood dá voz à natureza*. Disponível em: <<http://planetasustentavel.abril.com.br/blog/blog-da-redacao/nature-is-speaking-campanha-com-famosos-de-hollywood-da-voz-a-natureza/>>. Acesso em: 02 nov. 2016.

Los medios de prueba de los delitos ambientales cibernéticos

Cyber environmental crimes and evidences

Maria Auxiliadora Minahim¹

Heron José DE Santana Gordilho²

Daniela Carvalho Portugal³

Universidad Federal de Bahía (UFBA)

Sumario: Introducción – 2. La sociedad de la información y la aparición de nuevos delitos cometidos en el ciberespacio – 3. El delito de crueldad animal y por medio de un entorno digital como bien jurídico penal – 4. Bien jurídico y objeto de acción penal – 5. Internet como el medio de prueba para los delitos de crueldad contra los animales – 6. El examen pericial indirecto como vía probatoria compatible con un sistema procesal garantista – 7. Conclusiones – 8. Referencias

Resumen: Este artículo demuestra que los videos difundidos en Internet con personas practicando actos de crueldad contra los animales pueden ser utilizados como medio de prueba en los procesos criminales. Utilizando el método hermenéutico y hace una revisión bibliográfica sobre el tema para identificar las dificultades que la Policía y el Ministerio Público tienen para identificar al autor y comprobar la materialidad de esos delitos. Además, es bastante complicado establecer la competencia para el juicio de tales crímenes, ya que el hecho, por regla general, ocurre en un lugar incierto o incluso en el extranjero. No obstante, ante la ausencia de un tipo específico y una ley que establezca la competencia y los medios de prueba de este tipo de delito, el recurso al Código Penal, a las leyes penales extravagantes y al Código de Proceso Penal pasa a ser la única alternativa de El castigo de esos ciberdelincuentes. El artículo concluye que las imágenes difundidas en Internet, después de debidamente periciadas, son medios legítimos de prueba de los crímenes de crueldad contra los animales.

Palabras clave: Crueldad contra los animales; Debido al proceso legal; Sociedad de la información; Cibernética

¹ Doctora en Derecho Penal pela Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ). Doctora en Derecho por la Universidad Federal de Paraná (UFPR). Profesora Doctora Titular de Derecho Penal de la Universidad Federal de Bahía. Miembro del Cuadro Permanente del Programa de Pos graduación en Derecho de la Universidad Federal da Bahía. Presidente Nacional de la Asociación Brasileña de Profesores de Ciencias Criminales. E-mail: minahim@terra.com
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3711110042226464>

² Post-Doctor en Derecho Ambiental por la Pace University (EE.UU.). Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Pernambuco (UFPE). Maestro en Derecho por la Universidad Federal de Bahía (UFBA). Maestro en Sociología por la UFBA. Coordinador del Programa de Postgrado Stricto Sensu en Derecho de la UFBA. Profesor de Derecho Ambiental en la Graduación, Maestría y Doctorado de la UFBA y professor de Derecho de la Universidad Católica de Salvador (UCSAL). Fellow de la World Academy of Art & Science (WAAS). Fiscal Ambiental em Bahia. E-mail: heron@ufba.br
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/9247033382457379>

³ Doctora en Derecho por la Universidad Federal de Bahía (UFBA). Profesora Adjunta de Derecho Penal de la Universidad Federal de Bahía. Profesora de la Facultad Bahiana de Derecho. Miembro del Instituto Bahiano de Derecho Procesal Penal (IBADPP). Abogada criminalista. E-mail: danielacarvalhoportugal@gmail.com
Lattes: <http://lattes.cnpq.br/7457319565221885>

Abstract: This article demonstrates that videos posted on Internet with people practicing acts of cruelty against animals can be used as evidence in criminal cases. Using the hermeneutic method and makes a bibliographical review on the subject to identify the difficulties that the Police and the Prosecutors have to identify the author and prove the materiality of these crimes. In addition, it is quite complicated to establish jurisdiction for the prosecution of such crimes, since the fact, as a rule, occurs in an uncertain place or even abroad. Nevertheless, in the absence of a specific criminal type and a law that establishes the competence and means of proof of this type of crime, go to the Criminal Code, extravagant criminal laws and the Code of Criminal Procedure becomes the only alternative Punishment of these cybercriminals. The article concludes that the images released on the Internet, after being properly analyzed, are legitimate means of proving cruelty crimes committed against animals.

Keywords: Cruelty to animals; Due process of law; Information society; Cybernetics

1. Introducción

Este artículo pretende demostrar que los vídeos publicados en Internet con personas que practican actos de crueldad con los animales pueden ser utilizados como prueba en el proceso penal.

Es que con la facilidad de acceso a las cámaras de vídeo, especialmente las que están disponibles en los dispositivos móviles, muchas personas son filmadas – cuando no son ellas mismas las que grabar sus propios vídeos– practicando actos de crueldad contra los animales. A continuación, estos videos son posteados en las redes sociales de Internet.

Resulta que a menudo la policía y la fiscalía tienen dificultades para identificar al autor y comprobar la materialidad de tales delitos. Asimismo, es bastante complicado establecer la competencia para el enjuiciamiento de estos delitos, una que el hecho, por regla general, se produce en lugar incierto o incluso en el extranjero.

Debido a la innecesaria identificación o cualquier tipo de control sobre el acceso a Internet, cualquier ciudadano puede acceder deliberadamente, a menudo usando seudónimos, que hace que los crímenes cometidos en el entorno digital sea de difícil comprobación, ora sea en el establecimiento de la jurisdicción, ora sea en la identificación de la autoría y la prueba de la materialidad.

Sin embargo, dada la ausencia de un tipo específico y una ley que establezca la competencia y los medios de prueba de este tipo de delito, el uso del Código Penal, las leyes penales extra código y el Código de Procedimiento Penal se convierte en la única alternativa sanción de estos ciberdelincuentes.

Inicialmente, este artículo va a analizar como la sociedad de la información ha permitido la proliferación de la delincuencia a través del entorno digital, dentro de ellos, los delitos de crueldad animal.

A continuación, se hará un análisis de los delitos contra los animales practicados en el entorno digital, identificando sus características y el bien jurídico violado.

Por último, este artículo va a demostrar que las imágenes publicadas en Internet pueden servir como prueba para el enjuiciamiento de los delitos de crueldad causados a los animales.

2. La sociedad de la información y la aparición de nuevos delitos cometidos en el ciberespacio

La sociedad posmoderna, en la línea de pensamiento propuesta por Bauman, se ocupa en disolver todo lo que es sólido, licuando las viejas formas sociales,

sustituyéndolas por nuevas formas, limitándose únicamente a perpetuar un estado inconstancia constante⁴.

Para algunos teóricos el mundo moderno ya está ultrapasado, pues se encuentra presente una nueva estructura social: la posmodernidad⁵, que sustituye a la máquina por la información y el contacto personal por el virtual, y cuyo espectáculo llega a su límite en el fetichismo de las mercancías en a través del entorno digital⁶.

La cuestión no es pacífica, ya que autores como Gaudêncio Frigotto sugieren que a lo sumo habría un neomodernidad, es decir, una modernidad marcada por la exclusión y la alienación, ya que no hay una ruptura económica en el modelo de producción, y no habiendo sido esa ruptura o revolución, no se puede hablar de “nueva era”⁷.

Sea como fuera, este nuevo paradigma ha dado lugar a un nuevo tipo de sociedad: la sociedad de la información o del conocimiento, que se basa en los números, cálculos, los flujos de comunicación y velocidad de la información. Es importante señalar que este nuevo tipo de sociedad, los sujetos privilegiados tienen un mayor acceso a las fuentes de conocimiento, datos, información y transacciones comerciales, lo que para muchos teóricos elimina el sentido ético, formativo, histórico y emancipador este nuevo paradigma.

De hecho, los cambios técnicos, organizativos y administrativos basados en los insumos derivados de los avances tecnológicos en microelectrónica y telecomunicaciones, hace que la información pase a ser la materia prima principal y prevalecer la lógica de redes basada en la flexibilidad y convergencia de las tecnologías (ordenadores, biología), da lugar a un nuevo tipo de ambiente: el entorno digital significa que transforma las nociones clásicas de territorio y sus fronteras.⁸

En cuanto al medioambiente, el desafío ético como consecuencia de la superación del ser humano (poshumanista) la disvirtualización de los medios necesarios es proporcional a la virtualización de la vida, la desterritorialización y la desmaterialización de las relaciones e instrumentos⁹, así como la sustitución de los suministros baratos de energía por información.

El Internet, por ejemplo, fue creado en los años 60, durante la Guerra Fría, por la *Advanced Research Projects Agency* (ARPA), con fondos del Departamento de Defensa de Estados Unidos. Al final del proyecto, se consiguió vincular a los centros universitarios de las Universidades de California en Los Ángeles y Santa Bárbara y la Universidad de Utah, que fue el primer medio de comunicación electrónica en línea entre los ordenadores¹⁰.

⁴ BAUMAN, Zygmunt. *A cultura no mundo líquido moderno*. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013, p. 16.

⁵ BARRA, Alex S. B. e MORAES, Raquel. Raquel de A. “Indústria Cultural, Pós-Modernidade e Educação: Análise crítica da sociedade da in formação”. Em: *Revista de Educação PUC-Campinas. Campinas*, n.23, noviembre 2007, p.25.

⁶ ROUANET, Sérgio P. “A verdade e a ilusão do pós-modernismo”. En: ROUANET, S. P. *As razões do iluminismo*. São Paulo: Companhia das Letras, 1987.

⁷ FRIGOTTO, Gaudêncio. “Cidadania, tecnologia e trabalho: desafios de uma escala renovada”. *Tecnologia Educacional*, Rio de Janeiro, v. 21, n.107, p.04-10, jul/ago, 1992.

⁸ Para FIORILLO, Celso A. P. *Crimes no meio ambiente digital*. São Paulo: Saraiva. 2013, p. 15: “El concepto de territorio está estrechamente relacionado con una nueva idea, que es la red. Esta, como territorio, se caracteriza por la ubicación de la información. La información en la red, de este modo, se convierte en el elemento identificador del territorio en el ciberespacio”.

⁹ CASTRO JR., Marco Aurélio de. *Direito e Pós-Humanidade*. Curitiba: Juruá. 2013, p.107

¹⁰ Ibíd., p13-14: “A principios de los años 90, el Internet tiene su impulso hacia la máxima divulgación. El programador inglés Tim Berners-Lee, del laboratorio europeo de física de partículas en Ginebra, desarrolló un sistema llamado el hipertexto World Wide Web (WWW). Con el desarrollo de algunos softwares fácil de usar y de adquirir, la red ‘www’ ha crecido hasta convertirse en una red informática mundial en la forma que conocemos hoy”.

El ciberespacio o Internet es una red de ordenadores, de alcance global, que intercambian información en forma de artículos de texto, sonidos e imágenes digitalizadas, correspondencia, etc.¹¹, y constituyen un verdadero universo paralelo poshumanista¹².

Es preciso tener en cuenta que este nuevo modelo de sociedad, que Ulrich Beck llama “sociedad del riesgo”, puede causar daños ilimitados, mundiales e irreparables a toda la comunidad, porque a pesar de producir un avance tecnológico vertiginoso y mejorar el bienestar individual, el amenaza constantemente a los ciudadanos con riesgos, directos e indirectos, derivados de nuevas técnicas utilizadas por la industria, entre ellas la industria de la tecnología digital¹³.

Además de aumentar los riesgos de producción social, la producción de riqueza y el progreso en el desarrollo de nuevas fuerzas productivas implica, como consecuencia lógica, la producción sistemática de daños¹⁴.

El *riesgo* derivado de estas nuevas fuentes de producción asume un contenido conceptual abierto al proceso de definición, a partir de las interpretaciones causales presentadas por el conocimiento de las nuevas posibilidades de daño experimentado durante las etapas de modernización social¹⁵.

Para Márcia Elayne Berbich de Moraes, con esos cambios introducidos a partir del final del siglo XIX y comienzos del siglo XX, el hombre dejó de trabajar con la referencia de la tierra y se puso a trabajar con la referencia de la luz, y un nuevo orden de distancia/tiempo vendrá, cuyas características y la velocidad de actuación limitará, significativamente, el poder de vigilancia del Estado¹⁶.

Con la disminución del poder de vigilancia, el espacio virtual se ha presentado, por un lado, como un vehículo de difusión delitos como el hurto, la pedofilia, el racismo, la injuria y la difamación, apología e incitación a la delincuencia entre otros, muy comunes en las redes sociales de Internet.

Por otra parte, el aumento del flujo de comunicación y la velocidad de la información hace que mucha gente utilice el Internet como una herramienta para la práctica y promoción de los diversos tipos de delitos.

Puede encontrarse en las redes sociales de Internet un sinnúmero de vídeos que revelan el sufrimiento y la muerte de los animales, los cuales ganan largo alcance hace que la disminución de las distancias generadas por este nuevo espacio relacional de la sociedad de la información, lo que obliga al Estado a asumir nuevas funciones de inspección y vigilancia¹⁷.

De hecho, estos nuevos crímenes han despertado el interés del legislador, que finalmente acabó expidiendo las leyes n.12.735 / 12 y 12.737 / 12 (Ley Carolina Dieckmann) modificando los arts. 154, 266 y 298 del Código Penal, y la Ley No. 12.965 / 14 (Marco Civil de Internet), que regula el uso del Internet en Brasil¹⁸.

¹¹ RABAÇA, Carlos Alberto e BARBOSA, Gustavo Guimarães. *Dicionário de Comunicação*. p.395.

¹² Para SILVA, Tagore T. A. *Direito animal e ensino jurídico: formação e autonomia de um saber pós-humanista*. Salvador: Evolução.2014, p.34: “El poshumanismo muestra la artificialidad humana para trabajar con el desarrollo técnico, biológico, genético, cibernético y económico”.

¹³ Ver BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo: hacia una nueva modernidad*. Traducción de Jorge Navarro, Daniel Jimenez e Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós.1988, p.44.

¹⁴ BECK, Ulrich. *Sociedade de Risco. Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: 34, 2011, p. 23-27.

¹⁵ *Ibíd.*, p. 27.

¹⁶ MORAES, Márcia Elayne Berbich de. *A (In)Eficiência do Direito Penal Moderno para a tutela do Meio Ambiente na Sociedade de Risco (Lei nº 9.605/98)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 26-27.

¹⁷ GORDILHO, Heron J. S. *Direito Ambiental Pós-Moderno*. Curitiba: Juruá. 201,p. 61-62.

¹⁸ Para LEAL, Luziane F. S. e ANSELMO, José Roberto de. Bloqueio de conteúdos ilícitos postados nas redes sociais: uma decisão cidadã dentro do devido processo legal. *XXIV Encontro Nacional do CONPEDI - UFS*. 2015: “La Ley de Marco Civil del Internet tuvo como uno de sus orígenes una extensa discusión mantenida con la sociedad a través de la propia

Resulta que la ley de Marco Civil del Internet establece principios, garantías, derechos y obligaciones en la esfera virtual, pero perdió la oportunidad de penalizar los diversos tipos de conducta que se utilizan en el Internet para violar los bienes jurídicos esenciales de la sociedad, al parecer, dejando para las leyes específicas hacerlo, al igual que con el Estatuto de Niños y de Adolescentes, para los delitos de pedofilia¹⁹.

3. El delito de crueldad animal y por medio de un entorno digital como bien jurídico penal

Para Celso Fiorillo la protección jurídica del entorno digital tiene como objetivo interpretar los arts.220 a 224 de la Constitución Federal frente a los arts. 215 y 216 y las particularidades de la llamada "cultura digital", para establecer la protección jurídica de las formas de expresión y creaciones artísticas, científicas y tecnológicas realizadas usando computadoras y otros medios electrónicos²⁰.

Los delitos cometidos en el entorno digital, a su vez, pueden clasificarse como puros, mixtos y comunes. Los primeros son los que se practican exclusivamente a través del uso del Internet, como el ataque de un hacker a un ordenador; los segundos son los que utilizan los medios electrónicos para cometer delitos, tales como la transferencia ilegal de dinero en una transacción electrónica. Por último, los delitos comunes son aquellos en los que se utiliza el Internet solo como un medio de difusión rápida y eficaz de los delitos que ya están penalizados en nuestro medio²¹.

Los delitos en el entorno digital, incluso los que se consideran puros, tienen sus efectos fácilmente percibidos en el llamado mundo real, por lo que ahora no se puede separar estas dos definiciones, pues todo delito virtual tiene un gran reflejo social.

El proyecto de Ley Nº 730/15, en trámite en el Senado, define los delitos cibernéticos, virtuales o digitales, como los delitos cometidos por medios electrónicos o a través del Internet, que se pueden enmarcar en el Código Penal brasileño²².

Se pregunta si el mismo espacio virtual puede convertirse en un aliado en la persecución penal en contra de las prácticas de crueldad a los animales, cuyos vestigios materiales están más allá del alcance del poder de vigilancia del Estado.

Como sabemos, las historias de crueldad contra los animales, por lo general, comienzan en la infancia, con signos evidentes de perversidad, que pueden pasar

Internet, entre octubre de 2009 y mayo de 2010, y se llevó a cabo en el blog alojado en la plataforma de la cultura digital del Ministerio de Cultura y Red Nacional de Educación e Investigación, permitiendo la participación de más de 2300 personas en la redacción de la primera versión del proyecto de ley. Aunque iniciativa innovadora, se puede ver que el número de personas era bastante bajo, en comparación con el universo de personas con acceso al Internet".

¹⁹ BRASIL. Lei n.11.829/08. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11829.htm. Acesso em: 9 de dezembro de 2015: "Art. 241-A. Oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. "

²⁰ FIORILLO, Celso A. P. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 16 ed. São Paulo: Saraiva.2015, p. 615-621.

²¹ CASTRO, A. A. "A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público". En: *Revista de Direito Eletrônico*. Petrópolis: IBDE, v. 1, n. 3, 2003. pp. 41-51. ISSN – 1679-1045. Disponível em: <http://www.ibde.org.br/index_arquivos/rede3.pdf>. Acesso em: 11 de dezembro de 2015.

²² BRASIL. Senado Federal. Projeto de Lei nº 730/15. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil. Disponível em: <http://www.lexml.gov.br/urn/urn:lex:br:senado.federal:projeto.lei;pls:2015-11-10;730>. Acesso em: 9 de dezembro de 2015.

desapercibidos por los padres. A menudo, el niño solo reproduce un modelo de violencia doméstica y malos ejemplos que favorece un ciclo continuo de violencia contra los que están en situación de vulnerabilidad²³.

Algunos de estos videos son denuncias y están destinados para desaprobar la conducta delictiva, pero una gran parte de ellos son los propios delincuentes que se registran y difunden imágenes de su propia crueldad, imágenes que pueden traer preciosos elementos de prueba de la autoría y materialidad de tales delitos.

El 23 de abril de 2012, por ejemplo, el italiano juez A. Pellegrino de la ciudad de Milán, Italia, condenó a Anna Biancone a una pena de 4 meses de prisión, sustituida por una multa de € 4,400.00 por difusión en Internet de un video que aparece semidesnuda, aplastando a animales como cucarachas, ratas, conejos e incluso pollitos, fenómeno conocido como *crush fetish*²⁴.

El hecho fue representado en la Fiscalía de Milán por una sociedad protectora de animales, en la que los fiscales dieron trámite a la denuncia que dio lugar a la condena por el delito previsto en el Art. 544 del Código Penal italiano²⁵.

El medio ambiente, jurídico protegido por la Ley 9605/98, tiene sede constitucional y no hay duda en cuanto a la legitimidad de la penalización no sólo a causa de su origen y del mandato de penalización contenido en él para el legislador ordinario, sino también por el valor asignado a conservación del patrimonio ecológico.

Por lo tanto, no es posible la interpretación o la actividad del legislador ordinario que puede oponerse a los valores complejos que dan una unidad de sentido a la ley. Esta noción es esencial para interpretar adecuadamente la extensión de la protección jurídica penal brinda a los derechos jurídicos protegidos por la Ley de Delitos Ambientales²⁶.

Así, las conductas prohibidas por la norma bajo la forma de los tipos penales en la Ley 9605 son aquellas valoradas negativamente por la Constitución atentare con los ideales de una época. Bajo este entendimiento, es que se va a hacer el análisis de los delitos contenidos en el texto legislativo multirreferido.

En el ámbito penal, se distingue el bien jurídico –valor, interés– que es el objeto de la protección de la norma, objeto de la acción, conforme con Regis Prado²⁷, por ejemplo, lo cual indica ser este el objeto real sobre el que recae el comportamiento punible del agente.

A su vez, Luis Greco entiende que los términos pueden ser utilizados indistintamente, cuando el bien jurídico se toma en su dimensión dogmática. De hecho, para este autor, la noción interesa, por lo que solo cuando se pueda cumplir con su función crítica o político-criminal, que sirve como guía para el legislador y no como un recurso capaz de legitimar la expansión del derecho penal. De conformidad con el principio de subsidiariedad, sin embargo, no todo lo que se confirmó por la Constitución debe ser protegido por la ley penal debido a la gravedad de su pena, pero solo aquellos bienes que requieren protección penal y que no basta con que ofrecen por otras ramas del derecho²⁸.

Entre las muchas discusiones sobre el bien jurídico protegido por la ley 9605 hay un articulada estrechamente con el tema en cuestión y que dice respecto a la

²³ Ver LEVAI, Laerte Fernando. A condiçãoo-animal em Kaspar Hauser: crítica à ética racionalista: o bom selvagem e a esterilidade da razão. *Revista Brasileira de Direito Animal*. N. 3, v.2. Jul-Dez 2007, p.232.

²⁴ ITALIA. Tribunale Ordinario di Milano. Sezione Distaccata di Rho. 23.4. 2012.

²⁵ ITALIA. Código Penal. Art. 727 “Quién, por la crueldad o sin necesidad, causa la muerte de un animal, será punido con una pena de prisión de tres meses a dieciocho meses”. Disponible en: www.juareztavares.com/textos/codigoitaliano.pdf. Acceso el: 15 de diciembre de 2015.

²⁶ BENJAMIN, Antonio H. V. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. En: *Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público*. Jarbas Soares Júnior e Fernando Galvão (org). Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p.108

²⁷ PRADO, Luiz Regis. *Direito penal do ambiente*. 5ª Ed. São Paulo, RT, 2013. p 105.

²⁸ GRECO, Luis. Princípio da ofensividade e Crimes de perigo abstrato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 2004, p 104.

exclusión del ámbito penal de valores cuya importancia está vinculada a la comunidad y no a un individuo en particular, aunque estén referidos constitucionalmente. Por tanto, es de admitir o no los bienes supraindividuales como propios del derecho penal, y en la necesidad de su sanción.

Para Hassemer²⁹, el Derecho Penal no tiene ninguna aptitud ni fue predestinado para hacer frente a los bienes jurídicos transindividuales. Esta tarea sería del llamado Derecho de Intervención, se propone: un Derecho menos garantista en términos sustantivos y de procedimiento y con sanciones menos severas que las del Derecho Penal tradicional.

Los bienes jurídicos individuales estarían protegidos por el Derecho Penal, aunque así siga experimentando una despenalización significativa de conducta, mientras que los bienes jurídicos universales serían administrados por ese nuevo Derecho que se situaría entre el Derecho Penal clásico y el derecho administrativo sancionador y estaría más orientado hacia la prevención que a la reprobación personal y la imposición de penas privativas de libertad.

Otros autores, como Figueiredo Dias, entienden que la importancia de algunos bienes jurídicos transindividuales justifica la protección del derecho penal, como por ejemplo el medioambiente, del cual depende el destino de las generaciones futuras. Este argumento parece definitivo con el fin de respaldar la actitud del legislador nacional, sin dejar de lado las consideraciones de Regis Luis Prado en la localización topográfica de los tipos penales en el entorno del Código Penal, en el capítulo del Código Penal³⁰. Para Schünemann, defender la protección del medioambiente a través de los derechos individuales es confundir el instrumento de cobertura con el objeto de protección adecuado³¹.

4. Bien jurídico y objeto de acción penal

La distinción entre el bien jurídico y objeto de la acción es fundamental para el análisis de los tipos que forman parte de la Ley 9605/98, ya que su sistematización se produce de acuerdo con estos elementos. En el Capítulo V de la ley dispone que el delito contra el medioambiente, inicia la lista de conductas típicas comenzando con los delitos contra la fauna, o sea, los delitos que tienen la fauna como objetos material, uno de los elementos que integra la noción de medioambiente. El término se aplica a la fauna terrestre y acuática, la fauna silvestre, doméstica o domesticada, no solo los animales terrestres, conforme insinúa la lectura del Artículo 29, § 3º de la Ley³².

El antiguo entendimiento que excluía los animales acuáticos del concepto animal fauna se debía al hecho de que estos eran objeto de una ley propia, que era el Código de Pesca. Del mismo modo, no son excluidos dentro de este concepto los animales domésticos, no debiéndose confundir la norma del Artículo 29 §3º -típica norma de hermenéutica- que se ocupa de los animales silvestres con el término de fauna que comprenden el conjunto de animales que pertenecen a una región en particular³³.

Cuestión más delicada y que gana fuerza en los tiempos actuales es el hecho de tratar la fauna como un elemento del bien jurídico cuando propugna para los

²⁹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal*. Valencia: Ed. Tirant Lo Blanch, 1999.

³⁰ DIAS, Jorge Figueiredo. O Direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade de risco". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 33, p. 39-65, 2001. p. 49.

³¹ SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medio ambiente. Traducción de Mariana Sacher de Koster, En: *Libro homenaje a José Rafael Mendonza Trocontis*. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Central de Venezuela.1998, t.2, p.335.

³² BRASIL. Lei n.9.605/98. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm. Acceso el: 9 de diciembre de 2015.

³³ *Ibidem*.

animales la calidad de sujetos de derechos³⁴. Nuevos argumentos y hechos ponen en tela de juicio la existencia de un único atributo del ser humano, lo que debilita la idea de que hay una línea rígida entre el hombre y los otros animales, lo que sugiere que la distinción es mucho más de grado o de complejidad que de esencia³⁵, como se ha descrito.

Se ha advertido que, aunque -en los últimos siglos- se ha postulado por la igualdad de derechos para todos los seres humanos, son pocos los derechos reconocidos a los animales. Sin embargo, estando dotados de cerebro y de sistema nervioso que son capaces, como los hombres, de sentir dolor. El dolor carece de caracterización por especie, él causa sufrimiento que se manifiesta en un hombre, un elefante o un gato y es esta capacidad de sentir una sensación de dolor producida por la excitación de las terminaciones nerviosas, lo que permite a los filósofos hablar de un derecho de los animales a no sufrir. Por lo tanto, los militantes de los movimientos de liberación de los animales entienden que para evitar el sufrimiento es un paso en la consecución de sus metas finales³⁶.

La Ley 9605/98, en el Artículo 32 y su párrafo, prohíbe exactamente las acciones que causan sufrimiento a los animales, lo que puede revelar la imprecisión del bien jurídico protegido por la norma. Si todos los tipos contenidos en la Ley de Delitos Ambientales están destinadas a proteger el medioambiente, hay que preguntarse hasta qué punto la crueldad a un animal doméstico, por ejemplo, afecta este bien jurídico, de manera objetiva. Todo lleva a creer que la falta de coraje para avanzar en la formulación correcta del valor protegido ha inhibido al legislador y doctrinantes a admitir, como bien jurídico protegido, como incluso sugieren Greco³⁷ y José Duarte³⁸, el sentimiento de solidaridad entre el hombre y otros animales.

Roxin, mencionado por la primera autora, prefiere creer que este delito no protege un bien jurídico específico, tratándose de una rara excepción de incriminación sin bien jurídico. Esa solución no desconoce la existencia de valor a ser conservado, situándose a mitad de camino, quién sabe, entre considerar al animal un elemento del medioambiente o concederle otra categoría legal. Se puede decir, por último, a pesar de la perspectiva antropocéntrica de la que surgen las normas, el reconocimiento latente del valor intrínseco de los animales³⁹.

El hecho es que los doctrinantes, en su mayoría, se preocupan más en precisar las conductas que pueden realizar el núcleo del tipo del Artículo 32, que con las reflexiones de filósofos en cuanto a la posibilidad del animal convertirse en sujeto pasivo del delito.

El artículo castiga con la pena de prisión de tres meses a un año y multa a quien lleva a cabo un acto de abuso, maltrato, herir o mutilar animales silvestres, domésticos o domesticados, nativos o exóticos. Hay proyectos que tienen como

³⁴ Ver BUOMPADRE, Jorge. "Os delitos contra a fauna silvestre na República Argentina". *Revista Brasileira de Direito Animal* n. 15.v.9. Jan-abr 2014, 65-86. Ver también CHIESA, Luis. "Porque é um delito esmagar um peixinho dourado? dano, vítima e a estrutura dos crimes de crueldade contra os animais". *Revista Brasileira de Direito Animal* n. 13. v.8, maio-ago. 2013, ps.17-83.

³⁵ GARCIA Fabric. "De l'homme et de l'animal : différences de degré, de nature ou d'orientation ? Em: *Hominidées*. Disponible em <http://www.hominides.com/html/references/de-l-homme-et-de-l-animal-mensonge-tromperie.php>. Acceso el: 1 diciembre de 2015.

³⁶ Ver GORDILHO, Heron. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução. 2009.

³⁷ GRECO, Luis. "Princípio da ofensividade e Crimes de perigo abstrato". *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. 2004, p 104.

³⁸ DUARTE, José. *Comentários à lei das Contravenções Penais. Parte especial*. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p.315.

³⁹ MINAHIM, Maria Auxiliadora. *Autonomia e frustração da tutela penal*. São Paulo: Saraiva. 2015. p. 59: "El papel del bien jurídico en el ámbito del derecho penal es esencial para la determinación del objeto de la prohibición, cumpliendo, como consecuencia, la función de restringir la restricción –conforme Schunemann– las libertades civiles".

objetivo aumentar la pena, destacándose entre ellos el diseño del Código Penal que en Artículo 391, eleva a pena de uno a cuatro años de privación de la libertad, lo que elimina el delito del ámbito de aplicación de la Ley 9099 de 1995, pues no puede considerarse tan pequeño potencial ofensivo, ya que la pena máxima amenazada se pasa de uno a cuatro años. Cabe señalar, sin embargo, que la pena en la ley especial es ya mayor que en el código penal, que afecta, sin duda, el principio de proporcionalidad.

Las conductas que describen el ilícito del Artículo 32, de clara inspiración en el Artículo 136 del Código Penal son: practicar acto de abuso, maltrato, herir o mutilar animales silvestres, domésticos o domesticados, nativos o exóticos.

Hay críticas por tomar en préstamo la expresión maltratos que sería sinónimo de crueldad, haciendo al legislador repetitivo y a la expresión acto de abuso, está en razón de su apertura y fluidez. En cuanto a la última hay que recordar que no es raro que el uso de tales expresiones, nada impide que sea asignado un significado construido por la doctrina y la jurisprudencia.

En cuanto a la primera expresión, acto de abuso, Regis Prado⁴⁰ le da el significado de usar mal, o inconvenientemente, como por ejemplo, exigir exceso de trabajo del animal, el uso de arneses pesados o arnés con extremos de metal, collares con abrazaderas de perforación, comportamientos que pueden dar lugar a daños y su salud o integridad física. La interpretación de la expresión actos de abuso tiene sus límites, por lo que la adecuación de la conducta a causa sufrimiento que pueden eventualmente afectar su salud.

Los maltratos pueden ser infligidos por privación de alimentos u por forzar su ingesta, por falta de atención esencial, abandonarlos en espacios sucios, inadecuados para su exigüidad o, incluso, expuestos a los ataques de otros animales o en situación de vulnerabilidad.

El Decreto Ley Federal N° 24.645/34⁴¹ dispone sobre la materia de forma ejemplificada en 31 incisos, varias conductas tipificadas como abuso, tales como: practicar un acto de maltrato o crueldad a cualquier animal; mantener a los animales en lugares antihigiénicos o que les impida la respiración, el movimiento o el descanso, o privarlos de aire o la luz; obligar a los animales a un trabajo excesivo; golpear, herir o mutilar voluntariamente cualquier órgano o tejido, excepto la castración; abandonar al animal enfermo, herido, agotado o mutilado, así mismo como dejar de suministrar todo lo humanamente que se le pueda proporcionar, incluida la asistencia veterinaria; entre otros⁴².

En cuanto a herir y mutilar son conductas que constituyen una especie de maltrato y que pueden ser utilizadas con pretexto de experimentación científica pero que pueden ser utilizadas con el pretexto de experimentación científica.

En el §1º del Artículo 32, se dispone otra forma de maltratos, revestida con una crueldad especial consistente en maltratos por la vivisección: §1º Las mismas penas quien lleve a cabo experimentos dolorosos o crueles con animales vivos, aun con fines didácticos o científicos, cuando hay recursos alternativos.

La expresión recurso alternativo debilita la propuesta de advertencia de bienestar animal en la medida en que su interpretación se puede hacer desde una perspectiva antropocéntrica según lo previsto en el Artículo 2 del Decreto N° 6899/09, en la sección II, literal c, que entiende que un método alternativo es el que emplea "el número mínimo de animales". La norma es abiertamente contraria a la Constitución y el valor que se encuentra en el Artículo 225 y, más específicamente en la sección VII del primer párrafo, que trata de la fauna y la flora de protección, prohibiendo, de acuerdo con la ley, las prácticas que representan

⁴⁰ PRADO, Luiz; *Direito penal do Ambiente...* op. Cit. São Paulo: RT, p. 200.

⁴¹ BRASIL. Decreto-lei Federal nº 24.645/34. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*.

Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm. Acceso el: 9 de diciembre de 2015

⁴² GORDILHO, Heron. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução. 2009, p.147.

una riesgo para su función ecológica, causar la extinción de especies o animales sometidos a la crueldad⁴³.

No hay nada más cruel que la vivisección, especialmente cuando se hace continuamente disociado de cualquier investigación, o cuando dicha investigación puede prescindir de una capacidad de vida y el uso de la simulación. Por tanto, el dispositivo es un cuerpo extraño en un sistema que valora la vida y el bienestar del animal.

Los psiquiatras han realizado estudios que apuntan hacia una relación entre la crueldad contra los animales y la agresión contra las personas. Las investigaciones hechas sobre las personas encarceladas también demostraron la existencia de una correlación entre los crímenes violentos y la tortura a los animales. Del mismo modo, los estudios con pacientes psiquiátricos que muestran una asociación entre la agresión contra las personas y la crueldad animal⁴⁴. Por desgracia, en la sociedad de la información, tales perversiones comenzaron a darse a conocer en las redes de comunicación.

Se observa, además, que se trata de crimen común, de daño, por acción u omisión (dejar de dar alimentos, por ejemplo), de acción múltiple y de resultado, en las formas de herida o mutilar, en la medida que se perfecciona mediante la comprobación del resultado lesivo, admitiendo la tentativa.

En lo que se refiere, sin embargo, a la alternativa de practicar actos de abuso y maltrato, el crimen es formal, de modo que la práctica de la conducta que se ajusta al tipo implica en su consumación, independientemente de cualquier resultado material. Puede ser instantánea de efectos permanentes (mutilación), o permanente (sujeción a trabajo excesivo, privación de alimentos, refugio en local insalubre).

No hay modalidad culposa, similar a lo que se prevé en Canadá y Estados Unidos, donde hay proyectos para introducir las leyes de la práctica de la crueldad por simple negligencia. Es permisible el dolo preterintencional en forma calificada del §2. En este caso, específicamente, es la obtención de pruebas de la muerte por lo que la pena se agrava por la calificación.

El bien jurídico protegido por el Artículo 32, §2º de la Ley Nº 9.605/98, se refiere a la vida del animal y la sentimiento de todo ser humano nutre de los animales. Por otra parte, un bien jurídico de este tipo solo se viola cuando se produce la muerte de una manera cruel, o sin necesidad, simplemente por el placer de matar (*animus et voluntas necandi*)⁴⁵.

Téngase en cuenta que, como la circunstancia incriminatoria prevista y penalizada por el Artículo 32 de la 9.605/98, Ley, la crueldad y la falta de necesidad funcionan de diferente manera en la delimitación del ilícito penal. En realidad, hay que señalar que el delito en comento se puede configurar incluso si el animal es sacrificado por necesidad, como si se hace de una manera cruel y bárbara⁴⁶.

Además, el elemento subjetivo del delito, en particular, está representado por la intención general, es decir, la conciencia y la voluntad de causar la muerte de un animal por pura crueldad o sin necesidad.

⁴³ GORDILHO, Heron. "Experimentação animal e hermenêutica constitucional". En: Maria Auxiliadora Minahim, Tiago Batista Freitas e Thiago Pires Oliveira (cords). *Meio Ambiente, Direito e Biotecnologia: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado*. Curitiba: Juruá. 2010, p.518.

⁴⁴ Ver, entre otros: FELTHOUS, A. R. (1980). *Agression against cats, dogs and people*. *Child Psychiatry and Human Development*, 10 (3): 169-177. Ver además: HEATH, G.A.; HARDESTY, V. A. & GOLDFINE, P. E. (1984). Firesetting, enuresis, and animal cruelty. *Journal of Child and Adolescent Psychotherapy*, 1 (2): 97-100 e HELLMAN, D.S. & BLACKMANI, N. (1966). Enuresis, firesetting and cruelty to animals: a triad predictive of adult crime. *American Journal of Psychiatry*, 122: 1431-1435.

⁴⁵ PAOLO. Alessandro. **Uccisione di animali art 544 bis c.p. – reato – crudeltà**. Disponible en: www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=1740. Acceso el: 15 de diciembre de 2015.

⁴⁶ *Ibidem*.

Sin embargo, no pueden ser consideradas penalmente relevantes todas las conductas culposas de sacrificio de un animal. Considérese, por ejemplo, un automóvil que provoque la muerte de un animal de repente al cruzar una vía urbana. En ausencia del elemento psicológico de la intención general, la conducta del agente que causó la muerte del animal puede ser considerado penalmente irrelevante frente a la ley.

La clasificación tiene importantes consecuencias ya que la prueba de la materialidad del delito será exigible en las modalidades de mutilar y herir, bastando en las demás, solamente la prueba de la realización de las conductas. Esto puede, o no, dejar resultados materiales.

5. Internet como el medio de prueba para los delitos de crueldad contra los animales

La modernización de las relaciones sociales y el desarrollo de nuevos espacios de acción social hicieron que el derecho penal y el procedimiento penal se deparen ante la necesidad de adaptarse a la obra en el espacio virtual.

Cabe, entonces, examinar el grado de adaptación demandado para los medios de prueba ya referidos por el Código de Procedimiento Penal vigente puedan contemplar, también, los vídeos y las imágenes de los actos crueles contra los animales, que se distribuyen en varias redes sociales y el espacio virtuales en general, evaluando, incluso si son motivos suficientes para su eventual condena por delito ambiental por la desaparición de las pruebas materiales de la práctica delictiva.

Para que los crímenes contra los animales sean penalizados es necesaria la certeza en cuanto a la materialidad y autoría, lo que requiere la demostración de que los hechos son verdaderos, lo que solo es posible con el uso de pruebas documentales, experto, declaraciones de testigos, etc.

La prueba consiste en un conjunto de actos llevados a cabo por las partes, los terceros y el juez de reconstruir la verdad y convencer a este último, específicamente la conducta delictiva, sus autores y las circunstancias objetivas y subjetivas del hecho⁴⁷.

Según Osvaldo Alfredo Gozáini, mientras que en un procedimiento civil es suficiente una verdad menos exigente, bastando la persuasión sobre la base de los hechos y la certeza que surgen de ellos, en el proceso penal es evidente la necesidad de encontrar la verdad acerca de la ocurrencia de los hechos⁴⁸.

Para analizar cómo el Proceso Penal brasileño se adapta a la nueva realidad social y a los nuevos recursos para la represión de las prácticas de crueldad animal, es imperativo definir ciertas premisas. La primera es la orientación que lleva el presente estudio del sistema procesal que se guía (o debería guiar) el proceso penal.

Tal entendimiento es necesario para que se defina, también, cual sistema de apreciación probatoria conducirá la actuación del juez. Solo después de estas directrices será posible enumerar los medios de prueba admitidos como medios garantistas para la formación de la convicción del juez, así como examinar la forma en espacios virtuales de la obtención de probatoria inciden en esta orientación política-criminal.

Regula el Art. 155 del Código de Procedimiento Penal que el juez deberá formar la convicción libremente, a partir de los elementos probatorios aportados al proceso y sometidos al contradictorio. Consagra, pues, el sistema de libre

⁴⁷ SANTANA, Luciano Rocha e SANTOS, Clarissa P. G. dos. "O crime maus-tratos aos animais: uma abordagem sobre a interpretação e a prova de materialidade e autoria (artigo 32)". En: *Crimes ambientais: comentários à lei 9.605/98*. Ana Maria Moreira Marchesan e Annelise Monteiro Steigleder (organizadoras). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013, p.159.

⁴⁸ GOZÁINI, Osvaldo Alfredo. "La verdad y la prueba". *Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia* n.13. Salvador: Fundação Orlando Gomes. 2006, p. 32.

convicción motivada o sistema de persuasión racional como un modelo de valoración de la prueba.

La indispensable del contradictorio, a su vez, refleja una lectura constitucional (artículo 5º, inciso LV, de la Constitución Federal de 1988) de la codificación procesalista brasileña, minimizando la herencia del modelo represor fascista italiano de la década de 30, cuyo texto inspiró la legislación de Brasil.

De este modo, tanto en la producción efectiva de la prueba en el contradictorio judicial, como del contradictorio diferido relativo a las excepcionales especies de prueba recaudadas en la fase de investigación, se debe garantizar el ejercicio de defensa como la única manera (constitucional) posible para la formación de convicción de decisión.

Es así que se presenta el análisis del régimen jurídico de las pruebas y el sistema procesal adoptado, bien lo explica Aury Lopes Jr., como una manera de entender la etapa del desarrollo histórico del modelo de la construcción del conocimiento⁴⁹.

Se entiende aquí que la pretensión democrática impone una relectura del sistema procesal con el fin de armonizar sus normas con un modelo garantista, acusatorio y de persuasión racional.

Por lo tanto, la adopción de un sistema acusatorio, particularmente marcado por la negativa a la iniciativa probatoria del juez, tercero ajeno a los intereses en juego en el proceso, en comparación con el sistema inquisitivo, modelo anti-democrático que permite al juez como gerente de la carrera, verdadera parte procesal⁵⁰.

Declaradas las instalaciones mencionadas, ahora se debe examinar el régimen probatorio legal definido por el Código de Procedimiento Penal, la comprensión que el juez formará su convicción libremente a partir de las pruebas, pero sin que se lance en busca de ellas, para respetar las garantías fundamentales que se deben presentar como camino necesario en el proceso de persuasión.

Al regular los medios de prueba admisibles, el legislador no dio una lista taxativa (pruebas nominadas), admitiendo siempre que, en circunstancias excepcionales y sin apartarse de las garantías constitucionales y procesales, las llamadas pruebas innominadas. Entre las pruebas tratadas por el Código de Procedimiento Penal, se presenta como relevante para el enfoque temático definido ahora las pruebas periciales.

Señala Fernando da Costa Tourinho Hijo que la pericia corresponde con el “examen llevado a cabo por una persona que tiene cierta técnica, científica, artística o práctica sobre los hechos, las circunstancias personales o condiciones”⁵¹.

Entre los diferentes tipos de exámenes periciales que pueden servir para la formación de la convicción, se destaca por los efectos de este estudio, el examen de cuerpo del delito. Disciplinado desde el Art. 158 del Código de Procedimiento Penal, la mencionada pericia es indispensable cuando el delito no deja huellas (delitos no transeúntes) no pudiendo ser suprimida por la eventual confesión del acusado⁵².

El examen de cuerpo de delito debe ser realizado conforme a las normas establecidas en los arts. 158 y siguientes del Diploma procesal, destacando las modificaciones introducidas por la Ley Nº 11.690 de 2008 que pasó a prever la realización mediante un perito oficial, portador de título universitario o, en su defecto, dos personas idóneas, también portadoras título universitario, con conocimientos técnicos relacionados con la naturaleza del examen⁵³.

⁴⁹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 553.

⁵⁰ *Ibíd.* p. 554.

⁵¹ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Código de Processo Penal Comentado*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 552.

⁵² BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Disponible em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acceso el: 9 de diciembre de 2015.

⁵³ BRASIL. Lei nº 11.690/08. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Disponible

Disciplina a su propio derecho procesal que el examen forense puede ser directa o indirecta, y que su ausencia, ya sea en una y la otra, debido a la desaparición completa de los rastros del delito, su falta puede ser llenado por el examen de testigos (arts. 158 y 167, CPP)⁵⁴.

Se habla de cuerpo del delito directo cuando la prueba se lleva a cabo a partir del examen en su propio objeto de la pericia, a diferencia del examen indirecto, realizado cuando falta el objeto que se pericia o cuando es imposible, por alguna otra razón, la realización directa del examen, es el caso del uso de fotografías o vídeos, por ejemplo, a partir del cual se puede examinar el cuerpo del delito para la prueba de la materialidad delictiva⁵⁵.

Solamente en la hipótesis de no ser posible realizar el examen forense, ya sea directo o indirecto, es que tendrá ser a su vez el uso de testimonio oral como una forma para suprimir la falta, por lo que Pacelli y Fischer advierten que no puede ser confundida la prueba testimonial con pericia indirecta, ya que esto es necesariamente un modo de prueba técnica, que requiere la participación de profesionales cualificados, como ya se ha señalado⁵⁶.

Queda por determinar, antes de eso, si los videos y fotos, así como otros que contienen materiales, conteniendo la demostración de crueldad con los animales, pulverizados en el espacio virtual, se pueden utilizar como medio de prueba de tales hechos y, eventualmente, suficientes para la formación de la convicción juez sobre el delito contra los animales o, por el contrario, esta propuesta contradice un sistema procesal acusatorio y garantista.

6. El examen pericial indirecto como vía probatoria compatible con un sistema procesal garantista

Es común observar, modernamente, la acusación de que la adaptación del sistema penal y de procedimiento penal a la nueva realidad delictiva ha sido llevada a cabo a expensas de un debilitamiento del sistema acusatorio y el respeto que se espera, en un Estado democrático, a las garantías fundamentales del acusado.

Para Alexandre de Moraes da Rosa y José Manuel Aroso Linhares, el fortalecimiento de las relaciones entre el derecho y la estructura económica moderna se caracteriza sobre todo por una confusión entre "Derechos Fundamentales" y "Derechos Económicos", desnaturalizándose el concepto esencial de Justicia para ese pase a confundirse con la noción de eficiencia⁵⁷.

Sin embargo, es de valiosa importancia reflexionar sobre si es posible compatibilizar una noción de proceso penal eficiente (no en términos de análisis económico del derecho), que se puede hacer uso de los aspectos prácticos que ofrece la nueva realidad social, es capaz de mantener un proceso de toma de decisiones justas.

Más específicamente, se debe evaluar si la pericia indirecta corresponde a un elemento probatorio suficiente y legítimo, en un sistema procesal acusatorio, para la formación de la convicción del juez en delitos de crueldad contra los animales diseminados y exhibidos en los espacios sociales virtuales.

Luigi Ferrajoli traza un plano epistemológico sobre los diversos principios que conforman el modelo garantista del derecho penal mediante el empleo de, en

em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/lei/l11690.htm Acceso el: 9 de diciembre de 2015

⁵⁴ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Disponible em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm Acceso el: 10 de diciembre de 2015.

⁵⁵ PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015, p. 372.

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ ROSA, Alexandre de Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 107-108.

su formulación, once principios penales y procesales penales: pena, delito, ley; necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa⁵⁸.

A partir de la epistemología garantista como directriz mayor en la toma de conocimiento de los hechos en el procedimiento penal democrático, Elmir Duclerc pone de relieve el principio de estricta jurisdiccionalidad (*nulla culpa sine iudicio*) como el único modelo aceptable para el proceso de la cognición y de la prueba, lo que requiere una procedimiento probatorio tipo inductivo⁵⁹.

Al utilizar imágenes y vídeos que se muestra en el espacio virtual, la práctica criminal de actos de crueldad animal no hay ofensa a red de garantías de proceso acusatorio y democrático, siempre que tales pruebas se recojan bajo el tamiz jurisdiccionalidad estricta.

En este sentido, para que tales elementos puedan formar la convicción del juez, es imprescindible tener en cuenta que la gestión probatoria no sea tomada como una incumbencia del juez, sin ningún espacio en un Estado que se pretenda democrático, para el cumplimiento parcial del juez de presentación de pruebas. Por lo tanto, significa el art. 156 del Código de Procedimiento Penal, que establece competencias instructivas del juez, como incompatibles con un modelo garantista procesal⁶⁰.

Por lo tanto, el primer elemento para la admisibilidad de material recogido en el entorno virtual que contiene la demostración de los actos crueles contra los animales es el que ha cumplido con el sistema acusatorio y la carga de la prueba a los tipos incriminatorios descritos en la Ley Nº 9.605 / 98.

Asimismo, cabe evaluar, también. El Código de Procedimiento Penal, cuando se trata del examen forense, que impone un orden jerárquico que debe ser observado. Así, en la misma línea de entendimiento perfilada por Aury Lopes Jr., la regla general para la materialidad del delito evidencia de las infracciones que no dejan vestigios es, y no deja de ser, el uso de examen forense directo, siendo el examen indirecto hipótesis excepcional⁶¹.

Por lo tanto, el uso de videos, fotos, y otras formas de examen indirecto forense solamente se legitiman cuando no es posible realizar un examen pericial directo debido a la desaparición de los vestigios materiales del delito cometido. Además, no exime del deber de obediencia a las normas acusación disciplinado en los arts. 158 y siguientes del Código de Procedimiento Penal, después de todo, incluso cuando se trata de un examen indirecto, no deja tal modalidad de ser una especie de examen pericial.

Por lo tanto, los videos y las fotos deben ser analizados por un perito oficial o persona idónea, añadiendo aquí la necesidad de conocimientos dirigidos, también, a la obtención de pruebas en los espacios electrónicos y virtuales como una forma de evaluar adecuadamente si tales medios fueron objeto de manipulación o no. No se puede, por tanto, la construcción inductiva del conocimiento de los hechos.

Debe tenerse en cuenta también los medios para obtener tales pruebas, registrándose aquí como límite infranqueable la Constitución Federal y el Código de Procedimiento Penal, no pueden ser admitidos en cualquier circunstancia, ilegal o aquellas pruebas derivadas, bajo pena de nulidad.

Superada la posibilidad de utilizar tales especies como medio de prueba admisible en un proceso penal acusatorio, reconociendo la compatibilidad del

⁵⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão. Teoria do garantismo penal*. 4. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Alice bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, Fernanda Lara Tórtima, José Antonio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 89.

⁵⁹ DUCLERC, Elmir. *Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo*. Coleção Pensamento Crítico. Coordenador Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 111.

⁶⁰ BRASIL. DECRETO-LEI Nº 3.689, DE 3 DE OUTUBRO DE 1941. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm. Acceso el: 9 de diciembre de 2015

⁶¹ LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 638.

examen pericial indirecto con un modelo garantista, desde que respete su excepcionalidad, queda por examinar las fuentes de pruebas para la obtención de imágenes y vídeos diseminadores de maltratos.

Si bien los medios probatorios corresponden a los instrumentos procesales a partir de los que se obtienen elementos útiles para el proceso de cognición y convicción, las fuentes de prueba relacionas con personas y objetos desde los cuales es posible obtener la prueba.

Geraldo Prado comenta la necesidad de la obediencia a las garantías procesales penales, principalmente en los métodos ocultos de investigación, aunque jurídicamente permitidos, tales como la interceptación telefónica y correos electrónicos, práctica común en las actuaciones preliminares de investigación⁶².

El autor advierte que es necesario el establecimiento de principios rectores para cohibir grandes interceptaciones, habiendo el Consejo de Europa disciplinado tres pautas básicas de este tipo de prácticas de investigación, y se basan en la necesidad de una base jurídica clara para la adopción de medidas de investigación secretas o la intrusión, la proporcionalidad de la medida y la existencia de control⁶³.

Por lo tanto, no se trata, en nombre de la protección de derechos de los animales, promoverse una gran interceptación de los espacios virtuales en que se establecen relaciones interpersonales íntimas, como el intercambio de correos electrónicos y mensajes. Vale la pena señalar a este respecto que la Ley 9.296/96 establece que la interceptación del flujo de comunicaciones en los sistemas informáticos y telemáticos solamente será no admitida para los delitos castigados con arresto, como en el caso de los delitos contra los animales previstos en los arts. 29 34 de la Ley N° 9.605/98⁶⁴.

Sin embargo, no siendo posible la interceptación de comunicaciones sigilosas desarrolladas en espacios virtuales para combatir el delito de maltrato de animales, todavía se puede utilizar vídeos y fotografías que contienen elementos útiles al examen pericial indirecto de tales prácticas, desde que no se hayan obtenido a través de la interceptación ordenador.

Por lo tanto, es perfectamente posible conciliar el uso del material obtenido en los intercambios virtuales como evidencia de delitos de crueldad animal, sin que ello desnaturalice las garantías fundamentales disciplinadas para la formación de la convicción de juez.

Como destaca Salah Khaled, es necesario elegir cuál es el modelo de procedimiento a seguir, optándose de un lado, por un sistema acusatorio y democrático, o, por el otro, por un proceso inquisitivo fundado en la persecución del enemigo⁶⁵, consciente de que la efectivo y justa protección de los derechos legales no tiene por qué pasar la supresión de garantías y aliviar los logros históricos de la democracia.

7. Conclusiones

Con la disminución del poder de vigilancia en la sociedad de la información, el espacio virtual se ha presentado, por un lado, como un vehículo de divulgación de varios delitos contra el entorno digital, incluyendo los delitos de crueldad hacia los animales, lo que obliga al Estado a asumir nuevas funciones de inspección y vigilancia.

Al prohibir y tipificar exactamente las acciones que pueden causar sufrimiento a los animales, la norma penal reconoce implícitamente el valor

⁶² PRADO, Geraldo. *Prova penal e sistema de controles epistêmicos. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos*. São Paulo: Marcial Pons, 2014, p. 59.

⁶³ *Ibíd.* p. 62.

⁶⁴ BRASIL, Lei n. 9.605/98. *Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil*. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9605.htm

⁶⁵ KHALED JR., Salah H. *A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal*. Disponible en: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_340.pdf
Acceso el: 9 de diciembre

intrínseco de los animales, por lo que el bien jurídico tutelado debe ser considerado el sufrimiento de estas criaturas, que serían los verdaderos sujetos pasivos de este delito.

Por último, los vídeos con imágenes de crueldad contra los animales difundidos en la Internet pueden servir como un medio de prueba de la autoría y materialidad del delito, aunque estos documentos digitales deben ser revisados por un perito oficial o persona idónea, como una forma de validar su veracidad.

8. Referencias

- BARRA, Alex S. B. e MORAES, Raquel. Raquel de A. Indústria Cultural, Pós-Modernidade e Educação: Análise crítica da sociedade da in formação. **Revista de Educação PUC-Campinas. Campinas, n.23**, novembro 2007.
- BAUMAN, Zygmunt. **A cultura no mundo líquido moderno**. Trad. Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.
- BECK, Ulrich. **Sociedade de Risco**. Rumo a uma outra modernidade. São Paulo: 34, 2011, p. 23-27.
- BENJAMIN, Antonio H. V. Introdução ao Direito Ambiental Brasileiro. in: **Direito Ambiental na visão da Magistratura e do Ministério Público**. Jarbas Soares Júnior e Fernando Galvão (org). Belo Horizonte: Del Rey. 2003, p.108
- BUOMPADRE, Jorge. Os delitos contra a fauna silvestre na República Argentina. **Revista Brasileira de Direito Animal n. 15.v.9**. Jan-abr 2014.
- CASTRO, A. A. "A internet e os tipos penais que reclamam ação criminosa em público". In: **Revista de Direito Eletrônico**. Petrópolis: IBDE, v. 1, n. 3, 2003. pp. 41-51. ISSN – 1679-1045. Disponível em: <http://www.ibde.org.br/index_arquivos/rede3.pdf>. Acesso el: 19 de janeiro 2015.
- CASTRO JR., Marco Aurélio de. **Direito e Pós-Humanidade**. Curitiba:Juruá. 2013.
- CHIESA, Luis. Porque é um delito esmagar um peixinho dourado? dano, vítima e a estrutura dos crimes de crueldade contra os animais. **Revista Brasileira de Direito Animal n. 13**. v.8, maio-ago. 2013.
- DIAS, Jorge Figueiredo¹ DIAS, Jorge Figueiredo. O Direito penal entre a "sociedade industrial" e a "sociedade de risco". **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 33, p. 39-65, 2001. p. 49.
- DUARTE, José, **Comentários à lei das Contravenções Penais**. Parte especial. 2 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958.
- DUCLERC, Elmir. Prova penal e garantismo: uma investigação crítica sobre a verdade fática construída através do processo. **Coleção Pensamento Crítico**. Coordenador Geraldo Prado. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- FELTHOUS, A. R. (1980). **Agression against cats, dogs and people**. **Child Psychiatry and Human Development**, 10 (3): 169-177.
- Heath, G.A.; Hardesty, V. A. & Goldfine, P. E. (1984). Firesetting, enuresis, and animal cruelty. *Journal of Child and Adolescent Psychotherapy*, 1 (2): 97-100
- e
- Hellman, D.S. & Blackman, N. (1966). Enuresis, firesetting and cruelty to animals: a triad predictive of adult crime. *American Journal of Psychiatry*, 122: 1431-1435.
- FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão**. Teoria do garantismo penal. 4. ed. Trad. Ana Paula Zomer Sica, Alice bianchini, Evandro Fernandes de Pontes, Fernanda Lara Tórtima, José Antonio Siqueira Pontes, Lauren Paoletti Stefanini. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- FIORILLO, Celso A. P. **Crimes no meio ambiente digital**. São Paulo:Saraiva.2013, p. 12-13
- FIORILLO, Celso A. P. **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**. S16 ed. São Paulo: Saraiva.2015.

- FRIGOTTO, Gaudêncio. **Cidadania, tecnologia e trabalho**: desafios de uma escala renovada. Tecnologia Educacional, Rio de Janeiro, v. 21, n.107, p.04-10, jul/ago, 1992.
- GARCIA Fabric. „De l'homme et de l'animal : différences de degré, de nature ou d'orientation? **Hominidées**. Disponible en <http://www.hominides.com/html/references/de-l-homme-et-de-l-animal-mensonge-tromperie.php>. Acceso el 1 dez. 2015.
- GORDILHO, Heron J. S. **Direito Ambiental Pós-Moderno**. Curitiba:Juruá. 201,p.61-62.
- GORDILHO, Heron. **Abolicionismo animal**. Salvador: Evolução. 2009.
- GORDILHO, Heron. Experimentação animal e hermenêutica constitucional. **Meio Ambiente, Direito e Biotecnologia**: Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Paulo Affonso Leme Machado. Maria Auxiliadora Minahim, Tiago Batista Freitas e Thiago Pires Oliveira (cords). Curitiba: Juruá. 2010, p.518
- GOZAÍNI, Osvaldo Alfredo. Le verdade y la prueba. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia** n.13. Salvador: Fundação Orlando Gomes. 2006, p. 32
- GRECO, Luis- Princípio da ofensividade e Crimes de perigo abstrato . **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. 2004.
- HASSEMER, Winfried. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en Derecho Penal. Valencia: Ed. Tirant Lê Blanch, 1999. Versión al español de Francisco Muñoz Conde y Maria Del Mar Díaz Pita. *Passim*
- KHALED JR., Salah H. **A Ambição de Verdade e a Permanência do Autoritarismo Processual Penal**. Disponible en: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista67/revista67_340.pdf Acceso el: 9 de diciembre de 2015.
- LEAL, Luziane F. S. e ANSELMO, José Roberto de. Bloqueio de conteúdos ilícitos postados nas redes sociais: uma decisão cidadã dentro do devido processo legal. **XXIV Encontro Nacional do CONPEDI - UFS**. 2015
- LEVAL, Laerte Fernando. A condiçãoo-animal em Kaspar Hauser: crítica à ética racionalista: o bom selvagem e a esterilidade da razão. **Revista Brasileira de Direito Animal** n. 3, v.2. Jul- Dez 2007.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MINAHIM, Maria Auxiliadora. **Autonomia e frustração da tutela penal**. São Paulo: Saraiva. 2015.
- MORAES, Márcia Elayne Berbich de. **A (In)Eficiência do Direito Penal Moderno para a tutela do Meio Ambiente na Sociedade de Risco** (Lei nº 9.605/98). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. **Comentários ao Código de Processo Penal e sua jurisprudência**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2015.
- PAOLO, Alessandro. **Uccisione di animali art 544 bis c.p.** – reato – crudeltà. Disponible en: www.overlex.com/leggiarticolo.asp?id=1740
- PRADO, Luiz Regis. **Direito penal do ambiente**. 5ª Ed. São Paulo, RT, 2013. p 105.
- PRADO, Geraldo. **Prova penal e sistema de controles epistêmicos**. A quebra da cadeia de custódia das provas obtidas por meios ocultos. São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- RABAÇA, Carlos Alberto e BARBOSA, Gustavo Guimarães. **Dicionário de Comunicação**. p.395.
- ROSA, Alexandre de Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- ROUANET, Sérgio P. A verdade e a ilusão do pós-modernismo. In: ROUANET, S. P. **As razões do iluminismo**. São Paulo:Companhia das Letras, 1987.
- SANTANA, Luciano Rocha e SANTOS, Clarissa P. G. dos. O crime maus-tratos aos animais: uma abordagem sobre a interpretação e a prova de materialidade e autoria (artigo 32). In: **Crimes ambientais**: comentários à lei 9.605/98.

- Ana Maria Moreira Marchesan e Annelise Monteiro Steigleder (organizadoras). Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013, p.159
- SCHUNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del Derecho Penal del medioambiente. Traducción de Mariana Sacher de Koster, En: **Libro homenaje a José Rafael Mendonza Trocontis**. t 2. Caracas: Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas da Universidad Central da Venezuela. 1989.
- SILVA, Tagore T. A. **Direito animal e ensino jurídico**: formação e autonomia de um saber pós-humanista. Salvador: Evolução.2014.
- TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

Las Prácticas de Mejora en las administraciones públicas españolas

Improvement practices in Spanish public administrations

Hortensia Rodríguez Morales¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España)

Sumario: I. Introducción. II. Conceptualización sobre la Administración pública. III. Las prácticas de mejora. IV. El marco de la Administración pública en España. V. Prácticas de mejora en la Administración del Estado español. VI. Algunos ejemplos de prácticas de mejora en administraciones autonómicas públicas españolas. VII. Conclusiones. VIII. Referencias bibliográficas.

Resumen:

Desde un punto de vista eminentemente práctico, las administraciones públicas han comenzado a gestionar su función social como si de una entidad privada se tratara. Así, en un pretendido desarrollo y evolución favorable, han abierto sus esquemas productivos a la gestión de mejoras, implementadas a través del contacto y sugestión directa emanadas de la experiencia de los ciudadanos y de los empleados públicos que interrelacionan con la propia administración. Es por ello, que se ha entendido que la responsabilidad administrativa implica la observancia de las normas y el procedimiento, lo cual derivaría irremisiblemente en la exigencia de atender a los objetivos a través de un concreto análisis sobre los resultados.

El objetivo declarado por parte de la Administración, no es otro que el de alcanzar una administración que genere bienestar social y laboral, derivado de una actuación responsable y consecuente con la propia idiosincrasia de un Estado social y de derecho.

La fórmula elegida para activar esas sugerencias y participación externa e interna, es la que se reconoce como prácticas de mejora. Con ellas, la administración adquiere en su ámbito de gestión administrativa, una herramienta más para conseguir una meta final en el sentido de los objetivos marcados por Europa, la adquisición por la ciudadanía y por el propio empleado público que en ella trabaja, una visión muy favorable de la administración pública.

Palabras clave: Prácticas de mejora, participación, administración pública, gestión, ciudadano.

Abstract

From an eminently practical point of view, public administrations have begun to manage their social function as if it were a private entity. Thus, in a pretended development and favorable evolution, they have opened their production schemes to the management of improvements, implemented through direct contact and suggestion emanated from the experience of citizens and public employees that interrelate with the administration itself. It is for this reason that it is understood that the administrative responsibility implies the observance of the norms and the procedure, which would inevitably derive in the requirement to attend the objectives through a concrete analysis on the results. The declared objective of the Administration is none other than to achieve an administration that generates social and labor welfare, derived from a responsible action and consistent with the very idiosyncrasy of a social and legal State.

¹Letrada Asesora del Sindicato Comisiones Obreras. Doctora en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria-España. Email: hortensia.rodriguez@fsc.ccoo.es

The formula chosen to activate these suggestions and external and internal participation is what is recognized as improvement practices. With them, the administration acquires within its administrative management an additional tool to achieve a final goal in the sense of the objectives set by Europe, the acquisition by the citizens and by the public employee who works there, a vision Very favorable of the public administration.

Keywords: Practice of improvement, participation, public administration, management, citizen.

I. INTRODUCCIÓN

En la actualidad la Administración pública española no es más que la respuesta de un inmenso proceso de vicisitudes históricas que impiden, de hecho, tomar un punto de referencia que pueda determinar su origen. Así, y en no pocas ocasiones, el concepto de lo público ha venido presentando, en las discusiones contemporáneas, una aguda redefinición que rompe con aquella concepción, en la que se equiparaba “lo estatal con lo público y lo no estatal con lo privado”².

En este sentido, puede afirmarse que actualmente lo público desborda a lo estatal y se enmarca en la existencia de nuevas dinámicas, como pueden ser las que a continuación se detallan:

De un lado, nos encontramos con “la existencia de sistemas de administración pública supranacionales que no tienen como referente al Estado-Nación. Este es el caso de los sistemas, por ejemplo, de prestación de servicios de la Unión Europea, el cual puede considerarse un nuevo modelo de gestión pública, donde se asigna a un tercer sector, ONG y agentes privados la prestación de determinados servicios públicos bajo la regulación no de los Estados sino de la propia Unión Europea en su conjunto”³.

De otro lado, la pérdida paulatina de “la conformación de una sociedad civil global sin Estado mundial ni gobierno mundial”⁴, convirtiendo a los Estados actuales en sumisos a orbes superiores, pero no obstante a ello, aunque el Estado actual ceda gran parte de sus competencias y deba cumplir directrices de instituciones supraestatales, persiste la obligatoriedad del cumplimiento de las responsabilidades con respecto sus ciudadanos.

La Administración pública, se presenta como la herramienta que tiene el Estado para proporcionar los servicios públicos a la sociedad. Una sociedad, que en muchas ocasiones, se siente ninguneada por la falta de eficiencia o dilapidación de los recursos públicos, así como la falta de compromiso por parte los funcionarios públicos.

En la búsqueda de un mejor y más eficiente servicio al ciudadano, “la nueva gerencia pública constituye un paradigma de gestión, que combina los papeles de empresario y gerente”⁵. En este sentido, se plantea una modificación en el método de redistribución de los bienes y cargas esté orientada al ciudadano, posibilitando así, un auténtico reflejo de “la inserción de la perspectiva gerencial privada dentro del sector público”⁶.

Ello implica, entre otras cuestiones, que la actual gestión pública se aproxima al sistema utilizado en las empresas privadas, en términos de búsqueda de una mejor eficiencia y eficacia del servicio que se presta. Resultando en ocasiones, una gestión pública híbrida, totalmente asimilable a un marco de gestión

²CHICA VELEZ, S. “El rompecabezas de lo público”, en *Revista Polémica*, número 6, 2006, p. 83.

³GUERRERO, O. *La Nueva Gerencia Pública. Neoliberalismo en administración pública*, Fontamara S.A., México, 2004, p. 15.

⁴BECK, U. *¿Qué es la globalización?*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 129.

⁵GUERRERO, O. “Nueva gerencia pública: ¿gobierno sin política?”, *Revista Venezolana de Gerencia*, Venezuela, Año 8, n° 23, 2003, p.388.

⁶SAVOIE, D. “What is Wrong with the New Public Management”, *Revista Canadian Public Administration Review*, Volúmen 38, número 1, Canadá, 1995, p. 112.

privada, pues en ocasiones se cumple aquella paradoja de “la implantación de la imagen empresarial de los negocios privados dentro del gobierno, cuya idea es que el sector público esté en manos de gerentes profesionales⁷ dotados con un control activo, visible y discrecional sobre las organizaciones”⁸.

Este modelo que podríamos denominar neogerencial⁹, “desarrolla un diseño de objetivos por resultados, donde se formulan estándares explícitos y medidas de rendimiento, así como la definición de metas e indicadores de éxito, preferentemente expresados en términos cuantitativos”¹⁰. Así, “la noción de responsabilidad es configurada con base en una declaración nítida de metas, de modo que se pone énfasis en los controles de resultados, en tanto que la asignación de recursos se asocia a medidas de rendimiento. Asimismo se anteponen los resultados a los procedimientos, y se enfatiza la importancia de la evaluación y la eficiencia”¹¹.

Así, al ser hoy la democracia un concepto supranacional, la sociedad civil, entendida como “la sociedad organizada y ponderada de acuerdo con el poder que tienen los diversos grupos e individuos”¹², se constata como avanza ese continuo requerimiento de atenciones del ciudadano sobre las administraciones e incluso sucede una crítica constante a las fórmulas de gestión de las mismas.

Desde este punto de vista, la sociedad es un factor importante a tener en cuenta en la gestión pública y en su efectividad y eficiencia, que a todas luces “traspasa las fronteras nacionales y se configura desde nuevas agendas sociales, culturales, políticas y económicas cada vez más globales”¹³.

Además, hay que tener muy en cuenta que “a lo largo de la historia han existido líderes que aplicaban soluciones que hoy podrían ser perfectamente aceptadas”¹⁴, en materias de desarrollo de mejoras administrativas. En esta línea, en la era tecnológica presente, “la complejidad del mundo actual ha llevado a expertos en las ramas más diversas a definir teorías, técnicas, métodos o conceptos que puedan llevar al éxito a la Gestión Empresarial”¹⁵.

La idea preconcebida de que “las políticas públicas corresponden a acciones decididas, llevadas a cabo y autorizadas por el Estado, representado por el Gobierno, de cara a proteger o promover un bien considerado como de interés público”¹⁶, ha dado paso a una sistemática evolutiva en que la Administración

⁷ En este sentido, véase el Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (Boletín Oficial del Estado, núm. 261, de 31 de octubre de 2015), que en su título II titulado Personal al Servicio de las Administraciones públicas, dentro del capítulo II recoge al Personal Directivo, y lo define en el artículo 13 como “Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas (...)”.

⁸ LANE, J.E. “Will Public Management Drive Out Public Administration”, *Revista The Asian Journal of Public Administration*, Japón, Vol. 16, número 2, 1994, p. 139.

⁹ Expresión que no aparece recogida por la Real Academia de la Lengua Española a fecha actual, aunque es obvio que su significado es nueva gerencia, por la unión de la expresión neo (elemento prefijal de origen griego que entra en la formación de nombres y adjetivos con el significado de 'nuevo', 'reciente') y gerencial (término anglosajón, que se define en relación con cuestiones de gestión administrativa).

¹⁰ GUERRERO, O. “Nueva gerencia pública: ¿gobierno sin política?”, cit., 389.

¹¹ *Ibidem*, p. 389.

¹² BRESSER PEREIRA, L.C. *Lo público no estatal en la reforma del estado*, Paidós, Caracas, 1998, p. 29.

¹³ CHICA VELEZ, S. “Una mirada a los nuevos enfoques de la gestión pública”, en *Revista Administración y Desarrollo*, número 58, Escuela Superior de Administración Pública, Colombia, 2011, p. 58.

¹⁴ PÉREZ CAMPAÑA, M. *La Mejora continua, una necesidad de estos tiempos*. El Cid Editor, Córdoba (Argentina), 2009, p.5.

¹⁵ *Ibidem*, p.5.

¹⁶ ROTH DEUBEL, A.N. *Discurso sin compromiso. La política pública de los derechos humanos en Colombia*, Aura, 2006, p. 60.

pública se comporta como una empresa privada que busca satisfacer de la mejor manera las necesidades de sus “clientes”¹⁷.

Así entendido, el centro de la política pública, será la acción gubernamental, concebida como una construcción sociopolítica, donde confluyen diversos actores (estatales y no estatales) en diferentes campos institucionales. En ese sentido, la política pública ha trasladado su visión interna sobre las necesidades y formas de cubrir esas necesidades con una acción gubernamental más dinámica y más participativa, donde entran a valorarse las decisiones, la mayor parte de las veces, sobre ratios de aceptación social.

Un objetivo que, en la actualidad, algunos autores afirman que se en términos de ser “hoy los Estados nacionales los que tienden a supeditar sus agendas de política pública a las agendas de la sociedad civil”¹⁸. Completando esta idea, se observa la actual necesidad de nuevos espacios de construcción de opinión pública que rompan con las formas tradicionales de representación política y debate público.

Puede entenderse, sin miedo a errar, que hoy incluso más que en otros tiempos, los partidos políticos y los parlamentos atraviesan por una crisis de legitimidad, y “sobre todo en sus funciones de agregación de demandas e intereses”¹⁹. Pues aunque no es lo mismo la Administración pública y el ejecutivo, es cierto que los pasos del segundo marcan indubitadamente los del primero, incidiendo de forma decisiva en la propia idea que éste aplique a esa gestión pública.

El descontento global hacia la democracia representativa, las crisis económicas, los abusos legislativos y la más que denostada nula responsabilidad pública del gremio político, han hecho de la sociedad política un escenario desastroso y deteriorado a la vista del ciudadano de a pie.

La identificación errónea por el ciudadano de que la Administración pública representa al gobierno ha llevado a que ésta deba realizar esfuerzos descomunales para acercar la gestión administrativa al ciudadano. Pues en este sentido, estaríamos ante lo que la profesora Santana interpreta respecto de la autonomía de elección del ciudadano, “ante un objetivo de difícil realización que reclama, en todo caso, una organización social encaminada a darle el mayor realce posible”²⁰.

Con ello, se busca que la gestión administrativa pública se aproxime al administrado, de forma que éste se sienta parte de ella y coadyuve a aumentar la satisfacción percibida por la sociedad respecto de sus servicios públicos.

En este sentido, parece que hemos llegado al punto, como ya planteaba Habermas que “los nuevos escenarios privilegiados de la política y del reclamo público, son hoy los medios masivos de comunicación”²¹ adquiere todo su sentido, puesto que las redes sociales como Facebook, Twitter, Youtube, entre otras, permiten un constante bombardeo de opiniones y contactos que reordenan y supeditan determinadas actuaciones en el ámbito político y por ende, en el servicio administrativo público.

En este estado de cosas, parece impensable que no se establecieran sistemas de comunicación con los ciudadanos y con interlocutores externos e internos de la Administración pública que permita conocer, casi de primera mano, lo que se espera de ellos en la atención institucionalizada que realizan, y poder ir mejorando el servicio público que prestan.

Así, y acercándonos concretamente a una herramienta de búsqueda de calidad de servicios públicos, puede afirmarse que el origen de las Prácticas de Mejora en el entorno europeo, se encuentra en la labor del Instituto Europeo de

¹⁷ *Ibíd.*, p. 60.

¹⁸ BRESSER PEREIRA, L.C. *Lo público no estatal en la reforma del estado*, cit., pp. 29-30.

¹⁹ *Ibíd.*, pág., 32.

²⁰ SANTANA RAMOS, E.M., “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 29, 2014, p. 111.

²¹ HABERMAS, J. *Historia y crítica de la opinión pública*, Ediciones G. Gil, México, 1994, pp. 271-274.

Administración Pública (EIPA). Desde esta institución europea se promueve la implantación en Europa del denominado modelo CAF (Common Assesment Framework o Marco Común de Evaluación).

Este sistema es fruto de la cooperación y apoyo continuos desarrollados bajo las sucesivas presidencias de la Unión Europea. Implantándose como proyecto piloto en el 2000, e instaurándose su primera versión oficial en el año 2002.

Desde el Instituto Europeo de Administración Pública se apoya y difunde la plena implantación del modelo CAF a través de las delegaciones existentes en cada uno de los países miembros de la Unión Europea. En España esa gestión la realiza el Ministerio de Hacienda y Función Pública (MINHAFP), a través de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios (AEVAL).

El sistema de gestión pública CAF, está basado en un modelo generado en la Universidad Alemana de Ciencia Administrativas Speyer y aplicado por la Fundación Europea para la Gestión de la Calidad (EFQM). Por lo que, una vez se cuenta con la aprobación de los organismos implicados a nivel institucional europeo, fue desarrollado para su aplicación general, por el Grupo de los Servicios Innovadores de los Estados miembros (GSIE).

En materia de calidad de los servicios, por tanto, la utilización de este modelo permite incorporar los datos de autoevaluaciones de las propias instituciones y administraciones, lo que facilita incluso, la comparación con otros sistemas y desarrollos propios de la actividad. Pudiendo aplicarse por tanto una sistemática de unos entes y administraciones a otras, toda vez que se comprueba la efectividad conseguida previamente en ellas.

De entre las diferentes funciones que ejerce la AEVAL Española, se encuentra la de promover y desarrollar actividades de análisis, formación y asesoramiento tendentes a la mejora de la calidad en la gestión pública y en particular, las que le asigna el Real Decreto 951/2005, de 29 de julio, por el que se establece el marco general para la mejora de la calidad en la Administración General del Estado.

Por lo se constata, que en función de los resultados de cada ejercicio periódico de autoevaluación, validados según lo previsto en el artículo 20.3 de esa norma, las organizaciones autoevaluadas elaboran sus planes o programas de mejora.

De modo que, una unidad ministerial se constituye en responsable de la evaluación externa, y asesorará en el desarrollo de los planes de mejora elaborados, con la finalidad de identificar mejores prácticas y promover la transferencia de las lecciones y métodos aprendidos de las iniciativas de mejora implantadas. De este modo, las organizaciones deberán examinar el cumplimiento de sus objetivos de mejora en la siguiente autoevaluación que se realice.

En este sentido, es definitorio pensar que en la Unión Europea, la implantación de estas evaluaciones de calidad en la gestión pública reconocen la existencia de un interés en la eficiencia y eficacia del servicio que se presta al ciudadano desde las instituciones públicas estatales y supraestatales.

II. CONCEPTUALIZACIÓN SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración Pública puede abordarse desde diversos puntos de vista. En este sentido, puede verse desde una representación funcional en la que la Administración se concibe como un concepto dinámico que se contrapone a otras formas de manifestación del Poder Público, como la legislación o la jurisdicción y desde otro punto de vista, podría entenderse desde una perspectiva que denominaríamos orgánica, que entiende a la Administración como un conjunto de partes de una estructura que tienen como finalidad llevar a cabo la actividad administrativa.

Desde esta perspectiva observamos como en ambos sentidos se parte de un concepto previo de lo que es Administración, concepto que es preciso esclarecer para llegar a una definición precisa de lo que es la Administración Pública.

Atendiendo al sentido de su etimología la conceptualización que ofrece el término "administración", responde a la representación de que ésta se refiere a una función que se desarrolla bajo el mando de otro; de un servicio que se presta. Servicio y subordinación, son pues los elementos principales obtenidos²².

Una aproximación conceptual sobre el marco que comprende la Administración, nos conduce a que pueda ser considerada como una disciplina multinacional con el único objetivo de garantizar el interés público o privado desarrollada sustancialmente a través de una cultura administrativa compartida, cuyos elementos a través del intercambio de experiencias, la cooperación Internacional y el cultivo de la misma disciplina científica: la Administración pública²³.

Intentar un concepto unívoco sobre la conceptualización de la Administración, nos hace comprobar que no existe una definición universal que posibilite englobar el gran número de interpretaciones. Es precisamente por ello, que en la línea de Waldo "El efecto inmediato de las definiciones compuestas de una sola frase o de un solo párrafo cuando afectan el tema de la Administración pública es que producen más una parálisis mental que un esclarecimiento o una estimulación. Ello se debe a que una definición seria de éste término ha de contener inevitablemente algunas frases o palabras abstractas, difuminándose y a veces hasta perdiéndose la claridad del significado a medida que se va desarrollando este proceso"²⁴.

Para superar la supuesta imprecisión, apuesta Wilson por entender en una de sus obras que "La Administración es la parte más visible del gobierno; es el gobierno en acción; es el poder ejecutivo, el que actúa, el aspecto más visible del gobierno y es, desde luego, tan vieja como el gobierno mismo"²⁵. O la que apunta Leonard White cuando la define entendiendo a "la Administración pública como el management de hombres y materiales para lograr los propósitos del Estado"²⁶.

Vistas así las cosas, la Administración pública, puede entenderse como un reparto en las funciones de la Administración en general, que en última instancia tiene como objetivo evidente la realización que persigue el Estado. Cabe decir, que entre los fines que persigue el Estado se encuentran entre otros, los intereses generales tutelados por el ordenamiento jurídico. Por ello, no resulta extraño que en el lenguaje común se pueda reconocer a la Administración pública como la Administración del Estado. Sin perjuicio de la libertad que ostenta hay que tener en cuenta que esa libertad tiene mayores competencias en el ámbito del Poder Legislativo, porque el Poder Ejecutivo se encuentra a aquél por la regulación normativa misma²⁷.

Ahora bien, a tal respecto, debe tenerse presente que la Administración el "qué" hace referencia a la sustancia, o el conocimiento que se ostenta sobre un campo de actuación y que permite al administrador ejercer su labor. Sin embargo, cuando hacemos referencia al "cómo", estamos valorando las metodologías de gerencia o los principios empleados para alcanzar objetivos. Este binomio entre el "que" y el "como" constituyen la síntesis que instituye a la administración"²⁸.

²² REYES PONCE, A. *Administración de empresas. Teoría y prédica*, Limusa, México, 1993, pp. 15-16.

²³ GUERRERO, O. *Teoría administrativa del Estado*, Oxford University Press, México, 2000, p. 194.

²⁴ WALDO, D. *Administración pública. La función administrativa, los sistemas de organización y otros aspectos*, Trillas, México, 1967, p. 6.

²⁵ WONG, W. "Public Administration in a Global Context: Bridging the Gaps of Theory and Practice between Western and non-Western Nations", *Public Administration Review*, Volumen 58, número 1, enero-febrero de 1998, p. 85.

²⁶ WHITE, L. *Introducción al estudio de la administración pública*, Compañía General de Ediciones, México, 1964 p. 1.

²⁷ LÓPEZ BASILIO, H. *Elementos de administración*, Pax, México, 1974, pp. 27-28

²⁸ DIMOCK, M. E. "The Restorative Qualities of Citizenship", *Public Administration Review*, Volumen 5, número 1, enero-febrero de 1990, p. 3.

Conocer la perspectiva 'ratio essendi' de la Administración en nuestro país, resulta útil para descifrar las claves de su actual configuración, así como para valorar el recorrido que le ha permitido llegar a la situación en que se encuentra este momento.

En este sentido, afirma Guerrero que "la Administración pública no sólo es uno de los fenómenos más evidentes del mundo moderno, sino también de los mejor estudiados"²⁹, y cuenta con un solo objeto de estudio, que es la actividad organizada del Estado.

Llegados a este punto y teniendo como objetivo declarado el interés público que debe regir la Administración pública, existen autores que reclaman una adecuación en cuanto a las administraciones públicas. Llegando incluso a debatir "si se puede vivir sin el sector público, es decir, sin instituciones y sin una estructura organizacional compartida que articule el funcionamiento democrático de la sociedad civil"³⁰. Si bien es cierto que las Administraciones Públicas nacen para servir a los ciudadanos, de modo que puedan vivir como tales, no es menos cierto que, para que la sociedad tenga un funcionamiento eficaz y adecuado resulta del todo necesario que, las administraciones cuenten con una serie de instrumentos y recursos que posibiliten ese objetivo.

En el panorama actual, la evolución sufrida en gran parte de los Estados democráticos, pone de manifiesto la necesidad de una Administración más colaborativa que pueda dar respuestas a las necesidades sociales. Para ello, qué duda cabe deberá aprender de los errores y comenzar sobre un pilar estructural que resulte más cercano, más comprensivo en aras de alcanzar ese interés general como objetivo declarado.

Indiscutiblemente resulta una tarea ardua, ya que "en escenarios complejos como los que estamos atravesando, algunas voces cuestionan la utilidad de lo público y la razón de ser de la Administración"³¹.

No obstante, parece obvio que las sociedades actuales, más que nunca, necesitan un entramado institucional que materialice las necesidades burocráticas del ciudadano. Una sociedad sin Administración Pública es una sociedad desarticulada y sin capacidad de gestionar la voluntad de sus ciudadanos, "sin instituciones públicas, un grupo humano no es una sociedad, es algo más parecido a una horda"³².

Por lo que finalmente, parece más cierto que la Administración Pública es imprescindible y que lo que debe suceder es que paulatinamente mejore en la gestión que realiza y que es su razón de ser. En esa línea, se debe aspirar a la mejor Administración posible.

El valor de la Administración pública estriba fundamentalmente en el conjunto de vivencias que tiene en el desarrollo de la sociedad y que son la materia prima para categorizarla como una de las modalidades de la acción gubernamental³³.

En este sentido, "el mundo de la Administración pública son los hechos sociales, políticos y gubernamentales. Distante de ellos se convierte en una caja de pandora. Su organización y funcionamiento tienen su justificación en las relaciones de sociabilidad que configuran a la comunidad civil y política. Por tanto, el espacio y el tiempo que les corresponden, determinan su modo de obrar en el cumplimiento

²⁹ GUERRERO, O. *La administración pública a través de las ciencias sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010, p. 14.

³⁰ MAS, C. "Manual ¿En qué hay que transformar la Administración Pública española? Cómo afrontar el reto del cambio del sector público", PWC, Madrid, 2014, p. 4.

³¹ *Ibidem*, p. 4.

³² *Ibidem*, p. 5.

³³ DENHARDT, J.V. "Strategic Management Spin-offs of The Deming Approach," *Journal of Management History*, 5(8), 1999, pp. 516-531.

de las tareas relacionadas con el orden, la seguridad, la promoción económica y el bienestar social”³⁴.

Pues, en este claro devenir del futuro, “el desarrollo científico y tecnológico, la formación de la nueva economía, la vigencia de la sociedad del conocimiento y la democratización del poder, son rubros que tienen elementos no convencionales, que están influyendo en el desempeño propio de la Administración pública. La importancia de los elementos estructurales de la sociedad -crisis, cambio, renovación, innovación, desarrollo vinculan en la actualidad y de cara al futuro, otros factores para analizar el comportamiento institucional -planes, políticas, proyectos, en definitiva, resultados de la Administración pública”³⁵.

La línea de mejora continua de la Administración se gestiona, entre otros instrumentos con la implementación de prácticas de mejora que actualizan, desarrollan y gestionan una mejor adaptación de la Administración y el servicio que prestan a la sociedad en que lo hacen.

III. LAS PRÁCTICAS DE MEJORA

Una sociedad que se precie de ser sociedad democrática y social debe apostar por una Administración pública eficaz con capacidad de llevar a cabo una gestión transparente. El cuestionamiento que versa sobre la identificación de la Administración como herramienta eficaz al servicio de la sociedad civil, debe ahondar todos sus esfuerzos en aras de garantizar las necesidades en mundo globalizado.

No cabe duda que existe una transformación en la sociedad y las Administraciones no siempre lo hacen al mismo ritmo, lo que puede provocar que estas se conviertan en un freno al desarrollo. Para evitarlo, es necesario cambiar enfoques, estructuras y prácticas propias de otros siglos que impiden responder a los ciudadanos tal y como estos demandan.

No cabe duda que una línea de mejora implica, al menos, una modificación del sistema organizativo de la Administración Pública. En este sentido, esa transformación no sólo se proyecta en el ámbito del sector público, un cambio en la mentalidad de la comunidad social y la comunidad empresarial entre otros, ya que la Administración pública se encuadra en un espacio global³⁶.

Así lo reconoce Bañón cuando entiende que “Las autoridades buscan la eficacia en la prestación de los servicios para ser competitivas, para poder ofrecer mayor satisfacción a los ciudadanos y obtener mejor cuota electoral. Ahora bien, los partidos en la oposición dirigen parte de sus esfuerzos a poner en evidencia las omisiones y la ineficacia de las políticas del gobierno. La Administración está en el centro de esa doble presión de demandas —divergentes en el origen pero que confluyen en la finalidad y la de los ciudadanos para actuar con eficacia democrática”³⁷.

Las prácticas de mejora en las administraciones públicas puede definirse como una forma de participación institucional y democrática del entorno de esa Administración, consiguiendo una interacción de esa Administración con los administrados y con sus propios empleados, para con ello acercarse a un objetivo de calidad, previamente establecido con ratios basados en la experiencia previa de otras administraciones.

Para Villoria la modernización viene entendida en “España y en algún otro país como paraguas conceptualizador bajo el que se acogen todo este conjunto de

³⁴ UVALLE BERONES, R. *La recuperación conceptual y metodológica de la administración pública*, Red Convergencia, México, 2006, p. 253.

³⁵ *Ibidem*, p. 254.

³⁶ PRATS, J. *De la burocracia al management. Del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*, INAP, Madrid, 2005, pp.17-26

³⁷ BAÑÓN, R. “La modernización de la Administración Pública española. Balance y perspectivas”, en *Política y Sociedad*, N° 13, Madrid, 1993, pp. 9-20

fenómenos de adaptación. Fenómenos que parecen intentar alumbrar un nuevo paradigma de gestión pública, una nueva forma de pensar sobre la acción de gobernar y cómo ha de materializarse ésta. El denominado paradigma burocrático parece estar llegando a la fase final de su existencia, aun cuando los rasgos nítidos del nuevo paradigma no parecen surgir con plena capacidad”³⁸

En la línea, Lipset propone una serie de propuestas en cuanto a las transformaciones, en un espacio democrático cuando reconoce que “la estabilidad de un determinado sistema democrático no depende sólo de su eficacia en la modernización, sino también de la eficacia y la legitimidad del sistema político. Por eficacia se entiende la actuación concreta de un sistema político; en qué medida cumple las funciones básicas de gobierno, tal y como las definen las expectativas de la mayoría de los miembros de una sociedad y las de los grupos poderosos que hay dentro de ella, que podrían constituir una amenaza para el sistema, como, por ejemplo, las fuerzas armadas. La eficacia de un sistema político democrático, caracterizado por una burocracia eficiente y un sistema de toma de decisiones capaz de resolver problemas políticos, puede diferenciarse de la eficacia del sistema considerado en su totalidad, aunque, por supuesto, el fracaso del funcionamiento de la sociedad en su conjunto influirá en el subsistema político. La legitimidad implica la capacidad de un sistema político para generar y mantener la convicción de que las instituciones políticas existentes son las más convenientes o apropiadas para la sociedad”³⁹

La propuesta de transformación de la gestión pública que ha protagonizado la Administración pública durante estos últimos años se ha originado principalmente por “una situación de crisis fiscal: fruto, por un lado, de los cambios en el sistema económico internacional y, por otro, de la creciente demanda de servicios y de regulaciones que reciben los sistemas políticos nacionales. Esto ha provocado tensiones que han conducido a elaborar respuestas políticas de gran envergadura, enfocadas al control presupuestario y a la reducción de los servicios públicos, así como a una serie de medidas encaminadas a privatizar las operaciones gubernamentales y a desregular las actividades de las empresas privadas”⁴⁰

Así, ante este panorama, esa línea de conocimiento que significa la participación de miembros de dentro de la organización y la colaboración de miembros externos se vuelve necesaria por cuanto con ello se consigue un conocimiento más cercano a la realidad de cada entorno, facilitando la cercanía a la opinión pública y una mayor calidad de esa rama de la Administración.

De forma práctica, la visión que ofrecen estas recomendaciones o mejoras es la de un enfoque multidisciplinar conformado con la ayuda de miembros internos y externos al servicio público.

Precisamente por ello, los miembros de la Administración aplicante de prácticas de mejora, aportan ideas derivadas de su experiencia cotidiana en la actividad propia de la entidad, y los administrados pueden colaborar mediante encuestas y/o sugerencias que consiguen aproximar la idea que se tiene de la calidad del servicio en cuestión.

Desde fuera, generalmente mediante encuestas, se consigue que sea el propio ciudadano quien diga qué cuestiones son mejorables y cuáles son admisibles que funcionen como hasta el momento.

³⁸ VILLORIA, M. “Modernización administrativa y gobierno postburocrático”, AA.VV. R. Bañón Martínez y Ernesto Carrillo (eds.) *La nueva Administración Pública*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1997, p.77.

³⁹ LIPSET, S.M. “Algunos requisitos sociales de la democracia: desarrollo económico y legitimidad política”, en A. Batlle (ed.) *Diez textos básicos de ciencia política*, Ariel, Barcelona, 2001, p.130

⁴⁰ AUCOIN, P. “Reforma administrativa en la gestión pública: paradigmas, principios, paradojas y péndulos”, en AA.VV. Q. Brugué y J. Subirats (eds.) *Lecturas de Gestión Pública*, Ministerio de Administraciones Públicas, Boletín Oficial del Estado y Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1996, pp. 493

Las prácticas de mejora, se presentan como un chequeo interno y externo de la propia actividad de la Administración actuante frente a ciudadanos. En la búsqueda de la calidad que constituya un reflejo de satisfacción del ciudadano frente a la Administración pública con la que interactúa de forma cotidiana.

Así, se traslada ese reflejo a un sistema de medidas tasadas que permiten modificar y variar cualquier condición de uso que sigue esa Administración, en aras de mejorar la atención y sistemas de gestión de la Administración pública frente al administrado.

IV. EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN ESPAÑA

Es el contenido del artículo 149 de la Constitución española de 1978 quien dispone jurídicamente las competencias que resultan atribuibles al Estado español para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas. Se desprende del contenido de ese artículo de esta norma que en el modelo español, la función pública no puede observarse como un colectivo uniforme, entre otras cuestiones porque existe una pluralidad de Administraciones que pueden derivar del Estado, de las Comunidades Autónomas o la de las Corporaciones Locales, entre otras⁴¹. Esta diversidad se proyecta directamente en la posibilidad de autonomía conforme a las atribuciones que le resultan atribuibles por la propia Constitución española.

Así lo defiende Meilán Gil cuando defiende que “la Constitución habla de poderes del Estado y de poderes constitucionales del Estado en el sentido tradicional de la teoría de la división, pero también utiliza la expresión “poderes públicos”, con un alcance más amplio que el Tribunal Constitucional entiende como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder imperio derivado de la soberanía del Estado”⁴².

Los nuevos retos que afronta Administración pública española, exige una Administración eficiente, eficaz, progresiva y adecuada a las necesidades de atención de sus ciudadanos. En este sentido, el constituyente español en este sentido, deja claro el objetivo declarado en el artículo 53.3 en conformidad con los derechos que derivan de la misma con los administrados.

En ese proceso de adaptación, los Estados europeos implementan programas que procuren acercar la realidad de la Administración pública a esa meta. La actividad cotidiana del ciudadano en sede de trámites administrativos muchas veces no es refrendo de la consecución de ese objetivo, ni de la voluntad manifiesta de los gobernantes y directivos de las administraciones públicas.

Es por eso que en la línea que defendiera Prats, “ante la situación que asola al modelo español, no cabe duda que hay razones más que sobradas, para impulsar un cambio en las administraciones públicas que permita la modernización y adecuación de sus estructuras administrativas”⁴³.

En España, los denominados programas de modernización y que podríamos considerar iniciantes de los enfocados a prácticas de mejora de la Administración pública, comienzan a instaurarse a finales del siglo XX.

Así, el programa de modernización más conocido es el promovido por la Administración General del Estado que se inicia con el estudio del Ministerio para las Administraciones Públicas denominado *Reflexiones sobre la Modernización de la Administración General del Estado*, cuya redacción definitiva culminó en 1989.

Por su parte, este informe hace un diagnóstico general sobre los males que aquejan a la Administración General del Estado (y que son similares a los que padecen el

⁴¹ MEILÁN GIL, J. L. “La Administración Pública: naturaleza jurídica”, *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Álvarez Conde (coord.), Madrid, MAP, 1998, p. 500.

⁴² *Ibidem*, pp. 501 y ss.

⁴³ PRATS, J. *De la burocracia al management. Del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*, cit., pp. 55-59

resto de administraciones) y establece unas líneas estratégicas de cambio del modelo actual.

Esa sistemática realiza un nuevo diseño de una organización modular (básicamente unas direcciones generales con autonomía de gestión de los recursos internos para lograr unos objetivos predefinidos), el rediseño de los servicios comunes de apoyo a los módulos (una fuerte reducción, e incluso desaparición, de los órganos transversales de los ministerios), una redefinición de la organización y del papel de los organismos autónomos, la incorporación de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones, criterios sobre desconcentración y procedimiento, establecimiento de nuevos sistemas de control y una importante reforma de la estructura de la función pública.

Así, el Plan de Modernización de la Administración General del Estado se puso en marcha en abril de 1992 con una orientación que impulsó la realización de proyectos modernizadores concretos, aprovechando las posibilidades que ofrecían los marcos jurídicos del momento y, contando con la colaboración sindical puesta de manifiesto en el Acuerdo para modernizar la Administración General del Estado y mejorar las condiciones de trabajo

En esa línea, se programaron nuevas metas para la transformación efectiva de la realidad en beneficio del ciudadano mediante más de doscientos proyectos de mejora, con un horizonte temporal que abarcaba en la mayoría de los casos varios años.

Una vez son analizados los contenidos finales de estos proyectos de mejora, son constatables los cambios a la baja en el nivel de profundidad y de amplitud con respecto al diseño organizativo y a los objetivos estratégicos anunciados por las *Reflexiones sobre la Modernización de la Administración General del Estado*.

Aunque, es satisfactorio comprobar que algunas cuestiones se salvan de esa crítica y con gran acierto han sido de gran valor en el desarrollo de una Administración pública más cercana y eficiente. Así, como ejemplo, la unificación de trámites mediante ventanillas únicas o sistemas similares, las cartas de servicio, que reconocen las gestiones y tiempos máximos de atención de cada una de ellas, la formación permanente de los gestores y empleados públicos, son considerados éxitos dentro de los pasos dados para esa modernización tan necesaria.

En este sentido, se implementan distintas acciones que repercutan en el conocimiento de los gestores de las administraciones públicas en esa línea de mejoramiento continuo.

Por su parte, afirma Chica Ramos estar convencida de que el valor que aporta a la sociedad y a los ciudadanos en particular, una buena gestión pública, lo que denomina “forma de hacer” habitual de nuestras administraciones, tendría que mejorar notablemente si quiere cumplir su misión de facilitar la vida a los ciudadanos⁴⁴. En su estudio para la implementación de prácticas de mejora en el departamento de recursos humanos, afirma que resulta necesario entender que “cada pieza del puzle tiene una valiosa información sobre la situación. Era necesario juntar todas las piezas y después decidir qué hacer con el puzle, sin perder la oportunidad de hacernos conscientes todos los responsables del área de esa pertenencia, para analizar los problemas y trazar la perspectiva de futuro de manera conjunta”⁴⁵.

Esta idea puede anticipar lo que en la administración pública significa la gestión de prácticas de mejora avanzadas, esto es, la búsqueda del mejor sistema público que pueda ofrecerse al ciudadano, la mejor atención, la mejor gestión, la mejor eficiencia, en definitiva, una gestión pública que valide su calidad a través de ratios eficaces y concluyentes y que el ciudadano perciba positivamente.

⁴⁴ CHICA RAMOS, M.J., Plan de mejora de la calidad en la gestión de personas”, *IV Curso Dirección Pública Local*, Diputación Jaén, Jaén, 2007, p.6.

⁴⁵ *Ibíd.*, p.8.

V. PRÁCTICAS DE MEJORA EN LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO ESPAÑOL

Según reza la propia página web del Instituto Nacional de la Administración pública (INAP), la Administración pública es una pieza clave en una sociedad avanzada⁴⁶. Y una Administración pública moderna, ágil y eficiente es determinante para lograr una sociedad con mayores cotas de bienestar y de calidad de vida. Para lograr alcanzar estas metas, la Administración actual necesita creatividad e innovación.

La Administración pública debe asumir un rol ejemplar de liderazgo con respecto a la innovación, a través de la mejora de los servicios públicos, la orientación a la ciudadanía y a las empresas y la eficiencia operativa, entre otros. En este sentido, procede desarrollar el concepto de innovación pública, entendido como la aplicación de ideas y prácticas novedosas en el ámbito de la gestión pública con el objetivo de generar valor social.

El Instituto Nacional de Administraciones Públicas español pretende ejercer el liderazgo como promotor de la innovación en la Administración pública, mediante la aplicación de ideas y prácticas novedosas en el ámbito de la gestión pública, con el objetivo ya mencionado de generar valor social.

En esa línea de actuación, se ha desarrollado el novedoso Proyecto Innovación social con la intención de creación de valor público en la Administración General del Estado español.

Dicho proyecto, que se desarrolla en colaboración con la Universidad Miguel Hernández de Elche, tiene como objetivo general indagar en el estudio, dinámica e institucionalización del concepto de innovación social, con la finalidad de proponer la creación de un Observatorio de Innovación Social.

A su vez, este estudio sobre innovación social, permite lograr los siguientes objetivos específicos:

- a) Un análisis de los distintos enfoques de innovación social.
- b) La creación de una base de datos de innovación social de buenas prácticas tanto nacionales como internacionales.
- c) Identificar las barreras que actúan contra la innovación social.
- d) Establecer estrategias para la promoción de la innovación social por parte de las distintas Administraciones públicas.

El concepto de innovación social y su implementación en la estructura de gestión de la Administración pública española, deriva del proyecto de la Comisión Europea, enmarcado en su Estrategia Europa 2020, que se lanzó en el año 2010 como iniciativa emblemática denominada "Unión por la Innovación", en la que la apuesta por la innovación social se menciona como elemento clave. Dicha iniciativa define el concepto de Innovación Social como *"La Innovación Social consiste en encontrar nuevas formas de satisfacer las necesidades sociales, que no están adecuadamente cubiertas por el mercado o el sector público... o en producir los cambios de comportamiento necesarios para resolver los grandes retos de la sociedad... capacitando a la ciudadanía y generando nuevas relaciones sociales y nuevos modelos de colaboración. Son, por tanto, al mismo tiempo innovadoras en sí mismas y útiles para capacitar a la sociedad a innovar..."*⁴⁷.

Así, puede decirse que la principal razón de ser, la "ratio essendi" de las prácticas de mejora es conseguir la innovación social, entendida ésta como lo hace la Comisión Europea, en un marco amplio que permita capacitar a las administraciones públicas para cubrir las necesidades sociales existentes.

En este sentido, las prácticas de mejora irán encaminadas a una mejor funcionalidad de la Administración, pero con la finalidad última de conseguir un progreso considerable en la atención que presta al ciudadano.

⁴⁶ Véase en www.inap.es

⁴⁷ Proyecto "Innovation Union" (European Commission 2010/10/6)

Sería la versión moderna de “lo mejor para el pueblo, pero con el pueblo”, eludiendo en lo posible acciones paternalistas incoherentes con la función pública que se presta, modificando de plano el antiguo “lema” del despotismo ilustrado, “Todo para el pueblo pero sin el pueblo”, donde el Rey actuaba con espíritu paternalista con sus súbditos, haciendo siempre lo mejor para ellos, pero sin contar con ellos, por considerarlos inmaduros o incapaces. La innovación social, la implantación de prácticas de mejora en la Administración pública española promueve una continua participación desde foros expertos, pero también desde la ciudadanía y los propios empleados públicos, de modo que se conozca en qué y cómo mejorar en perspectivas diversas y con una visión amplia de la gestión que se presta.

Según el Consejo Global sobre Innovación Social del [World Economic Forum](#)⁴⁸, innovación social es la aplicación de enfoques novedosos, prácticos, sostenibles y de mercado, que logran cambios sociales o medioambientales positivos con énfasis en las poblaciones más necesitadas.

Aplicado al tema que nos ocupa, las prácticas de mejora significan innovación social por cuanto miran al ciudadano y en base a sus necesidades expresadas y requeridas, prevén una estructura profesional y una ‘actio gestionis’ definida en un marco de participación institucional amplio.

Los cambios que se producen tras la aplicación de prácticas de mejora y el desarrollo de los objetivos marcados por el análisis derivado de sus resultados, confluyen en cambios sistemáticos de trabajo de la propia Administración pública.

Puede entenderse, en este sentido, tal y como lo hiciera Villoria, que esta visión debe implicar la aceptación de tres principios básicos. Primero, que las variables que operan en el proceso de cambio no son sólo económicas; hay variables económicas y sociales en el entorno externo y, sin lugar a dudas, factores internos idiosincrásicos, como la cultura política y cívica, el liderazgo o la estructura del sistema político⁴⁹, que matizan o adaptan las influencias externas al país y circunstancia específica. Segundo, que la fuente principal de cambio son los cambios sociales y económicos que se producen fuera del sistema político. Dichos cambios impactan en la estabilidad del sistema y la consecución de un relativo equilibrio se produce en función de la participación social en la respuesta. Si dicha participación se logra institucionalizar, es decir, si el sistema consigue procesar de forma coherente la nueva estructura de demandas, se logrará la nueva y frágil estabilidad⁵⁰. Tercero, que dado que las variables que actúan en el proceso son numerosas, cualquier reduccionismo es altamente peligroso para la adecuada respuesta final; de ahí que, desde una perspectiva científica, se tenga que intentar evitar los reduccionismos ideológicos en la selección de las causas⁵¹.

Con esto no solo se acierta a permitir un acceso a la modernización y adaptación al inevitable progreso social y tecnológico de las actuales administraciones públicas, sino que se consigue una proximidad al ciudadano y a las expectativas que tiene del ente público, que han de ser consideradas y tenidas en cuenta como base indiciaria de todo cambio.

⁴⁸ Véase en <https://www.weforum.org/>. Según su propia definición, el World Economic Forum (Foro Económico Mundial) es una organización internacional comprometida en mejorar el estado del mundo, mediante la cooperación público-privado. El foro comunica la política, los negocios y otros sistemas líderes de la sociedad en forma global, regional así como las agendas de las grandes industrias. Fue creado en 1971 como una fundación sin ánimo de lucro y tiene su sede en Ginebra, Suiza. Es independiente, imparcial y no atado a sus intereses especiales. El foro se esfuerza en todos sus esfuerzos en demostrar el espíritu empresarial en el interés público global manteniendo los mayores niveles de eficacia de los gobiernos. Su enseña es la integridad moral e intelectual y poner el corazón en todo lo que hace” (extracto de su página web, visitada el día 20 de junio de 2017).

⁴⁹ HUNTINGTON, S. P. “The Change to Change, Modernization, Development and Politics”, *Comparative Politics*, Volúmen 3, número 3, 1971, pp. 14-15.

⁵⁰ *Ibidem*, pp. 14-15.

⁵¹ VILLORIA, M. “Modernización administrativa y gobierno postburocrático”, cit., p. 80

Pues no cabe duda que utilizar sistemas de consulta, participación y gestión mediante la implementación de prácticas de mejora y otras herramientas para conseguir la excelencia en la calidad del servicio que se presta, es una meta atribuible a empresas privadas y su entorno que ahora se aplica a las entidades públicas con unos objetivos de fiabilidad, eficiencia, eficacia, transparencia y buen gobierno.

VI. ALGUNOS EJEMPLOS DE PRÁCTICAS DE MEJORA EN ADMINISTRACIONES AUTONÓMICAS PÚBLICAS ESPAÑOLAS

- Prácticas de mejora en Andalucía

En el Decreto 317/2003 de la Junta de Andalucía, de 18 de noviembre, por el que se regulan las Cartas de Servicios, el sistema de evaluación de la calidad de los servicios establecen los Premios a la Calidad de los servicios públicos. Mediante este Decreto se crean los Premios a la Calidad de los Servicios Públicos y Administración Electrónica, teniendo como fundamento el modelo EFQM⁵² de excelencia.

Así, nace el Centro Andaluz de Excelencia en la Gestión (CAEG), que colabora intensamente en la evaluación de las candidaturas que se presentan a esos premios.

Mediante este sistema de concurso, se han recopilado una diversidad de buenas prácticas de gestión identificadas en una memoria y una línea de publicaciones sobre esa temática concreta, que consigue un conocimiento añadido sobre prácticas de mejora para otros entes y administraciones públicas y privadas. En este sistema aplicado a las administraciones públicas andaluzas, para la clasificación de las buenas prácticas de gestión, se ha utilizado el mencionado modelo EFQM de Excelencia, que cuenta con 9 criterios divididos en 32 subcriterios, de los que los 24 primeros hacen referencia a agentes facilitadores (lo que la organización hace) y los 8 restantes a los resultados (lo que la organización

⁵² EFQM se define como Modelo Europeo de Excelencia Empresarial, está patrocinado por la Comisión de la Unión Europea. El Modelo EFQM es un modelo no normativo, cuyo concepto fundamental es la autoevaluación basada en un análisis detallado del funcionamiento del sistema de gestión de la organización usando como guía los criterios del modelo. Esto no supone una contraposición a otros enfoques (aplicación de determinadas técnicas de gestión, normativa ISO, normas industriales específicas, etc.), sino más bien la integración de los mismos en un esquema más amplio y completo de gestión. La utilización sistemática y periódica del Modelo EFQM por parte del equipo directivo permite a éste el establecimiento de planes de mejora basados en hechos objetivos y la consecución de una visión común sobre las metas a alcanzar y las herramientas a utilizar. Es decir, su aplicación se basa en una comprensión profunda del modelo por parte de todos los niveles de dirección de la empresa y en la evaluación de la situación de la misma en cada una de las áreas. El Modelo EFQM consta de dos partes, por un lado, un conjunto de *criterios* de excelencia empresarial que abarcan todas las áreas del funcionamiento de la organización, por otra, un conjunto de reglas para evaluar el comportamiento de la organización en cada criterio. Además, hay dos grupos de *criterios*, los *Resultados* (Criterios 6 al 9) representan lo que la organización consigue para cada uno de sus actores (Clientes, Empleados, Sociedad e Inversores). los *Agentes* (Criterios 1 al 5) son aspectos del sistema de gestión de la organización. Son las causas de los resultados. Para cada grupo de criterios hay un conjunto de reglas de evaluación basadas en la llamada "lógica REDER". Según la cual, los *resultados* han de mostrar tendencias positivas, compararse favorablemente con los objetivos propios y con los resultados de otras organizaciones, estar causados por los enfoques de los agentes y abarcar todas las áreas relevantes. Los *agentes* han de tener un enfoque bien fundamentado e integrado con otros aspectos del sistema de gestión, su efectividad, ha de revisarse periódicamente con objeto de aprender y mejorar, y han de estar sistemáticamente desplegados e implantados en las operaciones de la organización (datos de la web <http://guiadelacalidad.com/modelo-efqm/modelo-efqm>, visitada el día 20 de junio de 2017)

obtiene). Así, para el desarrollo del estudio se han utilizado básicamente los subcriterios que se refieren a lo que hace la organización y que son realmente los que incluyen en sus prácticas de gestión.

Por lo que las mejores prácticas fueron clasificadas en los siguientes conceptos: liderazgo, política y estrategia, personas, alianzas y recursos y procesos.

Es sumamente interesante comprobar cómo el uso de las sistemáticas de medición y algunos de los datos e información utilizados son:

- Sistema de información: A través de los datos suministrados por el Sistema de Ayuda a la Explotación (SAE), se gestionan online los servicios equipados con este sistema, y se rectifican los valores obtenidos por los otros métodos de medición.

- Inspecciones del material e instalaciones: Son llevadas a cabo por los/as inspectores/as de la Organización según las instrucciones de Sistema de Gestión Integrada.

- Informes proporcionados por distintas asociaciones publican periódicamente comparativas que recogen numerosos datos de interés fundamentalmente obtenidos de sus entidades asociadas.

- Control de clientes: Se detecta la eficacia del servicio de venta, información en puntos estratégicos, etc., a través del Departamento de Comercial y Marketing mediante la red de distribución.

- Encuestas de Satisfacción de Clientes. A modo de ejemplo, se ha comentado que de las inspecciones y demás información diaria se elabora "un informe diario de situación de los objetivos". En él se analizan "las desviaciones diarias", tomando "las acciones inmediatas" oportunas que podrá remitir a otras áreas que están afectadas. Estas desviaciones podrán originar una no conformidad, de la cual se remitirá una copia al departamento afectado según sistemática descrita en el procedimiento de no conformidades, acciones correctivas y preventivas del Sistema de Gestión Integrada. Determinando las mejoras aplicables en consecuencia directa con la disconformidad recibida o así calificada.

Puede entonces afirmarse que de un modo integral, la gestión de la actividad propia de la Administración, confluye con un control de eficacia y eficiencia en los medios aplicados y la actividad ejercida, para con ello, proceder a implementar recursos y sistemáticas favorables a la mejor actuación en ese concreto sistema o campo de la función pública.

Los resultados de la aplicación del sistema de prácticas de mejora pueden resumirse en que la Administración se vuelve una Administración más cercana, productiva frente al ciudadano que la necesita y utiliza, ágil en los trámites, atención personalizada, cercanía en la gestión y búsqueda de soluciones a los problemas surgidos en la gestión cotidiana de trámites administrativos.

La búsqueda constante de la satisfacción del ciudadano se asemeja ahora a la que incesantemente exploración una empresa privada de mejores medios de atraer clientes para sus productos. Pues el resultado deseado para éste es la atracción y reconocimiento del cliente en su labor. Puede decirse que la Administración moderna pretende los mismos objetivos, que el ciudadano, ahora trasladado a cliente, sea atraído y reconozca la labor que realiza, para mantener esa calidad que exige el ciudadano a todas las instituciones públicas actuales.

- Prácticas de mejora en Castilla la Mancha

El Decreto 77/2009, de 29 de octubre, por el que se regulan los grupos de mejora de la Administración de la Comunidad de Castilla y León desarrollaba el Plan Marco de Mejora y Calidad de los Servicios de la Administración de Castilla y León, aprobado por Decreto 46/2000, de 9 de marzo, que recogía, en su Actuación 9, la previsión de la constitución y funcionamiento de grupos de mejora.

Esa previsión se materializó con la publicación de la Orden de 21 de febrero de 2001, de la Consejería de Presidencia y Administración Territorial, por la que se regula la constitución y funcionamiento de grupos de mejora.

Los Grupos de Mejora están formados por empleados públicos cuya intención es mejorar la calidad de los servicios públicos en relación a los cuales desarrollan su trabajo. Su modo de actuar se basa en el análisis de los problemas y la elaboración de propuestas de mejora, en forma de planes de acción, que son implantados por el propio grupo.

Estos grupos fueron creados en el año 2001 como experiencia pionera en el sector público de nuestro país, resultando ser actualmente una estructura consolidada que permite la mejora de la atención al ciudadano y la modernización de la Administración castellana y leonesa.

El paulatino incremento del número de grupos, de sus planes de acción y la necesaria previsión de formación de sus integrantes, hizo necesario revisar su normativa regulatoria vigente publicándose así el Decreto 77/2009 por el que se regulan los Grupos de Mejora de la Administración de Castilla y León.

Puede, entonces afirmarse que los grupos de mejora constituyen un sistema participativo mediante el cual los empleados públicos que los integran implantan medidas de gestión de la calidad en el ámbito del órgano, unidad o centro administrativo en el que desarrollan sus funciones.

Con esta nueva regulación normativa se promueve y facilita la integración de los grupos de mejora en la estructura de la organización, así como su implicación directa en la puesta en marcha del propio Plan Estratégico de Modernización de la Administración de Castilla y León, por ello los Grupos de Mejora han participado en diversos proyectos del Plan para conseguir una Administración más fácil, inteligente, emprendedora, abierta, responsable e integradora.

La misión de los grupos de mejora es liderar e impulsar la cultura de la calidad y la mejora en el conjunto de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, con el fin de conseguir que esta Comunidad se convierta en referente de calidad y eficiencia de su gestión.

Como incentivo material a esas ideas que son trasladadas a planes de mejora, se han establecido Premios a la Calidad y Modernización de la Administración de Castilla y León.

Los Premios a la Calidad y Modernización de los servicios públicos en la Comunidad de Castilla y León, constituyen el reconocimiento oficial a aquellas personas, unidades administrativas y organizaciones públicas que hayan hecho suyo el compromiso con la calidad, la excelencia, la innovación y la modernización de los servicios públicos, implementando planes de mejora continua, cuyos resultados se mantengan en el tiempo y se orienten a satisfacer las necesidades y expectativas de los ciudadanos. Además, a través de ellos se pretende promover su máxima difusión, conocimiento y extensión a toda la Administración. Traslado así una mejora evolutiva en una Administración autonómica a todo el orbe estatal, posibilitando la comprobación previa de su eficacia a pequeña escala y las diferentes escalas de aplicación en sede de la administración del Estado.

La convocatoria bianual de Premios a la Calidad y Modernización de la Administración castellano Leonesa cuenta con una modalidad dirigida a premiar las buenas prácticas presentadas por los Grupos de Mejora; a través de estos premios se reconoce el esfuerzo, se valora el camino seguido y se estimula para continuar trabajando en la misma línea, y mantener el prestigio conseguido, al tiempo que se generan nuevas expectativas.

Así, en un foro abierto, los empleados públicos, artífices cotidianos de la actividad pública de las administraciones, participan de las mejoras que necesita la Administración en un área en el que los funcionarios y demás gestores públicos accionan. Consiguiendo con ello, no solo que fluyan mejoras posibles hacia el

ciudadano, sino hacer de la labor cotidiana que ejercen un ambiente laboral significativamente más favorable y próximo al bienestar⁵³.

De modo que, es muy previsible suponer avances en el campo de la sociedad de la Administración pública, en cuanto a la atención, eficacia, eficiencia de los medios y sistemas que implementa en su gestión cotidiana. Siendo además de este modo, a través de la participación de sus empleados y clientes, la única vía plausible de conseguir que ese bienestar se asuma por las dos facciones de un mismo sistema, los funcionarios que atienden y gestionan y los ciudadanos (clientes) que reciben ese trato y ese bienestar aplicado a la función diaria ejercida y externalizada.

- **Prácticas de mejora en Cataluña**

En la jornada Buenas prácticas en la Administración pública se entregan los premios Alfons Ortuño 2014, a los proyectos galardonados en materia de prácticas de mejora en las administraciones públicas.

El objetivo de la jornada era el intercambio de experiencias y buenas prácticas entre ponentes y asistentes, para que pudieran servir de inspiración a otros colectivos de la Administración y, al mismo tiempo, reconocer públicamente el valor del trabajo bien hecho.

Tanto las experiencias aportadas en esta ocasión como en anteriores jornadas, colaboran a la descripción y desarrollo que permitieron concretar los factores clave para alcanzar con éxito cualquier objetivo que se plantee una organización y que suponga una gestión del cambio. En esta línea valoraron muy positivamente las siguientes: la implicación de la dirección, la comunicación vertical y horizontal, el trabajo en equipo, la transversalidad de los proyectos, la búsqueda del talento de las personas de la organización y la mejora continua.

Puede otearse en este camino de implementación de prácticas de mejora en las administraciones públicas una tendencia de aplicación de técnicas de gestión privada a la empresa pública, con una intencionalidad de regular de alguna forma una participación efectiva del ciudadano y del propio empleado público. Conseguir trasladar a una realidad objetiva estas intenciones, conlleva escuchar todas las voces y estudiar cómo pueden ser atendidas sus reivindicaciones. Para ello, el ciudadano debe tener constancia de que puede y debe reclamar y sugerir determinadas mejoras y el empleado público debe obligarse a ver con otros ojos su trabajo, adquiriendo destrezas de líder que busca una mejor actuación de su empresa y una situación favorable en el entorno social en el que se mueve.

- **Prácticas de mejora en Canarias**

El Decreto 220/2000, de 4 de diciembre, por el que se regulan las Cartas de Servicios, los sistemas de evaluación de la calidad y los premios anuales a la calidad del servicio público y mejores prácticas en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias, persigue, un doble objetivo.

Por una parte, instrumentar la declaración concreta de la misión propia de nuestra Administración y, por otra, facilitar el conocimiento por los ciudadanos de lo que pueden esperar de aquella.

⁵³ Bienestar laboral entendido como mejora del denominado “contrato psicológico”, en referencia a la percepción de un acuerdo de intercambio implícito (no escrito, no formalizado) entre el empleador y el empleado, es decir, alude al conjunto de expectativas y creencias recíprocas mantenidas por las dos partes acerca de sus obligaciones (todo aquello que cada parte debe hacer con respecto a la otra) y sus derechos (todo aquello que cada parte espera recibir en correspondencia de la otra). En definitiva, un contrato psicológico surge cuando una parte cree que se ha hecho una promesa de futuras compensaciones, se ha realizado una contribución y, en consecuencia, se ha creado una obligación de proporcionar beneficios futuros y mutuos. Véase en ALCOVER, C. M. *El contrato psicológico. El componente implícito de las relaciones laborales*, Aljibe, Málaga, 2002.

Tal es la finalidad de las Cartas de Servicios, que se articulan como documentos accesibles al público en general, a través de los cuales los órganos de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y sus entidades difunden los compromisos de calidad de sus servicios frente al ciudadano.

Toda iniciativa general de mejora de la calidad en las organizaciones públicas precisa obviamente del establecimiento de sistemas de evaluación que permitan apreciar el grado de consecución de los objetivos fijados y el impacto de los resultados realmente obtenidos.

Para ello, este Decreto dispone la implantación de un sistema de evaluación estructurado en dos planos: la autoevaluación de cada uno de los órganos o entidades de acuerdo con unos criterios determinados y la evaluación global e integrada del conjunto de los servicios públicos, con lo que nuestra Comunidad Autónoma se suma a las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) acerca de la necesidad de establecer sistemas de medición del rendimiento y calidad de la Administración Pública como medio imprescindible para mejorar su utilidad social.

Por último, en línea con las medidas anteriores y tomando como marco de referencia iniciativas de otras Administraciones Públicas, se crean a través del meritado Decreto los premios anuales a la calidad del servicio público en la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y a las mejores prácticas, de carácter no económico, a fin de reconocer el esfuerzo que las unidades administrativas realicen en la consecución de la mejora de la calidad de los servicios que presten a los ciudadanos.

Los Premios a la calidad del servicio público y a las mejores prácticas, en sus modalidades de Premios a la Excelencia y a la Calidad, tienen por finalidad premiar a los órganos y entidades dependientes de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y de las Administraciones locales canarias, por la iniciativa, competitividad y sostenimiento de un sistema de gestión de la calidad en la prestación de sus servicios públicos.

Los Premios a las mejores iniciativas o sugerencias de los empleados públicos tienen por finalidad premiar a los empleados de la Administración Pública de la Comunidad Autónoma de Canarias y de sus organismos públicos, que se hayan destacado por la promoción y el desarrollo de iniciativas o sugerencias que contribuyan a incrementar la eficiencia, la simplificación administrativa, la mejora en la atención al ciudadano y la calidad de los servicios público.

En consonancia con muchas de los proyectos e iniciativas de otras entidades autonómicas, en Canarias se gestiona este sistema basado en la aplicación de iniciativas y sugerencias de empleados públicos, ciudadanos y entidades privadas e instituciones diversas.

La idea que promulgan las medidas de mejora de las administraciones públicas conlleva la implantación de sistemas novedosos en diferentes áreas y sistemas de atención y gestión pública, en esa búsqueda incesante del bienestar social y laboral.

Un simple repaso a la historia desde finales del siglo XIX hasta la actualidad pone de manifiesto cómo, probablemente, el principal mecanismo del que los individuos han dispuesto para mejorar su bienestar laboral es la asociación y organización en torno a ese fin.

Entre otros ejemplos que se aplicaron en su momento y han significado un aumento progresivo del bienestar social en general y del laboral en modo particular fue entre otros, la reducción de las extenuantes e inhumanas jornadas de trabajo, el desarrollo de medidas de higiene en el trabajo, la prevención de riesgos laborales o la prohibición de la explotación infantil son logros alcanzados en buena medida a partir del surgimiento de movimientos obreros organizados.

Aunque se trate de una correlación poco exacta, no deja de ser esclarecedor el hecho de que paralelamente a la búsqueda de mejoras en la gestión pública, ésta derive o se acompañe inevitablemente con mejoras en el bienestar del propio empleado público que ejerce esas modificaciones o mejoras.

Es por ello que alejándonos de la tan temida y definitiva competitividad que promulga una suerte de equilibrios económicos por encima del valor social y humano, que se establecen de forma taxativa en algunas empresas multinacionales, sí debe realizarse una retrospectiva y valorar hacia donde se quiere llegar.

Pues solo en esa línea argumental instada en sede de cooperación, participación y acompañamiento en que se basan las prácticas de mejora en las administraciones públicas, pueden existir posibilidades reales de llegar a la verdadera excelencia administrativa. Entendida ésta en términos de funcionamiento adecuado a los intereses del ciudadano.

La notable relevancia del interés por cumplir las expectativas del ciudadano, van más allá de incardinar a éste en sede reivindicativa, pues conlleva además y en todo caso, el propio mantenimiento a futuro de las instituciones públicas. Derivado de lo cual, la suma importancia de este aspecto en la gestión de una administración pública y el obligado estudio, conocimiento y aceptación de los gestores de esta realidad contribuye, como se indica, a buscar mejores cotas de bienestar social y laboral a cuya solución deben colaborar numerosas disciplinas y conocimientos.

VII. CONCLUSIONES

Los nuevos retos a los que se enfrenta la Administración pública española, responden a una exigencia bidireccional. Por un lado, la sociedad global exige que se garantice con igualdad la justicia y función social que representa, y por otro lado, y el descontento social por la falta de transparencia, obliga a la misma a reorganizarse en un nuevo modelo que garantice los derechos fundamentales de los administrados.

El postulado sobre las políticas de mejora de la Administración, deben en todo caso, responder a las necesidades sociales con celeridad, eficacia y sobre todo garantizando el interés general. Esta pretendida modernización administrativa no debe observarse como un fenómeno políticamente indefinido, sino como un objetivo declarado en las políticas estatales del cualquier Estado democrático.

Actualmente lo público desborda a lo estatal y se enmarca en la existencia de nuevas dinámicas. La Administración pública es la piedra angular de las relaciones estatales con los ciudadanos. La cercanía y el contacto directo resultan ser un campo abonado para que las exigencias de mejora de los ciudadanos germinen y comiencen a hacerse notoriamente visibles.

En la búsqueda de un mejor y más eficiente servicio al ciudadano, la nueva gerencia pública constituye un paradigma de gestión, que combina los papeles de empresario y gerente. Acabando finalmente por ser un auténtico reflejo de la inserción de la perspectiva gerencial privada dentro del sector público.

Así, la actual gestión pública se aproxima al sistema utilizado en las empresas privadas, en términos de búsqueda de una mejor eficiencia y eficacia del servicio que se presta. Resultando en ocasiones, una gestión pública híbrida, totalmente asimilable a un marco de gestión privada, pues en ocasiones se cumple aquella paradoja de “la implantación de la imagen empresarial de los negocios privados dentro del gobierno, cuya idea es que el sector público esté en manos de gerentes profesionales dotados con un control activo, visible y discrecional sobre las organizaciones.

Puede afirmarse que el origen de las Prácticas de Mejora en el entorno europeo, se encuentra en la labor del Instituto Europeo de Administración Pública (EIPA). Desde esta institución europea se promueve la implantación en Europa del denominado modelo CAF (Common Assessment Framework o Marco Común de Evaluación).

En materia de calidad de los servicios, por tanto, la utilización de este modelo permite incorporar los datos de autoevaluaciones de las propias instituciones y administraciones, lo que facilita incluso, la comparación con otros

sistemas y desarrollos propios de la actividad. Pudiendo aplicarse por tanto una sistemática de unos entes y administraciones a otras, toda vez que se comprueba la efectividad conseguida previamente en aquellas.

La Administración Pública puede abordarse desde diversos puntos de vista. En este sentido, se atisba desde una representación funcional en la que la Administración se concibe como un concepto dinámico que se contrapone a otras formas de manifestación del Poder Público, como la legislación o la jurisdicción y desde otro punto de vista, podría entenderse desde una perspectiva que denominaríamos orgánica, que entiende a la Administración como un conjunto de partes de una estructura que tienen como finalidad llevar a cabo la actividad administrativa.

Puede afirmarse que el objetivo que debe regir en la acción de la Administración pública no es otro que el interés público. Derivado de lo cual, se reclama una adecuación de ese medio a su entorno ciudadano. Haciendo útil a la Administración para la sociedad misma, pues se parte de la idea de que para que la sociedad tenga un funcionamiento eficaz y adecuado resulta del todo necesario que las administraciones cuenten con una serie de instrumentos y recursos que posibiliten ese objetivo.

La propuesta de transformación a de la gestión pública que ha protagonizado la Administración pública durante estos últimos años se ha originado principalmente por una situación de crisis generalizada.

Así, los miembros de la Administración aplicante de prácticas de mejora aportan ideas derivadas de su experiencia cotidiana en la actividad propia de la entidad, y los administrados pueden colaborar mediante encuestas y/o sugerencias que consiguen aproximar la idea que se tiene de la calidad del servicio en cuestión.

Europa exige una Administración pública eficiente, eficaz, evolutiva y adaptada a las necesidades de atención de sus ciudadanos. Así, los Estados europeos implementan programas que procuren acercar la realidad de la Administración pública a esa meta. La actividad cotidiana del ciudadano en sede de trámites administrativos muchas veces no es refrendo de la consecución de ese objetivo, ni de la voluntad manifiesta de los gobernantes y directivos de las administraciones públicas.

Las prácticas de mejora buscan articular una Administración pública moderna, ágil y eficiente, pues resulta determinante para lograr una sociedad con mayores cotas de bienestar y de calidad de vida. Para lograr alcanzar estas metas, la Administración actual necesita creatividad e innovación.

La Administración pública debe asumir un rol ejemplar de liderazgo con respecto a la innovación, a través de la mejora de los servicios públicos, la orientación a la ciudadanía y a las empresas y la eficiencia operativa, entre otros. En este sentido, procede desarrollar el concepto de innovación pública, entendido como la aplicación de ideas y prácticas novedosas en el ámbito de la gestión pública con el objetivo de generar valor social.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALCOVER, C. M. *El contrato psicológico. El componente implícito de las relaciones laborales*, Aljibe, Málaga, 2002.
- AUCOIN, P. "Reforma administrativa en la gestión pública: paradigmas, principios, paradojas y péndulos", en AA.VV. Q. Brugúe y J. Subirats (eds.) *Lecturas de Gestión Pública*, Ministerio de Administraciones Públicas, Boletín Oficial del Estado y Ministerio de la Presidencia, Madrid, 1996.
- BAÑÓN, R. "La modernización de la Administración Pública española. Balance y perspectivas", en *Política y Sociedad*, N° 13, Madrid, 1993.

- BECK, U. ¿Qué es la globalización?, Paidós, Barcelona, 1998.
- BRESSER PEREIRA, L.C. *Lo público no estatal en la reforma del estado*, Paidós, Caracas, 1998.
- CHICA RAMOS, M.J., Plan de mejora de la calidad en la gestión de personas”, *IV Curso Dirección Pública Local*, Diputación Jaén, Jaén, 2007.
- CHICA VELEZ, S. “El rompecabezas de lo público”, en *Revista Polémica*, número 6, 2006.
- CHICA VELEZ, S. “Una mirada a los nuevos enfoques de la gestión pública”, en *Revista Administración y Desarrollo*, número 58, Escuela Superior de Administración Pública, Colombia, 2011.
- DENHARDT, J.V. “Strategic Management Spin-offs of The Deming Approach,” *Journal of Management History*, 5(8), 1999.
- DIMOCK, M. E. “The Restorative Qualities of Citizenship”, *Public Administration Review*, Volumen 5, número 1, enero-febrero de 1990.
- GUERRERO, O. “Nueva gerencia pública: ¿gobierno sin política?”, *Revista Venezolana de Gerencia*, Venezuela, Año 8, nº 23, 2003.
- GUERRERO, O. *La administración pública a través de las ciencias sociales*, Fondo de Cultura Económica, México, 2010.
- GUERRERO, O. *La Nueva Gerencia Pública. Neoliberalismo en administración pública*, Fontamara S.A., México, 2004.
- GUERRERO, O. *Teoría administrativa del Estado*, Oxford University Press, México, 2000.
- HABERMAS, J. *Historia y crítica de la opinión pública*, Ediciones G. Gil, México, 1994.
- HUNTINGTON, S. P. “The Change to Change, Modernization, Development and Politics”, *Comparative Politics*, Volúmen 3, número 3, 1971.
- LANE, J.E. “Will Public Management Drive Out Public Administration”, *Revista The Asian Journal of Public Administration*, Japón, Vol. 16, número 2, 1994.
- LIPSET, S.M. “Algunos requisitos sociales de la democracia: desarrollo económico y legitimidad política”, en A. Batlle (ed.) *Diez textos básicos de ciencia política*, Ariel, Barcelona, 2001.
- LÓPEZ BASILIO, H. *Elementos de administración*, Pax, México, 1974.
- MAS, C. “Manual ¿En qué hay que transformar la Administración Pública española? Cómo afrontar el reto del cambio del sector público”, PWC, Madrid, 2014.
- MEILÁN GIL, J. L. “La Administración Pública: naturaleza jurídica”, *Administraciones Públicas y Constitución. Reflexiones sobre el XX Aniversario de la Constitución Española de 1978*, Álvarez Conde (coord.), Madrid, MAP, 1998.
- PÉREZ CAMPAÑA, M. *La Mejora continua, una necesidad de estos tiempos*. El Cid Editor, Córdoba (Argentina), 2009.
- PRATS, J. *De la burocracia al management. Del management a la gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones Públicas de nuestro tiempo*, INAP, Madrid, 2005.

- REYES PONCE, A. *Administración de empresas. Teoría y prédica*, Limusa, México, 1993.
- ROTH DEUBEL, A.N. *Discurso sin compromiso. La política pública de los derechos humanos en Colombia*, Aura, 2006.
- SANTANA RAMOS, E.M., "Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, número 29, 2014.
- SAVOIE, D. "What is Wrong with the New Public Management", *Revista Canadian Public Administration Review*, Volúmen 38, número 1, Canadá, 1995.
- UVALLE BERONES, R. *La recuperación conceptual y metodológica de la administración pública*, Red Convergencia, México, 2006.
- VILLORIA, M. "Modernización administrativa y gobierno postburocrático", AA.VV. R. Bañón Martínez y Ernesto Carrillo (eds.) *La nueva Administración Pública*, Alianza Universidad Textos, Madrid, 1997.
- WALDO, D. *Administración pública. La función administrativa, los sistemas de organización y otros aspectos*, Trillas, México, 1967.
- WHITE, L. *Introducción al estudio de la administración pública*, Compañía General de Ediciones, México, 1964 p. 1.
- WONG, W. "Public Administration in a Global Context: Bridging the Gaps of Theory and Practice between Western and non-Western Nations", *Public Administration Review*, Volúmen 58, número 1, enero-febrero de 1998.

El derecho penal como disciplina transnacional y de Cooperación – El caso del Tribunal Penal Internacional

The criminal law as a transnational and cooperation matter-
the case of the International Criminal Court

Marco Ribeiro Henriques¹

Daniela Serra Castilhos²

Universidade Portucalense

*“Los problemas de la vitoria son más agradables que aquellos de la derrota,
pero no son menos difíciles.”*

Winston Churchill

Resumen: La persecución penal, larga manus del Estado de Derecho, confluye internacionalmente en el último porcentaje del sistema judicial. La urgencia de respuesta y de la estabilización del alarma social causado por el hecho criminoso carece de una prosecución penal tan veloz cuanto eficaz. En el advenio de la primitiva consagración de los derechos humanos en el panorama jurídico internacional y el consecuente reconocimiento de su importancia por la vida en sociedad, rápidamente la comunidad internacional identificó la necesidad de la protección de este núcleo de derechos a través de mecanismos jurídico-penales dotados de eficacia y pragmática constitucional-penal.

En la dirección del amargo legado provocado por las grandes guerras del siglo XX, la comunidad internacional tiene buscado crear y fomentar el recurso a instrumentos de estado para estado, capaces de contener la actividad criminal contra la humanidad. En este sentido, el Tribunal Penal Internacional, detiene elevada importancia en el espectro penal internacional, en la medida en que consagra la posibilidad de imputar responsabilidad penal individual bajo el agente y bajo el estado, esencial para viabilizar la paz y la seguridad internacionales, a través de un juzgamiento eminentemente justo y consecuentemente urgente y actual en el combate a todas las pruebas de impunidad a la escala global. Finalmente, estos objetivos son transversales y muy caros a toda la comunidad internacional.

Palabras-clave: Tribunal Penal Internacional; Derecho Penal; Territorialidad; Responsabilidad Penal; Seguridad Internacional.

Abstract: The prosecution, *long manus* of the rule of law, meets internationally in the last percentage of the judicial system. The emergency response and

¹ Estudiante de doctorado en derecho en la Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa (FD/UNL), Investigador en la Fundação para a Ciência e tecnologia (FCT), Jurista pro bono y Coordinador del Grupo de Juristas de la Amnistía Internacional (AI) y Jurista pro bono del Observatorio de los Derechos Humanos (ODH). Correo Electrónico: mrh.ijp@uportu.pt

² Professora Auxiliar do Departamento de Direito de la Universidade Portucalense Infante D. Henrique (UPT), Doctora en Derechos Humanos por la Universidad de Salamanca. Cordinadora Asociada del Grupo de Investigación Internacional "Dimensions Of Human Rights" del Instituto Jurídico Portucalense. Miembro y investigadora del Centro de Estudios de la Mujer (CEMUSA) de la Universidad de Salamanca. Correo Electrónico: dcastilhos@upt.pt

stabilization of the social alarm caused by the crime fact lacks a criminal prosecution as fast as effective.

In the advent of the primitive consecration of human rights in the international legal landscape and the consequent recognition of their importance for life in society, quickly the international community identified the need for the protection of this core of rights through juridical mechanisms effective and pragmatic constitutional-penal.

In the direction of the bitter legacy caused by the great wars of the 20th century, the international community has sought create and promote recourse to instruments of State to State, able to contain criminal activity against humanity.

In this sense, the International Criminal Court, stops high importance in international criminal spectrum, in so far as it establishes the possibility of assigning individual criminal responsibility under the agent and the state, essential to enable the international peace and security, through an eminently fair and consequently urgent and current judgment in combat to all races of impunity at the global scale.

Finally, these objectives are very expensive and cross the entire international community.

Keywords: International Criminal Court; Criminal law; Territoriality; Criminal responsibility; International security.

Introducción

El presente estudio intenta analizar, en un abordaje descriptivo, algunos aspectos clásicos acerca de la fundación y estructura institucional del Tribunal Penal Internacional. En nuestra opinión, el TPI, cubre una extraordinaria evolución en lo que respecta a la eficacia de la protección internacional de los Derechos Humanos, en la persecución de la justicia, de la seguridad y de la paz, en un ámbito pleno e internacional.

Nos proponemos en nuestro texto, a la exposición panorámica en un ejercicio de evolución del estado de los Derechos Humanos, pormenorizando la relevancia de su afirmación y reconocimiento en la escena internacional, tocando algunos aspectos controvertidos aunque menor, a saber en lo que concierne a su eventual, amplia dependencia del Consejo de Seguridad de seguridad de las Naciones Unidas.

Considerando el foco de nuestra exposición, en la efectución de la justicia penal internacional, a través de la intervención del Tribunal Penal Internacional, daremos aun especial enfoque a la responsabilidad penal individual, definitivamente instaurada en el camino de la vigencia del Estatuto de Roma³, mientras que el

³ El Estatuto entró en vigor día 1 de Julio de 2002, en los términos de su artículo 126º, que prescribe que la entrada en vigor ocurre el primer día del mes después de haber transcurrido 60 días de la fecha de depósito del 60º instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión (que ocurrió en 11 de Abril de 2002). Portugal firmó el Estatuto en 7 de octubre de 1998 y lo ratificó en 5 de febrero de 2002. Firmaron el Estatuto 139 Estados (el período de abertura para firmas terminó en 31/12/2000) y, en 25/9/2002, 81 Estados habían ya ratificado o a el adherido, entre los cuales todos los miembros de la Unión Europea. Además de un Preámbulo, el Estatuto es compuesto por 128 artículos, divididos en 13 Partes: "Criação do Tribunal", "Competência, Admissibilidade e Direito Aplicável", "Princípios Gerais de Direito Penal", "Composição e Administração do Tribunal", "Investigação e Procedimento Criminal", "O Processo", "As Penas", "Recurso e Revisão", "Cooperação Internacional e Assistência Judiciária", "Execução da Pena", "Assembleia dos Estados Partes", "Financiamento" e "Cláusulas Finais". (Traducción Libre). Para una lectura del texto del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, en las lenguas oficiales, consultar la página de internet www.un.org/law. Para la versión oficial traducida en portugués, consultar

impulso legislativo internacional, en la verosimilitud de la verdadera justicia y seguridad internacionales. Y en este sentido, procederemos aun a la enumeración de lo que significa para los derechos humanos, a la luz del hombre medio, una dignidad de conducta penalmente punible, principalmente en lo que concierne al campo del derecho internacional⁴.

Antes de presentar nuestras conclusiones, daremos aun lugar a una caracterización de la estructura e intervención del TPI en la defensa y manutención de la paz internacional.

I. De los derechos humanos como bases de la responsabilidad penal internacional, a la institución del tribunal penal internacional como refuerzo de la paz entre la comunidad internacional

El pasado reciente de la historia de la humanidad es fructuoso en violaciones de derechos humanos, que indubitavelmente, dejaron su huella de hierro, en la construcción hodierna que hacemos de los derechos humanos y particularmente en la protección de su condición de estadio mayor de garantía de la especie humana.

Son numerosos los antecedentes de la protección internacional de los derechos humanos⁵. Podemos volver vertiginosamente, a 1555 y a la *Paz de Augsburgo*⁶, a la fase de las *capitulaciones* o acuerdos con vista a la protección de los cristianos en el Imperio Otomano o de los residentes europeos en el Extremo Oriente, los tratados tendentes a la abolición de la esclavatura y del tráfico de esclavos⁷, las *concordatas* y otros acuerdos con la Santa Sé y los Estados relativos a las garantías de la situación y de la libertad de la iglesia católica en los respectivos países, así como la propia protección humanitaria y el asilo territorial. Son aun antecedentes próximos de la protección internacional de los derechos humanos, a la protección de las minorías nacionales, étnicas y lingüísticas después de 1918, previstas en el artículo 23º del Pacto de la Sociedad de las Naciones, que vinculaba en aquella sede, los Estados – miembros asegurando y manteniendo condiciones de trabajo equitativas y humanas para hombres, mujeres y niños, y aun, el advenimiento de la Organización Internacional del Trabajo.

Por consiguiente, es en este penoso legado, de los gravísimos actos a la dignidad de las personas ocurridos en el segundo cuartel del siglo XX, en especial durante la 2ª guerra mundial y consecuente reacción jurídica, que radican las bases del Tribunal Penal Internacional⁸. Principalmente, a través del local de cierta cuota-parte de soberanía, que todos los Estados pactantes de Roma, depositaron en la institucionalización del TPI.

Ya cuanto al derecho penal, asignatura jurídica, inminente en la acción del TPI, diremos que es aun hoy, esencialmente un derecho potencialmente intraestadual, que encuentra a su fuente formal y orgánica en la producción legislativa estadual, siendo por consiguiente, aplicado indubitavelmente, por los órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados.

en DR 1ª Serie A, nº 15, de 18 de enero de 2002.

⁴ Teniendo en cuenta que el derecho internacional público, se amolda en una construcción filosófica y dogmática, con reducto en una inminente personalidad exclusiva de los Estados soberanos, globalmente considerados.

⁵ En esta parte, acompañamos la descripción publicada por MIRANDA, J. *Curso de Direito Internacional Público*, Princípia Editora, 2012, p. 307.

⁶ Que prescribió la igualdad entre católicos y luteranos en el Sacro Imperio Romano-Germánico.

⁷ Como sean los tratados de paz entre Francia, Austria, Rusia, Reino Unido y Prusia.

⁸ Adelante, por referencia, sólo al TPI.

Aun así, a partir de la última década del siglo XX asistimos a un prodigioso incremento de la relevancia del derecho internacional también en materia penal⁹.

Por consiguiente, llevamos en consideración, cada vez más numerosos instrumentos de derecho internacional en materia penal¹⁰, donde se contienen ciertas opciones de política criminal internacionalmente pactadas y, que implican para el Estado Portugués la obligación de editar normas internas que les den cuerpo y aplicación nacional.

Existen algunos principios de derecho internacional general o común que pueden aun servir como ley penal incriminadora, a la luz del dispuesto en el artículo 29º, nº2¹¹ de la Constitución de la República Portuguesa¹². Sin embargo, la verdad es que en todos estos casos, sea las normas, sea los principios de derecho internacional penal, vigoran en la orden jurídica portuguesa no por sí mismos, pero en último calculo, por fuerza de la credencial constante del artículo 8º¹³, de la CRP. La puerta constitucional de entrada para los instrumentos e institutos internacionales, en la orden interna del Estado Portugués.

Aun así, lo que quedó mencionado no debe hacer olvidar el lector, que el derecho internacional penal conoció recientemente desenvolvimientos de magnitud sin precedentes con la institución de los tribunales penales internacionales *ad hoc* para la antigua Yugoslavia y para lo Ruanda y, más recientemente, con la aprobación del Estatuto de Roma, que instituyó el TPI.

En todos estos casos, tratamos la verdadera aplicación, por órganos internacionales o mismo nacionales, de derecho internacional penal, aunque esta competencia se haya visto limitada al conocimiento de ciertos crímenes. Es por eso imperioso, referir que el Estatuto de Roma, no ostenta afinación unánime, ideal entre la comunidad internacional, sin embargo, somos nosotros unánimes en comparar esta instancia jurisdiccional, como uno de los proventos más relevantes para la historia universal del Hombre moderno.

Diremos por eso, que en cierto sentido el TPI, concretiza la expresión máxima de la garantía a los derechos humanos, que a lo largo de los siglos¹⁴ fueron

⁹ Existen, desde luego múltiples normas de derecho internacional, como por ejemplo la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, la Convención Europea de los Derechos del Hombre, el Pacto Internacional acerca de los Derechos Cívis y Políticos, etc. Todos de contenido jurídico-penal de relevo para la aplicación del derecho penal en la orden interna de la jurisdicción portuguesa.

¹⁰ De que son ejemplos, Convención para la Prevención y para la Sanción del Delito de Genocidio, entre otros.

¹¹ **Artículo 29.º** (Aplicación de la ley criminal) "(...) 2. O disposto no número anterior não impede a punição, nos limites da lei interna, por acção ou omissão que no momento da sua prática seja considerada criminosa segundo os princípios gerais de direito internacional comumente reconhecidos. (...)". (Traducción libre).

¹² Adelante, por referencia, solo a CRP.

¹³ **Artículo 8.º** (Derecho internacional) "1. As normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português. 2. As normas constantes de convenções internacionais regularmente ratificadas ou aprovadas vigoram na ordem interna após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado Português. 3. As normas emanadas dos órgãos competentes das organizações internacionais de que Portugal seja parte vigoram diretamente na ordem interna, desde que tal se encontre estabelecido nos respetivos tratados constitutivos. 4. As disposições dos tratados que regem a União Europeia e as normas emanadas das suas instituições, no exercício das respetivas competências, são aplicáveis na ordem interna, nos termos definidos pelo direito da União, com respeito pelos princípios fundamentais do Estado de direito democrático." (Traducción libre).

¹⁴ Acompañamos de cerca, ANDRADE, J.C. V. *OS direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*. Almedina, 2016, pp. 11- 25, a classificação triangular, entre a

siendo domados y lentamente asimilados por la humanidad, reconociendo la tenue franja que los distingue de los otros derechos en la orden mundial, aun que tantas veces, tenga conocido un cuño del propio sangre.

La expresión de *derechos humanos*, actualmente, comprende aquel acervo de derechos inherentes a la consideración del Hombre, como Ser Humano. Estos derechos, se objetivan cómo tutela de la dignidad y de la libertad de la persona humana, ante los otros individuos, pero también ante el propio Estado. Es posible por eso, afirmar que los derechos humanos, representan la voluntad de la humanidad en empeñar para sí e a título definitivo, un mínimo de dignidad a la vida del Hombre mientras que habitante del mundo, indispensable a su existencia.

En este camino de la humanidad, en la afirmación de los derechos humanos a la historia universal nos convoca naturalmente para capítulos de la historia universal, como la revolución francesa¹⁵, o a *Bill of Rights*¹⁶. Pero sería igualmente válida, la mención a la *petition of right*, los *covenants*, etc.

Más recientemente en este *cronus*, las grandes guerras mundiales¹⁷ y, la inminente consagración, de todos éstos predicados en la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁸.

Es precisamente, en período de la pos-guerra, como ya nos referimos precedentemente, que el Estado, *de per sí* considerado, es encarado como el colosal violador de los derechos humanos, justificando toda una teorización que cronológicamente se siguió y que concretiza este sentido de la humanidad en pugnar por el desenvolvimiento de mecanismos legislativos de vinculación internacional, capaces de defender los individuos, del despotismo estatal.

En buena verdad, desde la antigüedad clásica que la idea de inimputabilidad de los agentes del régimen¹⁹ se encontraba radicada en una cierta teorización

conceptualização filosófica ou jusnaturalista, a perspetiva Internacionalista ou universalista e a conceção estadual ou constitucional dos direitos fundamentais. (Traducción libre).

¹⁵ La revolución francesa de 1789, pretendió por termo al absolutismo real, mediante la consagración del principio de la separación de poderes. O pode passou a estar confiando a vários órgãos, nomeadamente parlamento (poder legislativo), Rei (poder executivo) e tribunais (poder judicial). (Traducción libre).

¹⁶ Que en 1689, precedió a la Declaración de Independencia Americana, también conocida por Declaración de derechos, después de la deposición de Carlos Stuart, en el reinado de Guilherme y Maria d`Orange, afirmaba que bajo ningún pretexto el rei podría violar las leyes fundamentales del reino, absteniéndose de perseguir los católicos. En este sentido, cf. MOURAIS, A. *História de Inglaterra*. Vol. II, Editorial Aster, 1976, p. 174, citado por SILVA, M. M. M.; ALVES, D. R. *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rei dos Livros, 2016, p. 18.

¹⁷ Las 2 grandes guerras, comportan en si una crisis de derechos humanos, sin precedentes. De modo general, no fueron respetados los más elementares derechos de las personas. Desde luego la vida. A la época, los regímenes políticos, que en tal caso se implantaron un poco por todo el mundo y, muy particularmente en el caso europeo, mismo conociendo la importancia en proteger los derechos elementares del Ser Humano, tomaron decisiones políticas que ignoraban totalmente la vigencia de derechos protegidos, en una lógica de desgobierno autista, fase a la condición humana y de vigencia a la luz de la alegada teorización de la irresponsabilidad individual de sus agentes. A este título, sabemos hoy, fueron cometidas graves daños humanos que por consiguiente, resultaron en una gran pérdida para la humanidad.

¹⁸ Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su Resolución 217A (III) de 10 de Diciembre de 1948. Publicada en el Diario de la República, I Serie A, n.º 57/78, de 9 de marzo de 1978, mediante aviso del Ministerio de los Negocios Extranjeros. Información dejada por el Gabinete Portugués de Derecho Comparado en www.gddc.pt. Consultado en 20/marzo/2016.

¹⁹ En este sentido, la teorización de la máxima irresponsabilidad de los agentes gobernantes, estructurada por HOBBS, Thomas, en su obra *O Leviatã ou a matéria, forma*

política engañosa. Hecho este, que obstaculizó durante siglos, a la punición de aquellos que cometieron las mayores atrocidades hacia la humanidad. Por lo que, es en este seguimiento que demanda la necesidad de protección de estos derechos en el rasero universal, actuando el Hombre, de molde a tornar efectivo el compromiso de, si no todos, una larga mayoría de los Estados, en el sentido de hacer valer la efectividad de estos derechos, no solo en el espectro teórico, pero sobretudo en el alcance pragmático de su vigencia.

Ante la impresión de impunidad y de inseguridad vivenciada por la sociedad internacional en el pos 2ª grande guerra, se delinearan algunas soluciones imperfectas, que aun así, trajeron alguna paz y seguridad al mundo. Motivo antiguo de los pobos, sobretudo, en lo que concierne al juzgamiento de agentes criminosos, por la orden internacional, aunque, de un modo general estas primarias construcciones judicativas, se figuren por sí mismas, una afronta a los principios basilares del derecho penal.

La principal herencia que nos dejó el Holocausto, para la internacionalización del reconocimiento de los derechos humanos, consistió en la transposición para el mundo, de la preocupación, en el pos segunda grande guerra, cuanto a la emergencia de una arquitectura internacional de protección de los derechos humanos, que pudiese impedir en el futuro atrocidades de aquella naturaleza y envergadura.

Por consiguiente, destacamos como precedentes directos del TPI, los tribunales militares del pos-guerra, como sean el tribunal de Núremberg²⁰ y los tribunales *ad hoc* de los años 90²¹. Es en este incremento judicativo, que deprisa radicamos el derecho internacional como dimensión mayor, en lo que respecta a la protección efectiva y universal de los Derechos Humanos, nómadamente en lo que es concerniente a la tutela y repercusión mundial, de las violaciones a los derechos humanos. En consecuencia, de las progresivas garantías efectivas de los derechos humanos, hoy, los Estados no son tenidos como los únicos sujetos de Derecho Internacional²², lo que no podría ser diferente, ya que históricamente sobrevivió

e poder de um estado eclesiástico e civil, 1651, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva.

²⁰ Creado a través del Acorde de Londres, de 8 de agosto de 1945, entre los gobiernos de Francia, de los Estados Unidos de América, Grã-Bretanha, y la antigua Unión Soviética, vino reaccionar a las violaciones de derechos humanos promovidos en el holocausto y juzgar todos los agentes, capturados en el eje europeo, que habían colaborado con régimen Nazi. Significó un poderoso impulso al movimiento de internacionalización de los derechos humanos.

²¹ Tribunal Internacional para la Antigua Yugoslavia y el Tribunal Internacional para Ruanda. Criados por el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas y que dieron sustentación política a la creación del TPI, cuya jurisdicción de los primeros, tiene primacía a cerca de las jurisdicciones nacionales, en los términos de las Resoluciones de las Naciones Unidas que los instituirán y de los artículos 2º, nº1 y 3º, nº1 de la Ley 102/2001 de 25 de agosto. El mismo ya no sucede con la entrega de agentes al TPI, dado que en los términos del Estatuto de Roma, el tribunal solo puede admitir el caso, de acuerdo con el principio de la subsidiariedad, cuando las jurisdicciones competentes no puedan o no quisieran juzgar adecuadamente los actos en causa. En este sentido, cf. DIAS, J. F. *Direito Penal – Parte I, Tomo I - Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra Editora, 2012, p. 222.

²² En la construcción dogmática de esta afirmación, descebemos, en el camino de SOARES, A. A. *Lições de Direito Internacional Público*. Coimbra editora, 1996, pp. 201-202, a clássicas teorías ecléticas ou heteropersonalistas, para quem, o âmbito dos sujeitos de direito internacional é muito vasto. Segundo esta doutrina, os sujeitos de direito, são, para além do próprio Estado, as organizações internacionais e o próprio indivíduo, relegando ainda assim, o indivíduo para a sua condição de "ator de segundo plano" na cena internacional. Ainda na senda de PEREIRA, A. G.; QUADROS, F. *Manual de Direito Internacional Público*. Almedina,

comprobado, que el hombre, personalmente considerado, una vez levado por sus ambiciones e ideologías, comete no raras veces, la gran porción de los eventos criminógenos más relevantes para el derecho penal internacional. En este sentido, es naturalmente recomendable su responsabilidad, a par de los Estados y otros sujetos de derecho, a la luz de las normas de derecho internacional.

Entendiendo el lugar del individuo en el seguimiento de la responsabilidad internacional *strico sensu*, analicemos ahora la responsabilidad penal individual del agente, internacionalmente punible.

En este sentido, conmensuremos la esencialidad del problema que aquí nos trasladó. Como determinar la responsabilidad penal de un individuo en la orden internacional, cuanto el propio derecho internacional no determina cuales son las conductas típicas, consideradas infracciones criminógenas y por lo tanto de la tutela exclusiva del derecho penal.

Implícitamente, la responsabilidad internacional del individuo, ha venido a ser reconocida, sobre todo en lo dispuesto de colosales tragedias humanas, vivenciadas por la humanidad por ocasión de guerras y actos terroristas. Ya aquí lo mencionamos.

Después del precedente de 8 de agosto en Londres, este instituto adquirió gran relevancia y reflexión en el palco internacional, muy, porque se venía indagando una manutención del no reconocimiento del hombre como sujeto de deberes internacionales, lo que, no raras veces, lo tornó generador de tragedias humanas. Escudándose el agente, casi siempre, en la obscuridad de la impunidad que acercó desde tiempos inmemorables el individuo investido en funciones de Estado, y que de cierto modo, lo protegía.

Puesto que, solo después el juicio de Núremberg, se patentó la distinción entre la responsabilidad penal internacional del Estado, de la responsabilidad penal, de aquel que actúa en su nombre. Esta instancia judicial, a su tiempo, detuvo un papel crucial en la delimitación típica de los crímenes disponibles y que pueden ser imputables, si practicados por individuos que actúen, en tesis en nombre de la función del agente con funciones de estado o pura gobernanza. En este elenco contamos tres. Por un lado crímenes hacia la paz, los crímenes de guerra, donde muy recientemente²³ el TPI vino incluir las violaciones como agresiones que colocan el derecho internacional en crisis y, los crímenes hacia la humanidad.

La historia nos muestra, que muchos de aquellos Hombres que tienen poderes de estado en sus manos, son igualmente muchas veces tentados a lanzar mano de una aplicación impiedosa e indiferenciada de las dos ideologías, cometiendo no raras veces, delitos gravísimos hacia sus conciudadanos. Diremos a este propósito, que en ese momento de concretización obtusa de tales premisas ideólogo-programáticas, los agentes, responsables por la conducta de tales hechos,

2009, p. 378, referem a respeito da querela doutrinária acerca da personalidade jurídica de direito internacional do indivíduo, referir Kelsen, para quem o indivíduo, para além do Estado, é sujeito de direito internacional publico na medida em que para ele derivam diretamente obrigações, cuja sanção lhe é imputada. (Traducción libre).

²³ A este propósito, fijémonos en la condenación proferida por el TPI, en 21 de marzo de 2016, del entonces Vice-presidente de la República Democrática del Congo Jean-Pierre Bemba, cuyo comunicado disponible, se puede leer: "*Aujourd'hui, le 21 mars 2016, la Chambre de première instance III de la Cour pénale internationale (CPI) a déclaré à l'unanimité Jean-Pierre Bemba Gombo coupable au-delà de tout doute raisonnable de deux chefs de crimes contre l'humanité (meurtre et viol) et de trois chefs de crimes de guerre (meurtre, viol et pillage)(...)*", disponível em www.un.org, consultado em 21/março/2016. (Traducción libre).

atienden una violación a los derechos básicos de la humanidad. En el ámbito de la comunidad internacional, los culpados por los crímenes hacia los derechos humanos, deben, salvo mejor opinión, ser punidos en esa sede, por lo que fácilmente se comprenderá competente, un tribunal de envergadura transnacional para realizar este juzgamiento, de forma a asegurar un proceso justo, ancorado en los basilares principios del derecho penal e libre de injerencias en nombre de un cualquier Estado.

En este sentido, afirmamos que el fundamento atinente al derecho penal internacional es, justamente, la responsabilidad penal individual. Esta afirmación, encuentra razón de ser en la consagración de la responsabilidad que se concretiza el ejercicio efectivo de la jurisdicción penal internacional en defensa de la humanidad. La sociedad internacional.

No es por acaso, uno de los principios más objetivamente firmados en el Estatuto de Roma, nómadamente en su artículo 25^{o24}, es el principio de la responsabilidad penal internacional de los individuos, pues es este que asegura toda la efectividad y legitimación, en la punición de las violaciones al derecho internacional de los derechos humanos.

Sin embargo, en nuestra caracterización del ejercicio del TPI, habremos de nos referir a la inmunidad diplomática, que es resultante directa del principio de la inter-territorialidad, un instituto muy antiguo en el derecho internacional²⁵ y, que se revela un instituto importantísimo, conformado en una excepción a la aplicación de la responsabilidad penal a determinados agentes y en determinadas situaciones.

Desde la antigüedad clásica, que tal prerrogativa es atribuida a aquellos que se mueven por los Estados en misión diplomática, en representación de su Estado y dentro de la jurisdicción de otro Estado²⁶.

²⁴ **Artículo 25. °** (Responsabilidad criminal individual) “1 - De acordo com o presente Estatuto, o Tribunal será competente para julgar as pessoas singulares. 2 - Quem cometer um crime da competência do Tribunal será considerado individualmente responsável e poderá ser punido de acordo com o presente Estatuto. 3 - Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja ou não criminalmente responsável; b) Ordenar, provocar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objetivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer: i) Com o propósito de levar a cabo a atividade ou o objetivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou ii) Com o conhecimento de que o grupo tem a intenção de cometer o crime; e) No caso de crime de genocídio, incitar, direta e publicamente, à sua prática; f) Tentar cometer o crime mediante atos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso. 4 - O disposto no presente Estatuto sobre a responsabilidade criminal das pessoas singulares em nada afetará a responsabilidade do Estado, de acordo com o direito internacional.” (Traducción libre).

²⁵ En este sentido, MIRANDA, J., op. cit, pp. 295-296, “A proteção diplomática, existe desde há séculos, destina-se a permitir a cada estado, através dos seus representantes diplomáticos e consulares, defender as pessoas e os bens dos seus súbditos ou cidadãos relativamente aos Estados estrangeiros em cujo território se encontram ou residem. (...)” (Traducción libre).

²⁶ Siempre muy conectada a la función del agente diplomático, esta inmunidad, no se

La inmunidad diplomática, representa en cierto sentido, una exclusión de la punibilidad en los términos generales de cualificación de su régimen. Pero no, si el agente está bajo la mano invisible del TPI.

El Estatuto de Roma, en su artículo 27^o²⁷, excluí expresamente cualquier tipo de inmunidad debida a la cualidad diplomática, emergencia de la condición oficial de la persona, imponiendo otrosí, un tratamiento igualitario entre todos los individuos que allí pleiteen. Su cualidad oficial, no libre por lo tanto, el agente bajo cual recaen las sospechas que despunten la reacción penal al delito de responsabilidad criminal internacional, ni representa cualquier causa de disminución de la eventual pena que se le venga a ser aplicada.

A este respecto, aparentemente parecen surgir, en una lectura rápida de la Convención de Viena de 1961 a la luz del dispuesto del Estatuto de Roma, un aparente conflicto entre normas legislativas internacionales. En buena verdad, tal no se verifica porque existe en aquella Convención, una protección al Estado soberano, en sus relaciones internacionales, con otros sujetos de derechos internacional, mientras que, en el Estatuto de Roma, la responsabilidad es atribuida al individuo y no al Estado que eventualmente esta tutela, o bajo el cual fue expedido a diligenciar criminalmente, de eso se conformando.

Fíjense, que la propia Convención tiene como objetivos tangentes, la manutención de la paz mundial y la seguridad internacional de los estados e individuos, objetivos que son igualmente seguidos por el Estatuto de Roma y, sin embargo, por toda la sociedad internacional. Por consiguiente, la exclusión total de las inmunidades diplomáticas, prevista en el Estatuto de Roma, no hiere aun así de sobremanera la Convención de Viena, visto que en ambos los documentos internacionales, se pretende alcanzar objetivos muy semejantes. Además de que, no sería de modo ningún adecuado, dejar que tales inmunidades se hagan el móvil de exclusión de la responsabilidad penal internacional. Mucho más, sabiéndolo nosotros, que si no todos, la mayoría de los delitos tipificados en este instrumento legislativo internacional, son viabilizados con mayor desembarazo, cuando existe colaboración estrecha, de agentes, que ocupan cargos oficiales.

Tengamos aun a este respecto, *sub judice*, que la creación del TPI simboliza una valorización internacionalmente (casi) unánime entre los Estados, de una tutela efectiva de los derechos humanos, a par de la protección clarividente de los individuos, a través de la justicia penal internacional, capacitada a proporcionar y a garantizar a los ciudadanos del mundo, a la sociedad internacional en general, uno de sus derechos más básicos. El derecho a la paz y a la dignidad.

Acrece que la comunidad internacional entendió a la época, ya aquí ampliamente referenciada, la importancia de proteger los individuos de las barbaries humanas, cometidas en períodos anteriores y que asimiló por cierto en aquel momento, que no sería viable este alcance tutelar sin la responsabilidad de

confunde con cualquier privilegio personal, o sea, conectado a la persona en particular.

²⁷ **Artículo 27.** ° (Irrelevancia de la cualidad oficial) “ 1 - O presente Estatuto será aplicável de forma igual a todas as pessoas, sem distinção alguma baseada na qualidade oficial. Em particular, a qualidade oficial de Chefe de Estado ou de Governo, de membro de Governo ou do Parlamento, de representante eleito ou de funcionário público em caso algum eximirá a pessoa em causa de responsabilidade criminal, nos termos do presente Estatuto, nem constituirá de per si motivo de redução da pena. 2 - As imunidades ou normas de procedimento especiais decorrentes da qualidade oficial de uma pessoa, nos termos do direito interno ou do direito internacional, não deverão obstar a que o Tribunal exerça a sua jurisdição sobre essa pessoa.” (Traducción libre).

los individuos, convocándolos como sujetos de deberes y derechos, ante la orden internacional.

Aquí llegados, nos parece ligero afirmar, que la sociedad internacional debe caminar para la convergencia de la concretización de una verdadera justicia, a través de la consolidación de este inminente reconocimiento a los derechos humanos, a la paz y a la seguridad internacionales de la persona humana.

Ya lo aquí escribimos, hasta la implementación del TPI, los tribunales internacionales que venían apreciando los crímenes hacia los derechos humanos no correspondían, de manera satisfactoria, al fin de los principios básicos del derecho penal y procesal penal, demandados por la comunidad internacional, como sea, el de hacer cumplir el propósito del derecho, una vez que no raras veces, quebrantaron diversos principios fundamentales al derecho penal y al derecho procesal penal²⁸.

Por lo que, no se difirió mucho en el tiempo, para que hubiese sido idealizado un tribunal internacional permanente, con objetivo de atender a las necesidades de la comunidad internacional, obrando de acuerdo con los mejores preceptos legales.

En esta senda, surge el TPI, como la solución a los impasses decurrentes de los juzgamientos hasta allí realizados en tribunales reunidos *ad hoc* y de legitimidad por cuanto dudosa, como nos referimos precedentemente.

Con sede en Haia, el TPI, fue instituido, por medio de instrumento multilateral, corría el año de 1998. Posee personalidad jurídica internacional y capacidad jurídica necesaria al desempeño de sus funciones, en los términos del artículo 4º²⁹ del Estatuto de Roma, y está cimentado, en el principio de la complementariedad, por lo que apenas es convocado a reaccionar, una vez agotadas o voluntariamente dispensadas todas las instancias internas de los Estados³⁰ pactantes.

Como ya aquí nos referimos, el Estatuto de Roma visa la institución de un tribunal internacional permanente³¹, con competencia para conocer, exclusivamente, de los *delicta juris gentium*³².

Las dos notas que sobresalen, de esta nueva jurisdicción internacional, son el principio de la vinculación voluntaria³³ y el principio de la subsidiariedad. De

²⁸ A este propósito, las críticas defendidas por KOWALSKI, Mateus, "O tribunal penal internacional, reflexiones para un teste de resistencia a sus fundamentos", *Revista Observare*, nº2, Vol. 2 (octubre 2011), pp. 119 - 134.

²⁹ **Artículo 4.º** (Estatuto legal y poderes del Tribunal) "1 - O Tribunal terá personalidade jurídica internacional. Possuirá, igualmente, a capacidade jurídica necessária ao desempenho das suas funções e à prossecução dos seus objetivos. 2 - O Tribunal poderá exercer os seus poderes e funções, nos termos do presente Estatuto, no território de qualquer Estado Parte e, por acordo especial, no território de qualquer outro Estado." (Traducción libre).

³⁰ Este principio de la complementariedad, se contrapone a la primacía de que gozan los tribunales *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia y para Ruanda, fase a las respectivas jurisdicciones penales nacionales.

³¹ Muchos lo sabemos, para así evitar las críticas que con razón, se dirigían a los tribunales *ad hoc* para los procesos, en Ruanda y Yugoslavia.

³² El origen de esta noción de crímenes internacionales, remonta al período anterior a la primera guerra mundial. La piratería por ejemplo, era entonces considerada, como uno de los *delicta juris gentium*, o un de los crímenes contra el derecho de las gentes. Hasta allí, también se reconocía, que crímenes de guerra serian solo las violaciones a las costumbres de guerra, habiendo venido posteriormente a quedar consolidados, solo en las Convenciones de Haia de 1899 y 1907.

³³ Radica en el intermediario clásico de la libre vinculación de los Estados a los Tratados. Aun en el seguimiento de MIRANDA, J., Op. cit, pp. 62-63, el acuerdo de voluntad, en los

acuerdo con el primero, la jurisdicción del TPI no es impuesta a los Estados, muy diversamente de lo que sucedió con el TPIJ³⁴ y, en buena parte, con el TPIR³⁵, la jurisdicción del TPI vincula apenas los Estados que se hagan Partes en el Estatuto de Roma. Ya de acuerdo con el principio de la subsidiariedad, el TPI solo podrá ejercer su jurisdicción si los Estados con competencia para conocer el acto criminal, no lo conocen o no pueden hacerlo.

El TPI, tiene competencia para juzgar los crímenes contra la paz, los crímenes de guerra, el genocidio y las agresiones³⁶, cometidos en los Estados-Partes, incluyendo las extensiones territoriales, para efectos de imputación del crimen, como sea el criterio pabellón en el caso de embarcaciones o aeronaves. Y aun, por nacionales de estos Estados pactantes do Estatuto de Roma.

Ya cuanto a la competencia para el juzgamiento, esta aglutina solo los delitos criminales, emprendidos después la entrada en vigor del Estatuto en la orden interna del Estado, lo que importará recordar, que si un Estado adhiere al Estatuto después de su entrada en vigor, la jurisdicción solo podrá ser ejercida por el tribunal, cuando de la plena vigencia del instrumento en el respectivo Estado.

Aun en buena hora, anduvo el legislador penal internacional, o imputar en el Estatuto de Roma, una competencia de imprescriptibilidad de los crímenes conocidos por el TPI.

Aun así, en buena verdad el TPI, no es inmune a críticas, nómadamente a la de que la acción del tribunal se encuentra excesivamente dependiente del Consejo de Seguridad y que, por lo tanto, es en larga medida determinada por criterios subjetivos-políticos y no por criterios jurídicos de atribución de competencia. La práctica del ejercicio del tribunal no tiene conferido verdadera fundamentación a esta tesis. Pero veamos, efectivamente, el poder del Consejo de Seguridad a cerca de la acción del TPI se encuentra previsto en el Estatuto del Tribunal, principalmente en su artículo 13º e 16º. El artículo 13º, al. b), establece que el Consejo de Seguridad puede someter al Procurador, una situación en que existan indicios de haber sido cometidos crímenes graves, cuyo conocimiento deba ser cometido al TPI. Cierto, es que este poder conferido al Consejo de Seguridad tiene merecido a lo largo del tiempo y, desde los trabajos preparatorios de su estatuto, varias objeciones³⁷ por parte de algunos estados. A la cabeza, los Estados Unidos de América, que a través de normas internas, tienen intentado obstaculizar la eventual jurisdicción del TPI en casos bajo ciudadanos americanos, representan uno de los Estados que aún no ratificó el Tratado de Roma.

tratados, presupone la libertad no solo de celebración pero también de estipulación de las partes contratantes. Ya la decisión de vinculación internacional, abarca aun dos aspectos. Aun así, esta libertad, segundo el mismo autor, encontrase mitigada y tiene venido a ser reducida. Conociendo hoy limites, unos de derecho interno y otros de derecho internacional.

³⁴ Tribunal Penal Internacional para la Yugoslavia.

³⁵ Tribunal Penal Internacional para el Ruanda.

³⁶ El artículo 6º a 8º del Estatuto de Roma definen detalladamente cada crimen, a la luz de la competencia del TPI. Se nota, que el crimen de agresiones carece de esta definición, lo que no despreciadas veces, causa dudas acerca de la conducta que el legislador pretendió tipificar.

³⁷ Desde la denuncia de una eventual pérdida de independencia y credibilidad del tribunal que tal significa, pasando por la defensa de que el Consejo de Seguridad no tiene competencia en materia de justicia penal internacional en los términos de la Carta de las Naciones Unidas o hasta por la acusación de que tal crea una situación de selectividad en establecimiento de la jurisdicción.

Cualquiera de estas críticas³⁸ tiene subyacente la objeción a la sumisión de casos al TPI, que puedan quedar sujetos a criterios de decisión política diferentes de los criterios de admisibilidad propios de un órgano jurisdiccional como el TPI. A todo esto acrece el facto de los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad, tres de ellos, China, los Estados Unidos de América y Rusia, no son Parte en el Estatuto de Roma. Aunque, disponiendo de derecho de veto³⁹, será por lo menos expectable que cualquier situación que ocurra en su territorio o que envuelva ciudadanos nacionales de estos Estados, nunca tendrá, ciertamente, cualquier oportunidad de ser sometida al TPI. Lo que viene reforzar la idea, de que el ejercicio de la jurisdicción del tribunal podrá ser selectivo, en función de las dinámicas propias del Consejo de Seguridad.

El Consejo de Seguridad llegó mismo a aprobar resoluciones confiriendo inmunidades en abstracto, a personas envueltas en operaciones de paz al servicio de un Estado que no sea Parte en el Estatuto del TPI⁴⁰.

En síntesis, el poder del Consejo de Seguridad previsto en el artículo 16^o⁴¹ del Estatuto de Roma es aquel que tiene apuntado como consubstanciando la injerencia política, más gravosa. Desde luego, porque en los términos de aquella disposición, el Consejo de Seguridad puede decidir suspender una encuesta o procedimiento criminal en curso en el TPI por un período de doce meses renovable⁴².

Cuanto a la composición del TPI, de acuerdo con el artículo 34^o⁴³ del Estatuto de Roma, incluye, la presidencia, a la sección de recursos, una sección de juzgamiento en 1ª instancia y una sección de instrucción, un despacho del procurador, y una secretaria⁴⁴.

El TPI no dispone de órgano de policía criminal propio, por lo que, el regular andamio del proceso penal, para la concretización del fin del juzgamiento, dependen en buena medida de la cooperación de los Estados. La cooperación, es además, un de los deberes impuestos a los Estados que ratifican el Tratado.

³⁸ En esta cuestión, acompañamos KOWALSKI, M., Op. Cit., pp. 119 - 134.

³⁹ En este sentido, consultar artículos 27º, nº 3 da Carta de las Naciones Unidas y 13º, al. b) del Estatuto del TPI.

⁴⁰ Nómadamente, las Resoluciones S/RES/1422, de 12 de julio de 2002, e S/RES/1487, de 12 de junio de 2003, consultables en www.un.org.

⁴¹ **Artículo 16º** (Transferencia de la encuesta y del procedimiento criminal) "*O inquérito ou o procedimento criminal não poderão ter início ou prosseguir os seus termos, com base no presente Estatuto, por um período de 12 meses a contar da data em que o Conselho de Segurança assim o tiver solicitado em resolução aprovada nos termos do disposto no capítulo VII da Carta das Nações Unidas; o pedido poderá ser renovado pelo Conselho de Segurança nas mesmas condições.*" (Traducción libre).

⁴² Por otro lado, es un acto que hasta al momento el Consejo de Seguridad nunca utilizó la prerrogativa de suspender una encuesta o procedimiento criminal en curso. Aunque sepamos, que algunos Estados Africanos tienen hasta ejercido gran presión para que el Consejo de Seguridad ejerza este poder que le es conferido por el artículo 16.º del Estatuto del TPI, nómadamente fase a la situación del Sudão en el Darfur, en que Omar Al Bashir, Presidente del Sudão, se encuentra acusado de genocidio, de crímenes hacia la humanidad y de crímenes de guerra. Lo que, en nuestro entendimiento, podrá demostrar la responsabilidad y la cautela con que el Consejo de Seguridad encara este su poder.

⁴³ **Artículo 34.º** (Órganos del Tribunal) "*O Tribunal será composto pelos seguintes órgãos: a) A Presidência; b) Uma secção de recursos, uma secção de julgamento em 1.ª instância e uma secção de instrução; c) O Gabinete do Procurador; d) A Secretaria.*" (Traducción libre).

⁴⁴ La iniciativa de la investigación, queda la esfera y competencia del procurador, que da inicio al procedimiento al oficio o requerimiento del Consejo de Seguridad, lo que podrá ser revelador de la independencia de este órgano de persecución penal.

El TPI es naturalmente clasificado por los autores, una enorme evolución en lo que toca a la protección de los derechos humanos en la senda internacional. Este prestigio, redundando en gran medida en la organización compleja de este tribunal, que lo transforma, en una institución independiente, confiriendo, a la comunidad internacional una sensación de transparencia y de seguridad en relación a los juzgamientos que avoca a su conocimiento. Mientras todo el proceso, son asegurados todos los derechos al acusado, entre los cuales, el principio universal de la presunción de su inocencia, bien como, la garantía de inadmisibilidad de valorización judicial, de las pruebas producidas por medios ilícitos. En lo que toca a los recursos, destacamos que la devolución en 2º grado, de las materias en la competencia del TPI, es garantizada por medio de apelación y de revisión de sentencia. Ya cuanto a las penas aplicables a los crímenes debelados en juzgamiento de este tribunal, están enumeradas en el artículo 77º del Estatuto de Roma. Nómadamente, la pena de reclusión en establecimiento de privación de libertad, por período no superior a treinta años, y la pena de prisión perpetua, cuando justificada por la extrema gravedad de la conducta criminógena o en resultado de las condiciones personales presentadas por el condenado.

Es aun posible, aplicar facultativa o cumulativamente la pena de sanción y el arresto del producto o de los bienes y haberes, que procedan directa o indirectamente de la resolución criminosa. El TPI, goza aun de la facultad de escoger en cuál de los Estados, entre aquellos que se dispone a recibir los condenados, será cumplida la pena. Teniendo por límite, la consideración y garantía de las efectivas condiciones para la aplicación de la norma internacional a cerca del tratamiento de reclusos, nacionalidad, una vez oído el condenado.

Interesa aun referir que el recluso condenado por el TPI, podrá ser transferido para otro Estado a todo el tiempo, a pedido del propio o en resultado de oficio del TPI.

Los juzgamientos realizados a cerca de la égida del TPI, afianzan la comunidad internacional, en la efectiva justicia penal⁴⁵, la cual es entendida, solo a

⁴⁵ La parte III del Estatuto de Roma, nómadamente en los artículos 22º a 33º enumera los principales principios generales de derecho penal que irán regir el juzgamiento en el TPI. Desde podemos enumerar el *Nulum crimen sine lege*, del cual discurre el entendimiento que nadie será penalmente responsable por el crimen que no este, en el momento en que la realidad de realizar, previsto como conducta típica bajo jurisdicción del TPI, de forma previa, cierta, estricta y escrita. Aunque la interpretación de los crímenes pueda ser realizada de forma más restrictiva, en caso alguno se admite la analogía en perjuicio del acusado. Por otro lado, el principio de la *nulla poena sine lege*, que prevé que las penas aplicables deben tener previsión en Estatuto de Roma. Aquí, valdrá la pena recordar, que este principio se dirige a la cualidad de la pena, una vez que este diploma internacional, no prevé la cantidad de cualquier pena aplicable a cada crimen, quedando esta determinación en la esfera del juez. Aun principio de la *irretroactividade ratione personae*, que reafirma la existencia de responsabilidad, solo por crímenes previstos y punidos en Estatuto después su entrada en vigor en cada Estado. Existe aún, la previsión cuanto a la necesaria aplicación del derecho más favorable al agente acusado, cuando ocurre un cambio que se revele benéfica al acusado, antes que haya una sentencia definitiva. Por consiguiente, mencionar aun el principio de la responsabilidad penal individual al cual dimos ya gran destaque y relevancia a lo largo de nuestro texto. Aun así, encontramos aquí la oportunidad, para presentar las características principales de este principio, nómadamente, para reafirmar que son responsables criminalmente y ante el orden internacional, las personas naturales que cometan crímenes de jurisdicción del TPI, desconsiderándose a la partida las cualidades oficiales de los individuos, como sea la inaplicabilidad de las inmunidades diplomáticas, bien como la responsabilidad del Estado, que no es elidida por la responsabilidad del individuo, confiéndose la parcela de responsabilidad en el crimen, que corresponderá a cada uno de los sujetos. Destacamos aun, que los menores de 18 años son inimputables, y que el

través de un juzgamiento justo, transparente y que asegure de forma inequívoca los derechos bases de los acusados, a la luz del entendimiento generalizado, de que no se conseguirá reparar el daño causado a la humanidad, por medio de un juzgamiento que cause igual o más grave injusticia.

CONCLUSIONES

A lo largo de nuestra exposición, pretendemos evidenciar el papel del TPI, como la representación hodierna, que materializa la protección de los derechos humanos en la diáspora internacional. En el mismo sentido, evidenciar su enorme cooperación, garantías y principios, que perdurarán asegurados por el Estatuto de Roma, en la realización de juzgamientos justos y, dignos de hacer justicia a la humanidad, por crimen deferidos a esta, mientras sociedad internacional.

En este sentido, consideramos que la realización de la responsabilidad penal individual, en el campo internacional es la principal conquista de la comunidad internacional, en el sentido en que refleja de modo inequívoco la extrema importancia de la sumisión de individuos, personalmente considerados, a la jurisdicción internacional para que la paz y la seguridad, a par de la justicia internacionales, se encuentren alcanzadas de un modo digno y efectivo.

De cierto modo conclusivo, este previo entendimiento de que todos los institutos jurídicos necesarios permanecen vertidos en el Estatuto de Roma, nos permitimos, una vez aquí llegados a las palabras finales de nuestra exposición, relatar de modo sucinto, la cuestión de la responsabilidad penal individual.

El estatuto del TPI, ya aquí lo mencionamos, consagra la responsabilidad penal individual en los términos del artículo 25º, nº 3⁴⁶, con la previsión material de las formas de participación en el crimen, como sean, ordenar el comportamiento criminógeno, proponer o inducir la práctica de la resolución criminosa de forma consumada o mismo que tentada y, aun, facilitar, ayudar, encubrir o colaborar de

Estatuto de Roma, prevé algunas situaciones que excluyen la responsabilidad penal, tales como, legítima defensa, la coacción bajo amenaza de muerte o lesión grave, la enfermedad mental, entre otras, muy a la semejanza del derecho penal interno del Estado portugués. Cuanto a los elementos de la intencionalidad, enumerar aun y el breve trecho, para decir que son punibles, todos los crímenes cometidos intencionalmente y con conocimiento de los elementos materiales de la previsión, en esta sede, estatutaria. Observamos por lo tanto, que el Estatuto de Roma fue cauteloso al adoptar los principios conformadores del derecho Penal, confiriendo de este modo la necesaria credibilidad a sus juzgamientos.

⁴⁶ **Artículo 25.º** (Responsabilidad criminal individual) "(...) 3 - *Nos termos do presente Estatuto, será considerado criminalmente responsável e poderá ser punido pela prática de um crime da competência do Tribunal quem: a) Cometer esse crime individualmente ou em conjunto ou por intermédio de outrem, quer essa pessoa seja ou não criminalmente responsável; b) Ordenar, provocar ou instigar à prática desse crime, sob forma consumada ou sob a forma de tentativa; c) Com o propósito de facilitar a prática desse crime, for cúmplice ou encobridor, ou colaborar de algum modo na prática ou na tentativa de prática do crime, nomeadamente pelo fornecimento dos meios para a sua prática; d) Contribuir de alguma outra forma para a prática ou tentativa de prática do crime por um grupo de pessoas que tenha um objectivo comum. Esta contribuição deverá ser intencional e ocorrer: i) Com o propósito de levar a cabo a actividade ou o objectivo criminal do grupo, quando um ou outro impliquem a prática de um crime da competência do Tribunal; ou ii) Com o conhecimento de que o grupo tem a intenção de cometer o crime; e) No caso de crime de genocídio, incitar, directa e publicamente, à sua prática; f) Tentar cometer o crime mediante actos que contribuam substancialmente para a sua execução, ainda que não se venha a consumir devido a circunstâncias alheias à sua vontade. Porém, quem desistir da prática do crime, ou impedir de outra forma que este se consuma, não poderá ser punido em conformidade com o presente Estatuto pela tentativa, se renunciar total e voluntariamente ao propósito delituoso. (...)". (Traducción libre).*

cualquier modo para la prosecución de la conducta criminosa, en su realización tentada o fatídicamente consumada, de la resolución criminógena.

En el camino del Estatuto de Roma, es aún posible, extender la autoría a todos aquellos que deliberan que personas bajo su comando, practiquen crímenes hacia la humanidad. Podemos entonces, reconocer a través de nuestro artículo, que la intolerancia a la histórica irresponsabilidad de los agentes con cargos gubernativos, pungió una revolución, inclusive en derecho internacional. Principalmente en el camino de la disciplina penal.

El antiguo fundamento, calcado en la desconsideración del hombre como sujeto de derecho internacional, se vio obligado a corregir algunos de sus institutos, más paradigmáticos, para adaptarse a la realidad internacional, de consciencia para la protección de los derechos humanos. En este contexto, y en pensamiento de muchos sabios internacionalistas, encontramos mudanzas significativas, retomando la adopción de las concepciones que los cultores clásicos del derecho internacional, ya afirmaban en otros momentos de la historia de la humanidad, colocando definitivamente el hombre, como un sujeto de derechos y deberes en orden internacional.

A partir de estas contextualizaciones, retomamos un contra ciclo de reconocimiento de los derechos humanos y, en este sentido, habremos de reconocer que a la luz de la actual realidad del mundo, la creación del Tribunal Penal Internacional es un marco de desenvoltura de los derechos humanos.

El TPI, asegura hoy un proceso demarcado en los principios básicos de derecho penal, facto este, que refuerza la idea de construcción y seguridad jurídica de los actos practicados y descortina un sentimiento global de esperanza que la justicia penal se vea efectiva a través de este tribunal.

Tanto así es, que hoy es más desenvuelto, aunque ni todos los Estados lo practiquen de forma explícita, atribuir legitimidad y reconocimiento internacional al TPI, pues, en buena verdad, no existe como hacer justicia, con injusticia, o sea, con el recurso sistemático a tribunales militares y o tribunales *ad hoc*, asistencia de un pasado aún muy vivo en nuestra memoria y, que reunirán, tan solamente en la tentativa de hacer cesar, puniendo las violaciones a derechos humanos.

Por consiguiente, somos unánimes en afirmar, que la principal conquista del TPI, es sin duda la consagración de la responsabilidad penal de los individuos. Estamos en creer, que los derechos humanos deben prevalecer sobre los errores humanos y, la ley internacional, también debe prevalecer acerca de los crímenes internacionales. Ningún individuo en ninguna nación, deberá poder tomar la ley como suya y de ella destilar las normas a su bello regazo.

Concluimos de esta panorámica a la que aquí nos propusimos, del todo cuanto fue analizado en nuestra investigación inminentemente descriptiva de la norma, que el sueño de la humanidad en alcanzar la efectiva justicia penal internacional, la paz y la seguridad, empieza a existir una verdad indiscutible en el panorama jurídico internacional, principalmente, con la institución del TPI, por la comunidad internacional.

Observamos que la norma convencional es por sí misma, bastante vasto, y busca reprimir la práctica de crímenes de modo concreto y sobretodo justo, una vez que los agentes acusados, investidos del respaldo en principio de la anterioridad, detienen a la partida el completo conocimiento de que sus actos, configuran conductas criminosas a la luz del estatuto del TPI y, de este tipo de realidad, conocen a la partida las consecuencias.

El TPI, como emblema que es en la senda internacional, intenta buscar la justicia penal internacional, a través del juzgamiento de individuos, humanamente considerados. Para que la manutención de la vida en sociedad, particularmente en el modo en que esta es construida y la conocemos, radicada en los valores humanistas originarios del viejo continente, es esencial que creaciones internacionales, tan relevantes como el TPI, puedan ser estimuladas, a par de la implementación contemporánea de nuevos institutos de respaldo universal, que posibiliten, entre otros la manutención y negociación de la paz.

En esta senda, nos resta por consiguiente demostrado, que debemos nosotros, humanidad, incentivar una busca en todos los medios que cohíban por principio la guerra y, los crímenes hacia los derechos humanos. La conquista de estos derechos nos merece reconocimiento, mucho más mientras fundamento y garantía del Estado de Derecho Democrático, por lo que no podemos permitir que se sucumba en fase de intereses estatúales particulares, o por ambiciones desmedidas, que en la historia del mundo, sobran ejemplos, que no raras veces llevaran a la destrucción parcial de la humanidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição da República Portuguesa de 1976*. Almedina, 2016.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal – Parte I, Tomo I - Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*. Coimbra Editora, 2012.
- ESCARAMEIA, Paula. “Prelúdios de uma Nova Ordem Mundial; O Tribunal Penal Internacional”, *Revista Nação e Defesa*, nº104-2ª Série, 2003, p.11
- HOBBS, Thomas. *O Leviatã ou a matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil*, 1651, tradução de João Paulo Monteiro e Maria Beatriz Nizza da Silva. Ícone Editora, 2008.
- KOWALSK, Mateus. “O Tribunal Penal Internacional. Reflexões para um teste de resistência aos seus fundamentos”, *Revista Observare*, Vol. 2, nº 2 (Outubro 2011), p. 119.
- MALANDA, Sergio Romeo. “Un nuevo modelo de Derecho penal transnacional: el Derecho penal de la Unión Europea tras el Tratado de Lisboa”, *Revista Estudios Penales y Criminológicos*, Universidade de Santiago de Compostela, Vol. XXXII, 2012, p. 313.
- MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito Internacional dos Direitos Humanos*. Almedina, 2013.
- MELLO, Celso de Albuquerque, *Curso de Direito Internacional Público*. Vol. I, Renovar, 2000.
- MIRANDA, Jorge. *Curso de Direito Internacional Público*. Princípiã Editora, 2012.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Vol. II, Tomos: III “Estrutura Constitucional do Estado” e IV “Direitos Fundamentais”, Coimbra Editora, 2014.
- MOUROIS, André. *História de Inglaterra*, Vol. II, Editorial Aster, Lisboa 1976.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Fundamentais-Triunfos contra a Maioria*. Coimbra Editora, 2006.
- NOVAIS, Jorge Reis, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra Editora, 2004.
- PEREIRA, André Gonçalves e Quadros, Fausto. *Manual de Direito Internacional Público*. Almedina, 2009.
- SILVA, Mª Manuela Magalhães e ALVES, Dora Resende. *Noções de Direito Constitucional e Ciência Política*. Rei dos Livros, 2016.
- SOARES, Albino de Azevedo, *Lições de Direito Internacional Público*, Coimbra editora, 1996.

Questões próprias da determinação da residência das pessoas coletivas na legislação portuguesa e o critério da residência nas convenções internacionais

Questions relating to the determination of legal persons' residence in Portuguese law and the residence criterion in international conventions

Patrícia Anjos Azevedo¹

Instituto Politécnico da Maia/N2i (Núcleo de Investigação do IPMAIA)
Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto/CEOS.PP

Sumário: 1. Introdução. 1.1. Enquadramento do critério da residência. 1.2. A determinação das competências tributárias entre os Estados. 2. A determinação da qualidade de residente relativamente às pessoas coletivas. 2.1. Considerações gerais. 2.2. O estabelecimento estável. 2.3. Regime de tributação em sede de IRC. 3. A tributação com base no critério da residência nos termos das CDT. 3.1. Introdução. 3.2. A não existência de um conceito autónomo de residência a nível convencional. 4. Conclusões. 5. Bibliografia Citada.

Resumo: Segundo o critério da residência, a tributação do rendimento deverá ser levada a cabo independentemente do local de obtenção dos rendimentos, pelo que um dado sujeito passivo considerado fiscalmente residente numa determinada jurisdição será aí tributado por todos os rendimentos que aufera, independentemente de obter a totalidade ou parte de tais rendimentos nesse território. Relativamente às pessoas coletivas, as diferentes jurisdições determinam a respetiva residência de acordo com a sua sede social, a sua direção efetiva e, em alguns ordenamentos jurídicos, o local onde a sociedade foi constituída, não existindo critérios internacional e uniformemente aceites no que toca à definição da residência para efeitos fiscais. Ademais, nas próprias Convenções de Dupla Tributação, o conceito de "residência" não se claramente encontra definido, sendo normalmente objeto de remissão para as legislações internas, o que muitas vezes provoca conflitos positivos de residência, relativamente aos quais terão de ser apresentadas soluções concretas.

Palavras-Chave: Critério da residência; Tributação do rendimento; Pessoas coletivas; Convenções de Dupla Tributação.

Abstract: According to the residence criterion, taxation of income must be carried out irrespective of the place where the income is obtained, so that a taxable person considered to be a tax resident in a given jurisdiction will be taxed there for all the income. As far as legal persons are concerned, the different jurisdictions determine their residence according to their registered office, their effective management and, in some jurisdictions, the place where the company was incorporated, there being no international and uniformly accepted criteria for the definition of residence for tax purposes. Moreover, in the Double Taxation Conventions themselves, the

¹ Doutora em Direito (PhD) pela Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Professora Adjunta Convidada no Instituto Politécnico da Maia (IPMAIA). Membro da Comissão Científica do N2i (Núcleo de Investigação do IPMAIA). Assistente Convidada no Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto. Membro Efetivo do Centro de Estudos Organizacionais e Sociais do Politécnico do Porto (CEOS.PP).

concept of "residence" is not clearly defined and is usually referred to in domestic legislation, which often leads to positive residence conflicts, for which concrete solutions have to be presented.

Keywords: Residence criterion; Income taxation; Legal persons; Double Taxation Conventions.

1. Introdução

1.1. Enquadramento do critério da residência

De acordo com o critério da residência, a tributação do rendimento deverá ser levada a cabo independentemente do local da fonte de tal rendimento. Assim, um dado sujeito passivo será tributado no Estado no qual seja considerado como fiscalmente residente, por todos os rendimentos que aufera, independentemente de obter a totalidade ou parte de tais rendimentos nesse território. A residência apresenta-se como uma ligação de natureza "socioeconómica" a um Estado, "(...) *que implica a presença física, permanente ou temporária, a disponibilidade de uma habitação ou a existência de certo tipo de conexão económica, como o exercício de determinadas funções*"².

Em sede de IRC, por exemplo, tributa-se o lucro³ das entidades com sede ou direção efetiva em Portugal (veja-se o art.º 2.º do CIRC, acerca dos sujeitos passivos) que exerçam, a título principal, atividades de natureza comercial, industrial ou agrícola⁴ e o lucro imputável a estabelecimento estável⁵ (de entidades que não possuam sede nem direção efetiva em território português) situado em território nacional, bem como o rendimento global e os incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito das entidades sede ou direção efetiva em Portugal que não exerçam, a título principal, atividades de natureza comercial, industrial ou agrícola e o rendimento global e os incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito por entidades (que não possuam sede ou direção efetiva em Portugal) sem estabelecimento estável ou que, possuindo-o, não lhe sejam imputáveis – cfr. art.º 3.º, n.º 1, alíneas a) a d) do CIRC. O CIRC consagra ainda uma "extensão da obrigação de imposto" (art.º 4.º do CIRC) que prescreve que, relativamente às pessoas coletivas e outras entidades com sede ou direção efetiva em território português, o IRC incide sobre a totalidade dos seus rendimentos, incluindo os

² Cfr., sobre estas matérias, PIRES, M., *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, INCM, 1984, p. 220, que se refere a uma "pertença" socioeconómica, que implica a presença física, permanente ou temporária, a disponibilidade de uma habitação ou a existência de certo tipo de conexão económica, como o exercício de determinadas funções. O mesmo autor refere-se ao domicílio (residência habitual) como uma outra realidade compreendida no conceito de residência. Ainda de acordo com PIRES, M., na sua obra, *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, INCM, 1984, p. 222), "As modernas convenções fiscais utilizam o termo «residência» e não «domicílio». A consequência desta substituição é confundir-se num só vocábulo duas realidades que anteriormente se designavam separadamente através daqueles dois termos."

³ O lucro consiste na diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação (teoria do balanço), com as correções estabelecidas no CIRC – art.º 3.º, n.º 2 do CIRC.

⁴ São consideradas atividades de natureza comercial, industrial ou agrícola todas as que consistam na realização de operações económicas de carácter empresarial, incluindo as prestações de serviços – cfr. art.º 3.º, n.º 4 do CIRC.

⁵ São componentes do lucro imputável ao estabelecimento estável os rendimentos de qualquer natureza obtidos por seu intermédio, bem como os demais rendimentos obtidos em território português que sejam provenientes de atividades idênticas ou similares às realizadas através desse estabelecimento estável de que sejam titulares as entidades não residentes (princípio da atração do estabelecimento estável) – cfr. art.º 3.º, n.º 3 do CIRC. A noção de estabelecimento estável é tratada pelo art.º 5.º do CIRC, que o define como qualquer instalação fixa através da qual seja exercida uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola.

obtidos no estrangeiro (n.º 1 do art.º 4.º do CIRC) – tributação universal e ilimitada. Em relação às pessoas coletivas e outras entidades que não possuam sede nem direção efetiva em território português, o IRC incide apenas quanto aos rendimentos obtidos em território nacional (n.º 2 do art.º 4.º do CIRC) – tributação pelo Estado da fonte dos rendimentos.

O critério da residência materializa-se assim numa tributação universal ou ilimitada, já que o Estado tem o direito de tributar os rendimentos obtidos pelos seus residentes, quer no seu território, quer no estrangeiro, independentemente do local de onde é originário, tratando-se de uma autêntica tributação mundial dos residentes (a denominada *worldwide income taxation of residents*). No entanto, não podemos esquecer as dificuldades que a aceitação deste critério acarreta, ao tributar a totalidade dos rendimentos, considerando por isso não só os obtidos num determinado território, mas também os obtidos noutros Estados⁶, em termos que devem ser melhor explicitados, dada a sua complexidade e as implicações jurídico-económicas que apresenta, senão vejamos:

Uma das principais dificuldades tem a ver com a possível ocorrência de uma situação de dupla tributação, em que o contribuinte pode ver a sua carga fiscal aumentar ou atenuar se for por intermédio de uma CDT (bilateral) ou de mecanismos internos (unilaterais) com vista a evitar, eliminar ou atenuar a dupla tributação internacional. As dificuldades na aplicação deste critério não terminam por aqui. Perguntamo-nos se existirá um conceito autónomo e operativo de residência ao nível do Direito Internacional e da União Europeia ou, se pelo contrário, essa noção é essencialmente delimitada no âmbito dos direitos fiscais internos, havendo ainda que questionar-se a articulação entre o conceito de residência que decorre das normas de Direito interno e dos instrumentos internacionais⁷.

No direito fiscal da União Europeia, o conceito de residente visa determinar os sujeitos passivos que podem beneficiar da aplicação de uma determinada diretiva⁸. No direito fiscal internacional, o conceito de residente encontra-se retratado no art.º 4.º da convenção modelo da OCDE, que apenas se refere ao conceito de “residente de um Estado contratante” para efeitos de aplicação da convenção, remetendo, quanto à atribuição desta categoria, para as disposições de Direito interno dos Estados, mas apresenta – todavia – alguns “critérios de desempate” para o caso de uma mesma pessoa ser considerada residente em ambos os Estados contratantes, à luz das respetivas disposições legais de Direito interno. No Direito interno a função do conceito de residente está limitada à dimensão espacial do seu facto tributário⁹.

Contudo, quer o direito fiscal da UE (através de diretivas)¹⁰, quer as CDT (tal como acabamos de referir, a propósito da convenção modelo da OCDE),

⁶ Sobre a residência e sobre a fonte, cfr., entre outros, TEIXEIRA, G., *Manual de Direito Fiscal*, 2.ª Edição (reimpressão), Almedina, 2012; TEIXEIRA, G., *Manual de Direito Fiscal*, 3.ª Edição, Almedina, 2015; XAVIER, A., *Direito Tributário Internacional*, 2.ª Edição Atualizada, Almedina, 2009, pp. 280 e ss (e reimpressão de 2014); e, ainda, PEREIRA, P. R., *Princípios do Direito Fiscal Internacional – do paradigma clássico ao direito fiscal europeu*, Almedina, 2010, pp. 85 e ss.

⁷ Estas questões são tratadas por RIBEIRO, J.S., no seguinte contributo: RIBEIRO, J. S., “O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno”, *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012.

⁸ As diretivas têm como pressuposto de aplicação a verificação de factos tributários no domínio interno. Tal como no âmbito das CDT, também no contexto do direito fiscal da UE, a determinação da condição de residente é deixada a cargo do Direito interno dos Estados-membros, sendo para aí feita uma remissão.

⁹ Neste sentido, RIBEIRO, J. S., “O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno”, *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012.

¹⁰ Cfr., entre outras, Diretiva do Conselho dos Rendimentos da Poupança – 2003/49/CE, de 3 de junho de 2003, artigo 1.º; Diretiva do Conselho sociedades mães/afiliadas 90/435/CEE,

definem a condição de residente à luz dos Direitos internos, não existindo por isso um conceito independente de residente, autonomamente considerado em relação aos Direitos internos. O problema é que, não sendo uniformes os critérios utilizados para determinar a residência, é possível que um indivíduo ou uma sociedade sejam considerados residentes em mais do que um Estado. Para além de que a lei permite que um contribuinte singular ou uma sociedade desloquem muito facilmente a sua residência de um Estado para o outro.

A possibilidade da obtenção de rendimentos fora do país da residência afasta a teoria absoluta de que deverá ser exclusivamente o país da residência a tributar, uma vez que nem sempre é este o critério adequado para aferir a efetiva situação do contribuinte em face da UE ou do Direito Internacional. A necessidade de garantir um tratamento não discriminatório entre cidadãos, sobretudo na UE, sobrepõe-se ao critério tradicional que distingue entre residentes e não residentes, já que o tratamento diferenciado dos contribuintes com base na residência resultará num tratamento fiscal diferenciado se compararmos tal contribuinte com outro contribuinte na mesma situação, mas residente num outro Estado.

A questão que se coloca aqui é de saber se a tributação baseada no critério da residência é compatível como a legislação europeia e internacional e com os próprios princípios europeus e internacionais ou, se pelo contrário, a evolução da legislação europeia no que respeita à tributação direta levou a que a tributação com base na residência não se compagine com tais exigências. Veja-se que quer o conceito de residência, quer os seus contornos permaneceram na soberania dos Estados-membros, ao passo que a legislação europeia e internacional assegura os direitos que imediatamente derivam do estatuto de nacional. Por isso, a problemática do critério da residência deve-se a alguma incompatibilidade entre os conceitos internos de residência e os direitos supranacionais conferidos pela legislação europeia e internacional.

Esta conclusão não afetaria os problemas relacionados com a repartição dos poderes tributários entre os Estados, caso houvesse uma política de tributação comum ao nível comunitário e regras internacionais de tributação ao nível da OCDE, FMI, Banco Mundial, etc. Todavia, não é provável que tal aconteça num futuro próximo devido à soberania fiscal dos Estados. Esta questão torna-se relevante neste contexto internacional em que assistimos a fatores de globalização económica e a factos tributários plurilocalizados, que acarretam problemas diversos em termos de repartição das competências de tributar entre os Estados.

1.2. A determinação das competências tributárias entre os Estados

Tal como já fomos aludindo, a tributação com base no critério da residência é, via de regra, a base jurídica à tributação do rendimento e do capital a nível interno, bem como às convenções de dupla tributação (CDT). As próprias CDT assentam fundamentalmente numa distinção entre “o Estado da residência” e “o Estado da fonte”.

A justificação da pretensão de tributar com base no critério da residência prende-se, essencialmente, com o valor que esta apresenta para o indivíduo ou para a pessoa coletiva, pois a residência confere determinado estatuto de proteção e um ambiente de regulação que poderá trazer benefícios importantes em matéria de reputação do contribuinte, de salvaguarda dos direitos subjetivos do contribuinte e de pertença a um dado Estado, mesmo nos casos em que se desenvolvam atividades no estrangeiro.

de 23 de julho de 1990, alterada pela Diretiva do Conselho 2003/123/CE, de 22 de dezembro de 2003, artigo 2.º; Diretiva do Conselho sobre fusões, cisões, troca de ativos e permuta de ações 90/434/CEE, de 23 de julho de 1990, alterada pela Diretiva 2005/19/CE, de 17 de fevereiro de 2005, cuja versão consolidada consta da Diretiva 2009/133/CE, de 19 de outubro de 2009, artigo 3.º; Diretiva de juros e *royalties* entre empresas associadas 2003/49/CE, de 3 de junho de 2003, artigo 3.º.

A qualidade de contribuinte residente confere o dever de lealdade fiscal ao Estado da residência, uma vez que é desse Estado que o residente receberá a necessária proteção jurídica dos seus direitos e interesses¹¹. Assim, a justificação para a adoção deste princípio poderá passar pela teoria do benefício. Em muitos países, a tributação do rendimento com base no critério da residência decorre do imperativo constitucional de tributar todos os contribuintes de forma igual, independentemente da fonte onde é obtido o rendimento.

Ao nível das CDT, está prescrito o âmbito pessoal de aplicação (cfr. art.º 1.º da convenção modelo da OCDE), bem como o enquadramento do conceito de residência, as normas reguladoras do poder de tributar e de eliminação da dupla tributação.

Todavia, nas CDT, o conceito de "residência" não se encontra definido, sendo normalmente objeto de remissão para as legislações internas. O art.º 4.º da convenção modelo da OCDE remete para o direito interno dos Estados contratantes a determinação concreta da residência das pessoas singulares e coletivas. Esta remissão coloca algumas dúvidas e dificuldades em termos de aplicação prática. Na hipótese de se verificar um qualquer conflito de competências, algumas das convenções sobre dupla tributação permitem, como critério interpretativo, a possibilidade de recurso à convenção modelo da OCDE (mais especificamente o seu art.º 4.º, parágrafos 2 e 3).

É assim que, por exemplo, o princípio da *lex fori*, previsto no art.º 3.º, parágrafo 2 da convenção modelo da OCDE, estabelece que tudo aquilo que não estiver especificamente regulado no tratado deverá ser interpretado e aplicado de acordo com as legislações internas, a menos que não seja possível a sua aplicação a um caso concreto.

O conceito fiscal de residência difere significativamente quando comparamos as legislações internas de cada um dos Estados-membros. Alguns países baseiam o conceito de residência no mesmo conceito que aquele que é definido ao nível do direito privado, embora com algumas correções (casos da Itália¹² e da França); outros países apresentam uma definição autónoma de residência (como é o caso da Alemanha e da Espanha); e outros ainda, como o Reino Unido, apresentam o conceito de forma mais complexa, estabelecendo diferentes graus na relação factual com o contribuinte¹³.

No caso português, e na ausência de convenções celebradas entre Portugal e um outro Estado, bem como na ausência de uma situação jurídico-fiscal plurilocalizada, importará ter em atenção os critérios indicados no Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) e no Código do Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (CIRC), nos termos que analisaremos em seguida.

De facto, quer no domínio do CIRS, quer no domínio do CIRC, o conceito de residência desempenha uma função similar, servindo de elemento de conexão entre determinada situação fáctica e a legislação portuguesa. A classificação do sujeito passivo como contribuinte residente resulta da concretização da dimensão especial do facto tributário, permitindo assim que se estabeleça uma relação jurídico-fiscal. Para existir, o facto tributário, além de depender da verificação de uma determinada situação de facto (dimensão material do facto tributário), bem como da ligação dessa situação a um determinado sujeito passivo (dimensão subjetiva), pressupõe ainda a concretização das dimensões temporal, quantitativa e espacial.

¹¹ Neste sentido, MACHADO, J. E. M. e COSTA, P. N., *Curso de Direito Tributário*, Coimbra Editora, 2009. Para uma bibliografia mais recente, veja-se MACHADO, J. E. M. e COSTA, P. N., *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 13 e ss, onde se refere a residência e, seguidamente, a fonte.

¹² Para maiores desenvolvimentos, cfr. PISTONE, P., "The impact of community law on tax treaties: issues and solutions", *Eucotax Series on European Taxation*, Kluwer Law International, London, 2002, pp. 175 e ss.

¹³ Cfr. PISTONE, P., "The impact of community law on tax treaties: issues and solutions", *Eucotax Series on European Taxation*, Kluwer Law International, London, 2002, pp. 175 e ss.

Ou seja, para que a percepção de rendimentos por parte de um determinado sujeito dar origem ao nascimento de um facto tributário, é necessária a quantificação desse facto, que esse facto diga respeito a um período temporal concreto e que, além disso, que tenha alguma conexão legalmente estabelecida com o ordenamento jurídico-fiscal português. Só assim surge o facto tributário. Na fixação desta dimensão espacial, o conceito de residência assume a natureza de elemento de conexão, por excelência.

Sem prescindir, existem ainda outros elementos de conexão que concretizam esta dimensão, como por exemplo o local de obtenção dos rendimentos, mas é de facto a residência que se traduz na ligação mais forte do elemento material que se encontra na base da ligação do facto tributário a determinado ordenamento jurídico. Por isso, o sujeito passivo que se considere como residente será tributado de acordo com uma base mundial, ou seja, por todos os rendimentos que auferir, independentemente do local onde são obtidos¹⁴.

A fixação da residência para efeitos fiscais adquire acentuada importância, quer num contexto nacional, quer num contexto internacional, desde logo porque o âmbito pessoal das convenções é definido pela qualidade de residente em um ou ambos os Estados contratantes, sendo indiferente (regra geral) a nacionalidade ou a qualidade de contribuinte.

2. A determinação da qualidade de residente relativamente às pessoas coletivas

2.1. Considerações gerais

Via de regra, as diferentes jurisdições determinam a residência das pessoas coletivas de acordo com a sua sede social, a sua direção efetiva e, em alguns ordenamentos jurídicos, o local onde a sociedade foi constituída^{15 16}.

A direção efetiva é determinada em função do local onde decorre a gestão da empresa, onde se reúnem os seus órgãos sociais, onde convergem as instruções de gestão corrente e onde se concretizam, no plano administrativo, as decisões de gestão. Este critério da direção efetiva levanta uma série de incertezas, desde logo atendendo ao número de fatores administrativos e não económicos que contribuem para a sua qualificação, com sejam o local das reuniões do conselho de administração e de outros órgãos sociais, por exemplo. Pode até dar-se o caso de o Estado onde se produzem “os elementos determinantes da capacidade contributiva técnico-económica” não corresponder com o Estado onde “os elementos administrativos se verificam”¹⁷ e de não existir uma única direção efetiva.

Destarte, o conceito de direção efetiva significa o local onde os negócios são dirigidos ou fiscalizados, ou seja, o local onde são tomadas substancialmente as decisões principais, quer em termos de gestão, quer a um nível comercial, decisões

¹⁴ Neste sentido, cfr. RIBEIRO, J. S., “O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno”, *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012 e, ainda, RIBEIRO, J. S., *A tributação presuntiva do rendimento: um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria tributável*, Almedina, 2010, pp.96-114.

¹⁵ No caso italiano, a definição de residência das pessoas coletivas surge explicitamente na legislação, onde se refere que, para efeitos de tributação, se consideram como residentes todas as empresas ou entidades que mantenham a sua sede legal ou administrativa ou a sua atividade principal em território italiano. Cfr. PISTONE, P., “The impact of community law on tax treaties: issues and solutions”, *EucoTax Series on European Taxation*, Kluwer Law International, London, 2002, pp. 175 e ss.

¹⁶ Sobre a incidência pessoal do IRC, veja-se: SOUSA, D. P., *Direito Fiscal e Processo Tributário*, Coimbra Editora, 2013, pp. 465-466.

¹⁷ Neste sentido, PIREZ, M., *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, INCM, 1984, p. 225.

essas que se afiguram necessárias à condução das atividades da sociedade e à gestão global da empresa.

No caso português, a determinação da condição de residente¹⁸ em sede de IRC é mais simples comparativamente com a qualidade de residente em IRS. O CIRC, no seu art.º 2.º, n.º 3, apresenta dois critérios (ou elementos de conexão) alternativos, a saber: a *sede* e o local de *direção efetiva*. Basta que determinada pessoa coletiva possua sede ou direção efetiva (alternativamente) em determinado território, não havendo necessidade de cumulação dos dois fatores para que a pessoa coletiva seja considerada como residente.

No que diz respeito ao critério da sede, este não apresenta grandes dificuldades de concretização, desde logo pelas exigências em termos de Direito Comercial. Mais concretamente, o critério da sede remete o da sede, ou seja, o local indicado como tal no contrato de sociedade. Trata-se de um critério meramente formal, que pode ser facilmente manipulável, o que leva a que seja necessário considerar, alternativamente, um outro critério¹⁹.

Relativamente ao segundo critério (direção efetiva), não obstante o facto de poder eventualmente corrigir o primeiro, este oferece contornos incertos, uma vez que a lei não o define e a própria doutrina não apresenta soluções claras e precisas. Por isso, é necessária uma maior análise sobre as atividades do sujeito passivo, a definição dos órgãos estatutários, os limites dos poderes dos sócios/administradores das sociedades, etc.

Ao contrário da sede, que pode ser facilmente definida por lei, o conceito de direção efetiva é mais fluído, no sentido de que corresponde ao local de direção efetiva, onde são tomadas as decisões estratégicas. É o local onde está situada a administração da empresa e onde são tomadas as decisões correntes da sua gestão²⁰.

Assim, na prática, cada Estado pode estabelecer os critérios de residência que bem entenda, podendo até ocorrer situações de dupla residência (por exemplo, quando a sede se encontra localizada num determinado Estado e os poderes decisórios num outro Estado)²¹. Nestes casos, podem as CDT alocar a jurisdição fiscal a apenas um dos Estados e/ou prever soluções para fazer face a situações de eventual duplicação de coleta.

De referir que o local da direção efetiva foi sobretudo pensado para dar resposta às questões suscitadas pelas sociedades de “mera fachada”, sedeadas em paraísos fiscais e controladas por residentes. Hoje, com a evolução informática no domínio das telecomunicações, muitas sociedades são governadas a partir do estrangeiro (ou seja, a sede efetiva não coincidirá com a sede estatutária), sem que no entanto exista qualquer propósito evasivo ou fraudulento. Acrescente-se ainda que a estrutura dos grupos multinacionais (cuja direção é verdadeiramente internacional) torna muito difícil ou até mesmo impossível determinar um local de direção efetiva de cada uma das sociedades que integram tais grupos.

Por isso, nem sempre é possível definir, em abstrato, critérios para a localização da direção efetiva de uma sociedade, devendo tal definição ser efetuada através de uma ponderação casuística e individualizada²², o que leva a que se tenha de ter em atenção situações de evasão ou elisão fiscais internacionais.

¹⁸ Além disso, o art.º 19.º n.º 1, alínea b) da LGT estabelece o “domicílio fiscal” das pessoas coletivas, importante para finalidades processuais, mas não para aplicação de normas fiscais substantivas, já que para estas últimas relevam apenas os fatores de conexão relevantes para efeitos de tributação, *v.g.*, critério da residência e critério da fonte.

¹⁹ Neste sentido, cfr. MORAIS, R. D., *Apontamentos ao IRC*, Almedina, 2007, p. 15.

²⁰ Cfr. MORAIS, R. D., *Apontamentos ao IRC*, Almedina, 2007, p. 15.

²¹ Para maiores desenvolvimentos sobre a dupla residência das sociedades à luz das CDT, veja-se CÂMARA, F. S., “A dupla residência das sociedades à luz das convenções de dupla tributação”, in AA.VV., *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Associação Portuguesa de Consultores Fiscais – Fisco*, Lex, 2003, pp. 213-283.

²² Para maiores desenvolvimentos, cfr. MORAIS, R. D., *Imputação de lucros de sociedades*

2.2. O estabelecimento estável

O CIRC distingue, no seu art.º 3.º, entre: (i) entidades residentes que exerçam, a título principal, atividades de natureza comercial, industrial ou agrícola; (ii) entidades residentes que não exerçam, a título principal, atividades de natureza comercial, industrial ou agrícola; (iii) entidades não residentes com estabelecimento estável (EE) em Portugal; e (iv) entidades não residentes sem estabelecimento estável (EE) em Portugal.

Os sujeitos passivos não residentes são entidades, com ou sem personalidade jurídica, que não tendo sede ou direção efetiva em território português aqui obtenham rendimentos não sujeitos a IRS [art.º 2.º, n.º 1, alínea c) do CIRC].

As entidades não residentes com estabelecimento estável (EE) em Portugal são tributadas pelo lucro imputável ao EE [art.º 3.º, n.º 1, alínea c) do CIRC], sendo obrigadas a possuir contabilidade organizada, nos termos do art.º 123.º, n.º 1 do CIRC.

De facto, quando uma entidade com sede ou direção efetiva numa determinada jurisdição pretende desenvolver a sua atividade noutras jurisdições, pode fazê-lo das seguintes formas²³:

(i) criando uma subsidiária na jurisdição para onde pretende expandir-se, sendo tal subsidiária uma sociedade de Direito local, que se sujeitará às normas fiscais e comerciais da jurisdição em questão;

(ii) criando uma sucursal (ou outro tipo de forma de presença física), sem personalidade jurídica (cfr. art.º 3.º do Código das Sociedades Comerciais), sujeitando-se apenas às regras locais quanto ao impacto fiscal das operações que realizada, originando-se, pela permanência, um estabelecimento estável; ou

(iii) não estabelecendo qualquer tipo de presença física na jurisdição para onde pretende expandir-se limitando-se a, sempre que necessário, deslocar os meios materiais ou humanos necessários, o que poderá ou não originar um estabelecimento estável.

Considera-se, para efeitos da aplicação do regime fiscal previsto no CIRC, como estabelecimento estável qualquer instalação fixa através da qual seja exercida uma atividade de natureza comercial, industrial ou agrícola (art.º 5.º, n.º 1 do CIRC)²⁴. É o caso de um local de direção, uma sucursal, um escritório, uma fábrica, uma oficina e uma mina (art.º 5.º, n.º 2 do CIRC). O caso de um estaleiro, plataforma ou instalação, através do qual se exerçam atividades de uma forma temporária apenas é considerado estabelecimento estável se a duração da obra ou da atividade exceder seis meses (n.º 3 do art.º 5.º do CIRC). Em caso de subempreitada, e de acordo com o n.º 5 da mesma disposição, considera-se que o subempreiteiro possui estabelecimento estável no estaleiro, caso aí exerça a sua atividade por um período superior a seis meses.

Assim, o conceito de estabelecimento estável caracteriza-se por conter dois elementos: um elemento estático (organização pela qual é exercida uma atividade) e um elemento dinâmico (a atividade exercida em si mesma), aos quais acresce o requisito temporal, de duração mínima. Não se considera estabelecimento estável o exercício de atividade no território nacional através de um agente independente (n.º 7 do art.º 5.º) e as instalações de carácter preparatório ou auxiliar (n.º 8 do art.º 5.º)²⁵.

não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado, Publicações Universidade Católica – Porto, 2005, pp. 301 e ss.

²³ Cfr. TEIXEIRA, M. D., *A determinação do lucro tributável dos estabelecimentos estáveis de não residentes*, Almedina, 2007, pp. 13-14.

²⁴ Sobre o estabelecimento estável, veja-se ainda: SOUSA, D. P., *Direito Fiscal e Processo Tributário*, Coimbra Editora, 2013, pp. 469 e ss.

²⁵ Sobre o conceito de estabelecimento estável, cfr. TEIXEIRA, M. D., *A determinação do lucro tributável dos estabelecimentos estáveis de não residentes*, Almedina, 2007, pp. 21 e ss.

O conceito de estabelecimento estável também se encontra previsto no art.º 5.º da Convenção Modelo da OCDE, que se mantém inalterado desde 1963, e apresenta alguns requisitos essenciais do estabelecimento estável, mais concretamente: (a) a existência de uma instalação (no sentido de local de negócios); (b) este local ser fixo e estar integrado fisicamente num dado território, com carácter de permanência; e (c) a empresa exercer uma certa atividade negocial através daquela instalação, o que significa que as pessoas dependem da empresa e exercem as suas atividades nessa empresa, no Estado onde se encontra situada a instalação fixa em causa. A mesma disposição apresenta ainda uma enumeração exemplificativa, quer de carácter positivo, quer de carácter negativo²⁶, tal como acontece no caso da legislação portuguesa – v.g., art.º 5.º do CIRC, *supra* analisado.

O estabelecimento estável não tem personalidade jurídica distinta da da sede, pelo que não pode figurar como parte num contrato²⁷, verificando-se que a figura do estabelecimento estável se encontra na fronteira entre os critérios da residência e da fonte, já que permite a tributação dos não residentes de acordo com regras semelhantes às aplicáveis aos residentes.

Por seu turno, as entidades não residentes sem estabelecimento estável (EE) em Portugal são tributadas pelos rendimentos das diferentes categorias previstas para efeitos de IRS e pelos incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito [art.º 3.º, n.º 1, alínea d) do CIRC].

Os sujeitos passivos não residentes encontram-se sujeitos a IRC relativamente aos rendimentos obtidos em território português (art.º 4.º, n.º 2 do CIRC – critério da fonte), sendo tributados os rendimentos imputáveis a EE e os rendimentos obtidos em Portugal não imputáveis a EE (art.º 4.º, n.ºs 3 e 4 do CIRC).

Ora, a distinção entre residentes e não residentes atenua-se com a figura do estabelecimento estável, pois esta permite que um não residente seja tributado de acordo com características específicas que o aproximam do residente.

2.3. Regime de tributação em sede de IRC

Em sede de IRC, a tributação segue regras distintas consoante se trate de: (i) entidades residentes que exerçam, a título principal, atividades de natureza comercial, industrial ou agrícola [art.º 15.º, n.º 1, alínea a) do CIRC]; (ii) entidades residentes que não exerçam, a título principal, atividades de natureza comercial, industrial ou agrícola [art.º 15.º, n.º 1, alínea b) do CIRC]; (iii) entidades não residentes com estabelecimento estável (EE) em Portugal [art.º 15.º, n.º 1, alínea c) do CIRC]; (iv) entidades não residentes sem estabelecimento estável (EE) em Portugal [art.º 15.º, n.º 1, alínea d) do CIRC].

A matéria coletável das entidades residentes que exerçam, a título principal, atividades de natureza comercial, industrial ou agrícola, apura-se de acordo com a seguinte fórmula: MC (matéria coletável) = LT (lucro tributável – art.ºs 17.º e ss do CIRC) - Prejuízos fiscais (art.º 52.º do CIRC) - Benefícios fiscais. O lucro tributável é determinado de acordo com as regras aplicáveis às entidades residentes que exerçam, a título principal, uma actividade comercial, industrial ou agrícola, encontrando-se o respetivo regime previsto nos art.ºs 15.º e ss do CIRC.

Quanto à matéria coletável das entidades não residentes com EE, esta determina-se de acordo com a seguinte fórmula: MC = LT imputável ao EE (art.º 55.º do CIRC) - Prejuízos fiscais imputáveis ao EE (art.º 52.º do CIRC) - Benefícios fiscais.

²⁶ Para maiores desenvolvimentos, cfr. SOUSA, D. P., *Direito Fiscal e Processo Tributário*, Coimbra Editora, 2013, pp. 469 e ss, acerca do estabelecimento estável.

²⁷ No mesmo sentido, cfr. TEIXEIRA, M. D., *A determinação do lucro tributável dos estabelecimentos estáveis de não residentes*, Almedina, 2007, p. 29.

O lucro tributável do estabelecimento estável do não residente determina-se de acordo com a previsão constante no art.º 50.º do CIRC, aplicando-se, *mutatis mutandis*, as regras referentes aos sujeitos passivos residentes que exerçam, a título principal, atividades de natureza comercial, industrial ou agrícola. Assim, para efeitos de determinação do lucro tributável do estabelecimento estável, parte-se do lucro contabilístico, apurado com base na contabilidade, acrescido e deduzido das variações patrimoniais positivas e negativas para efeitos do CIRC, aplicando-se ainda as restantes correções fiscais previstas por lei.

Neste contexto, existe ainda o chamado princípio da atração do estabelecimento estável, que se materializa no seguinte: *“ao estender a tributação do estabelecimento estável não só aos rendimentos obtidos por seu intermédio pela entidade não residente, mas também aos restantes rendimentos que essa entidade obtenha em território português provenientes de actividades idênticas ou similares às realizadas através do estabelecimento, Portugal adoptou o princípio da atracção (...) do estabelecimento estável (...)”*²⁸

Uma nota para referir que o n.º 3 do art.º 24.º da convenção modelo OCDE vem prever a não discriminação do estabelecimento estável, na medida em que um determinado estabelecimento estável não poderá ser objeto de tributação menos favorável do que as empresas que exerçam as mesmas funções no Estado onde esse mesmo estabelecimento estável se encontra situado²⁹.

Por sua vez, quanto às entidades não residentes sem EE em Portugal [art.º 15.º, n.º 1, alínea d) do CIRC], a matéria coletável é determinada da seguinte forma: MC = Rendimento das várias categorias do IRS (fundamentalmente categorias E e F) + incrementos patrimoniais a título gratuito (art.º 56.º do CIRC).

As entidades não residentes sem EE que auferirem rendimentos em Portugal devem, de acordo com o art.º 126.º do CIRC, nomear um representante fiscal. Esta nomeação é facultativa em relação às entidades que sejam consideradas, para efeitos fiscais, como residentes noutros Estados-membros da UE ou do Espaço Económico Europeu, desde que, neste último caso, esse Estado-membro esteja vinculado à cooperação administrativa e fiscal equivalente à estabelecida no âmbito da Diretiva 2011/16/CE, do Conselho, de 15 de fevereiro de 2011 (cfr. art.º 126.º, n.º 2 do CIRC).

Destaque-se ainda que os rendimentos previstos no art.º 94.º, n.º 1 do CIRC, quando obtidos por residentes e não residentes com estabelecimento estável são objeto de retenção na fonte, geralmente com a natureza de imposto por conta.

Mas, quando tais rendimentos são auferidos por não residentes que não possuam estabelecimento estável ou, possuindo-o, quando os rendimentos em causa não lhe sejam imputáveis, encontram-se sujeitos a retenção na fonte a título definitivo – art.º 94.º, n.º 3, alínea b) do CIRC. São assim aplicáveis, por força do disposto no n.º 5 do art.º 94.º do CIRC, as taxas previstas no art.º 87.º, n.º 4 do CIRC. Todavia, excetuam-se desta regra os rendimentos prediais – parte inicial do art.º 94.º, n.º 3, alínea b) do CIRC.

Deste modo, consideram-se obtidos em território português os rendimentos previstos no n.º 3 do art.º 4.º do CIRC (cfr. n.º 2 do art.º 94.º), à exceção dos rendimentos previstos no n.º 4 do art.º 4.º do CIRC³⁰.

Todavia, de acordo com o n.º 4 do art.º 4.º do CIRC, não se consideram obtidos em Portugal os rendimentos elencados na alínea c) do n.º 3 da mesma disposição, quando os mesmos constituam encargo de estabelecimento estável situado fora desse território relativo à atividade exercida por seu intermédio e, bem assim, quando não se verificarem essas condições, os rendimentos referidos no n.º

²⁸ Cfr. TEIXEIRA, M. D., *A determinação do lucro tributável dos estabelecimentos estáveis de não residentes*, Almedina, 2007, p. 50.

²⁹ Para maiores desenvolvimentos, cfr. TEIXEIRA, M. D., *A determinação do lucro tributável dos estabelecimentos estáveis de não residentes*, Almedina, 2007, pp.120-124.

³⁰ Para maiores desenvolvimentos, cfr. PINTO, N. C., *A tributação das sociedades não residentes sem estabelecimento estável em Portugal*, Vida Económica, 2011, pp. 114 e ss.

7 da mesma alínea c) do n.º 3, quando os serviços de que derivam, sendo realizados integralmente fora do território português, não respeitem a bens situados nesse território nem estejam relacionados com estudos, projetos, apoio técnico ou à gestão, serviços de contabilidade ou auditoria e serviços de consultoria, organização, investigação e desenvolvimento em qualquer domínio – cfr. letra do n.º 4 do art.º 4.º do CIRC.

Além disso, através da Diretiva sociedade-mãe e sociedades afiliadas (Diretiva n.º 90/435/CEE) criou-se um regime de isenção da retenção na fonte sobre a distribuição de dividendos entre uma sociedade residente em Portugal e a respetiva sociedade-mãe residente num outro Estado-membro – cfr. art.º 14.º, n.ºs 3 e 4 do CIRC. Para tal, o beneficiário deve fazer prova de residência na UE, mediante declaração autenticada pela autoridade fiscal do Estado de residência do beneficiário.

Por sua vez, por intermédio da Diretiva da Poupança (Diretiva n.º 2003/49/CEE, transposta para o ordenamento jurídico Português por intermédio do Decreto-Lei n.º 34/2015, de 17 de fevereiro) criou-se um regime fiscal comum aplicável aos pagamentos de juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de diferentes Estados-membros da União Europeia, com vista a eliminar a tributação de tais rendimentos no Estado da fonte (caso contrário, teríamos aqui uma situação de dupla tributação jurídica internacional), sendo os pagamentos dos juros e *royalties* efetuados entre sociedades associadas de diferentes Estados-membros da União Europeia unicamente tributados no Estado-membro do beneficiário efetivo³¹ (cfr. art.º 14.º, n.ºs 12 a 16 do CIRC).

3. A tributação com base no critério da residência nos termos das CDT

3.1. Introdução

É importante referirmo-nos a este ponto na nossa análise tendo por base a convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o capital, já que esta convenção modelo exerce uma influência que exerce na maioria das CDT celebradas pelos Estados. Aliás, as soluções concretas normalmente existentes centram-se nesta convenção modelo.

A convenção aborda o conceito de residência no seu art.º 4.º, tendo como objetivo principal verificar se determinado sujeito passivo pode ou não beneficiar da aplicação da convenção (cfr. art.º 1.º da convenção modelo da OCDE). No entanto, e contrariamente ao que se podia pensar, a convenção não determina quem é ou não considerado como residente num determinado Estado, remetendo para os Estados, internamente, em concreto, a verificação de tal condição. Ou seja, a convenção modelo da OCDE, bem como as convenções celebradas pelos Estados que nela se baseiam, geralmente não se reportam às normas de direito interno que atribuem a qualidade de residentes (cfr. parágrafo 4.º do comentário ao art.º 4.º da convenção modelo da OCDE); nem sequer abordam os requisitos que tais normas devem contemplar; antes remetem para a determinação da condição de residente expressamente definida no direito interno dos Estados (cfr. art.º 4.º, n.º 1 da convenção modelo da OCDE).

À luz da convenção modelo da OCDE, podemos ainda referir que a condição de residente é essencialmente definida pelas normas de Direito interno, limitando-se este instrumento a exigir que a condição de residente implique uma tributação de base mundial (alargada), não bastando a tributação dos rendimentos aí auferidos³².

³¹ Para maiores desenvolvimentos, cfr. PINTO, N. C., *A tributação das sociedades não residentes sem estabelecimento estável em Portugal*, Vida Económica, 2011, pp. 139 e ss.

³² Cfr. PEREIRA, P. R., *Princípios do Direito Fiscal Internacional – do paradigma clássico ao direito fiscal europeu*, Almedina, 2010, p. 100; e RIBEIRO, J. S., “O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno”, *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012.

A mera remissão para o direito interno de cada Estado justifica-se pelas regras de funcionamento das convenções, que geralmente limitam o poder de tributar dos Estados, mas não definem concretamente as regras para a determinação do que deve ou não ser tributado por eles³³. Ou seja, as convenções funcionam como repositório de normas instrumentais, mas não oferecem soluções concretas para o direito interno de cada um dos Estados.

Ora, o art.º 4.º da convenção modelo da OCDE, bem como o respetivo comentário, indicam que poderá ser considerado residente em determinado Estado todo o indivíduo que, à luz do direito interno desse Estado, seja aí tributado de acordo com a tributação de base mundial. Além disso, e tendo em conta que a maioria dos Estados utiliza o critério da residência como fundamento para a tributação de base mundial, existe uma correspondência quase total entre quem é considerado residente para efeitos de convenção e residente para efeitos de Direito interno.

Note-se que a convenção modelo da OCDE apresenta, no seu art.º 4.º, uma noção de residente mais abrangente. De acordo com esta norma, é residente de um Estado contratante *“qualquer pessoa que, por virtude da legislação desse Estado, está aí sujeita a imposto devido ao seu domicílio, à sua residência, ao local de direção ou a qualquer outro critério de natureza similar (...)”*. Desta noção resulta a possibilidade de tributação com base no princípio da tributação universal.

A convenção prevê ainda, no n.º 2 do seu art.º 4.º, a resolução das situações de dupla residência, remetendo para a competência interna dos Estados. Por isso, não existe aqui um conceito de residência de base convencional que seja autónomo do conceito de residência definido pelo direito interno.

A convenção modelo da OCDE limita, nos seus efeitos, a aplicação do conceito de residência quando, por qualquer motivo, o sujeito passivo (apesar de ser considerado como contribuinte residente, pelas normas de Direito interno) não é tributado por todos os rendimentos, mas apenas pelos rendimentos que obtenha nesse Estado (cfr. art.º 4.º, n.º 1, *in fine* da convenção modelo da OCDE). O comentário a esta convenção vem destacar estas matérias, referindo nomeadamente as situações nas quais um determinado sujeito, de acordo com um Tratado entre um Estado onde é residente e um outro Estado, perdeu no primeiro a condição de residente³⁴.

Em caso de empate, vem o art.º 4.º da convenção modelo da OCDE, referente ao conceito de residência, estabelecer regras de desempate na hipótese de ambos os Estados envolvidos na situação de dupla tributação se acharem competentes para a tributação com base no critério da residência, sem nunca colocar em causa a definição do conceito de residência proveniente do direito interno. Aliás, decorre do funcionamento das CDT que só pode haver um Estado da residência e um “outro Estado”, atentas as funções que cada um dos Estados deve assumir no exercício da eliminação da dupla tributação. Este mecanismo pretende definir, numa dada situação concreta, qual dos Estados envolvidos possui mais condições para, de acordo com o tipo de conexão em que se encontra, assumir-se como Estado da residência para efeitos de aplicação da CDT em questão.

Conclui-se que a convenção modelo da OCDE atribui ao Estado da residência o poder de tributar, embora por vezes de modo exclusivo e outras vezes de forma concorrente com o Estado da fonte. Tal regra decorre das normas definidoras da competência para a tributação do rendimento e do património (art.ºs 6.º e ss da convenção modelo da OCDE).

³³ Cfr. RIBEIRO, J. S., “O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno”, *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012.

³⁴ Cfr. RIBEIRO, J. S., “O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno”, *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012.

Apesar de a convenção modelo da OCDE sobre o rendimento e o capital ter consagrado dois critérios – o critério da fonte e o critério da residência –, considerou como mais relevante o critério da residência, dando-lhe prevalência em relação ao da fonte. Esta “prevalência” surgiu desde logo no âmbito do Relatório dos Economistas, datado de 1923, e apresentado à Sociedade das Nações (SDN).

3.2. A não existência de um conceito autónomo de residência a nível convencional

Nesta sequência, verifica-se que, de facto, hoje em dia, o critério da residência é apresentado como fator de conexão geralmente aceite e que melhor expressa a ligação económica entre uma pessoa e um Estado³⁵, legitimando assim a tributação dos residentes numa base mundial, isto é, de acordo com o princípio da *worldwide income taxation of residents*³⁶.

De uma maneira geral, todas as jurisdições possuem testes de residência para pessoas singulares e pessoas coletivas. Estes testes poderão basear-se na forma legal mas também na forma económica ou substância económica.

O conceito de residente é definido unilateralmente, pela lei de cada Estado, como já analisamos relativamente ao caso português. A definição da residência é muito importante como fator de conexão e de eliminação ou atenuação da dupla tributação internacional.

Mais concretamente, no caso das pessoas singulares, a residência fiscal baseia-se normalmente nos seguintes factos: (i) presença física no país (forma legal); (ii) factos e circunstâncias que provam a residência nesse país (substância ou forma económica); (iii) ou a combinação de ambos os factos. Em muitos casos, as condições encontram-se satisfeitas caso se encontre preenchido o requisito da permanência de pelo menos 183 dias.

Já quanto às pessoas coletivas, importa ter em atenção o lugar onde as empresas ou entidades se encontram ou o lugar onde levam a cabo a sua atividade, sendo que o critério para aferir a sua residência fiscal se baseia normalmente: (i) no local da sua constituição legal (critério legal); ou (ii) no local onde se localiza a sua gestão (critério efetivo), ou a combinação de ambos.

Do exposto, não se vislumbra um conceito autónomo de residência nos impostos sobre o rendimento, nas CDT, e no Direito da União Europeia, ao contrário do que se verifica na doutrina³⁷ e na jurisprudência portuguesas (STA, inclusivamente)³⁸.

³⁵ A aceitação deste princípio como elemento de conexão determinante na fixação dos poderes tributários dos Estados espelha a crise do fator de conexão “nacionalidade”, tal como veremos adiante. Efetivamente, a nacionalidade dos sujeitos passivos (enquanto elemento de conexão pessoal) apenas assume relevo significativo no sistema jurídico norte-americano, onde se sujeitam à tributação todos os nacionais, mesmo que não residentes. No entanto, relativamente aos nacionais não residentes não existe, normalmente, uma tributação efetiva, mas apenas a obrigação acessória de entrega de declarações de rendimentos. Por isso, a nacionalidade tem apenas uma importância meramente secundária no que concerne às relações fiscais internacionais. Neste sentido, cfr. MORAIS, R. D., *Sobre o IRS* (2.ª Edição), Almedina, 2008, p. 17. Cfr., ainda mais recente, MORAIS, R. D., *Sobre o IRS* (3.ª Edição), Almedina, 2016, p. 11, nota de rodapé n.º 19.

³⁶ Ser residente de um determinado Estado implica, normalmente, a sujeição a um imposto sobre a globalidade do rendimento, independentemente do local da sua obtenção, imposto esse que por regra será pessoal, com taxas progressivas, bem como deduções que procuram atender às despesas socialmente relevantes efetuadas pelo contribuinte, bem como pelo seu agregado familiar. Neste sentido, cfr. MORAIS, R. D., *Sobre o IRS* (2.ª Edição), Almedina, 2008, p. 17. Cfr., ainda mais recente, MORAIS, R. D., *Sobre o IRS* (3.ª Edição), Almedina, 2016, pp. 11-36.

³⁷ Cfr. MESQUITA, Maria Margarida Cordeiro, “As convenções sobre dupla tributação”, *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 179, 1998; bem como XAVIER, A., *Direito Tributário Internacional*, 2.ª Edição Atualizada, Almedina, 2009 (e reimpressão de 2014). Em sentido contrário, veja-se NOGUEIRA, J. F. P., “A dupla residência fiscal de pessoas singulares – enquadramento da

Destarte, defendemos a existência de um “conceito convencional de residência”, no âmbito da aplicação de convenções sobre dupla tributação e não no âmbito do direito fiscal da UE, contrariamente àquilo que se vem afirmando pela doutrina. O conceito convencional de residência tem o seu sentido – de uma certa forma – esvaziado, na medida em que as convenções normalmente remetem para os conceitos de direito interno³⁹, efetuando meramente um afastamento da tributação relativamente a todos aqueles que, à luz das normas de direito interno, não possam ser considerados como residentes para efeitos fiscais. As convenções visariam um afastamento da presunção da qualidade de residente em determinados casos, o que leva, na prática, a uma exclusão da tributação relativamente a alguns contribuintes (em claro prejuízo das receitas fiscais de um dado Estado), sem que se percebam claramente os benefícios individuais de tais decisões. De facto, não existe um conceito convencional de residência que se sobreponha ao conceito de residente aplicável internamente, limitando-se as convenções a estabelecer “regras de desempate”⁴⁰.

Foi com base nesta interpretação doutrinária que se aplicou o “critério da residência por dependência”, ou da “teoria do centro de interesses vitais” aos cônjuges dos contribuintes fiscalmente residentes em Portugal e que se consideravam residentes em território português. Por exemplo, na prática, considerava-se que os portugueses a trabalhar na Alemanha, apesar de aí permanecerem por um período suscetível de permitir à luz do Direito alemão que fossem considerados aí fiscalmente residentes, seriam simultaneamente considerados como fiscalmente residentes em Portugal, sendo tributados à luz deste fator de conexão⁴¹.

Perante situações deste género, o Supremo Tribunal Administrativo limita-se a afastar a condição de residente em Portugal, baseando-se num pretensão critério de residência convencional, que estava implícito no art.º 4.º, n.º 1 da convenção modelo da OCDE, e que afastava a residência por dependência. No caso da Administração Fiscal alemã, a sua decisão é independente da verificação dos critérios estabelecidos no art.º 4.º, n.º 2 da convenção modelo da OCDE, segundo os quais deveria fixar-se o grau de conexão mais estreito com um ou outro ordenamento jurídico-fiscal, em concreto.

O próprio comentário ao art.º 4.º da convenção modelo da OCDE, no seu parágrafo 6.º, refere uma situação semelhante à normalmente apreciada na jurisprudência a que aludimos. É uma situação típica que poderá obrigar a aplicar as regras de desempate previstas no n.º 2 desse art.º 4.º.

Por isso, e pelo menos no que diz respeito às pessoas singulares, diferentemente daquilo que é defendido pela doutrina (minoritária) exposta, não existe um conceito autónomo de residência a nível convencional, devendo este conceito aferir-se tendo por base as normas de Direito interno.

questão nos planos interno, europeu e internacional à luz da recente orientação do Supremo Tribunal Administrativo”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano IV, n.º 1, março de 2011, pp. 209-247 e também RIBEIRO, J. S., “O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno”, *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012.

³⁸ Vejam-se os seguintes Acórdãos: Acórdão de 24 de fevereiro de 2011, Processo 0876/10; Acórdão de 25 de março de 2009, Processo 68/98; Acórdão de 8 de julho de 2009, Processo 382/89; Acórdão de 8 de setembro de 2010, Processo 461/210.

³⁹ Relacionado com esta temática, bem como com a necessidade de os Estados emitirem certificados de residência fiscal para diversos efeitos tais como a aplicação das convenções fiscais e o acionamento das mesmas, veja-se PAIVA, P. e NIZA, P., “Comprovação de residência fiscal no caso de países que não emitam certificados de residência fiscal”, in AA.VV., *O novo IRS*, Ernest & Young, S.A., Almedina, 2014, pp. 41 e ss.

⁴⁰ Neste sentido, veja-se MORAIS, R. D., *Sobre o IRS* (3.ª Edição), Almedina, 2016, pp. 12-13.

⁴¹ Cfr. RIBEIRO, J. S., “O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno”, *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012.

Neste sentido, o art.º 16.º do CIRS português foi alterado por intermédio da Lei n.º 82-E/2014, de 31 de dezembro, na parte referente à residência das pessoas do mesmo agregado familiar, independentemente da residência da pessoa que se considere ser responsável pela “direção” do agregado em causa. Esta modificação legislativa espelha a realidade da sociedade, em constante mutação, não se justificando presumir a residência fiscal de um dado membro do agregado familiar, relativamente à residência fiscal de um outro membro do agregado familiar; isto porque não será a situação mais normal a hipótese em que apenas um dos membros do agregado aufera rendimentos.

Portanto, será uma presunção demasiado “forçada” considerar que os membros do mesmo agregado familiar não possam ter residências fiscais diferentes, o que, a acontecer, poderia mesmo trazer conflitos positivos de dupla tributação, com problemas de dupla ou múltipla residência fiscais, muito dificilmente resolúveis na ausência de CDT entre as jurisdições que possam estar em causa (pense-se na hipótese de um dos membros do agregado familiar trabalhar no estrangeiro, mas ter sido, por presunção, considerado também como fiscalmente residente em Portugal).

Quanto às pessoas coletivas, não obstante a remissão para o Direito interno, as disparidades e dificuldades verificadas na densificação do conceito de direção efetiva, poderão levar a que os comentários e os trabalhos do Grupo de Aconselhamento Técnico adquiram um papel importante na delimitação do conceito, condicionando assim a determinação do critério da residência no caso das pessoas coletivas (em especial, sociedades), em face do Direito interno⁴².

4. Conclusões

De acordo com o critério da residência, a tributação do rendimento deverá ser levada a cabo independentemente do local de obtenção dos rendimentos, pelo que um dado sujeito passivo considerado fiscalmente residente numa determinada jurisdição será aí tributado por todos os rendimentos que aufera, independentemente de obter a totalidade ou parte de tais rendimentos nesse território.

Assim, os Estados, com vista à legitimação da tributação com base no critério da residência, costumam basear-se no facto de que os contribuintes deverão contribuir para a obtenção de receitas por parte do Estado no qual são considerados residentes, o que se verifica em virtude de uma conexão de natureza pessoal.

Ora, a tributação de acordo com o critério da residência é uma construção que permite tributar o rendimento dos contribuintes considerados residentes em determinada jurisdição, independentemente do local da sua obtenção, de acordo com um princípio de tributação universal ou ilimitada.

Contrariamente, e quanto aos contribuintes (fiscalmente) não residentes, mas que obtenham rendimentos em território português, a respetiva tributação dá-se com base no critério da fonte, que determina uma tributação limitada, estabelecendo-se aqui uma conexão de natureza real.

Relativamente às pessoas coletivas, as diferentes jurisdições determinam a respetiva residência de acordo com a sua sede social, a sua direção efetiva e, em alguns ordenamentos jurídicos, o local onde a sociedade foi constituída, não existindo critérios internacional e uniformemente aceites no que toca à definição da residência para efeitos fiscais.

Contudo, nas próprias Convenções de Dupla Tributação, o conceito de “residência” não se claramente encontra definido, sendo normalmente objeto de remissão para as legislações internas, o que muitas vezes provoca conflitos

⁴² Neste sentido, RIBEIRO, J. S., “O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno”, *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012.

positivos de residência, relativamente aos quais terão de ser apresentadas soluções concretas.

As convenções normalmente remetem para os conceitos de direito interno, efetuando meramente um afastamento da tributação relativamente a todos aqueles que, à luz das normas de direito interno, não possam ser considerados como residentes para efeitos fiscais. As convenções visariam assim um afastamento da presunção da qualidade de residente em determinados casos, o que leva, na prática, a uma exclusão da tributação relativamente a alguns contribuintes (em claro prejuízo das receitas fiscais de um dado Estado), sem que se percebam claramente os benefícios individuais de tais decisões.

5. Bibliografia Citada

- CÂMARA, F. S., “A dupla residência das sociedades à luz das convenções de dupla tributação”, in AA.VV., *Planeamento e Concorrência Fiscal Internacional – Associação Portuguesa de Consultores Fiscais – Fisco*, Lex, 2003.
- MACHADO, J. E. M. e COSTA, P. N., *Curso de Direito Tributário*, 2.^a edição, Coimbra Editora, 2012.
- MACHADO, J. E. M. e COSTA, P. N., *Curso de Direito Tributário*, Coimbra Editora, 2009.
- MORAIS, R. D., *Apontamentos ao IRC*, Almedina, 2007.
- MORAIS, R. D., *Imputação de lucros de sociedades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado*, Publicações Universidade Católica – Porto, 2005.
- MORAIS, R. D., *Sobre o IRS* (3.^a Edição), Almedina, 2016.
- MORAIS, R. D., *Sobre o IRS* (2.^a Edição), Almedina, 2008.
- NOGUEIRA, J. F. P., “A dupla residência fiscal de pessoas singulares – enquadramento da questão nos planos interno, europeu e internacional à luz da recente orientação do Supremo Tribunal Administrativo”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, ano IV, n.º 1, março de 2011.
- PAIVA, P. e NIZA, P., “Comprovação de residência fiscal no caso de países que não emitam certificados de residência fiscal”, in AA.VV., *O novo IRS*, Ernest & Young, S.A., Almedina, 2014.
- PEREIRA, P. R., *Princípios do Direito Fiscal Internacional – do paradigma clássico ao direito fiscal europeu*, Almedina, 2010.
- PINTO, N. C., *A tributação das sociedades não residentes sem estabelecimento estável em Portugal*, Vida Económica, 2011.
- PIRES, M., *Da dupla tributação jurídica internacional sobre o rendimento*, INCM, 1984.
- PISTONE, P., “The impact of community law on tax treaties: issues and solutions”, *Eucotax Series on European Taxation*, Kluwer Law International, London, 2002.
- RIBEIRO, J. S., “O conceito de residente no direito fiscal internacional e europeu: articulação com o conceito de residente no direito interno”, *II Congresso de Direito Fiscal*, Vida Económica, 2012.
- RIBEIRO, J. S., *A tributação presuntiva do rendimento: um contributo para reequacionar os métodos indirectos de determinação da matéria tributável*, Almedina, 2010.
- SOUSA, D. P., *Direito Fiscal e Processo Tributário*, Coimbra Editora, 2013.
- TEIXEIRA, G., *Manual de Direito Fiscal*, 3.^a Edição, Almedina, 2015.
- TEIXEIRA, G., *Manual de Direito Fiscal*, 2.^a Edição (reimpressão), Almedina, 2012.
- TEIXEIRA, M. D., *A determinação do lucro tributável dos estabelecimentos estáveis de não residentes*, Almedina, 2007.
- XAVIER, A., *Direito Tributário Internacional*, 2.^a Edição Atualizada, Almedina, 2009 (e também a reimpressão de 2014).

La detención como figura representativa del sistema de justicia

The arrest as a representative in the justice system figure

Vicente Rivero Santana¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Sumario: I. Introducción. II. Aproximación conceptual al término detención. III. La detención como figura jurídica para el aseguramiento del proceso. IV. La detención como figura limitativa del derecho a la libertad. V. Garantías constitucionales en la detención: especial consideración al Habeas Corpus. VI. Conclusiones. VII. Referencias bibliográficas.

Resumen: La detención está íntimamente relacionada con la obediencia al cumplimiento de la ley, por tanto, resulta traducible el reconocimiento de la desobediencia a la misma, frente a la figura jurídica de la pena privativa de la libertad.

La detención como privación provisional o preventiva de la libertad de una persona, deberá venir avalada por una serie de garantías que resultan identificadas y garantizadas dentro del marco normativo de los derechos fundamentales.

La libertad cobra todo su sentido, cuando en el caso que nos ocupa, supone la limitación o cuanto menos la restricción del valor que tiene como garantía de los derechos que deben asistir a cualquier ser humano por su propia naturaleza.

Los derechos procesales tienen una clarísima dimensión objetiva que hace de ellos unos derechos sensiblemente diferentes al resto de los derechos fundamentales. El reconocimiento del Derecho penal como sistema de garantía, parte de la consideración del alcance que asume como respuesta punitiva por parte de los Tribunales de justicia la aplicación misma de las normas jurídicas.

Palabras clave: detenido, detención, justicia, libertad, garantías constitucionales.

Abstract: Detention is intimately related to the obedience to the law enforcement, therefore, the recognition of disobedience to it, before the legal figure of the deprivation of liberty is translatable.

The arrest as provisional or preventive deprivation of liberty of a person, must be endorsed by a number of safeguards which are identified and guaranteed within the framework of fundamental rights.

Freedom takes all its sense, when in the case which concerns us, is the limitation or the less the restriction of the value that has as a guarantee of the rights that must attend any human being by their very nature

Procedural rights have a very clear objective dimension which makes them some significantly different rights to the rest of the fundamental rights. The recognition of the criminal law as a guarantee scheme, part of the consideration of the extent to which assumes as a punitive response from the courts in the application of legal standards.

Keywords: arrest, detention, justice, freedom, constitutional guarantees.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España) Profesor Asociado de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España).

I. INTRODUCCIÓN

El fin de toda investigación es encontrar la verdad y en esa línea, confluyen infinidad de actuaciones en la vida común, en el plano judicial y en las esferas próximas a esos ámbitos de control para la paz social.

Así, Michael Foucault afirma sobre la práctica judicial que “ésta implica siempre una forma peculiar de la verdad. Lo cual es cierto, ya que la verdad propia de la práctica judicial, no consiste en conocer lo que es, sino en dirigir lo que debe hacerse²”.

Los humanos nos esforzamos en encontrar un camino adecuado y conformador de la verdad y en ese orden, se generan relaciones de poder y sumisión.

En la figura de la detención, la ley permite que la libertad sea vulnerada de forma expresa y sin límite físico personal, aunque sí temporal, por lo tanto, la detención personal es parte del esfuerzo por encontrar la verdad y al culpable de posibles trasgresiones. De este modo, la condición de “detenido” se asocia por lo general, con una persona sospechosa de haber cometido un ilícito penal, que es privada de libertad al objeto de garantizar su disponibilidad física de cara a su posible enjuiciamiento.

Sobre la justificación de la pena y la privación de la libertad, se han abierto multitud de debates en las diferentes disciplinas teóricas³. Afirma Málaga Diéguez respecto del uso del término detención, que es “indudable que esta acepción popular tiene su origen en la frecuencia estadística de ese tipo de arrestos policiales de carácter preventivo; pero ello no debe hacernos perder de vista el hecho de que es, junto a esa medida cautelar de naturaleza penal nuestro ordenamiento jurídico contempla una variada tipología de detenciones de muy distinto signo⁴”.

II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL AL TÉRMINO DETENCIÓN

La detención, “consiste en privar de libertad a una persona, entendiendo libertad, al carácter ambulatorio, la movilidad con que normalmente se desenvuelve la persona, siendo que esta medida se materializa cuando la persona ha cometido un delito considerado por el ordenamiento jurídico como grave⁵”.

En este sentido, “en la jurisprudencia como en la doctrina científica, son frecuentes las interpretaciones que expresa o implícitamente, limitan el concepto de detención a las privaciones de libertad que están relacionadas con la comisión de un delito, e incluso, a las que cumpliendo el anterior requisito, están preordenadas a prevenir la fuga de su presunto autor⁶”.

En esta línea, una aproximación conceptual al término “detención” nos viene de la mano del Tribunal Constitucional, cuando en su reiterada jurisprudencia defiende que la detención es “cualquier situación fáctica en la que la persona se ve impedida u obstaculizada para determinar, por obra de su voluntad, una conducta ilícita⁷”. Por su parte, Rafael Naranjo afirma que “la detención es una medida

² FOUCAULT, M.; *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1998, p. 17.

³ HEIKO HARTMUT L.; *La función de la pena*, (traducción de SANCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES), Dykinson, Madrid, 1999, p. 32.

⁴ MÁLAGA DIEGUEZ, F.; “Detención y retención”, en *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, Madrid, 2001, p. 46.

⁵ BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M.; *Manual de Derecho Penal – Parte General*, San Marcos, Lima, 2008, p. 446.

⁶ MÁLAGA DIEGUEZ, F.; “Detención y retención”, cit., p. 146.

⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional número 98/1986 de Julio. En este sentido, la precitada sentencia establece no solo la definición de la detención, sino cómo el derecho a la libertad se conculca cuando se realiza una detención arbitraria, “No es constitucionalmente tolerable que situaciones efectivas de privación de libertad -en las que, de cualquier modo, se impida u obstaculice la autodeterminación de la conducta lícita- queden sustraídas a la protección que a la libertad dispensa la Constitución por medio de una indebida restricción del ámbito de las categorías que en ella se emplean. Este Tribunal, por ello, podrá revisar la calificación constitucional dada a los hechos que consideró probados el Juzgador «a quo» cuando en la demanda de amparo se alegue que dicha calificación fue incorrecta y que, por

cautelar de privación de libertad de carácter penal, que sitúa al detenido ante la eventualidad de quedar sometido a un proceso penal”⁸.

La libertad, cobra todo su sentido, cuando en el caso que nos ocupa supone la limitación o cuanto menos, la restricción del valor que tiene como garantía de los derechos que deben asistir a cualquier ser humano por su propia naturaleza. En definitiva, la detención no es otra cosa que la privación de la libertad que hace una autoridad a una persona, dentro de los parámetros de la Constitución y la Ley. Esos parámetros legales a los que hacemos referencia confluyen como principios esenciales que deben, en todo caso, cumplirse como límites mínimos para el ejercicio de la figura jurídica de la detención. Todo ello, responde a la intención que el legislador constitucional pretende dar, sobre la garantía que representa el valor de la libertad como derecho fundamental.

Hay que tener presente la afirmación que hiciera Aguiar de Luque, cuando afirma que “analizar o intentar analizar los límites de los derechos fundamentales, representa en buena medida abordar el problema de la fuerza vinculante de los enunciados constitucionales, toda vez que, consagrados éstos por el texto constitucional, cabe preguntarse en qué medida es admisible introducir limitaciones en posiciones subjetivas que han sido proclamadas al máximo nivel normativo, más aún si, como ha quedado antes indicado en frase ya tópica, tales derechos condensan los supremos valores de la comunidad”⁹.

III. LA DETENCIÓN COMO FIGURA JURÍDICA PARA ASEGURAMIENTO DEL PROCESO

Una primera configuración de la detención se centra, al menos en inicio, en la expresa vulneración del derecho fundamental a la libertad ambulatoria. Precisamente por ello, deberá en todo caso, estar revestida de las garantías constitucionales así como, de los límites que conformen la tutela y protección del derecho fundamental a la libertad.

Si la personalidad humana, es el fin de todas las teorías que existen sobre los derechos del hombre, la libertad constituye un camino ineludible para alcanzar esa personalidad humana. En este sentido, Kant defendía que “la libertad, en la medida en que puede coexistir con la libertad de todos los demás de acuerdo con una ley universal, es el único derecho original que corresponde a todos los hombres en virtud de la humanidad de estos”¹⁰.

La responsabilidad que asume el Estado como protector, a través del pacto, obliga a definir adecuadamente los márgenes que el propio término detención adquiere en un marco representado por la libertad como derecho fundamental. Por tanto, la detención que se realice y no cumpla con los requisitos legales establecidos como garantía y tutela de la libertad, puede calificarse como privación de libertad ilegales.

Adquiere todo su sentido cuando el artículo 17.2 de la Constitución española de 1978 reconoce que “la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad

serlo, se procedió por el Juez a una equivocada subsunción de los hechos. 5. Debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para auto determinar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad”.

⁸ NARANJO DE LA CRUZ, R.; “Derechos fundamentales”, en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, capítulo XVIII, Tecnos, Madrid, 2003, p. 478.

⁹ AGUIAR DE LUQUE, L.; “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 14. Enero-abril, Madrid, 1993, p. 11.

¹⁰ KANT, I.; *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Encuentro, Madrid, 2003, p.75.

judicial". Se desprende por tanto que del contenido normativo de nuestra Carta Magna se pueden deducir dos límites temporales a la duración de la detención preventiva.

Por un lado, nos encontramos con lo que se denominaría un límite temporal relativo. En este sentido, se señala que la detención no puede durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos.

Y de otro, nos encontramos con un límite que viene entendido como temporal absoluto, donde se fija que el plazo máximo de la detención es de setenta y dos horas, computadas desde el inicio de la detención, momento que no tiene por qué coincidir con el de ingreso en dependencia policiales.

Esas evidencias hacen concluir a Rafael Naranjo que "la detención debe finalizar tan pronto como se cumpla el plazo más beneficioso para el detenido. Por tanto, se excede del plazo máximo cuando, aún dentro del término de setenta y dos horas, continúa la situación de detención, si ésta ya no es necesaria para el esclarecimiento de los hechos"¹¹.

La detención no es una decisión tomada en el curso de un procedimiento judicial, sino que consiste en una mera situación de hecho y por tanto constituye una medida cautelar de naturaleza personal y profesional que puede ser adoptada tanto por la autoridad judicial como por la policía, incluso en determinados casos puede ser adoptada por los particulares.

Para el Tribunal Supremo, la detención es "una medida cautelar, realizada en el curso del procedimiento penal o en función de su incoación preordenada a garantizar la futura aplicación del ius puniendi y de modo inmediato, a proporcionar al juez de instrucción el primer sustrato fáctico para la incoación de las diligencias penales y la adopción, en su caso, de las medidas cautelares de carácter provisional"¹².

IV. LA DETENCIÓN COMO FIGURA LIMITATIVA DEL DERECHO A LA LIBERTAD

En la actualidad, la privación injusta de la libertad resulta un debate que ha despertado un gran interés. El derecho a la libertad personal puede verse restringido con la detención, por cuanto acontece la limitación objetiva de ese derecho, teniendo causa en una orden judicial de autoridad competente. Así, el derecho a la libertad, se califica como un derecho desprotegido cuando se exceden los términos para poner al detenido a disposición de la autoridad o se rebasa los plazos para definir su situación jurídica, desconociéndose con ello su núcleo esencial por quedar sometido a limitaciones que lo hacen impracticable. Sucede en grado máximo en aquellos eventos en que la detención arbitraria desencadena la desaparición forzada, o cuando lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección al impedir al privado de la libertad de ejercer las acciones necesarias para su protección.

En este sentido, afirma que "la prevalencia del derecho a la libertad personal se apoya en el hecho notorio de que sólo con sustento en él es posible articular la totalidad de derechos restantes y por ello, su vulneración conduce en la práctica, a imposibilitar la actuación de otro"¹³.

Nuestra Constitución española de 1978 en su artículo 17 recoge el derecho a la libertad que cristaliza en "Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad.

¹¹ NARANJO DE LA CRUZ, R.; "Derechos fundamentales", cit., p. 479.

¹² Así reza en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 95/ 1989 de 1 de febrero, en su Fundamento Jurídico cuarto.

¹³ PATIÑO GONZÁLEZ, M. C.; *Naturaleza Jurídica del Habeas Corpus*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2005, p. 18.

Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca. La ley regulará un procedimiento de "Habeas Corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional".

V. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN LA DETENCIÓN: ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL HABEAS CORPUS

Tal y como entiende Loewenstain, "han pasado muchos siglos hasta que el hombre político ha aprendido que la sociedad justa, es la que le otorga y garantiza sus derechos individuales, depende de la existencia de límites impuestos a los detentadores del poder en el ejercicio de su poder, con el tiempo se ha ido reconociendo que la mejor manera de alcanzar este objetivo será haciendo constar los frenos que la sociedad desea imponer a los detentadores del poder en forma de un sistema de reglas fijas, la constitución, destinada a limitar el ejercicio del poder político se convirtió en el dispositivo fundamental para el control del proceso del poder"¹⁴.

Afirma Pérez Luño que "si la expresión garantías constitucionales es susceptible de diversas acepciones, tampoco parece fácil el intento de conceptualización de la expresión derechos fundamentales, que además se encuentra flanqueada por otras denominaciones próximas"¹⁵.

Según Richard González, "debemos entender la detención, como la privación provisional o preventiva de la libertad de una persona y por tanto como la restricción de un derecho fundamental que deberá venir avalada por una serie de garantías que la hagan al admisible" dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Estos requisitos deberán ser formales y procedimentales ya que de no darse estos podemos incurrir en la detención ilegal"¹⁶.

Entiende Cristina Fuertes-Planas que "el Habeas Corpus es, en terminología jurídica, el derecho de todo detenido que se considera ilegalmente privado de libertad física a solicitar ser llevado ante un juez, para que éste decida su ingreso en prisión o su puesta en libertad"¹⁷.

En este sentido, "es el juez quien debe decidir si hay motivos legales para la privación de libertad física del detenido. Es un procedimiento breve y sencillo. Es actualmente la principal institución en el mundo destinada a proteger la libertad personal contra las detenciones arbitrarias o ilegales, y así lo reconocen los pactos internacionales de derechos humanos"¹⁸.

Así afirma que "en cuanto a su significación más comúnmente entendido sería "Habeas Corpus" es un "muéstrese el cuerpo", un "tú tienes derecho a conservar tu integridad física", "nadie puede privar a tu cuerpo de libertad de movimiento". Esa denominación latina constituye las primeras palabras con las que

¹⁴ LOEWENSTAIN, K.; *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979, p. 149.

¹⁵ PÉREZ LUÑO, A. E.; "Delimitación conceptual de los derechos humanos", en AA.VV. Cascajo et al; *Los derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Sevilla, 1979, p. 13.

¹⁶ RICHARD GONZALEZ, M., RIFA SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F.; *Proceso Penal Práctico*, La Ley Actualidad, Madrid, 2009, p. 740.

¹⁷ FUERTES-PLANAS ALEIX, C.; "El Habeas Corpus", en *Revista Universidad Complutense Madrid*, número IV, Madrid, 2007, pp. 1-2.

¹⁸ *Ibidem*, pp. 1-2.

empezaba el mandamiento judicial para exigir la entrega del detenido.

Por su parte, afirma Cristina Fuertes-Planas que “el derecho a la libertad es el máspreciado de todos los derechos subjetivos. De un estatuto puramente deontológico, pasó a ser concretado cuando se traduce en el contenido de una relación jurídica, entre la entidad política y los gobernados o ciudadanos. Esta relación de derecho surgió cuando el Estado decidió respetar una esfera de libertad a favor del individuo, como consecuencia de un imperativo filosófico”¹⁹.

El Habeas Corpus, hoy en día constituye un recurso contra la privación ilegal de la libertad, que sea por actos criminales o privados. Surgió no como una garantía penal, sino como un acto de disposición de los jueces que solicitaban la presencia de una persona según sus necesidades en el juicio”²⁰.

La libertad personal es un derecho fundamental consagrado en la Constitución española de 1978 y en los Tratados Internacionales, que por lo tanto, impone al Estado el deber de protegerla y a los ciudadanos el derecho a reclamarla cada vez que se vea vulnerado su derecho.

Este deber impuesto al Estado tiene como fin limitar su poder y en consecuencia la arbitrariedad, para lo cual, justamente la Constitución prevé mecanismos entre los cuales se encuentra el debido proceso entendido en su dimensión de derecho fundamental y el Habeas Corpus visto desde su función de mecanismo encaminado a reparar aquellas circunstancias en que se produzca la detención arbitraria.

Así, el procedimiento de Habeas Corpus²¹, viene regulado en nuestra Constitución española en su artículo 17.4 y tiene como finalidad producir la inmediata puesta disposición judicial a toda aquella persona que se considere detenida ilegalmente. El citado procedimiento viene regulado en la Ley Orgánica 6/1984 del 24 de mayo²².

El profesor Gimeno Sendra afirma que el proceso Habeas Corpus es un procedimiento especial porque “el juez goza de amplias facultades en la estimación de la prueba, y de cognición limitada pues a través de él se busca solamente la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona ilegalmente detenida. Es también un proceso constitucional porque su objeto es una pretensión de amparo, fundada en las normas del derecho Constitucional y nacida con la violación de un derecho fundamental. Es similar a los procedimientos de amparo por su fin pero su dominio es más restringido puesto que sólo se refiere al derecho a la integridad física y a la libertad de los artículos 15 y 17 Constitución española”²³.

Podemos afirmar que el proceso Habeas Corpus protege dos derechos fundamentales, el primero a la libertad individual²⁴ y el segundo al derecho de la

¹⁹ *Ibidem*, pp. 3-4.

²⁰ *Ibidem*, p. 4.

²¹ Aparece en el derecho histórico español como el denominado “recurso de manifestación de personas” del Reino de Aragón en el Fuero de Aragón de 1428 y en las referencias que sobre presuntos supuestos de detenciones ilegales se contienen en el fuero de Vizcaya de 1527 y posteriormente la legislación Inglesa de 1640. La figura jurídica del Habeas Corpus se concibió en un principio para aquellos supuestos como una forma de evitar agravios comparativos e injusticias que se pudieran cometer por los señores feudales contra sus súbditos o las personas pertenecientes a las clases sociales inferiores.

²² Ley Orgánica 6/1984 de 24 de mayo, artículo 1 considera personas detenidas ilegalmente: Las que fueren detenidas por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos en la ley. Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar. Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las Leyes, si transcurrido el mismo no fuesen puestas libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención. Y los privados de libertad a quienes no le sean respetados los derechos que la constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida.

²³ GIMENO SENDRA, V.; El proceso de “Habeas Corpus”, en *Estudio minucioso y completo de la actual Ley Español de Habeas Corpus*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 58.

²⁴ Relativa a su libertad de movimiento y, por tanto, a no ser objeto de detenciones arbitrarias.

integridad personal²⁵. Por su parte Diego Diez afirma que “la institución de Habeas Corpus tiene como objetivo reponer al detenido al mismo estado en que se encontraba antes de la detención, por lo tanto tiene un carácter sumario y potencialmente eventual, en tanto se autoriza, desde que aparece posible una violación eventual a estos derechos, para evitar que dicha violación se vuelva irreparable”²⁶.

Blanco Peñalver respecto del procedimiento Habeas Corpus afirma que “en la práctica, este procedimiento debe iniciarse por el detenido, mediante una solicitud dirigida al Juez de Instrucción del lugar donde se encuentra detenido, o si no constara el lugar, en aquel, en el que se parece producido la detención y en defecto de ambos al del lugar donde se haya tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido”²⁷. Una vez promovida la solicitud de Habeas Corpus, el juez competente examinará si se cumplen los requisitos necesarios para que se haya practicado la detención o no.

El reconocimiento del procedimiento de garantía de la libertad que significa el Habeas Corpus se ve influenciado y se completa con las resoluciones judiciales, pues una vez haya sido admitida a trámite la solicitud del Habeas Corpus, el juez debe instruir y decidir formulando las precisiones oportunas al respecto, lo que ha venido generando una consolidada doctrina en nuestros tribunales de justicia²⁸.

VI. CONCLUSIONES

En la figura de la detención se constata la virtual quiebra del derecho a la libertad ambulatoria, por lo que el individuo percibe un menoscabo en la dignidad y tutela de su derecho.

Es en este punto inicial del proceso penal donde las garantías penales pueden frustrarse y llegar a vulnerar derechos, convirtiendo una detención penal en una trasgresión real y extrema de los derechos fundamentales.

Si bien es cierto que la libertad restringida en la detención, viene amparada por el Estado como garantía del bienestar social, no es menos cierto, que el Estado debe en todo caso, proporcionar las medidas de salvaguarda y tutela, instaurando un sistema de límites y condiciones básicas, para que no se produzca una extralimitación que finalmente se produzca una patente anulación de un derecho fundamental.

Así, en respuesta a esa condición, el principio de Habeas Corpus se presenta como un instrumento de defensa de los derechos fundamentales. En este punto, resulta necesario destacar como el Habeas Corpus ocupa una posición de tutela de los derechos y libertades en el ámbito de protección judicial.

La libertad del individuo ha de preservarse más allá de determinaciones básicas normativas y solo ha de poder limitarse frente a las lesiones de mayor gravedad, pues de otro modo se estaría autorizando la detención ante cualquier mínima legitimación.

Las garantías constitucionales avalan la importancia del derecho de libertad ambulatoria general. De modo que un estudio más intenso de estas garantías nos llevan irremediabilmente a contemplar la detención como un efecto no deseado pero real de una acción legal, tasada y controlada en el marco de una investigación criminal.

Los límites de esa detención, determinados constitucionalmente reflejan la importancia de la libertad ambulatoria del individuo frente a cualquier investigación

²⁵ A no ser objeto de daños en su persona, como lesiones, tortura o muerte.

²⁶ DIEGO DIEZ, L.A.; *Habeas Corpus frente a detenciones ilegales*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 54 y ss.

²⁷ BLANCO PEÑALVER, A.; “La naturaleza cautelar del Habeas Corpus”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Cursos de formación, no 1, Madrid, 1994, p. 321.

²⁸ MOLINA, L. H.; *El recurso de Amparo*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2006, p. 210.

de acción criminal. Límites que resultan ampliables exclusivamente en determinados supuestos de acciones criminales de especial relevancia y gravedad lesiva.

VII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- AGUIAR DE LUQUE, L.; “Los límites de los derechos fundamentales”, en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, número 14. Enero-abril, Madrid, 1993.
- BLANCO PEÑALVER, A.; “La naturaleza cautelar del Habeas Corpus”, en *Estudios del Ministerio Fiscal*, Cursos de formación, no 1, Madrid, 1994.
- BRAMONT-ARIAS TORRES, L. M.; *Manual de Derecho Penal – Parte General*, San Marcos, Lima, 2008.
- DIEGO DIEZ, L.A.; *Habeas Corpus frente a detenciones ilegales*, Bosch, Barcelona, 2011.
- FOUCAULT, M.; *La verdad y las formas jurídicas*, Gedisa, Barcelona, 1998.
- FUERTES-PLANAS ALEIX, C.; “El Habeas Corpus”, en *Revista Universidad Complutense Madrid*, número IV, Madrid, 2007.
- GIMENO SENDRA, V.; El proceso de “Habeas Corpus”, en *Estudio minucioso y completo de la actual Ley Español de Habeas Corpus*, Tecnos, Madrid, 1985.
- HEIKO HARTMUT L.; *La función de la pena*, (traducción de Sánchez-Vera y Gómez - Trelles) Dykinson, Madrid, 1999.
- KANT, I.; *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Encuentro, Madrid, 2003.
- LOEWENSTAIN, K.; *Teoría de la Constitución*, Ariel, Barcelona, 1979.
- MÁLAGA DIEGUEZ, F.; “ Detención y retención”, en *Revista de Derecho Procesal*, nº 2, Madrid, 2001.
- MOLINA, L. H.; *El recurso de Amparo*, Escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2006.
- NARANJO DE LA CRUZ, R.; “Derechos fundamentales”, en AA.VV., *Manual de Derecho Constitucional*, capítulo XVIII, Tecnos, Madrid, 2003.
- PATIÑO GONZÁLEZ, M. C.; *Naturaleza Jurídica del Habeas Corpus*, Doctrina y Ley, Bogotá, 2005.
- PÉREZ LUÑO, A. E.; “Delimitación conceptual de los derechos humanos”, en AA.VV. Cascajo et al; *Los derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Sevilla, 1979.
- RICHARD GONZALEZ, M., RIFA SOLER, J.M. y VALLS GOMBAU, J.F.; *Proceso Penal Práctico*, La Ley Actualidad, Madrid, 2009.

Liberdade de expressão no Brasil: Princípio ou regra, na perspectiva conceitual de Robert Alexy?

(Freedom of Expression in Brazil: Principle or rule, in the conceptual perspective of Robert Alexy?)

Márcia Dieguez Leuzinger¹

Paulo Campanha Santana²

Centro Universitário de Brasília (UnICEUB)

SUMÁRIO: Introdução. 1. Direitos Fundamentais. 2. A Liberdade de Expressão. 3. Liberdade de expressão no Brasil: Princípio ou regra?

Resumo: O objetivo do presente trabalho é realizar um estudo sobre a liberdade de expressão, na perspectiva conceitual de Robert Alexy, avaliando se ela é um princípio ou uma regra. Para tanto, fruto de uma pesquisa bibliográfica e normativa pertinente ao assunto, será apresentada uma conceituação sobre Direitos Fundamentais, distinguindo o que vem a ser princípio e norma, bem como a liberdade de expressão, apresentando alguns atos normativos brasileiros que tratam do tema. Além disso, serão apresentadas algumas decisões judiciais, particularmente do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e de algumas cortes estrangeiras. Por fim, será ressaltado se a liberdade de expressão é um princípio ou uma regra.

Palavras-chave: Liberdade de expressão. Princípio. Regra. Robert Alexy.

Abstract: The aim of the present paper is to carry out a study on freedom of expression, in the conceptual perspective of Robert Alexy, evaluating whether it is a principle or a rule. For this purpose, a conceptualization on Fundamental Rights will be presented, as a result of a bibliographical and normative research pertinent to the subject, distinguishing what is a principle and what is a rule, as well as the freedom of expression, presenting some normative acts that deal with the subject. In addition, some judicial decisions will be presented, particularly those from the Federal Supreme Court, the Superior Court of Justice and some foreign courts. Finally, reasons will be presented that lead to the conclusion that freedom of expression is a principle or a rule.

Keywords: Freedom of expression. Principle. Rule. Robert Alexy.

INTRODUÇÃO

A expressão “Direitos Fundamentais” não é unívoca, havendo várias que são similares. A própria Constituição Federal algumas expressões como direitos e garantias constitucionais. Em decorrência, diversas teorias foram desenvolvidas, tendo Robert Alexy elaborado uma teoria geral jurídica da Constituição alemã.

Em sua teoria, ele trata da norma e do enunciado. Na estrutura da norma, ele destaca que ela se divide em princípios e regras, apresentando critérios para sua distinção. Nesse contexto, há a liberdade de expressão, que é considerada um

¹ Pós-Doutorado em Direito Ambiental pela University of New England, Austrália. Mestre em Direito e Estado e Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília - UnB. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável.

² Mestre em Direito e em Operações Militares. Doutorando em Direito e Pesquisador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

importante direito fundamental, reivindicado em todos os tempos e que adquiriu maior potencial com a invenção da prensa.

Por conseguinte, diversos atos normativos, nacionais e internacionais, tratam do tema, com o objetivo de garantir esta liberdade, considerada essencial para a democracia. E essa situação torna-se ainda mais importante em razão de um mundo tão globalizado como o atual, que, com o advento da tecnologia, gerou uma difusão de novidades, usos e costumes, que influenciam todo o planeta em poucos instantes, uma decorrência irreversível dos meios eletrônicos e da globalização.

Todavia, surge um questionamento: na perspectiva conceitual de Alexy, a liberdade de expressão é um princípio ou uma regra?

Há muita discussão do que vem a ser princípio e regra, mas este artigo ater-se-á à perspectiva conceitual do autor de referência, que escreveu a obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”.

Para tanto, será realizada, além da análise da doutrina de Alexy, uma breve análise da Constituição Federal Brasileira de 1988, de atos normativos internacionais, bem como de decisões no Brasil no âmbito do Poder Judiciário e de Cortes Internacionais, para, ao final, responder o problema de pesquisa proposto.

O trabalho será apresentado em três capítulos. O primeiro tratará da conceituação dos Direitos Fundamentais, apresentando a conceituação de alguns autores, e a distinção entre princípios e regras. O segundo discorrerá sobre a liberdade de expressão e o terceiro analisará algumas decisões judiciais, para, por fim, concluir se a liberdade de expressão é um princípio ou uma regra, considerando a conceituação de Robert Alexy.

1. DIREITOS FUNDAMENTAIS

A expressão “direitos fundamentais” é heterogênea e ambígua, não havendo um consenso em sua esfera conceitual e terminológica, com relação ao seu significado e conteúdo. Inclusive, outras expressões similares também são utilizadas, doutrinariamente e no direito positivo, tais como “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “liberdades públicas”, “direitos individuais”, “liberdades fundamentais” e “direitos humanos fundamentais”³.

A própria Constituição Federal de 1988 utiliza algumas dessas supracitadas expressões, como “direitos humanos” (art. 4º, II), “direitos e garantias fundamentais” (Título II e art. 5º, § 1º), direitos e liberdades constitucionais (art. 5º, LXXI) e “direitos e garantias individuais”⁴.

Entretanto, a despeito de sua variação terminológica, Bonavides⁵ destaca que, em uma acepção lata, os direitos fundamentais almejam criar e manter pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade da pessoa humana. Já, em acepção mais restrita, eles (direitos fundamentais) são os que o direito vigente assim qualifica.

Pieroth e Schlink⁶ entendem que a evolução histórica dos direitos fundamentais permite reconhecer duas linhas: 1) que tais direitos, entendidos como direitos do indivíduo, são anteriores ao Estado; 2) na evolução alemã, eles são outorgados pelo Estado.

Alexy⁷, em sua obra “Teoria dos Direitos Fundamentais”, ressalta que diversas teorias sobre os direitos fundamentais foram desenvolvidas, como as

³ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., ampl., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 27.

⁴ Idem.

⁵ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 578.

⁶ PIEROTH, Bodo et SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 48.

⁷ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2

históricas, as filosóficas e as sociológicas. Todavia, sua obra trata de uma teoria jurídica geral dos direitos fundamentais na Constituição alemã, que também é uma teoria jurídica e uma teoria geral.

Ao abordar o conceito de direito fundamental, o referido autor aponta que para cada direito fundamental há uma norma que o garante, mas a recíproca não é necessariamente verdadeira. Apresenta o autor, então, uma diferenciação entre norma e enunciado normativo, citando como exemplo um artigo da Constituição alemã que dispõe que “nenhum alemão pode ser extraditado”. Este enunciado expressa a norma segundo a qual é proibida a extradição de um alemão, e essa norma também pode estar expressa em outros diferentes enunciados⁸.

Surge, então, o questionamento: como saber se uma norma é de direito fundamental? Para responder, Alexy⁹ ensina que esta norma é aquela em que existe a possibilidade de uma correta fundamentação referida aos direitos fundamentais, e que normalmente é suficiente uma referência ao texto constitucional.

Passando-se a analisar especificamente a estrutura da norma, deve-se destacar que, para a teoria dos direitos fundamentais, a mais importante distinção é aquela entre regras e princípios. Esta é uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais¹⁰.

Os critérios para distingui-los são vários, podendo ser citado, inicialmente, o da generalidade, que determina serem os princípios normas com alto grau de generalidade, enquanto as regras possuem grau relativamente baixo. Além deste, há a forma de seu surgimento; o caráter explícito de seu surgimento, dentre outros¹¹.

Alexy¹² observa que o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que estes são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, são mandamentos de otimização. Eles podem ser caracterizados por serem satisfeitos em graus variados, que dependem das citadas possibilidades (fáticas e jurídicas).

Por sua vez, as regras são normas que impõem seja feito exatamente o que elas exigem, nem mais nem menos. Portanto, elas contêm determinações no âmbito do que é fática e juridicamente possível. Com isso, a sobredita distinção é qualitativa, e não de grau¹³.

Outro ponto que merece destaque é que entre princípios há colisão, e entre regras há conflito. Neste último, a solução está em introduzir uma cláusula de exceção para eliminar o conflito ou declarar inválida uma delas. Portanto, no caso das regras, ou ela é válida ou não é¹⁴.

Por outro lado, a colisão entre princípios é solucionada diferentemente do conflito de regras. Logo, se ela vier a ocorrer, um dos princípios cederá, o que não se traduz na invalidade de um deles, e nem na introdução de uma cláusula de exceção. A precedência de um em relação ao outro ocorre diante de certas condições, que, em um outro cenário, a solução poderá ser diversa. Isso significa que deve ser realizado o seu sopesamento, definindo-se qual o interesse que terá mais peso no caso concreto¹⁵.

Apresentado um breve resumo da base conceitual de Robert Alexy, serão analisadas, a seguir, as referências normativas da liberdade de expressão.

ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015, p. 32.

⁸ ALEXY, op. cit., p. 50 e 53.

⁹ Idem.

¹⁰ Idem, p. 85.

¹¹ Idem, p. 87-8.

¹² Idem, p. 90.

¹³ Idem, 91.

¹⁴ Idem, p. 92-3.

¹⁵ ALEXY, Robert. op. cit., p. 93-5.

2. A LIBERDADE DE EXPRESSÃO

A liberdade de expressão engloba as mais diversas formas de se exprimir, tendo sido reivindicada ao longo da história da humanidade¹⁶.

A invenção da prensa, por Gutemberg, no século XV, fez com que a liberdade de expressão passasse a ostentar grande potencial de divulgação de ideias, tornando-se temida pelos governantes. Esse potencial cresceu exponencialmente com a evolução da tecnologia e com o consequente advento da Internet, pois o mundo está conectado e a profusão de ideias ocorre de forma acentuada. Logo, se um jornal podia ser esquecido, com a Internet essa possibilidade deixa de existir.

A própria palavra imprensa surgiu com a referida invenção, cujo significado passa da máquina de imprimir para o produto, ou seja, o papel impresso. Atualmente, a sua acepção é mais ampla, englobando todos os meios de divulgação¹⁷.

Os órgãos de comunicação de massa exercem um papel de destaque, pois veiculam problemas nacionais e as necessidades da população em geral. Com isso, a liberdade de expressão torna possível o conhecimento amplo de diversas questões, permitindo, em alguns casos, o seu enfrentamento, discussão e solução¹⁸.

O primeiro país a demonstrar uma cultura de liberdade de imprensa foi a Inglaterra, em razão da decisão do Parlamento inglês, em 1695, de revogar o *Licensing Act*, que previa a censura prévia¹⁹. Inclusive, a ampla concepção da liberdade de expressão encontra em John Milton um substrato, como parte da necessidade de livre expressão das crenças religiosas. Em 1644, ele discursa pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra²⁰.

Os Estados Unidos e a França foram os primeiros países a constitucionalizar a liberdade de imprensa. A Constituição americana de 1787, embora não tenha tratado do tema na sua redação original, veio a fazê-lo em 1791, por meio de sua Primeira Emenda²¹.

O artigo 19²² da Declaração Universal dos Direitos Humanos, adotada e proclamada pela Resolução 217A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, conhecida como Declaração de Paris, também tratou do tema.

No âmbito do Conselho da Europa, há a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, que, em seu artigo 10, dispõe que qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. No ano de 2013, o Protocolo nº 15 introduziu a referência ao princípio da subsidiariedade e a doutrina da margem de apreciação.

Em diversos casos, a Corte Europeia de Direitos Humanos utilizou a teoria da margem de apreciação nas suas decisões. Essa tese é baseada na subsidiariedade

¹⁶ MENDES, Gilmar Ferreira et BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 263.

¹⁷ LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Direito à liberdade de imprensa**. São Paulo: J. de Oliveira, 1999. p. 57-8.

¹⁸ GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel et CHUEIRI, Miriam Fecchio. **Direito de imprensa e liberdade de expressão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p. 118.

¹⁹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 15.

²⁰ WEINGARTNER NETO, Jayme. **A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe entre a inclusividade e o fundamentalismo**. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul: PUC, 2006. p. 20.

²¹ Primeira Emenda: "O Congresso não votará leis que disponham sobre o estabelecimento de uma religião ou sobre a proibição de qualquer outra, ou que cerceiem a liberdade de palavra ou de imprensa ou o direito do povo de se reunir pacificamente e de dirigir petições ao Governo de agravos".

²² "Artigo 19. Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras."

da jurisdição internacional, pois defende que certas questões polêmicas devem ser discutidas e dirimidas pelas comunidades nacionais, e não pelo juiz internacional²³.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), promulgada pelo Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992, em seu artigo 13, também dispõe expressamente sobre direito à liberdade de pensamento e de expressão.

Diante de sua relevância, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos aprovou, em seu 108º período ordinário de sessões, celebrado de 16 a 27 de outubro de 2000, a Declaração de Princípios sobre liberdade de expressão, estabelecendo, seu artigo 1º, que ela é um direito fundamental e inalienável.

Por sua vez, no âmbito interno, a Constituição Federal de 1998 expressamente dispõe sobre essa liberdade, nos incisos IV²⁴ e IX²⁵ do artigo 5º e no artigo 220 e seu parágrafo 1º²⁶. Já o inciso V do artigo 5º dispõe que é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem. Ademais, o inciso X deste mesmo artigo prevê que são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Sobre a essencialidade da liberdade de expressão para a democracia, mas sem aprofundar em seu conceito, destaca-se o posicionamento de Robert Dahl²⁷, segundo o qual “democracia é a contínua responsividade do governo às preferências de seus cidadãos, considerados como politicamente iguais”. Ele considera que 8 condições exprimem democraticidade, quais sejam: 1) liberdade de formar ou aderir a organizações; 2) liberdade de expressão do pensamento; 3) direito de voto; 4) elegibilidade para cargos públicos; 5) direito de os líderes políticos disputarem apoio e votos; 6) fontes alternativas de informação; 7) eleições livres e idôneas; e 8) instituições para fazer com que as políticas de governo dependam de eleições e de outras manifestações de preferências.

Nesse sentido, Ferreira Filho²⁸ destaca que, para um bom funcionamento da democracia, duas condições instrumentais são imprescindíveis: um sistema eleitoral e um sistema que propicie a formação de uma opinião pública esclarecida e racional. Somente dessa forma, as deliberações coletivas tornar-se-ão adequadas à condução dos negócios públicos.

Para esta formação da opinião pública, é indiscutível que os meios de comunicação são fundamentais, sendo imprescindíveis uma imprensa livre e sem censura. Entretanto, não pode ser considerado que tais meios são perigosos agentes de manipulação, pois, a despeito da seriedade de diversos profissionais do ramo, alguns nem sempre agem assim, procedendo sem bases verdadeiras, acusando, julgando e condenando, sem sequer ouvir o acusado/“condenado”.

Como exemplo, pode ser citado o famigerado caso da Escola Base, escola de educação infantil, em São Paulo (1994), Brasil, onde os proprietários e outras

²³ RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 115.

²⁴ “Art. 5º. (...) IV – é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;”

²⁵ “Art. 5º. (...) IX – é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença;”

²⁶ “Artigo 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.”

²⁷ DAHL, Robert A. **Poliarquia e Oposição**. Prefácio Fernando Limongi; tradução Celso Mauro Paciornik: 1. ed. 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005. p 25 e 27.

²⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 143.

peessoas eram acusadas de pedofilia, vindo o caso a ganhar repercussão nacional e internacional. Prisões foram decretadas, a escola foi depredada, além de várias ameaças que eles sofreram. Entretanto, após a realização de novas investigações, concluiu-se que o caso não passou de equívocos de algumas mães, do delegado que inicialmente conduzia as investigações e, principalmente, da imprensa. Por conseguinte, ações foram ajuizadas, com vários órgãos de mídia condenados em vultosa indenização, mas nem todas as vítimas do injusto viveram para ter a sua reparação.

A liberdade de pensamento é doutrinariamente chamada de liberdade primária, da qual outras partem. O indivíduo terá a liberdade de adotar a atitude individual que escolher, seja um pensamento íntimo seja a tomada de posição pública. Isso significa pensar e dizer o que se crê. No aspecto externo, a liberdade de opinião será exteriorizada pelo exercício das liberdades de comunicação, de religião, de expressão intelectual, artística, científica e cultural²⁹.

Impende destacar que, no Brasil, a própria imunidade tributária sobre livros, jornais, periódicos e o papel destinado à sua impressão tem por escopo evitar embaraços ao exercício da liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação, bem como facilitar o acesso da população à cultura, à informação e à educação. O alcance desta imunidade abrange, inclusive, “álbum de figurinhas”, conforme decidiu o Supremo Tribunal Federal (STF), no RE 221.239/SP.

Para Silva³⁰, a liberdade de informação engloba o direito de informar e o de ser informado, sendo a procura, o acesso, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, independentemente de censura, sendo responsabilizado pelos abusos que cometer.

Carvalho³¹ destaca que “a liberdade de informar é a liberdade de emissão de pensamentos de forma amplificada, de narrar fatos, acontecimentos, de registrar a história presente. Não esgota toda o espaço da liberdade de manifestação de pensamento.”

Esse direito de informação e de ser informado é decorrente da própria liberdade de manifestação e expressão do pensamento, que, em um primeiro momento tinha um cunho individual. Atualmente, há um direito coletivo à informação³².

A liberdade de expressão é ampla e engloba também o uso de tatuagens. Nesse sentido, o STF (Recurso Extraordinário 898.450³³) entendeu que editais de concurso público não podem estabelecer restrição a pessoas com tatuagem, salvo situações excepcionais em razão de conteúdo que viole valores constitucionais.

A própria decisão enumera algumas situações que evidenciariam razoabilidade na restrição, tais como tatuagens que representassem obscenidades, ideologias terroristas, discriminatórias, que pregassem a violência e a criminalidade, discriminação de raça, credo, sexo ou origem. Temas negavelmente contrários às instituições democráticas poderiam obstaculizar o acesso à função pública.

3. LIBERDADE DE EXPRESSÃO NO BRASIL: PRINCÍPIO OU REGRA?

Pois bem, na perspectiva conceitual de Alexy, a liberdade de expressão é princípio ou regra?

Inicialmente, cumpre destacar que não há receita pronta para interpretar a Constituição. O brocardo latino que “nas coisas claras não se faz interpretação” está desprovido de sentido, principalmente em uma sociedade tão dinâmica e em

²⁹ SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 242 e 243.

³⁰ Ibidem, p. 245-6.

³¹ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994. p. 25.

³² GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001, p. 58.

³³ Informativo 835.

constante evolução, onde não se pode desconsiderar seus acontecimentos sociais, históricos, políticos, religiosos e econômicos³⁴.

A unidade Constitucional requer um processo de otimização entre suas normas para que as fronteiras dos interesses protegidos possam ser estabelecidas e, simultaneamente, obtenha sua efetividade ótima. Nesse contexto, surge a ponderação, cuja expressão é uma metáfora utilizada para solucionar eventual conflito de normas, que passa a ideia de uma balança, onde a prevalência será daquele com maior peso³⁵.

Na ponderação, deve-se verificar se realmente as normas constitucionais aparentemente em jogo aplicam-se ao caso, e, se assim o for, o principal critério a ser empregado será o princípio da proporcionalidade, com seus três subprincípios: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito³⁶.

Nesse alinhamento, na IV Jornada de Direito Civil, realizado pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 274, que prevê: “Os direitos da personalidade, regulados de maneira não-exaustiva pelo Código Civil, são expressões da cláusula geral de tutela da pessoa humana, contida no art. 1º, III, da Constituição (princípio da dignidade da pessoa humana). Em caso de colisão entre eles, como nenhum pode sobrelevar os demais, deve-se aplicar a técnica da ponderação.”.

E a quem cabe interpretar a Constituição? Sem dúvida, o próprio texto constitucional destaca que compete ao Supremo Tribunal Federal a sua guarda (art. 103). Já Peter Häberle propõe que a hermenêutica constitucional seja realizada por uma sociedade aberta (plural), com a participação de cidadãos, grupos de interesse, entre outros.

A leitura do enunciado normativo contido no inciso IV do artigo 5º da Constituição Federal de 1988, sem considerá-la como um todo, pode levar ao entendimento que a sua norma é uma regra, ou seja, é absoluta, com uma única exceção, que é a vedação ao anonimato. Do contrário, não há restrição.

Sobre a temática, na ADPF 130, o STF decidiu pela não recepção em bloco da antiga lei de imprensa (Lei nº 5.250/67) pela nova ordem constitucional. Na decisão, destacou-se que a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão, dados indivíduos em si mesmo considerados. Ela ressaltou, também, que, com exceção no estado de sítio, o Poder Público deve respeitar sempre a ideia-força de que “quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja”.

Além desse julgado, em outras oportunidades, o Pretório Excelso enfrentou a questão da liberdade de expressão, conforme se segue:

1) Na Reclamação 21.504 AgR/SP, em que um policial pretendia evitar a divulgação de um vídeo, o STF decidiu que o direito de informar é prerrogativa fundamental que se compreende na liberdade constitucional de manifestação do pensamento e de comunicação, sendo inadmissível censura estatal, inclusive aquela imposta pelo Poder Judiciário, à liberdade de expressão, nesta compreendida a liberdade de informação jornalística.

2) Na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 187, em que a Corte Suprema enfrentou a questão da conhecida “Marcha da Maconha”, foi destacado que é legítima a manifestação por cidadãos da república, e que duas liberdades individuais são revestidas de caráter fundamental: o direito de reunião (liberdade-meio) e o direito à livre expressão do pensamento (liberdade-fim).

3) Na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4.815, que tratou da exigibilidade da autorização da pessoa biografada para publicação de biografias literárias ou audiovisuais, o STF decidiu ser inexigível esta autorização, nem mesmo

³⁴ BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 443.

³⁵ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013. p. 443.

³⁶ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, métodos e técnicas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 517-8.

de seus coadjuvantes, por não estar em consonância com a liberdade de pensamento e de sua expressão, de produção artística e produção científica.

4) Na ADI 4.451, conhecida com a ADI do Humor, o STF tratou de dispositivos da Lei nº 9.504/97, que estabelece normas para as eleições, e decidiu que não há liberdade de imprensa pela metade ou sob censura prévia, pouco importando o Poder estatal de que ela provenha. Na decisão, destacou que programas humorísticos, charges e modo caricatural de pôr em circulação ideias, opiniões, frases e quadros espirituosos compõem as atividades de “imprensa”, sinônimo perfeito de “informação jornalística”. Portanto, a liberdade de imprensa assim abrangentemente “livre” não deve sofrer restrições em período eleitoral. Ela é plena em todo o tempo, lugar e circunstâncias.

5) Na Agravo ao Recurso Extraordinário (ARE) 891.647 ED/SP, que tratou de uma condenação imposta a um jornalista, decorrente de queixa-crime pelo delito de injúria, a Corte decidiu que o direito à livre manifestação do pensamento, embora reconhecido e assegurado em sede constitucional, não se reveste de caráter absoluto nem ilimitado, expondo-se, por isso mesmo, às restrições que emergem do próprio texto da Constituição. Destacam-se, entre essas, a que consagra a intangibilidade do patrimônio moral de terceiros, que compreende a preservação do direito à honra e o respeito à integridade da reputação pessoal.

Em acréscimo, ressaltou-se que a Constituição da República não protege nem ampara opiniões, escritos ou palavras cuja exteriorização ou divulgação configure hipótese de ilicitude penal, tal como sucede nas situações que caracterizem crimes contra a honra (calúnia, difamação e/ou injúria), pois a liberdade de expressão não traduz franquia constitucional que autorize o exercício abusivo desse direito fundamental.

6) Na ADI 5.136 MC/DF, em que se arguiu a inconstitucionalidade do §1º do art. 28 da Lei n. 12.663/2012 (“Lei Geral da Copa”), o STF julgou improcedente a ação e declarou a inexistência da violação da liberdade de expressão. Considerou, para tanto, a aplicação do princípio da proporcionalidade e o juízo de ponderação do legislador para limitar manifestações que tenderiam a gerar maiores conflitos e atentar contra a segurança dos participantes de evento de grande porte.

7) No ARE 833.248 RG/RJ, o STF reconheceu a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário e reiterou o Tema 786, que trata da aplicabilidade do direito ao esquecimento na esfera civil quando for invocado pela própria vítima ou pelos seus familiares.

8) No *Habeas Corpus* (HC) 82.424-2/RS, que foi indeferido, tendo como paciente Siegfried Ellwanger, que fora denunciado pela acusação de ter publicado livro discriminatório sobre o povo judeu e, conseqüentemente, ter cometido conduta típica prevista na Lei 7.716/89, o STF decidiu que a liberdade de expressão não é direito absoluto e possui limites morais. Logo, nesta decisão, prevaleceu o direito de personalidade.

Pode-se constatar, portanto, das decisões do Supremo Tribunal Federal, que, a despeito de ter havido, em alguns casos, garantia à liberdade de expressão, em vários outros a Corte expressamente declarou que esse direito não é absoluto.

O Superior Tribunal de Justiça (STJ) também enfrentou a questão da liberdade de expressão e, no Recurso Especial (REsp) 1.334.097/RJ, reconheceu o direito ao esquecimento de homem inocentado da acusação de envolvimento na chacina da candelária e que foi retratado pelo antigo programa Linha Direta da Rede Globo, mesmo após ter sido absolvido criminalmente, tendo-lhe sido garantida a sua não-veiculação.

Cumprе destacar que este direito ao esquecimento foi reconhecido pelo Enunciado nº 531 do Conselho da Justiça Federal (CJF)/STJ, aprovado na VI Jornada de Direito Civil, realizada em 2013, com o seguinte teor: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade da informação inclui o direito ao esquecimento”. Em 2015, na VII Jornada de Direito Civil, realizada pelo Conselho da Justiça Federal, foi aprovado o Enunciado nº 576, dispondo que o direito ao esquecimento pode ser assegurado por tutela judicial inibitória.

Sobre este tema, cumpre abordar o Caso Lebah (soldados alemães mortos por um grupo de ativistas), enfrentado pelo Tribunal Constitucional Alemão. Nele, um dos ativistas, que pegou a pena menor, recorreu ao Tribunal Constitucional, por ter tido a liminar negada na justiça ordinária, para que não houvesse a reconstituição televisiva do fato, tendo a Corte Alemã decidido a favor do recorrente.

Em outro julgado no STJ (REsp 738.793/PE), a Colenda Corte decidiu que a matéria publicada por um jornalista estava nos limites da liberdade de expressão. Considerou, assim, incabível a condenação nas instâncias inferiores, tendo provido o recurso interposto pelo jornalista. Na referida decisão, destacou-se que a ampla liberdade de informação, opinião e crítica jornalística reconhecida constitucionalmente à imprensa não é um direito absoluto, encontrando limitações, tais como o compromisso com a veracidade da informação. No caso concreto, a matéria publicada foi considerada na margem tolerável de inexatidão.

Outra questão sobre a liberdade de expressão é a tentativa de retirada de publicação de matérias em sítios de Internet, seja por ter conteúdo ofensivo, seja por alegação de direito subjetivo ao esquecimento, bem como por buscas em sítios de pesquisa. Em razão disso, inúmeras ações judiciais são propostas buscando esse esquecimento e desvinculação, alegando ser um direito subjetivo.

Nesse sentido, pode-se citar a ação judicial proposta por Xuxa Meneghel contra a empresa *Google*, que recorreu até o Superior Tribunal de Justiça (REsp 1.316.921/RJ). No caso, a autora não queria que aparecesse qualquer resultado sobre ela, quando houvesse busca utilizando-se as palavras “Xuxa e pedofilia”. A decisão destacou que os provedores de pesquisa não podem ser obrigados a eliminar do seu sistema os resultados derivados da busca de determinado termo ou expressão, pois não se pode reprimir o direito da coletividade à informação. Ademais, alegou que a Internet representa, hoje, importante veículo de comunicação social de massa.

Com relação às decisões judiciais que determinam a retirada de informações da Internet, Costa³⁷ destaca que se configuram riscos para o exercício da liberdade de expressão a retirada de material da rede, pois se está diante de legítimas manifestações do pensamento.

Este tema chegou ao STF, que, no ARE 660.861 RG/MG, reconheceu a Repercussão Geral no Recurso Extraordinário e reiterou o Tema 533, em que é dever de empresa hospedeira de sítio na Internet fiscalizar o conteúdo publicado e retirá-lo do ar quando considerado ofensivo, sem intervenção do Judiciário.

Questão similar à da Xuxa também foi enfrentada pelo Tribunal Federal Alemão. Entretanto, lá, a Corte entendeu que a empresa *Google* era responsável pela retirada de publicações relacionadas à ex-primeira dama Alemã, Cristina. O nome dela era associado ao de prostituta, ao realizar buscas no sítio *google*.

Como referencial, a Corte Europeia de Direitos Humanos³⁸ também enfrentou a temática da liberdade de expressão, e, em algumas dessas oportunidades, assim decidiu:

1) Caso *Handyside* x Reino Unido (*Application* n° 5493/72), em que houve o confisco de exemplares e proibição de comercialização de livro considerado obsceno editado pelo Senhor Richard Handyside. Entretanto, aplicando a teoria da margem de apreciação, a Corte Europeia de Direitos Humanos considerou que caberia à sociedade britânica decidir a respeito, com base em seus valores morais sobre as restrições à liberdade de expressão.

2) Caso *Engel* e outros x Holanda (*Application* n° 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72), em que a legislação militar impôs punição a dois petionários pela edição e publicação de livro considerado subversivo, e eles

³⁷ COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital**. In. Direito e Mídia. Coord: Anderson Schreiber. São Paulo: Atlas, 2013, p. 203.

³⁸ European Court of Human Rights. Disponível em: <<http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>>

consideraram que houve restrição à liberdade de expressão. A Corte Europeia também decidiu que caberia a cada Estado organizar seu sistema de disciplina militar, gozando de certa margem de apreciação.

3) Caso Otto-Preminger Institut x Áustria (Case nº 11/1993/406/485), que tratou da censura e confisco considerado ofensivo à Igreja Católica. A Corte Europeia não condenou a Áustria, por também entender que a ação estava na margem de apreciação para limitar a liberdade de expressão.

4) Outro caso relevante envolvendo a questão da liberdade de expressão, a honra e a imagem foi do Sr Lingens x Áustria (*Application no. 9815/82*), em que o jornalista Lingens foi condenado por ter criticado um antigo chanceler, em razão de ter, em seu governo, antigos oficiais da SS. A Corte Europeia entendeu que, em uma sociedade democrática, a proteção da honra dos políticos deve ceder à necessidade de informar.

O objetivo de trazer esses julgados para o presente estudo, de forma sucinta, é analisar como, no âmbito da Corte Europeia, a liberdade de expressão é entendida. Dessa avaliação, pode-se inferir que ela não é considerada absoluta, pois, do contrário, não haveria aplicação da margem de apreciação, em que, conforme o caso concreto, é deixado à sociedade em questão restringi-la ou não.

Nos Estados Unidos da América, a Suprema Corte identificou várias categorias de discurso não protegidas pela Primeira Emenda (transcrita no capítulo anterior). Entre elas, estão as que contenham obscenidade, pornografia infantil e ameaças³⁹.

Sobre este limite, já identificado pela Suprema Corte, Glendon⁴⁰ destaca que, na América, uns falam sobre “individualismo, e que de fato é democracia e você pode fazer o que quiser”; outros dizem “nossa liberdade de fazer o que quisermos, quando quisermos”; e outros ainda defendem “que nós realmente não temos limites”.

A referida autora aponta que, ao refletir sobre essas afirmações extravagantes e reivindicações, concluiu que elas não podem ser verdade, pois há leis criminais que colocam limites bastante decisivos na capacidade de “fazer o que quiser”. Como exemplo, ela destaca que o Supremo Tribunal tem o cuidado de salientar que a Primeira Emenda não protege incitamento verbal para quebra imediata da paz pública⁴¹.

Por fim, tal qual decidido em Cortes estrangeiras, pode-se inferir que, no Brasil, a liberdade de manifestação do pensamento e de expressão não é absoluta, a despeito de ela não poder sofrer limitação por leis infraconstitucionais. Ela não é tudo ou nada. Todavia, o seu limite vem do próprio texto constitucional, onde este princípio, conforme o caso concreto, por meio do sopesamento, utilizando a técnica da ponderação, poderá deixar de prevalecer, especialmente quando estiver em colisão com os que se referirem aos direitos de personalidade ou com outros de mesmo *status*.

Mendes⁴² destaca que “a liberdade de expressão poderá sofrer recuo quando o seu conteúdo puser em risco uma educação democrática, livre de ódios preconceituosos e fundada no superior valor intrínseco de todo ser humano”.

Desse modo, se a liberdade de expressão pode deixar de prevalecer, mesmo quando não há o anonimato, na perspectiva conceitual de Robert Alexy, ela será um princípio, pois será efetivada na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, e não de forma absoluta.

³⁹Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendment. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/95-815.pdf>>. Acesso em 10 set. 2016.

⁴⁰ GLENDON, Mary Ann. **Rights Talk: The Impoverishment of political discourse**. New York: The Free Press, 1991, p. 19.

⁴¹ Idem.

⁴² MENDES, Gilmar Ferreira et BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 271.

CONCLUSÃO

O tema “Direitos Fundamentais” suscitou diversas teorias. Entre elas, há a de Robert Alexy, que trata da norma e do enunciado normativo, e, com relação à primeira, a divisão entre princípios e regras.

Para este autor, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, ou seja, são mandamentos de otimização. Por regras, ele entende que são normas que são satisfeitas, ou não, devendo ser feito exatamente o que ela exige, nem mais nem menos.

Por sua vez, a liberdade de expressão é um dos mais relevantes e preciosos direitos fundamentais. Ela engloba variadas formas de exprimir, estando prevista em diversos atos normativos.

Portanto, analisando os atos normativos brasileiros que tratam desta liberdade, bem como as diversas decisões judiciais no país, inclusive do Supremo Tribunal Federal, a quem cabe a guarda da Constituição Federal de 1988, pode-se constatar que ela não é absoluta, a despeito de ela não poder sofrer limitação por leis infraconstitucionais.

O seu limite vem do próprio texto constitucional brasileiro, em que a liberdade de expressão, conforme o caso concreto, por meio do sopesamento, utilizando a técnica da ponderação, poderá deixar de prevalecer, particularmente quando estiver em colisão com os que se referirem aos direitos de personalidade ou com outros de mesmo *status*. Em consequência, se a liberdade de expressão pode deixar de prevalecer, mesmo quando não há o anonimato, na perspectiva conceitual de Robert Alexy, ela será um princípio, pois será efetivada na maior medida do possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes, e não de forma absoluta.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução: Virgílio Afonso da Silva. 2 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2015.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 28 ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Direito constitucional ao alcance de todos**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. **Liberdade de informação e o direito difuso à informação verdadeira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1994.
- COSTA, André Brandão Nery. **Direito ao esquecimento na Internet: a scarlet letter digital**. In: Direito e Mídia. Coord: Anderson Schreiber. São Paulo: Atlas, 2013.
- DAHL, Robert A. **Poliarquia e Oposição**. Prefácio Fernando Limongi; tradução Celso Mauro Paciornik: 1. ed. 1. reimpr. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 2005.
- European Court of Human Rights. Disponível em: <<http://echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=home&c=>>
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.
- Freedom of Speech and Press: Exceptions to the First Amendement. Disponível em: <<https://www.fas.org/sgp/crs/misc/95-815.pdf>>. Acesso em 10 set. 2016.
- GLENDON, Mary Ann. **Rights Talk: The Impoverishment of political discourse**. New York: The Free Press, 1991.

- GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. **A Liberdade de imprensa e os Direitos da Personalidade**. São Paulo: Atlas, 2001.
- GOMES JÚNIOR, Luiz Manoel et CHUEIRI, Miriam Fecchio. **Direito de imprensa e liberdade de expressão**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.
- LEYSER, Maria Fátima Vaquero Ramalho. **Direito à liberdade de imprensa**. São Paulo: J. de Oliveira, 1999.
- MENDES, Gilmar Ferreira et BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- PIEROTH, Bodo et SCHLINK, Bernhard. **Direitos Fundamentais**. Tradução: Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RAMOS, André de Carvalho. **Teoria Geral dos Direitos Humanos**. São Paulo: Saraiva, 2014.
- SAMPAIO, José Adércio Leite. **Teoria da Constituição e dos Direitos Fundamentais**. Belo Horizonte: Del Rey, 2013.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10 ed. rev., ampl., atual e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de et SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional: teoria, métodos e técnicas de trabalho**. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- WEINGARTNER NETO, Jayme. **A edificação constitucional do direito fundamental à liberdade religiosa: um feixe entre a inclusividade e o fundamentalismo**. Tese de Doutorado. Rio Grande do Sul: PUC, 2006.

Medidas cautelares ante colusión en compras públicas: puesto que nadie quiere irse, nos iremos solos

Injunctive relief against bid rigging: since no one leaves, we shall leave alone

Johannes San Miguel Giralt¹

Universidad de Guayaquil (Ecuador)

Sumario: 1. Colusión en compras públicas. 2. Regla de la razón vs regla *per se* en la colusión en compras públicas. 3. Importancia de la tutela cautelar ante colusión en compras públicas. 4. Tipos de medidas cautelares. 5. Concurrencia de acciones y responsabilidad. El principio de prejudicialidad. 6. Procedimiento administrativo. 7. Tutela cautelar al procedimiento administrativo. 8. Proceso contencioso-administrativo y su tutela cautelar. 9. acción civil y su tutela cautelar. 10. Requisitos de las medidas cautelares. 11. *Fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho. 12. *Periculum in mora* o peligro en la demora. 13. Conclusiones. 14. Bibliografía. 15. Jurisprudencia y precedente. 16. Textos normativos y legislación. 17. Decisiones y resoluciones administrativas.

Resumen: El objetivo de la presente contribución es describir el panorama teórico, normativo, precedentual, jurisprudencial y casuístico sobre un fenómeno de escasa atención académica pero de relevancia en el marco de los esfuerzos globales contra la corrupción y en defensa de la competencia: la colusión en compras públicas. El análisis se concentra en la disponibilidad de medidas cautelares para conservar la eficacia de la resolución definitiva por parte de los tribunales y organismos administrativos competentes, en procesos y/o procedimientos de investigación y sustanciación de prácticas de este tipo, en los EEUU, la Unión Europea y en América Latina.

Palabras clave: derecho de la competencia, corrupción, medida cautelar, derecho administrativo, contrato.

Abstract: This paper aims to describe the legal landscape in terms of theory, precedent, jurisprudence and case-by-case analysis on an unattended phenomenon, which is also relevant to the global efforts against corruption and defense of competition: bid-rigging or collusion in public procurement. The descriptive analysis focuses on the availability of interim

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de La Habana, 2011), docente de Derecho Mercantil, Introducción a la Organización Mundial del Comercio y Arbitraje Comercial Internacional. Ha formado parte de grupos de trabajo oficiales para la atención a asuntos relativos a solución de diferencias en la Organización Mundial del Comercio. Autor de varias publicaciones en España, Brasil, Holanda, Suiza y Cuba. Actualmente es docente en la Universidad Católica Santiago de Guayaquil y docente titular en la Universidad de Guayaquil, Ecuador. Email: Johannes.sanm@ug.edu.ec

measures to preserve an effective final resolution on the merits by courts-of-law and public administration in USA, EU and Latin America.

Key words: competition law, corruption, injunction, administrative law, contract.

Úrsula lo observó con una atención inocente,
y hasta sintió por él un poco de piedad,
la mañana en que lo encontró en el cuartito del fondo
comentando entre sus dientes sus sueños de mudanza,
mientras colocaba en sus cajas originales las piezas
del laboratorio. Lo dejó terminar.
Lo dejó clavar las cajas y poner sus iniciales encima
con un hisopo entintado,
sin hacerle ningún reproche,
pero sabiendo ya que él sabía
(porque se lo oyó decir en sus sordos monólogos)
que los hombres del pueblo no lo secundarían en su empresa.
Solo cuando empezó a desmontar la puerta del cuartito;
Úrsula se atrevió a preguntarle por qué lo hacía [...]

Gabriel García Márquez. Cien Años de Soledad

1. COLUSIÓN EN COMPRAS PÚBLICAS

En términos generales se definen como compras públicas al sistema de adquisición de bienes y servicios por parte de las instituciones del Estado². El volumen de tales compras la convierten en un importante sector económico el cual genera y promueve a su vez a la microempresa, medianos e incluso a la gran empresa, empleo pleno y alternativas de desarrollo sostenible³. En este sentido, la importancia económica y de desarrollo de las compras públicas quedan expuestas de modo explícito al constituir un tema de concertación multilateral sobre el comercio; por ejemplo, forma parte de la agenda de la Organización Mundial del Comercio, por medio del Acuerdo sobre Contratación Pública⁴; está incluido como capítulo en los principales acuerdos de comercio a nivel regional, como son los casos del NAFTA –*North-American Free Trade Agreement*–, MERCOSUR –*Mercado Común del Sur*–, CAN –*Comunidad Andina de Naciones*– y Alianza del Pacífico. Del mismo modo y tal vez menos conocido, es que las compras públicas han sido objeto de esfuerzos multilaterales de estandarización normativa, como es el caso de la Ley Modelo de Compras Públicas de la CNUDMI –*Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*– de 2011, que reemplaza la Ley Modelo sobre Contratación Pública de Bienes, Obras y Servicios de 1994 (SELA, 2015: 3-7).

Dada la magnitud de la contratación y el interés público involucrado representado por funcionarios estatales que tienen en sus manos la decisión de cuanto, cómo y con quién contratar, las compras públicas han estado fuertemente lastradas por la corrupción. Más relevante aún para el tema objeto de la presente

² Vid., Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe. XL Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano, Las Compras Públicas como Herramienta de Desarrollo en América Latina y el Caribe. Documento SP/ Di 11-14, 2014, recuperado en 9 de mayo de 2016, de <http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2014/14876.pdf>

³ Vid., Ibidem, p. 6.

⁴ Acuerdo sobre Contratación Pública, anexo al Protocolo por el que se modifica el Acuerdo sobre Contratación Pública, 30/3/2012, recuperado de https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/rev-gpr-94_01_s.pdf

contribución, dado que el sector público concurre a un mercado de bienes y servicios, resultan las prácticas anticompetitivas, muy comunes entre los oferentes, con el objetivo de evitar la competencia, acordar condiciones favorables de contratación incluido el precio y lograr mayores beneficios económicos en detrimento de las finanzas públicas y, consecuentemente, del contribuyente. La práctica de desarrollar actos que manifiesten la existencia de un acuerdo entre los competidores, con el objetivo de evitar la competencia entre sí y mejorar de modo ilegítimo su posición negociadora frente al Estado, se conoce como colusión en compras públicas.

Este fenómeno ha sido objeto de atención tanto por la norma que rige la contratación pública, como por el derecho de competencia, siendo precisamente el punto de tangencia entre ambas disciplinas normativas. En cualquier caso, usualmente incluye la prohibición expresa y *per se*, junto a su sanción contra las empresas y representantes legales involucrados. Dada la consecuencia jurídica sancionatoria, se debe hablar entonces de un procedimiento ante una autoridad, administrativa o jurisdiccional, para la determinación de la responsabilidad de rigor, tanto penal como civil o administrativa.

En este caso, donde existe procedimiento existe dilación temporal, cuyas consecuencias pueden impactar el patrimonio de la parte afectada por medio de maniobras dilatorias, tácticas de disipación de activos, desaparición de evidencia y demás, con el objetivo de evitar que dicho procedimiento tenga un resultado sancionatorio o que repercuta en el patrimonio en cuestión. Esta es la razón por la cual en tales casos se requieren de medidas cautelares, para salvaguardar determinadas circunstancias que sirven al procedimiento en sí mismo y a su propósito de afectación al patrimonio del sujeto eventualmente responsable.

2. REGLA DE LA RAZÓN VS REGLA *PER SE* EN LA COLUSIÓN EN COMPRAS PÚBLICAS.

En este contexto, la adopción de medidas cautelares está vinculada a los estándares de determinación del carácter ilícito o no de la colusión en compras públicas, que son los mismos del derecho de competencia: la regla *per se* o la regla de la razón. Esta última consiste en que no toda conducta típica anticompetitiva es necesariamente ilegal, sino solo aquellas que no logran vencer un análisis en razón del cual, los presuntos beneficios que pueda aportar dicha conducta a los consumidores, al avance tecnológico en el sector o el desempeño económico en general logra superar el daño provocado a la competitividad en el mercado relevante. Sus antecedentes se remontan al caso *Standard Oil* (Standard Oil Co. of New Jersey v US, 211 US 1, 1911), el cual determinó que el escrutinio judicial de las prácticas anticompetitivas ameritan un análisis casuístico; posteriormente la regla de la razón fue desarrollada en *Chicago Board of Trade*, al declarar la validez de la práctica restrictiva si su efecto útil es favorable y promotor de la competencia, y no es válida si su efecto útil es restrictivo o supresor de la competencia. Dicho caso menciona los aspectos a tener en cuenta para aplicar la regla de la razón: las circunstancias objetivas específicas del mercado objeto de restricción, la naturaleza de la restricción (de efecto real o de efecto probable), los antecedentes y las razones por las cuales los competidores erigen la restricción de rigor (Kovacic & Shapiro, 2000: 47; Kaplow & Shapiro, 2007: 55). La finalidad de la regla radica en asegurarse que la competencia logre la asignación eficiente de recursos -*allocative efficiency*-; y, en este sentido es vista como un proceso y no una situación estática; por su parte, el método de aplicación de dicha regla es análogo a la ponderación.

En los siguientes ejemplos de aplicación de la regla de la razón, si bien han declarado ilícita la práctica anticompetitiva, su razonamiento ha sido ejemplarmente ponderativo. En *National Society of Professional Engineers v US*, 435 US 679, 1978, la regla ética que prohíbe a los ingenieros negociar el precio hasta el momento en que resulte seleccionado por el cliente para el proyecto fue declarada ilegal bajo el argumento por el cual la elusión de la negociación del precio antes de la adjudicación del proyecto genera como efecto que el cliente descarte la cuestión de

la seguridad; el tribunal determinó en este caso que es una decisión del cliente y que los oferentes no pueden establecer el parámetro de seguridad que determinen, sino que es una cuestión del mercado y de las autoridades regulatorias. De igual manera, en *Federal Trade Commission v Indiana Federation of Dentists*, 476 US 447, 1986, el acuerdo entre todos los proveedores de servicios médicos dentales de no suministrar información ninguna a las compañías aseguradoras en represalia a una medida adoptada por las últimas de establecer un procedimiento de revisión por personal no experto en odontología, fue declarada ilegal. La regla de la razón determinó que si bien pudiera parecer *a priori* legítimo el acuerdo, los dentistas tienen la opción legal y de mercado de no contratar con las compañías aseguradoras, por lo cual no pueden imponer como grupo a estas compañías las condiciones del servicio de seguro. A su vez, en *National Collegiate Athletic Association v Board of Regents of the University of Oklahoma*, 468 US 85, 1984, se invocó la regla de la razón para determinar el carácter ilegal de la restricción por la cual una asociación de deporte universitario prohíbe a las universidades vender directamente sus derechos de transmisión televisiva de eventos deportivos.

Varios casos han legitimado prácticas anticompetitivas a la luz de la regla de la razón. Probablemente el caso líder sería *Chicago Board of Trade*, en el que la Corte Suprema determinó que es legítima la restricción en la libertad de acción individual con el propósito de generar un beneficio colectivo mayor en el mercado, por medio de la negociación bajo los procedimientos formales en bolsa (Kaplow & Shapiro, 2007: 57; Kovacic & Shapiro, 2000: 49). Por otra parte, en *Broadcast Music Inc v Columbia Broadcasting System, Inc*, 441 US 1, 1979, la Corte Suprema determinó válido un acuerdo entre BMI y ASCAP (titulares de derechos de autor de casi toda la música compuesta y producida en EEUU) de licenciar paquetes de obras musicales por un único pago, a pesar de que fue contestada por particulares como fijación ilegal de precios. En este caso, la opción alternativa es la negociación particular entre millones de autores y productores con millones de consumidores por millones de composiciones musicales, en razón de lo cual la Corte determinó que si bien la actividad concertada por BMI y ASCAP puede predicarse ilegítima, es consistente con la economía de escala en la negociación y contratación de licencias de derecho de autor en EEUU. La alternativa de abandonar la negociación uniforme de precios de licencia de derecho de autor musical sería desastrosa para la industria del entretenimiento en términos de costos de transacción.

No obstante todo lo mencionado anteriormente, la regla de la razón no es aplicable a la colusión en compras públicas. En este supuesto se aplica la regla *per se*, dispuesta por la sección 1 de la Ley Sherman y consiste en la declaración de ilicitud *ipso iure* de determinadas conductas anticompetitivas típicas como la fijación de precios o el *bid-rigging*. En el caso *US v Trenton Potteries Co.*, 273 US 392, 1927, el tribunal determinó que los acuerdos de fijación de precios son *per se* tan perniciosos que la aplicación de una sofisticada regla de razón no puede validar dicho tipo de acuerdo. Esta decisión se inscribe como precedente contrario a la regla de la razón y favorable a la prohibición *per se* de la colusión⁵. En este sentido, *Trenton Potteries* corrige la tesis de *Chicago Board of Trade* de que los acuerdos colusivos ameritan un análisis casuístico previo a su invalidación (Kovacic & Shapiro, 2000: 7). En igual sentido absoluto, el caso *US v Socony-Vacuum Oil Co.*, 310 US 150, 1940, en el que la Corte Suprema determinó que los acuerdos horizontales de fijación de precios serán prohibidos *per se* y serán tratados como

⁵ La regla de la razón retorna en el caso *Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36 (1977) en el que la Corte cita a la Escuela de Chicago y dispone nuevamente que las conductas colusorias ameritan un análisis casuístico y no una prohibición *per se*. En cualquier caso, su retorno no es absoluto, sino que el precedente favorable a la regla de la razón (*Arizona v. Maricopa County Medical Society*, 457 U.S. 332, 1982; *Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association*, 493 U.S. 411 1990) convive con el precedente favorable a la prohibición *per se* (*Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc.*, 441 U.S. 1, 1979, *NCAA v. Board of Regents*, 468 U.S. 84, 1984) (Kovacic & Shapiro, 2000: 14).

delito federal, sin atender al daño (Kovacic & Shapiro, 2000: 9). En el caso *Interstate Circuit, Inc. v. US*, la Corte sostuvo que los acuerdos horizontales ilegales pueden incluso ser probados solo por evidencia circunstancial, sin requerirse prueba plena -*smoking gun*- (Kovacic & Shapiro, 2000: 10).

Otros supuestos de colusión bajo prohibición *per se* son la venta condicionada en *Northern Pacific Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1 (1958) y en *International Salt Co. v. United States*, 332 U.S. 392 (1947); la limitación de la distribución geográfica del producto en *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967); el *boycott* al proveedor para forzarlo a no vender a la competencia en *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207 (1959); los acuerdos horizontales de distribución de mercados en *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593 (1951); y los acuerdos de venta en exclusiva para un área geográfica en *United States v. Topco Associates, Inc.*, 405 U.S. 596 (1972).

La dicotomía regla *per se* / regla de la razón trasciende a la cuestión cautelar en los requisitos para adoptar una medida en concreto. En un caso sometido a la regla *per se*, la acreditación de los requisitos resulta ser sencilla, siendo suficiente aportar evidencia preliminar de la práctica anticompetitiva; sin embargo, en los casos sometidos a la regla de la razón, a la acreditación de los requisitos de rigor, debe añadirse una ponderación preliminar que justifique que la conducta es legítima o no a la luz de dicho criterio ponderativo. En razón de ello y como conclusión preliminar, los presupuestos y requisitos para adoptar medidas cautelares en apoyo a un proceso / procedimiento sobre prácticas anticompetitivas sometidas a la regla *per se* serán de intensidad mucho menor a las prácticas sometidas a la regla de la razón.

3. IMPORTANCIA DE LA TUTELA CAUTELAR ANTE COLUSIÓN EN COMPRAS PÚBLICAS.

La necesaria tutela cautelar a la colusión en compras públicas se deriva de varios factores. En primer término, el ineludible imperativo del tiempo requerido por el procedimiento o proceso para determinar la existencia o no de colusión y una vez determinada, la identidad de los responsables y la cuantía o entidad de dicha responsabilidad. En segundo lugar, el riesgo de ejecución de maniobras y subterfugios por la parte eventualmente responsable, con el propósito de menoscabar la eficacia de la eventual decisión de responsabilidad sobre su patrimonio.

En tercer lugar, el factor transfronterizo en razón del cual la entidad pública convocante a concurso o subasta pública es nacional de un Estado mientras que los oferentes o parte de ellos pueden ser nacionales de otro Estado. Este fenómeno no constituye una excepción sino más bien la regla en la contratación pública en la actualidad. Los más recientes avances en la normativa internacional sobre la materia, sobre todo a partir del Acuerdo de Compras Públicas en el marco de la OMC, han contribuido de modo relevante a la institucionalización de un mercado global, y con ello, la eficacia transfronteriza del derecho de contratación pública.

Entre las maniobras y subterfugios anteriormente mencionados, caben un sinnúmero imposible no solo de mencionar sino además de resumir; no obstante, puede trazarse una clasificación de las mismas en relación con el objeto de dichas maniobras. En primer término, la disipación de activos financieros o estimables económicamente, sea por medio de transferencia bancaria o movimiento físico de bienes. Este tipo de maniobra pretende evitar que el vencedor en juicio pueda satisfacer su derecho a resarcimiento por el daño patrimonial. En segundo lugar, la destrucción o no conservación de la evidencia útil para el procedimiento o proceso en el que se ventila la colusión. Para el logro de este subterfugio, usualmente se ejecuta la destrucción del material probatorio o se omiten las acciones de debida conservación tanto del material físico como digital.

Suele ocurrir con determinada frecuencia, que la detección de la conducta colusoria ocurre una vez adjudicado el contrato público, el cual puede ser no solo

de adquisición de bienes y servicios sino además de administración de determinada empresa, o más grave aún, la construcción de una obra de infraestructura. En estos casos resulta vital la disponibilidad de medidas cautelares para evitar que disminuya o se afecte el estándar de administración de la empresa.

Dada su importancia, la tutela cautelar ante colusión en compras públicas ha sido reconocida de modo expreso por varias legislaciones. Entre ellas, debe destacarse la Ley de Prácticas de Comercio de Australia de 1974 –*Trade Practices Act*-, y en EEUU, la sección 5 de la Ley de la Comisión Federal de Comercio que expresamente otorga a dicha agencia la atribución de solicitar medidas cautelares en casos de conductas de *bid rigging*, categoría que designa la colusión en compras públicas en el derecho antimonopolio de los EEUU (OCDE, 2015: 49, 97). De igual forma, las propias entidades administrativas encargadas de la vigilancia y control del mercado tienen atribuciones para otorgar medidas cautelares en procedimientos administrativos; como ejemplo en el área latinoamericana pueden mencionarse la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia de Argentina y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en Ecuador.

4. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES.

Dada cuenta de los tipos de conductas y subterfugios que las partes puedan ejecutar con el objetivo de privar de eficacia la resolución definitiva de la autoridad administrativa o judicial sobre colusión en compras públicas, se requiere entonces una tipología de medidas cautelares que se ajuste a los requerimientos de conservación de la eficacia de la decisión final al respecto. Dentro de esta tipología, deben resaltarse las medidas cautelares encaminadas a la protección de la prueba, teniendo en consideración que una de las principales insuficiencias en la litigación sobre colusión en compras públicas es la carencia de este material probatorio (Ramírez Duarte, 2012: 172). De cualquier forma, en un caso ya mencionado, se ha establecido la necesidad de contar con varios tipos de medidas cautelares⁶.

Probablemente, la medida cautelar más mencionada por los autores sobre colusión en compras públicas es la suspensión del procedimiento licitatorio. Lo cierto es que cuenta con detractores, quienes sostienen la tesis de resultar contrario a la misión de la administración consistente en la necesaria tutela del interés público. Ello es la razón por la que de aceptarse, se le exige un alto grado de certidumbre en el derecho sustantivo, es decir, que se adopte cuando exista material probatorio contundente (Ramírez Duarte, 2012: 195). No obstante, dicha exigencia es a su vez contradictoria respecto de la naturaleza y esencia de las medidas cautelares, las cuales dada su provisionalidad exigen la acreditación preliminar, no definitiva del fondo del asunto.

Velandia admite este tipo de medida cautelar en derecho colombiano⁷; de igual manera, el ya referido caso Felizzola:

“La figura de la suspensión provisional es una medida cautelar de raigambre constitucional, de estricto carácter provisional, objetivo y accesorio, [...] que impide, [...] que los actos de esta naturaleza que sean manifiestamente contrarios al orden jurídico continúen produciendo efectos mientras se decide de fondo en el proceso correspondiente” (Velandia, 2011 citando la sentencia en el

⁶ Vid., caso Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola vs Agencia Nacional de Contratación Estatal – Colombia Compra Eficiente, sentencia CE SIII E 54549/2015. A pesar de la tipología citada, una autora colombiana alude a la escasa frecuencia de solicitud de medidas cautelares en procesos de este tipo, así como a los tipos de medidas disponibles:

“Sobre los efectos de los procesos frente al proceso de licitación, debe tenerse en cuenta el tema de las medidas cautelares. Si bien pueden solicitarse y son procedentes, es poco viable y de hecho en la práctica no ha sido decretada la primera. Las principales para el caso de la colusión dependiendo del momento en que se encuentre la licitación, son las siguientes: suspensión del proceso licitatorio y, no suscripción del contrato o suspensión de la ejecución del contrato ya suscrito” (Ramírez Duarte, 2012: 264).

⁷ Vid., VELANDIA, M. Derecho de Competencia y del Consumo, Universidad Externado de Colombia, 2011.

caso Felizzola).

No obstante, dichas medidas tienen detractores, entre ellos, Ramírez Duarte:

“Es poco probable que una entidad como la [Superintendencia de Industria y Comercio] SIC e incluso un juez de la República, se atreva a solicitar cualquiera de las anteriores, teniendo en cuenta los intereses de carácter público que se encuentran de por medio. Sobre el particular valdría la pena preguntarnos ¿qué pasaría en el caso de que la medida cautelar que ordenara la suspensión de la licitación fuera decretada, pero al final resultara que la conducta no existió o que no es ilegal?” (Ramírez Duarte, 2012: 265).

No obstante lo anterior, la colusión en compras públicas amerita tutela cautelar por la dilación en los procesos y procedimientos aludidos. Es precisamente el tiempo requerido para actuar lo que exige la disponibilidad de medidas cautelares que impidan que el tiempo sea factor a utilizar por una de las partes para privar de eficacia al resultado definitivo de las controversias vigentes. De igual manera, la administración tendría a su disposición la medida cautelar de conservación del procedimiento licitatorio, a la disponibilidad no solo de la autoridad licitante sino además de todos los demás oferentes no colusorios, para evitar que se suspenda la licitación por el hecho de haberse encontrado colusión entre un grupo de oferentes.

En el caso de EEUU, la tutela cautelar en casos de colusión en compras públicas se caracteriza por tipos de medidas muy singulares, como es la revisión judicial anticipada del contrato. Esta medida se enmarca en las dos posibles soluciones judiciales sobre la validez y eficacia de un contrato público resultante de un acuerdo colusorio. El primer enfoque judicial consiste en la intangibilidad del contrato –*property rule*–, sea declarando su validez o su nulidad, *in toto*, en toda su integridad, es la tesis del todo o nada. El segundo enfoque consiste en la revisión judicial del contrato, con lo cual se admite que el juez modifique su contenido dispuesto por las partes –*liability rule*–. Este puede manifestarse de dos maneras distintas: por una parte, el juez puede declarar nulidad sobre una parte del contrato y declarar la validez parcial del mismo, lo cual ocurre frecuentemente con los contratos por adhesión; por otra parte, el juez puede modificar la redacción de las cláusulas eventualmente impugnadas⁸.

Entonces, el juez puede realizar una revisión judicial positiva del contrato o reconstrucción, la cual puede ser cuantitativa o cualitativa. La primera implica modificar elementos como el precio, la duración del contrato, la tasa de interés del crédito comercial u otros que sean razonablemente cuantificables. Por su parte, la segunda implica modificar cláusulas relativas a los elementos esenciales comunes subjetivos y objetivos del contrato, es muy rechazado e implica la sustitución de la voluntad de las partes por la voluntad del juez⁹.

⁸ La revisión judicial del contrato en derecho anglosajón ha sido admitida en razón de la sección 302, capítulo 2 del Código Comercial Uniforme y algún caso de especial importancia (*Wilson v First County Trust Ltd*, QB 407, CA, 2001). No obstante, los tribunales son reticentes al uso de esta prerrogativa, probablemente debido al fuerte precedente judicial de deferencia casi reverencial a la letra del contrato dispuesta por las partes: *Lord Loughborough LC in Middleton v Lord Kenyon*, 1794, 2 Ves 391; *Kugler v. Romain*, 279 A.2d 640, 58 N.J. 522 (1971), *Kerr McGee Corp. v. Northern Utilities, Inc. v Northern Utilities, Inc. v. Amoco Production Co. and Phillips Petroleum Co.*, 500 F. Supp. 624 (D. Wyo. 1980) (Hatzis: 9). La revisión judicial del contrato por sustitución de cláusulas es rechazada teniendo en cuenta que genera incertidumbre normativa en el mercado y con ello eleva los costos de transacción. En el sistema continental europeo, por otra parte, los jueces muestran mayor activismo (Hatzis, A., Zervogianni, E., 2006: 4 y 11).

⁹ El citado autor menciona determinados argumentos contrarios a la revisión judicial positiva del contrato: el argumento de la conducta oportunista (la parte contractual fuerte insertará cláusulas abusivas en el contrato en previsión a revisión judicial), el argumento del riesgo moral (la parte contractual débil aceptará cláusulas abusivas en el contrato en previsión a la revisión judicial), el argumento de la dualidad principal-agente (la revisión judicial del contrato convierte al juez en agente de las partes, cuando no es su función ni tiene

5. CONCURRENCIA DE ACCIONES Y RESPONSABILIDAD. EL PRINCIPIO DE PREJUDICIALIDAD.

Los tipos específicos de medidas cautelares resultarán disponibles en relación, a su vez, con el tipo de acción, proceso o procedimiento que pretendan asegurar o garantizar en términos de su eficacia. En este sentido debe hablarse, en derecho de competencia, de la concurrencia de acciones de diversa naturaleza cuyo objeto sería la práctica de colusión en compras públicas; por ello, debe tenerse en cuenta que la cuestión cautelar constituye un incidente respecto del proceso o procedimiento principal, dado que sirve al propósito de la eficacia de éste último¹⁰. En razón de este carácter subsidiario, instrumental y accesorio, la unidad o diversidad de posibles procesos y/o procedimientos, afecta de modo sustancial la disponibilidad y el tipo de medidas cautelares frente a prácticas de colusión en compras públicas.

A esta diversidad de acciones, debe añadirse la diversidad que se deriva de la dualidad normativa que le es característica a la regulación del fenómeno de la colusión en compras públicas. Esta dualidad ya aludida, representada por la norma sobre contratación pública y por el derecho de competencia, usualmente le sigue la dualidad de foros, tanto para cuestionar o invalidar los actos de negociación precontractuales y el propio contrato público, como para exigir responsabilidad a los propios competidores que falsearon la concurrencia y afectaron el patrimonio del Estado. Las dos soluciones normativas típicas a la concurrencia de normas, resultan provenir, al menos una de ellas, del propio ámbito cautelar: la orden de prohibición de litigar –*anti-suit injunction*– y por otro lado, el principio de prejudicialidad.

La orden de no litigar constituye un tipo de medida cautelar de carácter personal que conmina a no presentar otra acción o iniciativa procesal en otro foro distinto a aquel que resulta principal. El solicitante de este tipo de medida busca evitar la diversidad de foros como maniobra de la parte presuntamente responsable la cual se vería beneficiada con una eventual nulidad procesal ante una situación de diversidad de fallos o decisiones contradictorias sobre la misma materia. Esta solución normativa es muy útil en litigación transfronteriza, cuando las partes optan cada una por traer el caso a sus propios tribunales. De igual forma, resulta muy útil en la litigación nacional ante la no vigencia del principio de prejudicialidad; por ejemplo, permite que no se abra otro litigio con el mismo objeto sin que termine la investigación y sustanciación de la conducta colusoria por la autoridad administrativa competente.

La segunda solución la constituye el principio de prejudicialidad. Este dispone un orden de prelación de foros ante un panorama normativo que ofrece diversidad de ellos para ventilar la colusión en compras públicas. Es una preclusión impropia, pues no ocurre dentro del propio proceso sino fuera de él, en el que las fases procesales se sustituyen por los procesos y procedimientos específicos en los que se puede ventilar la cuestión objeto de controversia. En términos prácticos, este principio dispone qué instancia jurisdiccional o autoridad administrativa

información relevante, se convertiría en árbitro de precios –*preiskommisar*– o árbitro de negocio jurídico en los términos de Díez-Picazo).

A pesar de tales argumentos, un ejercicio de ponderación otorga mayores méritos a los favorables a la revisión judicial: la parte perjudicada tendrá escasas o nulas posibilidades de obtener un contrato alternativo en mejores condiciones, genera ahorro en costos de transacción y no un incremento pues evita una re-negociación que no se compensará con ahorros en mejores condiciones de un nuevo contrato, es un remedio o atribución ya reconocida y admisible tanto en derecho continental romano-francés (excesiva onerosidad de las prestaciones, desequilibrio prestacional, rescisión), como en derecho anglosajón (*hardship, unconscionability*) (Hatzis, A., Zervogianni, E., 2006: 14, 18 al 20).

¹⁰ Sobre los caracteres de la tutela cautelar, es suficiente remitirse a los clásicos del derecho procesal civil, una sistematización moderna podemos encontrarla en Pérez Daudí, V., 2012; en el área anglosajona resulta relevante el siguiente estudio: Stoll-DeBell, K., Dempsey, N.L., Dempsey, B.E., 2009.

resultará competente para conocer de la *litis* sobre la cuestión objeto de análisis y las instancias de segundo y tercer orden sucesivamente. La formulación típica del principio de prejudicialidad es la declaración formal de otorgar competencia al organismo administrativo y una vez que emita su decisión definitiva, ésta será recurrible por la vía judicial, sea a través del contencioso-administrativo o en lo civil¹¹.

El principio de prejudicialidad resulta ser una solución apropiada para el fenómeno de la diversidad de acciones a lo interno de un ordenamiento jurídico nacional concreto, dado que resuelve el siempre espinoso problema del *fórum shopping*, por el cual la parte interesada presenta acción ante la instancia que le resulte más conveniente para el logro de su propósito litigioso. Esta es la razón por la cual, el Reglamento 1/2003 del Consejo de la Unión Europea, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia, en su Consideración 22, recomienda a los Estados miembros evitar un sistema de competencias paralelas para evitar decisiones contradictorias que vulneren los principios de seguridad jurídica y de aplicación uniforme de las normas sobre competencia¹².

6. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

De todas las vías procesales para la represión de la colusión en compras públicas, el procedimiento administrativo constituye la mayor de las veces el preferido. Consiste en la investigación y determinación de una conducta anticompetitiva por parte de un organismo administrativo, sea de la administración pública gubernamental, en otro de los poderes públicos o un organismo autónomo. Para ello, dispone de un procedimiento de ley, o por su propia potestad reglamentaria, que emula el proceso con sus fases preclusivas de instrucción, presentación de escritos polémicos, sustanciación, audiencias y decisión.

A modo de ejemplo, la Superintendencia de Industria y Comercio en Colombia es la autoridad competente para determinar, con arreglo a un procedimiento administrativo que incluye investigación y sustanciación, la existencia o no de prácticas anticompetitivas típicas, entre las cuales se incluye la colusión en compras públicas. Dado que en esta materia confluyen el derecho de competencia y la norma vigente en materia de contratación pública, es común la dualidad institucional para la represión de estas prácticas por vía administrativa¹³.

¹¹ El principio de prejudicialidad no es admitido de modo universal. En este sentido, tomemos como ejemplo de análisis la legislación colombiana, dado que admite pluralidad de acciones y procedimientos para la represión de la colusión en compras públicas:

“Sobre el particular, quisiera hacer una claridad preliminar: en materia de colusión en licitaciones no hay prejudicialidad, por lo cual, cualquiera de las acciones enunciadas podrá ser iniciada de forma paralela o incluso sin que exista investigación en la SIC o fallo penal, siempre que se cumpla con los demás supuestos procesales” (Ramírez Duarte, 2012: 157). Un argumento favorable a la vigencia del principio de prejudicialidad en Colombia radica en la competencia exclusiva de la Superintendencia de Industria y Comercio para la investigación y sanción de prácticas restrictivas de la competencia: art. 6, Ley 1340/2009: “La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas...”; art. 1, Decreto 3523/2009, modificado por el art. 1, Decreto 1687/2010: “Conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en los mercados nacionales”.

¹² Consideración 22: “En un sistema de competencias paralelas deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar así el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las normas de competencia comunitarias. Por tanto, es preciso aclarar los efectos de las decisiones de la Comisión y de los procedimientos en los tribunales y por las autoridades de competencia de los Estados miembros con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Las decisiones de la Comisión que impongan compromisos no afectan a la facultad de los órganos jurisdiccionales y las autoridades de la competencia de los Estados miembros para aplicar los artículos 81 y 82 [actuales artículos 101 y ss.] del Tratado”.

Vid., Reglamento CE 1/2003 de 16/12/2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 4/1/2003, recuperado de <https://www.boe.es/doue/2003/001/L00001-00025.pdf>

¹³ En el caso de Colombia, ante la evidencia de práctica anticompetitiva, se instala el

El procedimiento administrativo está integrado por varias etapas: indagación preliminar (con el objetivo de determinar si hay méritos para iniciar una investigación), investigación (notificación a los presuntos infractores, derecho de presunto infractor a presentar pruebas de descargo y de todos los interesados en presentar presuntas alegaciones, colaboración de las partes en la investigación) y sanción, a partir de los resultados de la investigación y sustanciación, así como sujeto al principio de proporcionalidad (art. 26, Ley 1340/2009).

Como se ha anunciado anteriormente, el panorama de la litigación en derecho de competencia está caracterizado por la pluralidad de cauces procesales. En este sentido cabe hablar de doble vía administrativa: el procedimiento administrativo ante la autoridad especializada para la determinación de la conducta o práctica anticompetitiva y el proceso contencioso ante los tribunales competentes por razón de materia, contra la resolución adoptada por la autoridad administrativa. En este sentido, cabe hablar del valor probatorio de lo actuado y probado en el ámbito administrativo para lo contencioso y otras acciones que resulten procedentes.

A diferencia de la acción civil, en el procedimiento administrativo no se pretende el resarcimiento dado que no se ventila la responsabilidad civil del infractor, de tal modo que resulta superfluo aludir en este contexto a los presupuestos que son el acto ilícito, el daño patrimonial y el nexo causal. Este tipo de procedimiento, de carácter más cercano al sancionatorio tiene por principal elemento normativo la tipicidad, como expresión positiva de la protección de un bien jurídico desde el derecho administrativo sancionador y no la reparación del daño que se sustenta en la responsabilidad civil. En este sentido, la consecuencia jurídica del procedimiento es la atribución o no de responsabilidad administrativa y la imposición de una sanción, las cuales generalmente son de dos tipos: de carácter pecuniario o un mandato de cesar y desistir –*cease-and-desist order*-¹⁴.

7. TUTELA CAUTELAR AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO.

Dado el efecto mimético del proceso en el procedimiento administrativo, de la misma forma que el primero se sirve de las medidas cautelares para garantizar la

procedimiento administrativo sancionatorio por la Superintendencia de Industria y Comercio, conforme al derecho de competencia vigente: Ley 155/1959, Decreto 2153/1992, Ley 1340/2009 y Decreto 0019/2012. Así mismo, las competencias de la SIC tienen naturaleza reglada, por lo que no puede pronunciarse sobre la validez del contrato público resultante de la colusión y contra la resolución de la SIC procede acción ante lo contencioso-administrativo y acción constitucional.

¹⁴ Este tipo de sanción, propia de las autoridades de derecho de competencia, tiene su origen en la Comisión Federal de Comercio de los EEUU y su adopción constituye una de sus principales atribuciones en materia sancionatoria de prácticas anticompetitivas de relevancia federal. Vid., WARD, P.C. Federal Trade Commission. Law, Practice and Procedure, Law Journal Press, 2005.

En el caso de Ecuador, usualmente se adopta la decisión de cese de la práctica anticompetitiva como medida preventiva al amparo del artículo 62 de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado –en lo adelante, LORCPM- y artículo 73 de su Reglamento –en lo adelante, RLORCPM-; ejemplos de su aplicación lo encontramos en la Resolución de 25/6/2014, en expediente 0025-SCPM-CRPI-2014, incoado contra Directv Ecuador Cía, Ltda. junto a la Resolución de 7/7/2014 en expediente 0026-SCPM-CRPI-2014, que ordena cese de práctica de competencia desleal, incoado contra Tevecable, SA. En materia sancionatoria, debe destacarse en el ámbito europeo la posible sanción administrativa hasta el 10% del capital social, conforme el artículo 23 del Reglamento 1/2003. Vid., Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Resolución de Medidas Preventivas, Expediente 0025-SCPM-CRPI-2014, recuperado de <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2014/06/RESOLUCION-C3%93N-MEDIDAS-PREVENTIVAS-para-boletin.pdf> y Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Resolución de Medidas Preventivas, Expediente 0026-SCPM-CRPI-2014, recuperado de <http://www.eltelegrafo.com.ec/images/eltelegrafo/banners/2014/07-14-RESOLUCION-MEDIDAS-PREVENTIVAS-DIRECTV-EN-CONTRA-DE-TEVECABLE.pdf>

eficacia de la sentencia judicial y las posibilidades de satisfacción de la presunta parte vencedora en juicio, en el procedimiento administrativo se disponen análogas medidas con el propósito sobre todo de anticipar la decisión definitiva de la autoridad, así como evitar o mitigar el daño producto de la presunta práctica mientras dura dicho procedimiento.

La típica medida cautelar dispuesta en el procedimiento administrativo para este tipo de prácticas anticompetitivas es la suspensión de la licitación, medida que si bien resulta a tono con el diseño doctrinal del incidente cautelar replicado en función de la vía administrativa, resulta contraproducente con su propósito. La suspensión del procedimiento licitatorio tiene sentido si se considera que impide temporal y provisionalmente la adjudicación del contrato al oferente erróneo y en condiciones que son el resultado de una estratagema para absorber mayores recursos públicos hacia los coludidos. No obstante, el efecto suspensivo puede tener consecuencias dañinas: la suspensión de una licitación puede resultar en un considerable retraso que puede redundar en perjuicio del interés público¹⁵. En este caso el mejor enfoque es la coordinación inter-institucional entre las autoridades de derecho de competencia y de contratación pública, con el propósito de determinar, aunque sea en términos *prima facie*, el probable daño que pueda generar la suspensión de la contratación en el sector público¹⁶.

En el caso colombiano, encontramos las medidas cautelares en el art. 4, numeral 11, Decreto 2153, modificado por art. 18, la Ley 1340/2009 y Art. 1, párrafo 5, Decreto 3523/2009, modificado por el Decreto 1687/2010, de las funciones y atribuciones de la SIC¹⁷. De igual forma, entre tales medidas se

¹⁵ Vale citar como ejemplo de medida cautelar de suspensión del proceso de licitación: Resolución 39/2015, Dirección General de Contrataciones Públicas, Ministerio de Hacienda, República Dominicana, medida cautelar de suspensión de procedimiento de licitación, accionante: FS Ingeniería, SRL, Eléctrica Tonos, SRL, y Consorcio de Empresas Contratistas Técnicos & Asociados, CECTA, SRL, contra procedimiento de licitación pública nacional LPN-EDEESTE-006-2014, de la Empresa Distribuidora de Electricidad del Este, para la contratación de servicios de gestión comercial en las zonas de concesión de EDEESTE.

¹⁶ Sobre el efecto contraproducente de la medida cautelar de suspensión de la licitación: “la SIC a la fecha ni siquiera ha decretado la primera medida cautelar que tenga efectos sobre la licitación precisamente por eso, por no “invadir” otros campos y por el miedo a entorpecer el desarrollo de licitaciones y la celebración oportuna de contratos por parte del Estado, para el cumplimiento de los fines establecidos” (Ramírez Duarte, 2012: 279).

En el caso de Ecuador, la coordinación inter-institucional se realiza entre la Superintendencia de Control de Poder de Mercado -SCPM- y el Servicio Nacional de Contratación Pública -SERCOP-. La misma queda dispuesta por el artículo 20 LORCPM que establece el deber de implementar sistemas de información interconectados con otras entidades del sector público para el logro de sus fines y ejercicio de sus atribuciones; de igual forma, el artículo 38 numeral 13 establece la facultad de la Superintendencia para requerir a otras instituciones públicas las acciones que correspondan para el logro de los fines y propósitos de defensa de la competencia.

Vid., Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 555, 13/10/2011, recuperado de <http://scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/02/Ley-Org%C3%A1nica-de-Control-de-Poder-del-Mercado.pdf>.

¹⁷ Vid., Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial 40704 de 31/12/1992, recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html ; Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, Diario Oficial 47420 de 24/7/2009, recuperado de http://quindio.gov.co/home/docs/items/item_109/47420.pdf ; Decreto 3523 de 2009, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias, Diario Oficial 47473 de 15/9/2009, recuperado de https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_3523_2009.htm ; Decreto 1687 de 2010, por el cual se modifica el Decreto 3523 de 2009, Diario Oficial 47709 de 14/5/2010, recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1687_2010.html.

Ley 155 de 1959, de 14/12, por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas

destacan la orden de cesación provisional de la conducta desleal ya efectuada o cuando sea inminente (con el objetivo de garantizar el efecto sancionatorio); la sustanciación con celeridad, si hay peligro grave o inminente, la cual se resolverá dentro de las 24 horas desde la presentación de la solicitud. En el caso ecuatoriano, el procedimiento administrativo para la determinación de una conducta colusoria en compras públicas tiene previsto la adopción de medidas cautelares bajo la denominación de medidas preventivas.

El artículo 62 LORCPM y 73 RLORCPM disponen que la SCPM tendrá atribuciones de adopción de medidas preventivas del siguiente tipo: orden de cese de conducta, imposición de condiciones, suspensión de efectos de actos jurídicos relacionados con la conducta prohibida, adopción de comportamiento positivo y otras. Estas medidas podrán, a solicitud de parte o de oficio, ser modificadas o revisadas en virtud de circunstancias sobrevinientes y se extinguirán a los 15 días desde su adopción si en dicho plazo no se inicia el procedimiento de investigación objeto de protección cautelar. De igual forma, en Ecuador la ley dispone que las medidas preventivas disponibles en casos de investigación de conductas anticompetitivas en general y colusión en compras públicas en particular tendrán por finalidad la preservación de las condiciones de competencia, evitar el daño y asegurar la eficacia de la resolución definitiva del caso. Así mismo, se excluyen expresamente como tales la privación de libertad, la prohibición de salida del país y el arraigo, las cuales quedan fuera de la competencia de la SCPM; mientras que los criterios para adoptar tales medidas son la intensidad, proporcionalidad y necesidades del daño¹⁸.

8. PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO Y SU TUTELA CAUTELAR.

En virtud del anunciado principio de prejudicialidad y más aún, dada la naturaleza del mismo, el proceso contencioso-administrativo no es la primera opción procesal contra las prácticas de colusión en compras públicas, dado que requiere como presupuesto un acto administrativo contra el cual dirigir la acción. Sin embargo, de acuerdo al propio principio, es posible recurrir al contencioso contra el acto administrativo declaratorio del postor ganador en la subasta o licitación pública, con lo cual no se requiere un acto administrativo de la autoridad sobre derecho de competencia. En definitiva, aquí la doble vía administrativa se concentra en una sola avenida procesal.

La típica medida cautelar disponible en el contencioso-administrativo consiste en la suspensión provisional del acto, sin embargo, su repercusión en la realización del interés público objeto de tutela por la administración se ve en serio riesgo, por lo cual se ha sugerido un elevado estándar de prueba, aun cuando se trate de una medida cautelar sometida a evaluación *prima facie*. En Colombia, el Consejo de Estado ha considerado que dicha medida requiere una causa manifiesta o un alto despliegue probatorio sobre el fondo del asunto¹⁹. Esto, sin duda alguna implica un criterio de adopción cautelar estricto²⁰. De cualquier manera, nada obsta

comerciales restrictivas, Diario Oficial 30138, 22/1/1960, recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=38169>

¹⁸ Sobre las causales, tipos, sustanciación del procedimiento, revisión y extinción de medidas preventivas en derecho de competencia en Ecuador, vid., art. 62 LORCPM y artículos 73 al 79 RLORCPM.

¹⁹ En similar sentido, Ramírez Duarte al comentar la sentencia de 13/12/2001, sección tercera, sala de lo contencioso, Consejo de Estado, magistrado ponente Hoyos Duque: “La procedencia de la suspensión de un acto administrativo opera con carácter restrictivo, dada la presunción de legalidad y ejecución directa del mismo, por lo cual es indispensable que el peticionario de la medida cumpla previa y estrictamente con los requerimientos de ley” (Ramírez Duarte, 2012: 253).

²⁰ El criterio cautelar estricto ha sido reconocido por algún caso en Colombia. En este sentido, “(...) En la determinación de una medida cautelar, el Juez debe tener en cuenta: i) que la medida decretada sea adecuada para hacer frente a la situación de amenaza del derecho del afectado (idoneidad); ii) que, habida cuenta que se trata de una decisión que se adopta al inicio del proceso judicial o, inclusive, sin que exista un proceso formalmente

para que la cara de la moneda tenga reverso: del mismo modo que se reconoce la medida cautelar de suspensión del acto, la propia administración puede adelantarse y solicitar medida cautelar de no suspensión del acto bajo el argumento de tutelar el interés público que la propia administración encarna por medio del acto en cuestión y así evitar la maniobra cautelar contraria.

9. ACCIÓN CIVIL Y SU TUTELA CAUTELAR.

Una de las acciones a disponibilidad de la parte interesada, sea empresa afectada, consumidores o usuarios de un servicio público o el propio Estado, es la acción civil. Esta busca la reparación del daño e indemnización de perjuicios ocasionados, usualmente tiene plazos y términos demorados, así como una fuerte carga de intercambio de escritos polémicos de carácter formal. Una particularidad de este tipo de acción es que resulta procedente no solo contra las empresas protagonistas de la práctica colusoria por el daño patrimonial ocasionado, sino además contra la empresa postora ganadora en la subasta o licitación para exigir la nulidad o anulabilidad del contrato público objeto de colusión²¹.

El fundamento de la acción civil ante colusión en compras públicas radica en la doctrina de la separabilidad. La misma permite que terceros interesados puedan impugnar el acto administrativo que culmina la licitación pública sin afectar necesariamente la validez del contrato resultante entre la administración pública y el postor seleccionado en licitación, con el propósito de superar el problema de la no legitimación activa de tales terceros en el proceso civil de nulidad o anulabilidad del contrato administrativo; en este sentido, debe distinguirse el contrato público y los actos administrativos separables del contrato²².

Como toda acción civil, se requiere el acto ilícito, el daño patrimonial y el nexo causal que relacione a los anteriores e igualmente se le reconocen determinadas peculiaridades para la materia que nos ocupa. En primer término, la norma sobre competencia ha ido evolucionando hacia la formulación de criterios específicos para la cuantificación del daño patrimonial; por ejemplo, el artículo 17 de la directiva europea de cuantificación del daño antitrust, establece una regla de presunción *iuris tantum* del daño (Alpa, G., 2015: 10). En segundo término, a la

establecido, la medida adoptada sea la menos lesiva o invasora respecto del marco competencial propio de la administración pública (necesidad) y, por último, es necesario llevar a cabo un razonamiento eminentemente jurídico de ponderación, en virtud del cual se debe determinar de manera doble el grado de afectación o no satisfacción de cada uno de los principios contrapuestos y, luego de ello, se procede a analizar si se encuentra justificado que la satisfacción de uno de los principios afecte al otro; aplicando las consideraciones vertidas en la materia que se está tratando, hay que decir que ello implica valorar si está justificada la adopción de la medida cautelar para la protección de un derecho en circunstancias de amenaza, en desmedro de la administración”.

Vid., caso Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola vs Agencia Nacional de Contratación Estatal - Colombia Compra Eficiente, sentencia CE SIII E 54549 DE 2015, <http://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/documento/39947>.

²¹ De igual forma está disponible la excepción al cumplimiento de un contrato objeto de colusión, u otras acciones cuya pretensión sería la nulidad de la cláusula o el contrato, al amparo de los arts. 101.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea –TFUE–, 1.2 de la Ley de Defensa de la Competencia de España –LDC– y 6 del Reglamento 1/2003 para el caso español. El tratamiento del fenómeno de la colusión por el derecho de contratos ha sido casi nulo, donde una de las primeras cuestiones a tener en cuenta es la estructura negocial de la misma; en este sentido debe distinguirse el contrato colusorio (que se establece entre competidores y tiene por objeto llevar adelante una práctica anticompetitiva) y el contrato objeto de colusión (el que se establece entre el competidor designado y la administración pública a partir de la licitación coludida).

En este sentido, también debe dilucidarse la eficacia de la subcontratación que se deriva del contrato público. La citada autora colombiana sostiene la independencia funcional de los subcontratos respecto del contrato principal (Ramírez Duarte, 2012: 217).

²² Al respecto, como ejemplo, consúltese la *ratio decidendi* sostenida en sentencia C-1048, 4/10/2012, Corte Constitucional, en expediente 9118, Sección tercera, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Consejo de Estado, 10/3/1994 (Ramírez Duarte, 2012: 210).

clásica tripartición de requisitos anteriormente mencionada, debe tomarse en consideración la regla de la razón –*rule of reason*–, criterio específico para la atribución de responsabilidad en una acción civil en *antitrust law*. En tercer lugar, deben considerarse las particularidades del daño en derecho anglosajón, el cual tiene tres requisitos específicos: causa material –*material but-for causation*–, daño provocado por práctica anticompetitiva –*antitrust injury*– y causa próxima –*proximate causation*–²³.

Independientemente de la regla de la razón, el derecho de competencia sigue apoyándose de modo intensivo en el clásico criterio de responsabilidad objetivo/subjetivo. El criterio objetivo parece ser acogido por la ley europea, teniendo en cuenta la Directiva 2014/104/UE de 26/11/2014, sobre cuantificación del daño *antitrust*²⁴. Otra de las particularidades de la acción civil en este ámbito es la extensión de la responsabilidad, la cual alcanza no solo a la entidad infractora, sino además a las personas naturales que actúan como representantes legales.

Por otro lado, el contenido de la responsabilidad civil ha sido más controversial. En este sentido, el criterio usualmente seguido para la indemnización de perjuicios es conocido como el diferencial de precios por el cual la responsabilidad se establece a partir de la diferencia de precios al consumidor en el mercado en condiciones de colusión y el precio en un hipotético mercado no colusivo, aplicado a un estimado de la venta en el período relevante. En cualquier caso este criterio no es unánime, un autor menciona dos casos en los cuales la *Corte di cassazione* limitó el contenido de la responsabilidad a la reparación del daño sin incluir la indemnización del perjuicio (caso Liguigas, 9384 de 11/6/2003 y caso Lloyd Adriático, 14716 de

²³ Elhaug & Geradin mencionan estos tres requisitos para determinar la existencia de responsabilidad civil como resultado de una infracción antitrust. La causa material alude a la prueba de que la infracción ha sido el evento provocador del daño patrimonial; en este sentido no se requiere probar la exclusión de otras causas alternativas a dicho daño. Esta tesis ha sido confirmada por *Continental Ore v. Union Carbide*, 370 U.S. 690, 702 (1962): “es suficiente que la violación haya contribuido materialmente al daño”; y, *Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc. (Zenith I)*, 395 U.S. 100, 114 & n.9 (1969): “Es suficiente que la ilegalidad sea mostrada como causa material del daño, el demandante no tiene que agotar todas las posibles fuentes alternativas del daño en su cumplimiento de la carga de la prueba”. Por otra parte, se exige una infracción anticompetitiva –*antitrust injury*–, esto significa que la acción o conducta si bien es típica, se requiere que haya provocado un daño concreto en la esfera patrimonial de la empresa o sujeto afectado; por ejemplo, no tiene acción por daños la empresa competidora en el mercado relevante contra empresas en concentración económica horizontal –*horizontal merger*– salvo que las últimas hayan disminuido el precio a un nivel imposible de sostener en el giro de comercio (*Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc.*, 479 U.S. 104, 1986); tampoco tiene acción la empresa competidora en el mercado relevante contra empresas coludidas en fijación de precios o restricciones de venta si el efecto de dichas acciones anticompetitivas fue una subida de precios en el mercado y por tanto la empresa competidora se benefició (*Matsushita Electric v. Zenith Radio*, 475 U.S. 574, 586, 1986 y *Atlantic Richfield v. U.S.A Petroleum*, 495 U.S. 328, 1990). Por último, la causa próxima establece que la acción civil es directa, con lo cual se excluyen las acciones que tengan por propósito resarcir un daño provocado por un ilícito antitrust sobre otro sujeto o empresa y este a su vez sobre el accionante; en este sentido resulta paradigmático el caso *Illinois Brick v. Illinois*, 431 U.S. 720, 1977, en el cual la Corte Suprema determinó que los afectados indirectamente por un acuerdo anticompetitivo de fijación de precios no tienen acción de resarcimiento debido a que como resultado de dicho acuerdo el afectado directo ubicado debajo de los coludidos en la cadena de producción trasladó parte del incremento del precio a los afectados indirectos y que constituye una tarea virtualmente imposible determinar la cuota de daño trasladada al afectado indirecto y la cuota de daño en el afectado directo.

Vid., por todos, ELHAUGE, E., GERADIN, D. *Global Antitrust Law and Economics*, Foundation Press, Thomson Reuters, 2011, pp. 17-21.

²⁴ Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26/11/2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, 5/12/2014, L 349/1, recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>

13/7/2007) (Alpa, G., 2015: 8). En otro orden, el ordenamiento comunitario europeo da una solución singular: las directivas comunitarias sobre derecho de competencia remiten a los ordenamientos nacionales lo relativo al nexo causal y la cuantificación del daño, mientras se reserva al ámbito comunitario la tipificación del ilícito civil en el caso de colusión. De este modo, las diferencias entre ordenamientos nacionales en materia de responsabilidad civil ha motivado un *fórum shopping* entre los demandantes, a modo de seleccionar la mejor jurisdicción para sus propósitos de litigación (Alpa, G., 2015: 17)²⁵.

El análisis de los sujetos de la acción civil implica necesariamente el tema de la legitimación, tanto activa como pasiva. En este sentido se incluyen todos los directamente perjudicados y consumidores finales indirectos que hayan concurrido al mercado del producto comercializado bajo condiciones de colusión; dentro de estos consumidores indirectos califican los clientes de las empresas ajenas a la conducta colusoria pero que se han beneficiado del incremento de precios en el mercado relevante, conocidos como clientes sombrilla –*umbrella customers*– (caso Kone)²⁶. De igual manera, deben considerarse en la categoría de directamente perjudicados los que resulten en daño patrimonial conforme la doctrina del enriquecimiento injustificado (caso Courage)²⁷ (Alpa, G., 2015: 12).

El presupuesto esencial de la legitimación activa en el derecho de competencia europeo y en la colusión en particular es la doctrina del efecto útil, en razón de la cual hay detrimento al propósito de defensa de la competencia que persigue la ley si no se abriera el cauce procesal a todos los potenciales perjudicados, tanto directos como indirectos. Uno de los ejemplos más nítidos de la aplicación de esta doctrina en el área latinoamericana es la acción colectiva de más de 250 hospitales en Brasil contra las empresas Air Liquide, Air Products, IBG, Linde y White Martins por colusión en el mercado relevante de las compras públicas de oxígeno líquido de uso hospitalario, la cual logró sanción de la CADE –*Conselho Administrativo de Defesa Economica*– e incluso medida cautelar en apoyo a la acción, consistente en la revisión del precio colusorio para ubicarlo en un punto de equilibrio²⁸.

La acción civil también está a disposición del Estado, perjudicado directo por las prácticas colusorias en compras públicas. Usualmente en la región latinoamericana se ejerce por medio de las instituciones de defensa de sus intereses patrimoniales, como es la Procuraduría; en el caso europeo se admite la

²⁵ Esta solución europea adolece de vulnerabilidades, de modo particular en lo que concierne a la diversidad de regímenes de responsabilidad a pesar de los recientes intentos de estandarización de las reglas de responsabilidad en derecho civil por medio de los Principios del Derecho Europeo de Responsabilidad Civil, y el *Draft Common Frame of Reference*.

Vid., European Group on Tort Law, Principios del Derecho Europeo sobre Responsabilidad Civil, 2005, recuperado de <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>; y, Study Group on European Civil Code, Principles Definition and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, 2009, Munich, European Law Publishers, Gmbh, recuperado de http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf

²⁶ Vid., Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala 10ma, 24/10/2013, asunto C-510/11-P, Kone Oyj, Kone Gmbh, Kone BV / Comisión Europea, recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-510/11>.

²⁷ Vid., Sentencia del Tribunal de Justicia, 20/9/2001, asunto C-453/99, Courage Ltd contra Bernard Crehan y Bernard Crehan contra Courage Ltd y otros, recuperado de [http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgrc=en&nat=or&oqp=&dates=&lgr=&language=es&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-453%252F99&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=1033968](http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?pro=&lgrc=en&nat=or&oqp=&dates=&lgr=&language=es&jur=C%2CT%2CF&cit=none%252CC%252CCJ%252CR%252C2008E%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252C%252Ctrue%252Cfalse%252Cfalse&num=C-453%252F99&td=%3BALL&pcs=Oor&avg=&page=1&mat=or&jge=&for=&cid=1033968).

²⁸ Procedimiento administrativo 08012.009888/2003-70, denunciante: SDE ex officio, denunciados: Newton de Oliveira, Walter Pilão, Vitor de Andrade Perez, Moacir de Almeida, José Antônio Bortoleto de Campos, Hélio de Franceschi Junior, Gilberto Gallo, Carlos Alberto Cerezine, Indústria Brasileira de Gases Ltda, White Martins Gases Industriais Ltda., AIR Products Brasil Ltda, AIR Liquide Brasil Ltda, AGA S.A., recuperado de [http://www.cade.gov.br/upload/2010AnnualReport\[1\].pdf](http://www.cade.gov.br/upload/2010AnnualReport[1].pdf)

acción privada ejercida directamente²⁹. Sin embargo, en determinadas circunstancias es posible la legitimación activa del ciudadano común a nombre y en representación del Estado, como es la práctica en EEUU y bajo una distribución del *quantum* indemnizatorio de un 15% al 30% a favor del ciudadano. Esta suerte de legitimación sustituta persigue el propósito de promover conductas de vigilancia ciudadana sobre prácticas de este tipo³⁰.

A pesar de la viabilidad de la acción civil como cauce procesal para la represión de la colusión en compras públicas se ha generado alguna opinión contraria a las medidas cautelares en este contexto procesal bajo el criterio que dicho incidente demoraría aún más el conocimiento del proceso o procedimiento por el que se ventila la conducta colusoria; redundando en incertidumbre sobre la validez y eficacia del contrato público adjudicado, así como el detrimento al interés público por la demora en la ejecución.

10. REQUISITOS DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.

Cualquiera que sea la acción objeto de protección, la tutela cautelar en el ámbito del derecho de competencia y de colusión en compras públicas comparte determinados presupuestos, caracteres y principios rectores, todo ello producto de la finalidad conservadora de la eficacia en la resolución definitiva de un proceso o procedimiento. De la misma forma, tales medidas tienen tres requisitos básicos: *fumus boni iuris*, *periculum in mora* y contracautela. El modo en que éstos requisitos se ponen de manifiesto en solicitudes al amparo del derecho de competencia y particularmente en la colusión en compras públicas son muy variados y se explican a continuación.

11. FUMUS BONI IURIS O APARIENCIA DE BUEN DERECHO.

En primer término, se debe probar la apariencia de un buen derecho, es decir, la determinación *prima facie* de méritos en el caso; el tribunal que adopte la medida cautelar ha de ser persuadido que el proceso o procedimiento principal objeto de protección por dicha medida, tiene méritos al menos preliminarmente. En el ámbito de la colusión en compras públicas, esto implica probar hallazgos preliminares de un acuerdo tácito, práctica concertada o conducta conscientemente paralela entre los competidores. Ello trae a colusión una interrogante, ¿constituye apariencia de buen derecho la concurrencia de condiciones de mercado y/o evidencia indiciaria?

En este punto debe distinguirse la evidencia material y la evidencia circunstancial. La evidencia material –*hard evidence*–, constitutiva de documentos o grabaciones que acrediten el acuerdo *per se*, serían un *smoking gun* de la colusión. La evidencia circunstancial la constituyen el comportamiento empresarial, las estimaciones y estudios del mercado relevante y otros. Tapia cita como caso paradigmático de admisión de la evidencia circunstancial la radical desviación de la conducta de la empresa en colusión –*Interstate Circuit, USC, 1939*– (Tapia, J, 2009: 32). Esta distinción es relevante pues la evidencia material es útil para la prueba

²⁹ Vid., Directiva comunitaria 2014/104/UE, op. cit.

³⁰ La acción *qui tam* –*qui-tam action*– es una acción procesal que permite a un ciudadano privado actuar a nombre y en representación del gobierno únicamente para demandar a un contratista o proveedor de compras públicas si tiene noticia que el mismo comete fraude, colusión o algún otro género de infracción a las normas de contratación pública. Usualmente el sujeto que interpone *qui tam action*, se le conoce como Fiscal General privado –*private attorney general*– pues en el contexto procesal concreto, representa al gobierno federal contra la infracción de rigor y comparte con el gobierno una cuota determinada de la indemnización obtenida. Ambos fenómenos típicos del derecho procesal de EEUU han sido regulados por la Ley de Demandas Falsas –*False Claims Act*–. Sobre el tema, consúltese de modo especial: ENGSTRÖM, D.F. “Harnessing the Private Attorney General: Evidence from Qui Tam Litigation”, *Columbia Law Review*, vol. 112 (6), 2012; y, GRAY, M. “Loosen Up: Breaking Free from Strict “With Particularity” Requirements when Pleading Fraud for Qui Tam Actions brought under the FCA”, *Creighton Law Review*, vol. 49 (2), 2016, p. 415.

de la colusión, mientras que la evidencia circunstancial, si bien en algunas jurisdicciones resulta insuficiente para probar la colusión, sería suficiente para probar el *fumus boni iuris* y con ello, adoptar una medida cautelar.

Entonces, en respuesta a la interrogante anterior, sea dicho que, la presencia en conjunto o por separado, de condiciones favorables de mercado o evidencia indiciaria, aplican para la acreditación preliminar de méritos en el caso y consecuentemente, se cumple el requisito de rigor para adoptar la medida cautelar solicitada. Ello está avalado por la experiencia de las autoridades de persecución de conductas anticompetitivas, en el sentido de que la presencia de evidencia indiciaria y de condiciones favorables de mercado genera una alta probabilidad de conducta colusoria; sin duda alguna, insuficiente para demostrar la existencia de dicha conducta en el proceso/procedimiento principal, pero válido para adoptar una medida cautelar. Esta evidencia indiciaria es conocida en derecho anglosajón como *plus factors*: que permite inferir una colusión, a partir de las acciones de la empresa contrarias a su propio interés salvo por la existencia de este ilícito; o el comportamiento entre competidores calificable de amigable más allá de lo que resulta atendible si no existiese dicha ilicitud anticompetitiva.

Llegado a este punto deben mencionarse las prácticas facilitadoras – *facilitating practices*–, las cuales no constituyen prueba plena pero resultan muy útiles para acreditar el *fumus*. Constituyen prácticas facilitadoras, aquellas que allanan el camino al logro de la conducta colusoria, la más típica es el intercambio de información entre productores (*American Column & Lumber Co. v US*, 257 US 377, 1921) y una de las formas más comunes en que se manifiesta es la verificación y confrontación de ofertas de precios más bajos a los acordados (*US v Container Corp. Of America*, 393 US 333, 1969)³¹. Dado su carácter indiciario no pleno, las prácticas facilitadoras no son siempre preparatorias de una conducta colusoria y por ello, no siempre son ilegales, por lo cual han de examinarse según la regla de la razón, salvo que la ley no disponga otra cosa. Resultan admisibles los intercambios de información en mercados formales (*Chicago Board of Trade v US*, 246 US 231, 1918), y aquellos cuya existencia no puede atribuirse a un acuerdo entre las partes (*E.I. du Pont de Nemours & Co. V Federal Trade Commission*, 729 F.2d 128, 2nd Circuit, 1984)³².

La experiencia ha demostrado la existencia de otros elementos indiciarios de conducta colusoria en las compras públicas: la colaboración entre agentes y empleados de las empresas involucradas que se materializa al compartir oficinas, personal y equipos (caso Consorcios Implementación Técnica y Computadores 2002, Resolución 21822/2004, SIC, Colombia), así como las coincidencias en la presentación formal de propuestas, en la compañía aseguradora expedidora de las pólizas asociadas a las posturas y en la chequera de la cual se expidieron los cheques de cancelación de los derechos de participación en la licitación (caso Constructora MP y ML, Ingenieros, Resolución 64400, 16/11/2011, SIC, Colombia).

Más allá del carácter meramente indiciario o pleno de la evidencia presentada en el incidente cautelar, debe señalarse que es común el requerimiento de un alto estándar probatorio de la colusión en sí misma en Latinoamérica, lo cual repercute necesariamente en un alto estándar probatorio para la medida cautelar

³¹ Entre las evidencias indiciarias de mayor importancia cabe mencionar las comunicaciones entre los competidores presuntamente coludidos; por otra parte, tiene mayor importancia en materia de colusión respecto de otros aspectos del derecho de competencia:

“Por ejemplo, hemos notado que el derecho de competencia sobre colusión parece muy interesado en las formas de comunicación, mientras que este tema juega un papel menos significativo en los modelos económicos y trabajos empíricos”.

Vid., KAPLOW, L., SHAPIRO, C. “Antitrust”, John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Harvard Law School, Discussion Paper 01/2007, recuperado el 9 de mayo de 2016 en http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow_695.pdf, p. 131.

³² Como muestra de lo anterior, en el caso *Airline Tariff Publishing*, las aerolíneas se comunicaban periódicamente sus tarifas presentes y futuras. Vid., Kaplow & Shapiro: 48 y ss.

correspondiente. Por ejemplo, la Corte Suprema chilena exige un alto baremo de prueba de la colusión por el formalismo de su sistema procesal; en este sentido, existiendo elementos razonablemente suficientes, en varios casos se declaró no probada la colusión (caso Farmacias I, 1995; casos Oxígeno Líquido y Navieras, 2006, en la Corte Suprema revirtiendo sentencias del Tribunal de Defensa de la Competencia). De igual forma, en Europa se exige un alto estándar de prueba a partir del caso *Compagnie Royale Asturienne*, 1984; la evidencia debe ser suficientemente precisa y coherente³³.

Otro elemento válido para acreditar el *fumus* y lograr el otorgamiento de una medida cautelar es la detección estadística –*statistical screening*-. Por este medio la Comisión Federal de Comercio –*Federal Trade Commission*- detectó conductas anticompetitivas de carácter colusorio en los precios de la gasolina. En otros estados se detectaron prácticas de colusión en compras públicas como en Brasil, Corea del Sur, México y Suecia, así como fijación de precios de sucedáneos lácteos infantiles de venta en farmacia en Italia y el caso especial del *screening* académico de la tasa LIBOR, descrito por Abrantes-Metz³⁴.

Una última palabra sobre el *fumus*: su acreditación no es privativa de la parte interesada, sino también de la parte perjudicada quien puede aportar alguna causal de justificación de la conducta presuntamente colusoria. En este sentido, es válido citar el caso Señales, Improrvial, Resolución 9672, 4/4/2003, SIC, por el cual la empresa Consultec GR, Ltda. denuncia una conducta colusoria consistente en distribución territorial de mercados, entre Señales, Ltda. e Improrvial, Ltda., en licitación de obras de demarcación para las regiones de Colombia. La SIC inició investigación preliminar y encontró méritos para la apertura de una investigación formal, en la cual las sociedades en cuestión determinaron que sí hubo acuerdo pero el mismo estaba justificado por el hecho de que la postura de una de las partes para determinadas regiones sería ilegal por incurrir en una causal de inhabilidad relativa a la relación de parentesco entre postores y funcionarios públicos en el proceso de licitación (art. 8, literal g, Ley 80/1993). Esto invita a la reflexión en torno a la necesidad de otorgar derecho a la parte perjudicada a presentar elementos de descargo para la adopción de medidas cautelares, resultando inadmisibles la tutela cautelar *ex parte*, es decir, sin notificar a la parte contra la cual se dirige la medida. La SIC declaró la conducta no constitutiva de colusión (Amézquita: 19).

12. PERICULUM IN MORA O PELIGRO EN LA DEMORA.

En segundo lugar, el solicitante de la medida cautelar debe probar el peligro en la demora, es decir, el riesgo cierto de daño irreparable producto de la dilación del proceso/procedimiento principal y por ende, la necesidad de adoptar la medida cautelar de rigor para conjurar dicho peligro. Este requisito está vinculado a la recurrente demora en los trámites procesales/procedimentales: algún autor ha mencionado un promedio de veinte meses de duración del contencioso ante el Tribunal de Defensa de la Competencia de Chile y los procedimientos administrativos ante la SIC tienen una duración que oscila entre 2 y 4 años. Esta demora provoca lo que la autora denomina como “falta de oportunidad en la reacción a la conducta anticompetitiva” (Ramírez Duarte, 2012: 266 y 279).

³³ Por todos, vid., TAPIA, J. “Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia”, 2009, recuperado en 9 de mayo de 2016 de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1440695, p. 31.

³⁴ Vid., LEVENSTEIN, M., MARVAO, C., SUSLOW, V. “Serial Collusion in Context: Repeat Offenses by Firm or by Industry?”, *OECD Global Forum on Competition Serial Offenders: Sectors That Are Prone to Endemic Collusion*, 2015, recuperado en 9 de mayo de 2017 de [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)12&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)12&docLanguage=En)

Del mismo modo que la medida cautelar de suspensión del procedimiento licitatorio ha sido atacada doctrinalmente, la misma es justificable a la luz del peligro en la demora. Por ejemplo, fuera del ámbito de la colusión, pero en materia de compras públicas, en un caso la autoridad administrativa en República Dominicana acoge solicitud de medida cautelar de suspensión del procedimiento de licitación, bajo el argumento de que el riesgo de dilación temporal del procedimiento de sustanciación resulte en la adjudicación de la licitación, y se suscriba y ejecute el contrato público en cuestión. Bajo este criterio, la administración consideró que sí hay probabilidad de que el procedimiento licitatorio termine adjudicado antes de concluir el recurso contra el mismo, y por ende, hay *periculum in mora* (Dirección General de Contrataciones Públicas, Ministerio de Hacienda, Rep. Dom., Res. 8/2016, en recurso jerárquico y solicitud de suspensión de procedimiento por Softem Consultoría e Inversiones, SRL v Ministerio de la Mujer)³⁵.

Como elemento del peligro en la demora, debe añadirse el riesgo de daño irreparable, de modo que no se requiere que haya provocado daño alguno. En este sentido, consúltese en Colombia el caso Intersystem, Resolución 1055, 19/1/2009, SIC: los sujetos objeto de investigación sostuvieron en el procedimiento administrativo de rigor, que su actividad colusoria no generó daño en el mercado pero la SIC sostuvo que la colusión es prohibida y sancionada con independencia de los efectos que produzca y son reprimidas legalmente como conductas *per se*, en virtud del artículo 47, numeral 9, Decreto 2153/1992, que dispone la tesis del objeto y efecto (Resolución 69716, 30/12/2009, SIC, en recurso de reposición).

13.CONCLUSIONES.

La colusión en compras públicas constituye un fenómeno escasamente estudiado y analizado, tanto en el ámbito de los estudios sobre corrupción como en el ámbito de la contratación pública y el derecho de competencia. Actualmente resulta ser un importante problema para la administración pública y las economías de mercado a nivel global, dado que su incidencia y recurrencia generan importantes perjuicios fiscales y sobre todo en términos de confianza ciudadana hacia el sector público y la institucionalidad del Estado. En este sentido, uno de los principales aspectos en que se manifiesta la lucha contra la corrupción es a través de la represión a este fenómeno.

La acción represiva del Estado contra la colusión en compras públicas tiene varias dimensiones: en primer término, requiere de una fuerte institucionalidad dedicada a la investigación, sustanciación del procedimiento de rigor y sanción de estas conductas, tanto de los organismos dedicados a la defensa de la competencia como los encargados de la ejecución de licitaciones del sector público; en segundo lugar, se requiere un sector profesional con preparación suficiente para activar y hacer funcionar tales mecanismos institucionales. En tercer lugar, es indispensable el *awareness* público, el interés ciudadano por la vigilancia y control de las prácticas de contratación pública y la denuncia de las irregularidades que puedan estar presentes en la misma.

Uno de los aspectos más importantes a considerar para la eficacia de la represión de la colusión en compras públicas lo constituye la disponibilidad de medidas cautelares que garanticen la eficaz actuación de los tribunales y autoridades administrativas frente a casos concretos. Estas medidas cautelares guardan identidad respecto del régimen jurídico general, usualmente contenido en el derecho procesal civil vigente; no obstante, manifiestan importantes diferencias motivadas por el contexto específico de litigación al cual sirven. En este sentido, el contenido, alcance y sentido de las medidas cautelares disponibles deberán tomar en consideración si la conducta colusoria está prohibida conforme la regla de la razón o la regla *per se*, los tipos de medidas cautelares que mejor se ajusten a los

³⁵ Vid. Op. cit.

requerimientos de este ámbito conflictual y los tipos de acciones procesales o procedimientos al cual servirán con criterio de instrumentalidad.

De modo particularmente importante, deben considerarse los requisitos para adoptar las medidas cautelares. En este sentido aplican los presupuestos ya conocidos que son la apariencia de buen derecho y el peligro en la demora; no obstante, la manera en que estos han de manifestarse y alegarse difieren ostensiblemente de su praxis en derecho procesal civil. Es por ello que una evaluación mimética de estos aspectos del ordenamiento procesal en el contexto de la colusión en compras públicas, no solo sería inútil sino que podría provocar un efecto contraproducente y conspirar contra la eficacia de todo el sistema de vigilancia y represión de las prácticas anticompetitivas contra el sector público.

La norma, jurisprudencia, precedente, casuística y praxis de represión de la colusión en compras públicas se alinea básicamente en dos principales ámbitos de derecho comparado: en primer lugar EEUU, creador del *antitrust law* y que ha formulado normas contra dicho fenómeno en consonancia con el derecho anglosajón: fuerte dimensión precedental, dualidad entre el ámbito federal y estadual, papel corrector del precedente sobre la norma estatutaria y también debe mencionarse una importante cuota de criminalización de este tipo de conducta. Por otra lado, la Unión Europea se ha caracterizado por normas fundamentalmente legislativas, por la atracción de la competencia sobre la materia en las estructuras institucionales comunitarias mientras reserva al ordenamiento nacional de los Estados miembros los fenómenos anticompetitivos restringidos a dichas fronteras.

En el caso de la región latinoamericana, debe señalarse que el derecho de competencia es relativamente nuevo respecto de EEUU y la Unión Europea; adicionalmente, carece de una masa crítica de profesionales expertos que permita formar una comunidad académica y de litigantes que hagan funcionales la también escasa y novísima institucionalidad encargada de la vigilancia y control del mercado, así como de las prácticas mencionadas. Adicionalmente y desde el punto de vista estructural América Latina presenta graves problemas asociados a este tema: la estructura accionarial de las empresas presenta un alto grado de concentración de participaciones a favor de un número relativamente escaso de personas naturales o jurídicas identificadas con determinados grupos económicos o familias que operan como monopolios históricos ya no en un mercado relevante, sino en toda la economía nacional de un Estado concreto. Dada cuenta de dicho fenómeno, resulta vital para la región ponerse al día sobre el tema en cuestión.

14. BIBLIOGRAFÍA.

- ALPA, G. "El Ilícito Antitrust", Universidad Nacional Mayor de San Marcos: Lima, 2015, recuperado el 9 de mayo de 2017 en https://works.bepress.com/carlos_acostaolivo/14/.
- AMANN, M., ROEHRICH, J.K. et al. "Driving Sustainability Supply Chain Management in the Public Sector: the Importance of Public Procurement in the European Union", *Supply Chain Management: An International Journal*, vol. 19 (3), 2014, pp. 351-366;
- BERIZONCE, R.O. "El "Bloque de Constitucionalidad" como Pivote de las Políticas Públicas en el Área de la Justicia", *Revista Derecho & Sociedad*, 38, 2012, recuperado el 9 de mayo de 2017 en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13132>
- CHIA-HUN SUNG, FU-CHUAN LAI. "Spatial Price Discrimination in a Symetric Barbell Model: Bertrand v Cournot", *Papers in Regional Science*, vol. 93, 2013, pp. 141-158.
- DÍEZ-PICAZO, L. *El Arbitrio de Tercero en los Negocios Jurídicos: Tesis presentado en opción a la condición de Doctor por la Universidad de Madrid en 1956*, Bosch, Barcelona, 2011.
- ELHAUGE, E., GERADIN, D. *Global Antitrust Law and Economics*, Foundation Press, Thomson Reuters, 2011, pp. 375.

- ENGSTRÖM, D.F. "Harnessing the Private Attorney General: Evidence from Qui Tam Litigation", *Columbia Law Review*, vol. 112 (6), 2012, pp. 1244-1325.
- GOLDMAN, E., ROCHOLL, J., SO, J. "Politically Connected Boards of Directors and the Allocation of Procurement Contracts", *Review of Finance*, vol. 20 (3), 2013, pp. 1617-1648.
- GRAY, M. "Loosen Up: Breaking Free from Strict "With Particularity" Requirements when Pleading Fraud for Qui Tam Actions brought under the FCA", *Creighton Law Review*, vol. 49 (2), 2016, p. 415-435.
- HATZIS, A., ZERVOGIANNI, E., *Judge-Made Contracts: Reconstructing Unconscionable Contracts*, 2006. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=953669> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.953669>.
- KAPLOW, L., SHAPIRO, C. "Antitrust", John M. Olin Center for Law, Economics and Business, Harvard Law School, Discussion Paper 01/2007, recuperado el 9 de mayo de 2016 en http://www.law.harvard.edu/programs/olin_center/papers/pdf/Kaplow_695.pdf.
- KNIGHT, L., HARLAND, C., TELGEN, J (eds.) *Public Procurement: International Cases and Commentary*, New York, 2007, pp. 650.
- KOVACIC, W.E., SHAPIRO, C. "Antitrust Policy: A Century of Economic and Legal Thinking", *Journal of Economic Perspectives*, vol. 14 (1), 2000, pp. 43-60.
- LEVENSTEIN, M., MARVAO, C., SUSLOW, V. "Serial Collusion in Context: Repeat Offenses by Firm or by Industry?", *OECD Global Forum on Competition Serial Offenders: Sectors That Are Prone to Endemic Collusion*, 2015, recuperado en 9 de mayo de 2017 de [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)12&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)12&docLanguage=En)
- LOADER, K. "Is Public Procurement a Successful Small Business Support Policy? A Review of the Evidence", *Environment and Planning C: Government and Policy*, vol., 31 (1), 2013, pp. 39-55.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H. "El bloque constitucional de derechos en Chile, el parámetro de control y consideraciones comparativas con Colombia y México: doctrina y jurisprudencia", *Estudios constitucionales*, 13 (2), 2015, pp. 301-350.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico -OCDE-. "Combate a la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en México", *Informe Analítico del Secretariado sobre el Cumplimiento de la Legislación, Regulaciones y Prácticas de la CFE con las Mejores Prácticas de la OCDE*, 2015, recuperado en 9 de mayo de 2017 de http://www.oecd.org/daf/competition/GEM_Report_2012_Spanish.pdf
- PÉREZ DAUDÍ, V. *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*, Atelier, 2015, pp. 210.
- QINGHUA ZHU, YONG GENG, SARKIS, J. "Motivating Green Public Procurement in China: An Individual Level Perspective", *Journal of Environmental Management*, vol. 126, 2013, pp. 85-95.
- RAMÍREZ DUARTE, O.L. *Mecanismos para Combatir la Colusión en Licitaciones: Efectos de las Decisiones Sancionatorias sobre el Proceso Licitatorio en Colombia*, Trabajo de Investigación presentado como requisito para optar por el título de Magíster en Derecho Administrativo. Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 2012, recuperado en 9 de mayo de 2017 de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3591/53166440-2012.pdf?sequence=1>
- Sistema Económico Latinoamericano. *Las Compras Públicas como Herramienta de Desarrollo en América Latina y el Caribe*, Documento SP/RRSSCPALC/DT 2-15. Servicio Nacional de Contratación Pública del Ecuador, UNASUR, Redeplan, 2012, recuperado en 9 de mayo de 2017 de <http://www.sela.org/media/268508/las-compras-publicas-como-herramienta-de-desarrollo-en-alc.pdf>

- Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe. *XL Reunión Ordinaria del Consejo Latinoamericano, Las Compras Públicas como Herramienta de Desarrollo en América Latina y el Caribe*. Documento SPI Di 11-14, 2014, recuperado en 9 de mayo de 2016, de <http://www19.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2014/14876.pdf>
- STOLL-DEBELL, K., DEMPSEY, N.L., DEMPSEY, B.E. *Injunctive Relief. Temporary Restraining Orders and Preliminary Injunctions*, American Bar Association, 2009.
- TAPIA, J. "Carácter Anticompetitivo de los Acuerdos Restrictivos de la Competencia", 2009, recuperado en 9 de mayo de 2016 de http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1440695
- VELANDIA, M. *Derecho de Competencia y del Consumo*, Universidad Externado de Colombia, 2011.
- WARD, P.C. *Federal Trade Commission. Law, Practice and Procedure*, Law Journal Press, 2005.

15. JURISPRUDENCIA Y PRECEDENTE

- American Column & Lumber Co. v US, 257 US 377, 1921
- Arizona v. Maricopa County Medical Society, 457 U.S. 332, 1982
- Atlantic Richfield v. U.S.A Petroleum, 495 U.S. 328, 1990
- Broadcast Music Inc v Columbia Broadcasting System, Inc, 441 US 1, 1979
- Brown Shoe v Von's Grocery Co., 384 US 270, 1966
- Cargill, Inc. v. Monfort of Colorado, Inc., 479 U.S. 104, 1986
- Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231 (1918),
- Continental Ore v. Union Carbide, 370 U.S. 690, 702 (1962):
- Continental T.V. Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36 (1977)
- E.I. du Pont de Nemours & Co. V Federal Trade Commission, 729 F.2d 128, 2nd Circuit, 1984
- Evaristo Rafael Rodríguez Felizzola vs Agencia Nacional de Contratación Estatal - Colombia Compra Eficiente, sentencia CE SIII E 54549 DE 2015, <http://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/documento/39947>
- Federal Trade Commission v Indiana Federation of Dentists, 476 US 447, 1986
- Federal Trade Commission v. Superior Court Trial Lawyers Association, 493 U.S. 411 1990
- Illinois Brick v Illinois, 431 U.S. 720, 1977
- International Salt Co. v. United States, 332 U.S. 392 (1947);
- Interstate Circuit, Inc. v. United States, 306 U.S. 208 (1939)
- Kerr-McGee Corp. v. Northern Utilities v Northern Utilities, Inc. v. Amoco Production Co. and Phillips Petroleum Co., 500 F. Supp. 624 (D. Wyo. 1980)
- Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc., 359 U.S. 207 (1959)
- Kugler v. Romain, 279 A.2d 640, 58 N.J. 522 (1971)
- Lord Loughborough LC in Middleton v Lord Kenyon, 1794, 2 Ves 391
- Matsushita Electric v. Zenith Radio, 475 U.S. 574, 586, 1986
- National Collegiate Athletic Association v Board of Regents of the University of Oklahoma, 468 US 85, 1984,
- National Society of Professional Engineers v US, 435 US 679, 1978
- NCAA v. Board of Regents, 468 U.S. 84, 1984
- Northern Pacific Ry. Co. v. United States, 356 U.S. 1 (1958)
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-1048, 4/10/2012
- República de Colombia, Corte Constitucional, sentencia C-616, 13/6/2001, magistrado ponente: Escobar Gil, recuperado de <http://corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/C-616-01.htm>
- Standard Oil (Standard Oil Co. of New Jersey v US, 211 US 1, 1911)
- Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 U.S. 593 (1951)
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala 10ma, sentencia de 24/10/2013, asunto C-510/11-P, Kone Oyj, Kone GmbH, Kone BV / Comisión Europea, recuperado de <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-510/11> .
- United States v. Arnold, Schwinn & Co., 388 U.S. 365 (1967)

United States v. Topco Associates, Inc., 405 U.S. 596 (1972).
United States v Container Corp. Of America, 393 US 333, 1969
United States v General Dynamics Corp., 415 US 486, 1974
United States v Socony-Vacuum Oil Co., 310 US 150, 1940
United States v Trenton Potteries Co., 273 US 392, 1927
Wilson v First County Trust Ltd, QB 407, CA, 2001
Zenith Radio Corp. v. Hazeltine Research, Inc. (Zenith I), 395 U.S. 100, 114 & n.9 (1969)

16. TEXTOS NORMATIVOS Y LEGISLACIÓN

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, 18/12/2000, 2000/C-364/01, recuperado de http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf

Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York: Naciones Unidas, 2004, recuperado de https://www.unodc.org/documents/treaties/UNCAC/Publications/Convention/04-56163_S.pdf

Convención Interamericana contra la Corrupción, de 29/3/1996, OEA: Caracas, recuperado de <https://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/b-58.html>

Decreto 1687 de 2010, por el cual se modifica el Decreto 3523 de 2009, Diario Oficial 47709 de 14/5/2010, recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_1687_2010.html.

Decreto 19 de 10/1/2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública, Diario Oficial 48308 de 10/1/2012, recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=45322>

Decreto 2153 de 1992, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones, Diario Oficial 40704 de 31/12/1992, recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/decreto_2153_1992.html

Decreto 3523 de 2009, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Industria y Comercio y se determinan las funciones de sus dependencias, Diario Oficial 47473 de 15/9/2009, recuperado de https://www.cancilleria.gov.co/sites/default/files/Normograma/docs/decreto_3523_2009.htm;

Department of Justice, 1968 Merger Guidelines, recuperado de <https://www.justice.gov/sites/default/files/atr/legacy/2007/07/11/11247.pdf>

Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26/11/2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, 5/12/2014, L 349/1, recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32014L0104>

European Group on Tort Law, Principios del Derecho Europeo sobre Responsabilidad Civil, 2005, recuperado de <http://civil.udg.edu/php/biblioteca/items/298/PETLSpanish.pdf>

Ley 1340 de 2009, por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia, Diario Oficial 47420 de 24/7/2009, recuperado de http://quindio.gov.co/home/docs/items/item_109/47420.pdf

Ley 1474 de 12/7/2011, Medidas Administrativas para la Lucha contra la Corrupción, Diario Oficial 48128, 12/7/2011, recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1474_2011.html

- Ley 15 de 3/7/2007, de Defensa de la Competencia, Boletín Oficial del Estado, num. 159, 4/7/2007, recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-12946>
- Ley 80 de 28/10/1993, por la cual se expide el Estatuto General de la Administración Pública, Diario Oficial 28/10/1993, recuperado de <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=304>
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Registro Oficial 555, 13/10/2011, recuperado de <http://scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/02/Ley-Org%C3%A1nica-de-Control-de-Poder-del-Mercado.pdf>.
- Reglamento CE 1/2003 de 16/12/2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 4/1/2003, recuperado de <https://www.boe.es/doue/2003/001/L00001-00025.pdf>
- Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, Decreto Ejecutivo 1152, de 7/5/2012, Registro Oficial 967, recuperado de <http://www.scpm.gob.ec/marco-legal/reglamento-de-la-ley-control-del-poder-de-mercado/>
- Study Group on European Civil Code, Principles Definition and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference, 2009, Munich, European Law Publishers, GmbH, recuperado de http://ec.europa.eu/justice/policies/civil/docs/dcfr_outline_edition_en.pdf
- Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea, C 326 de 26/10/2012, pp. 1-390, recuperado de <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A12012E%2FTXT>

17. DECISIONES Y RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS

- República de Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 21822 de 1/9/2004, recuperada de http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/estados/RESOLUCION_21822_DE_01_DE_SEPTIEMBRE_DE_2004.pdf
- República de Colombia. Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 64400 de 16/11/2011, recuperada de http://www.sic.gov.co/drupal/sites/default/files/estados/RESOLUCION_64400_DE_16_DE_NOVIEMBRE_DE_2011_SANCION_CONCRETO.pdf
- República de Colombia. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 1055 de 19/1/2009, recuperado de http://www.sic.gov.co/drupal/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2009/RESOLUCION_1055_DE_19_DE_ENERO_DE_2009_SANCION_INTERSYSTEM.pdf
- Resolución 39 de 10/4/2015, Dirección General de Contrataciones Públicas, Ministerio de Hacienda, República Dominicana, Proceso LPN-EDEESTE-006-2014, recuperado de http://www.dgcp.gob.do/new_dgcp/documentos/politicas_normas_y_procedimientos/resolucion_de_conflictos/suspension_como_medida_precautoria/Resolucion%20NO.%2039:2015,%20Proceso%20LPN-EDEESTE-006-2014.pdf
- Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Resolución de Medidas Preventivas, Expediente 0025-SCPM-CRPI-2014, recuperado de <http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2014/06/RESOLUCION%20N-93N-MEDIDAS-PREVENTIVAS-para-boletin.pdf>
- Superintendencia de Control del Poder de Mercado, Comisión de Resolución de Primera Instancia, Resolución de Medidas Preventivas, Expediente 0026-SCPM-

A atuação da equipe econômica do Plano Real no Conselho Monetário Nacional: uma análise institucional da relação da burocracia com o Poder Legislativo

(The acting of the economic team of the Real Plan in the National Monetary Council: an institutional analysis of the bureaucratic relationship with the Legislature)

José Raymundo Ribeiro Campos Filho¹

Elisabete Reis de Carvalho²

Universidade de Lisboa

Charles de Sousa Trigueiro³

Universidade de Coimbra

SUMÁRIO: Introdução. 1. O Neoinstitucionalismo. 1.1. Perspectivas de Instituições a partir do Neo Institucionalismo. 2. Política e Administração Pública. 3. A Política Monetária. 4. O Conselho Monetário Nacional (CMN). 4.1. Atribuições Legais e Constitucionais para a Política Monetária e para o CMN. 4.2. Composição do Conselho Monetário Nacional. Conclusão. Referências Bibliográficas.

Resumo: Foi analisada a ação da burocracia, especialmente a equipe econômica concentrada no Conselho Monetário Nacional (CMN), na condução da política monetária quando da implantação do “Plano Real”. Esta ação é evidenciada por meio da alteração da legislação para a manutenção do CMN, apesar das disposições contrárias presentes, originalmente, na Constituição da República Federativa do Brasil, da alteração da composição do CMN e do processo de reedições da Medida Provisória que alterou essa composição. Identificou-se que o corpo técnico do Poder Executivo atuou para ser identificado como a referência e o grupo legítimo para a condução da política monetária responsável pela estabilidade econômica no Brasil no primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso utilizando, para isso, instrumentos técnicos, legais e políticos.

Palavras-chave: Poder Legislativo; Burocracia; Política Monetária; Neoinstitucionalismo.

Abstract: The action of the bureaucracy was analyzed, especially the economic team concentrated in the National Monetary Council (CMN), in the conduct of the monetary policy when the “Real Plan” was implemented. This action is evidenced by the alteration of the legislation for the maintenance of the CMN, in spite of the

¹ Graduado em Administração de Empresas pela Universidade de Pernambuco - Brasil, Mestre em Administração de Empresas pela Universidade Federal de Pernambuco - Brasil e doutorando em Administração Pública pelo Instituto Superior de Ciências Sociais e Políticas (ISCSP) da Universidade de Lisboa.

² Doutora em Ciências Sociais, na especialidade em Administração Pública, concedido pela Universidade Técnica de Lisboa (UTL). Docente no ISCSP no Doutoramento em Ciências Sociais, na especialidade de Administração Pública, no Master of Public Administration (MPA), no Mestrado em Gestão e Políticas Públicas e na Licenciatura em Administração Pública.

³ Doutorando em Direito Público na Universidade de Coimbra - Portugal; Bacharel e Mestre em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba - UFPB Brasil; Servidor Técnico Administrativo em Educação na UFPB.

contrary dispositions originally present in the Constitution of the Federative Republic of Brazil, the alteration of the composition of the CMN and the process of reissue of the “Medida Provisória” that altered that composition. It was identified that the technical staff of the Executive Branch acted to be identified as the reference and legitimate group for the conduct of monetary policy responsible for economic stability in Brazil in the first term of President Fernando Henrique Cardoso using, for this, technical, legal and political instruments.

Keywords: Legislature; Bureaucracy; Monetary policy; Neo-institutionalism.

Introdução

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, houve a “transferência” da competência, do Poder Executivo para o Poder Legislativo, da regulamentação do sistema financeiro nacional (competência para legislar sobre questões financeiras, monetárias, cambiais e creditícias). Contudo, essa transferência foi postergada até a presente data, mantendo para a burocracia (Poder Executivo) as atribuições originais do CMN, ainda oriundas da Lei nº 4.595/1964⁴. Além disso, quando da implantação do Plano Real, a composição do CMN foi alterada com um objetivo claro: manter como seus membros apenas integrantes do “corpo técnico” do Poder Executivo responsáveis pela concepção e execução desse plano de estabilização econômica.

Esses fatos citados são analisados à luz do neoinstitucionalismo e das relações entre os ambientes político (Poder Legislativo) e da administração pública, buscando identificar os movimentos da burocracia (Poder Executivo) para a manutenção das suas prerrogativas na concepção e condução da política monetária no Brasil.

1. O Neoinstitucionalismo

O termo “neoinstitucionalismo” foi apresentado pela primeira vez por James March e Johan Olsen (1984)⁵, em uma contraposição a duas abordagens de análise em teoria política: a Teoria Comportamental e a Teoria da Escolha Racional. Deve-se destacar que os autores não afirmam que essas abordagens devam ser descartadas na análise em Ciência Política. Contudo, elas apresentam as seguintes características constritoras da análise dos fenômenos em Ciência Política, segundo March e Olsen (1984):

a) Contextualismo: a Ciência Política contemporânea (tida pelos autores como a Ciência Política vinculada à Teoria Comportamental e à Teoria da Escolha Racional) teve a tendência de subordinar o fenômeno político a fenômenos contextuais tais como geografia e clima; etnicidade, língua e cultura; demais condições econômicas e desenvolvimento. Contudo, sem negar a importância dos fenômenos contextuais, o neoinstitucionalismo insiste em um papel mais autônomo para as instituições políticas, onde o Estado não é somente afetado pela sociedade, mas também a afeta e onde a democracia política depende não somente da economia e das condições sociais, mas também do desenho das instituições políticas; b) Reducionismo: refere-se à tendência, tanto da Teoria Comportamental quanto da Teoria da Escolha Racional, de reduzir o comportamento coletivo como um conjunto de comportamentos

⁴ BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. *Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 jan. 1965. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

⁵ MARCH, J. G.; OLSEN, J. P. "The new institutionalism: organizational factors in political life". *American political science review*, v. 78, n. 03, p. 734-749, 1984.

individuais autônomos;⁶ c) Utilitarismo: vincula-se à tendência na Ciência Política contemporânea de avaliar as decisões a partir do que elas geram de retorno para o indivíduo, sem considerar que as decisões podem apresentar um valor em si mesmas (valor intrínseco) e, portanto, o indivíduo age para maximizar o seu próprio interesse; d) Funcionalismo: a Ciência Política contemporânea tem-se inclinado a aceitar uma ideia de progresso, um movimento histórico mais ou menos inexorável em direção a algum nível mais “avançado”, a um nível ótimo em equilíbrio. Contudo, esse equilíbrio pode não existir. Doravante, a criação e a atuação das instituições devem ser analisadas para identificar os movimentos do Estado na busca desse equilíbrio; e) Instrumentalismo: as teorias das instituições políticas identificam as tomadas de decisão políticas como sendo primordialmente um processo com o fim de desenvolver um senso de propósito, direção, identidade e pertencimento. De modo geral, a Ciência Política contemporânea deu primazia aos resultados e, ou ignorou as ações simbólicas, ou percebeu os símbolos como parte de esforços manipulativos com o fim de controlar os resultados, em vez do reverso disso. A política é simbólica, não no sentido recente de símbolos como artifícios dos poderosos para confundir os fracos, porém no sentido de símbolos como instrumentos de ordem interpretativa.

Além disso, o neoinstitucionalismo apresenta-se como uma abordagem à Ciência Política que reflete muitas das características do “velho institucionalismo”, contudo, avançando na direção de novas direções teóricas e empíricas. O neoinstitucionalismo utiliza muitas das premissas do velho institucionalismo, tais como PETERS⁷:

observação dos fenômenos sociais para tentar descrever e entender o mundo político em termos não abstratos; entendimento da natureza das instituições (e da sua governança) que podem estruturar o comportamento dos indivíduos na direção de melhores resultados; percepção de que o pensamento político está na base da análise e design institucional; o Estado deve estar no “centro” dos estudos em Ciência Política, ao invés da análise do comportamento político no nível do comportamento individual e; o Estado é vinculado organicamente com a sociedade e esta é fortemente influenciada pela natureza do Estado.

Porém, o neoinstitucionalismo agrega a essas premissas uma abordagem com ferramentas de pesquisa e a preocupação explícita com a construção da teoria política. Além disso, recoloca a ação coletiva no centro das cinco características da Ciência Política contemporânea, sendo essa ação coletiva a principal abordagem para entender a vida política. Propõe, também, que a relação entre as coletividades políticas e seu ambiente socioeconômico deve ser recíproca, com a política podendo moldar a sociedade tanto quanto a sociedade pode moldar a política. Por fim, afirma-se que apenas com essa visão institucional e multifacetada da política é que a Ciência Política poderá realmente entender e explicar o seu complexo fenômeno social.

⁶ Portanto “[...] a crença central é de que os resultados, no nível coletivo, dependem somente das complexidades das interações entre os atores individuais, que os conceitos que sugerem comportamento autônomo no nível agregado são certamente supérfluos e provavelmente deletérios”. MARCH; OLSEN. *Rediscovering institutions*. Simon and Schuster, 2010. p. 4.

⁷ . PETERS, B. G. “Institutional theory in political science: the new institutionalism”. *Bloomsbury Publishing USA*, 2012.

1.1. Perspectivas de Instituições a partir do Neo Institucionalismo

Segundo March e Olsen⁸ o Institucionalismo Normativo aborda que as instituições políticas são um conjunto de regras e procedimentos que têm a finalidade de definir ações apropriadas nas relações entre papéis e contextos, determinando, a partir de cada contexto, qual o papel a ser realizado e quais são as respectivas obrigações de ação. Já Kiser e Ostrom⁹, em sua perspectiva do neoinstitucional a partir da Teoria da Escolha Racional, identificam que as instituições são regras utilizadas pelos indivíduos para determinar os papéis a serem exercidos em cada momento de decisão, com base em como as informações são estruturadas e como essas são racionalmente utilizadas nas tomadas de ação.

Por sua vez, Scott¹⁰, a analisar o institucionalismo da perspectiva sociológica, entende que as instituições são conjuntos de estruturas e atividades cognitivas, normativas e regulativas que têm por objetivo prover significado e estabilidade para o comportamento social. Além disso, North¹¹ define que, a partir do institucionalismo econômico, as instituições são as regras do jogo em um grupo social, são as restrições humanamente criadas para moldar as interações humanas.

Por fim, Peters¹², ao analisar o Institucionalismo Discursivo, afirma que:

[...] nessa versão de institucionalismo empírico, a instituição é definida pelas ideias de seus membros, e pela comunicação entre esses. O conteúdo real, as ideias políticas da instituição, portanto, tendem a ser altamente maleáveis. Portanto, a instituição reflete um equilíbrio em curto prazo da discussão das ideias políticas. Além disso, a instituição em si torna-se, em grande medida, uma entidade virtual, com fronteiras indefinidas e limitada necessidade de estruturas formais. Essa forma de institucionalismo pode ser usada mais para analisar estruturas formais, mas, ao invés de outras abordagens institucionais, há pouca necessidade de formalidade nas estruturas e seus membros.

2. Política e Administração Pública

Peters, em sua obra "Politics of bureaucracy"¹³, analisa a relação da política com a condução da administração pública e com as decisões políticas tomadas pelos administradores. Às vezes, é atraente para pensar a administração pública como um processo "puro" de gestão, mas isso não é totalmente real. A interação da administração com os atores políticos formais e informais na sociedade tem um impacto profundo sobre o comportamento dos administradores e sobre suas decisões. A partir dessa análise, o autor examina o grau de influência desses atores, e a maneira pela qual ela é exercida.

O autor parte, então, da premissa na vida pública de que política e administração pública são elementos separados e que essa separação é válida tanto na análise de instituições e comportamentos governamentais quanto na atual condução da gestão pública. Porém, o autor afirma que essa premissa é artificial e que essa "ficção útil" é desejada tanto pelos administradores públicos (burocracia) quanto pelos atores políticos.

Para os administradores, essa presumida separação entre administração pública e política permite que eles se envolvam em política (organizacional em vez de partidária) sem serem responsabilizados politicamente pelos resultados de suas ações. Além disso, eles podem participar na formulação de políticas - presumivelmente usando critérios técnicos ou jurídicos para as suas decisões - sem

⁸ MARCH; OLSEN, *op. cit.*, 2010. p. 160

⁹ KISER, L. L.; OSTROM, E. The three worlds of action: A metatheoretical synthesis of institutional approaches. *Polycentric Games and Institutions*, v. 1, p. 56-88, 2000, p. 56

¹⁰ SCOTT, W. R.. *Institutions and organizations*. Sage, 2001, p. 33

¹¹ NORTH, D. C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1998, p. 3

¹² PETERS, *op. cit.*, 2012, p. 118

¹³ PETERS, *idem*.

a interferência de atores políticos que poderiam reconhecer influências políticas ou ideológicas sobre as políticas e fazer exigências para modificação dessas políticas. Portanto, essa aparente separação é confortável para os burocratas uma vez que as suas ações podem ser consideradas pelos políticos, pelo público e até mesmo por si mesmos como resultado da simples aplicação de critérios racionais, legais ou técnicos para questões de política, fazendo com que decisões em princípios inaceitáveis sejam mais bem absorvidas pela sociedade¹⁴.

Já para os políticos, a separação entre política e administração pública também permite certa margem de manobra. Em essência, a separação desses dois tipos de escolhas institucionais facilita muitas das decisões difíceis por meio de uma gestão que não terá de enfrentar os cidadãos em uma eleição subsequente. Portanto, os políticos podem formatar, ou ao menos influenciar, uma decisão importante que será anunciada por uma instituição “não política” que não será responsabilizada publicamente. Além disso, essa concepção de que as decisões políticas e as decisões técnicas podem ser separadas na vida pública permitiu remover do “meio político” muitas importantes decisões públicas. Dessa forma, muitas importantes funções governamentais foram transferidas do ambiente político-partidário para agências governamentais e elites tecnocráticas¹⁵.

Além disso, o autor¹⁶ afirma que é assumido que os administradores públicos que tomam decisões nestas configurações são, de fato, isolados de pressões políticas e são capazes de tomar decisões *pro bono publico* em virtude desse isolamento. Contudo, essa separação artificial das funções política e administrativa, ao invés de remover as decisões “técnicas” de influência política, pode realmente submetê-las a diferentes e desagradáveis influências políticas. Ao descrever essas influências, o autor apresenta as interações conflituosas entre a burocracia e os grupos de pressão, supondo que esse conflito entre as demandas dos grupos de pressão e o papel da burocracia na tomada de decisão é, na maioria das sociedades, uma das características mais básicas de um governo. De um lado há uma instituição do governo, que representa a autoridade do Estado, e do outro lado estão os grupos de pressão que, pela sua própria natureza, representam interesses estreitos ou especializados, buscando algum tratamento preferencial do governo. O entendimento dessas interações levou o autor a classificá-las em quatro tipos básicos: interações legítimas, clientela, parentela e interações ilegítimas.

As “interações legítimas” referem-se à relação entre a burocracia e ações de grupos de pressão identificadas como “legítimas”. Em alguns sistemas políticos, os grupos de pressão não são apenas aceitos como parte da vida política, mas também são legalmente e oficialmente envolvidos no processo de elaboração e administração de políticas públicas. De fato, nesses sistemas políticos, o envolvimento de grupos de pressão com o setor público é não só legítimo, mas quase necessário¹⁷. A relação denominada “clientela”, por sua vez, existe quando um grupo de interesse, por qualquer motivo, consegue tornar-se, aos olhos de um determinado órgão público ou agência (estatal), a expressão natural e representativa de um determinado setor social, que, por sua vez, constitui o “público alvo” para a atividade desse órgão. Isso implica que um único grupo de interesse se torna o exclusivo representante de um setor, e há uma estreita ligação entre esse grupo e o órgão/agência¹⁸. A relação do tipo parentela descreve uma relação de “parentesco” ou laços fraternos estreitos entre um grupo de pressão e governo ou partido dominante. Essas relações são geralmente características das sociedades pré-industriais ou de regimes ideológicos, contudo, surgem também diversos sistemas políticos em que há um único partido ou facção dominante. Nesses casos, os grupos de pressão devem ter acesso e legitimidade através da sua ligação com esse partido em particular ao invés de demonstrar a sua capacidade de

¹⁴ PETERS, *ibidem*.

¹⁵ PETERS, *ibidem*.

¹⁶ PETERS, *ibidem*.

¹⁷ PETERS, *ibidem*.

¹⁸ PETERS, *ibidem*.

efetivamente representar um setor da sociedade¹⁹. Por fim, as “relações ilegítimas” referem-se a uma variedade de situações políticas em que a interação de grupos de pressão com burocracia pode ser definida como fora dos limites das ações políticas normais. Nos primeiros três tipos de interações apresentados, alguns ou todos os grupos de pressão foram aceitos como porta-vozes legítimos para algum setor social. No caso dos grupos de pressão ilegítimos, nem o sistema como um todo ou burocratas individualmente estão dispostos a legitimar esses grupos.

3. A Política Monetária

Para Passos e Nogami²⁰ a política monetária “pode ser entendida como o conjunto de medidas adotadas pelo governo com o objetivo de controlar a oferta de moeda e as taxas de juros, de forma a assegurar a liquidez geral da economia do país”. Já Vasconcellos²¹ afirma que política monetária objetiva a atuação do governo sobre a quantidade de moeda, crédito e taxas de juros. Segundo Bacha²², a política monetária diz respeito ao controle do governo sobre a oferta de moeda, afetando a taxa de juros.

Além disso, de acordo com Oreiro, de Paula e Sobreira²³, a política monetária impacta o mercado de formas de riqueza ao fazer variar a quantidade de ativos líquidos disponíveis para acumulação e/ou os termos em que esses ativos podem ser adquiridos. Destaca ainda que a alteração na disponibilidade da moeda leva à alteração nos preços dos outros ativos, a qual, por sua vez, induz a modificações na composição desejada de riqueza não apenas financeira, mas também de ativos reais, uma vez que todos os ativos compartilham a função comum de servir de veículos para a acumulação de riquezas. Portanto, a política monetária afeta não apenas a produção corrente de riquezas, mas também as decisões de investimento e, com isso, as possibilidades reais da economia em longo prazo.

Por fim, deve-se destacar que a política monetária, segundo Souza²⁴, no Brasil, é conduzida pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). Portanto, ao analisarmos as definições e considerações apresentadas referentes à política monetária, constata-se que essa pode ser identificada como instituição perante as concepções das seguintes perspectivas neoinstitucionais já apresentadas: Institucionalismo Normativo, Institucionalismo da Teoria da Escolha Racional, Institucionalismo Discursivo, Institucionalismo Sociológico e Institucionalismo Econômico.

4. O Conselho Monetário Nacional (CMN)

O CMN foi criado por meio da Lei nº 4.595/1964²⁵ e “Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências”.

Cabe destacar que, quando da sua criação, competia ao CMN (competências típicas de autoridade monetária), dentre outras atribuições – art. 4º: autorizar as emissões de papel-moeda; aprovar os orçamentos monetários, preparados pelo Banco Central; fixar as diretrizes e normas da política cambial, inclusive compra e

¹⁹ PETERS, *ibidem*.

²⁰ PASSOS, C. R. M.; NOGAMI, O. *Princípios de Economia*. 4ª ed. Cengage Learning, 2012, p. 661

²¹ VASCONCELLOS, M. A. S. de. *Economia: micro e macro: teoria e exercícios, glossário com os 300 principais conceitos econômicos*. Atlas, 2015, p. 448

²² BACHA, C. J. C. *Entendendo a economia brasileira*. Alínea Editora, 2015, p. 71

²³ OREIRO, J. L.; PAULA, L. F. de. *Política Monetária, Bancos Centrais e Metas de Inflação: teoria e experiência brasileira*. Editora FGV, 2009, pp. 57 e 58

²⁴ SOUZA, J. M. de. *Economia Brasileira*. Pearson, 2011, p. 153

²⁵ BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. *Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 jan. 1965. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

venda de ouro e quaisquer operações em moeda estrangeira; disciplinar o crédito em todas as suas modalidades e as operações creditícias em todas as suas formas, inclusive aceites, avais e prestações de quaisquer garantias por parte das instituições financeiras. Regular a criação, fiscalização e funcionamento das instituições financeiras.

Ainda deve-se identificar que o CMN pode ser caracterizado como instituição, de forma similar à política monetária, perante as concepções do Institucionalismo Normativo, do Institucionalismo da Teoria da Escolha Racional, do Institucionalismo Discursivo, do Institucionalismo Sociológico e do Institucionalismo Econômico.

4.1. Atribuições Legais e Constitucionais para a Política Monetária e para o CMN

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁶, houve significativa alteração do marco institucional da política monetária. O artigo 48 da Constituição estabeleceu como atribuições do Congresso Nacional dispor sobre “matéria financeira, cambial e monetária, instituições financeiras e suas operações” (inciso XIII) e sobre “moeda, seus limites de emissão, e montante da dívida mobiliária federal” (inciso XIV). Por sua vez, ficou estabelecido no seu artigo 192 que o sistema financeiro nacional será regulado por leis complementares.

Além disso, o artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988²⁷ revogou, a partir de cento e oitenta dias da promulgação da Constituição, sujeito este prazo a prorrogação por lei, todos os dispositivos legais que atribuíam ou delegavam a órgão do Poder Executivo competência assinalada pela Constituição ao Congresso Nacional.

Portanto, fica evidente o movimento de expansão dos poderes do Legislativo no tocante à regulamentação do sistema financeiro – é competência da União legislar sobre questões financeiras, monetárias, cambiais e creditícias, além de eliminar a exclusividade de iniciativa do Poder Executivo sobre a questão²⁸.

Contudo, houve a prorrogação do prazo de vigência das atribuições do CMN, que seria extinto, de acordo com artigo 25 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, por meio das Leis nº 7.770/1989²⁹, nº 7.892/1989³⁰, nº 8.056/1990³¹, nº 8.127/1990³², nº 8.201/1991³³ e nº 8.392/1991³⁴.

²⁶ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

²⁷ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

²⁸ BRAGA, R. de J. *A Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal frente à política de câmbio administrado: janeiro de 1995 a janeiro de 1999*. 2006. 186 f. Diss. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) – Instituto de Ciência Política da UnB, Brasília, 2006.

²⁹ BRASIL. Lei n. 7.770, de 31 de maio de 1989. *Prorroga a vigência dos dispositivos que hajam atribuído ou delegado competência normativa aos órgãos que menciona e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 jun. 1989a. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

³⁰ BRASIL. Lei n. 7.892, de 24 de novembro de 1989. *Prorroga o prazo previsto no art. 1º da Lei nº 7.770, de 31 de maio de 1989*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 nov. 1989b. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

³¹ BRASIL. Lei n. 8.056, de 28 de junho de 1990. *Prorroga a vigência dos dispositivos que hajam atribuído ou delegado competência normativa aos órgãos que menciona e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jun. 1990a. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

³² BRASIL. Lei n. 8.127, de 20 de dezembro de 1990. *Prorroga o prazo a que se refere o art. 1º da Lei nº 8.056, de 28 de junho de 1990, e dá nova redação ao art. 33 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 1990b. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

Deve-se destacar, ainda, que a Lei nº 8.392/1991³⁵ prorroga, até a data da promulgação da lei complementar de que trata o art. 192 da Constituição Federal, a vigência dos dispositivos legais que hajam atribuído ou delegado, ao Conselho Monetário Nacional, competências assinaladas, pela Constituição, ao Congresso Nacional.

Portanto, por meio de lei ordinária (cujo rito processual é mais simples do que o da lei complementar ou de emenda constitucional), foram mantidas as atribuições originais ao CMN, atribuições essas transferidas pelo legislador constituinte originário para o Congresso Nacional (Poder Legislativo).

4.2 Composição do Conselho Monetário Nacional

Um aspecto importante, que demonstra o grau de influência política nas decisões monetárias, é a composição do CMN. Inicialmente, o Conselho era composto da seguinte forma, segundo art. 6º da Lei nº 4.595/1964³⁶: Ministro da Fazenda, que será o Presidente do CMN; Presidente do Banco do Brasil; Presidente do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; seis membros nomeados pelo Presidente da República, após aprovação do Senado Federal, escolhidos entre brasileiros de ilibada reputação e notória capacidade em assuntos econômico-financeiros, com mandato de sete (7) anos, podendo ser reconduzidos.

Cabe destacar que, nessa composição inicial, o Banco Central (principal executor da política monetária) não tinha representante no CMN, o que pode denotar a predominância do foco político sobre o foco técnico nas ações de política monetária.

Contudo, ao longo dos anos, a composição do Conselho foi alterada, chegando a trinta membros e, em 1994, sendo reduzida fortemente para três membros, conforme histórico da composição do Conselho Monetário Nacional presente na página eletrônica do Banco Central do Brasil³⁷.

Essa redução em 1994 foi estabelecida pela Medida Provisória nº 542³⁸, de 30 de junho de 1994 e é importante na presente análise, pois como afirma Gustavo Franco – economista que participou ativamente da elaboração do Plano Real (fez parte do pequeno grupo que se formou, em 1993, em torno do então Ministro da Fazenda, Fernando Henrique Cardoso para a elaboração do Plano Real, foi secretário adjunto de política econômica do Ministério da Fazenda e presidente

³³ BRASIL. Lei n. 8.201, de 29 de junho de 1991. *Prorroga o prazo a que se refere o artigo 1º das Leis nºs 8.056, de 28 de junho de 1990, e nº 8.127, de 20 de dezembro de 1990.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 jul. 1991a. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

³⁴ BRASIL. Lei n. 8.392, de 30 de dezembro de 1991. *Prorroga o prazo a que se refere o artigo 1º das Leis nºs 8.056, de 28 de junho de 1990, e nº 8.127, de 20 de dezembro de 1990.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dezembro. 1991b. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

³⁵ BRASIL. Lei n. 8.392, de 30 de dezembro de 1991. *Prorroga o prazo a que se refere o artigo 1º das Leis nºs 8.056, de 28 de junho de 1990, e nº 8.127, de 20 de dezembro de 1990.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dezembro. 1991b. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

³⁶ BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. *Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 jan. 1965. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

³⁷ BANCO CENTRAL. *Histórico da composição do Conselho Monetário Nacional (CMN).* Disponível em: < http://www.bcb.gov.br/Pre/CMN/composi%C3%A7%C3%A3o_CMN.pdf> Acesso em: 12 jul. 2016

³⁸ BRASIL. Medida Provisória n. 542, de 30 de junho de 1994. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências.* Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jun. 1994b. Disponível em

do Banco Central de 1997 a 1999) – era necessário eliminar do CMN as influências que nada tinham a ver com a saúde da moeda, ou seja, com a política monetária³⁹.

A posição do Gustavo Franco é corroborada pela Exposição de Motivos nº 205, de 30 de junho de 1994, referente à Medida Provisória nº 542⁴⁰, de 30 de junho de 1994, onde se afirma:

[...]

44. A desejável autonomia da Autoridade Monetária, tanto no que se refere às pressões políticas como àquelas providas do sistema financeiro, impõe uma mudança na composição do Conselho Monetário, buscando recuperar a orientação original da Lei nº 4.595 e adaptar-se a padrões adotados internacionalmente, acolhidos os aspectos institucionais peculiares da realidade brasileira.

45. Sucessivas mudanças na composição do CMN o tornaram um foro onde a autonomia da Autoridade Monetária fica em xeque. A inclusão de representantes do setor privado distorce o caráter de instituição pública do Conselho, pois envolve partes interessadas em decisões onde deve prevalecer exclusivamente o interesse público e o compromisso com a estabilidade da moeda.

46. A ampliação da representação governamental, por outro lado, tem distorcido o trabalho do CMN, tornando-o sensível a pressões advindas de outros integrantes do processo de decisão pública, nem sempre sintonizados com a função precípua da Autoridade Monetária, de defender a estabilidade da moeda.

47. Por isso, define-se uma nova composição do CMN, integrado pelos Ministros da Fazenda, do Planejamento e Coordenação Geral da Presidência da República, e presidente do Banco Central. Com isso, assegura-se a compatibilidade das ações do Conselho com o objetivo de priorizar a gestão monetária e proteger o REAL das pressões políticas e econômicas que possam por em risco a estabilidade do padrão monetário do país.

Destaca-se ainda que a Medida Provisória nº 542⁴¹, de 30 de junho de 1994 foi reeditada doze vezes ao longo um ano, até a promulgação da Lei nº 9.069, de junho de 1995, lei chamada de “Lei do Real”.⁴²

Salienta-se, ainda, que até a promulgação da Emenda Constitucional nº 32/2001⁴³, as medidas provisórias – instrumentos com força de lei, adotado pelo

³⁹ FRANCO, G. H. B. *O desafio brasileiro: ensaios sobre desenvolvimento, globalização e moeda*. Editora 34, 1999, p. 286

⁴⁰ BRASIL. Medida Provisória n. 542, de 30 de junho de 1994. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jun. 1994b. Disponível em

⁴¹ BRASIL. Medida Provisória n. 542, de 30 de junho de 1994. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jun. 1994b. Disponível em

⁴² As reedições foram:

Medida Provisória nº 566, de 29 de Julho de 1994.

Medida Provisória nº 596, de 26 de Agosto de 1994.

Medida Provisória nº 635, de 27 de Setembro de 1994.

Medida Provisória nº 681, de 27 de Outubro de 1994.

Medida Provisória nº 731, de 25 de Novembro de 1994.

Medida Provisória nº 785, de 23 de Dezembro de 1994.

Medida Provisória nº 851, de 20 de Janeiro de 1995.

Medida Provisória nº 911, de 21 de Fevereiro de 1995.

Medida Provisória nº 953, de 23 de Março de 1995.

Medida Provisória nº 978, de 20 de Abril de 1995.

Medida Provisória nº 1.004, de 19 de Maio de 1995.

Medida Provisória nº 1027, de 20 de Junho de 1995.

presidente da República, em casos de relevância e urgência, devendo submetê-las de imediato ao Congresso Nacional – podiam ser reeditadas indefinidamente e, conforme Palermo⁴⁴, cumpriu a função de centralizar o processo decisório (de condução do plano de estabilização econômica) e de excluir atores “indesejados” com o risco, porém, de atrito com o Congresso Nacional.

Conclusão

Ao se analisar o processo de expansão dos poderes do Legislativo no tocante à regulação do sistema financeiro e, conseqüentemente, à política monetária, oriundo da promulgação da Constituição, pode-se verificar o movimento de manutenção das atribuições e prerrogativas do CMN por meio de instrumentos infraconstitucionais ao longo de três anos, até a utilização de um dispositivo (previsão de lei complementar por meio de lei ordinária) inconstitucional para a manutenção, até a data atual, de um Conselho “técnico”. Com isso, em virtude de a lei complementar não ter sido sequer elaborada, mantém-se o poder de elaboração das políticas monetárias em um corpo técnico (burocrático), apesar da determinação contrária constante na Constituição Federal.

Após anos de anos de inflação, aumento da dívida externa e implantação de diversos planos de estabilização econômica – Planos Cruzado I e II, em 1986; Bresser, em 1987; Verão, em 1989; Collor I, em 1990 e Collor II, em 1991, planos que obtiveram êxito sobre a inflação por um curto período de tempo⁴⁵ – houve a implantação, a partir de 1994, do programa de estabilização econômica denominado “Plano Real”, por meio da Medida Provisória nº 542⁴⁶, de 30 de junho de 1994. Para a implantação com sucesso do Plano Real, houve a alteração da estrutura do CMN por meio dessa Medida Provisória com o objetivo de ter como seus membros apenas indivíduos do “corpo técnico” do Poder Executivo e comprometidos com interesse público e com a estabilidade da moeda (Ministro da Fazenda, Ministro do Planejamento e Presidente do Banco Central). Para garantir esse “insulamento” do corpo técnico, o Poder Executivo utilizou um instrumento legal disponível para excluir o Poder Legislativo (pelo menos parcialmente) da concepção e execução da política monetária, a edição de treze medidas provisórias, durante um ano, de mesmo teor, para a manutenção dessa composição do Conselho, até a promulgação da Lei nº 9.069⁴⁷, de junho de 1995, lei chamada de “Lei do Real”, onde se estabelece, definitivamente, a sua composição (mantida até os dias atuais).

Portanto, à luz do trabalho de Peters⁴⁸, o Conselho Monetário Nacional, instituição responsável pela condução da política monetária (outra instituição) no Brasil, durante o processo de implantação do Plano Real, foi comandado por um corpo preponderantemente burocrático por meio da relação agência-grupo de

⁴³ BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências*. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2001. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

⁴⁴ PALERMO, V. "How to govern Brazil?" *The debate on political institutions and the policy-making process*. Dados, v. 43, n. 3, p. 521-557, 2000.

⁴⁵ FILGUEIRAS, L. *História do Plano Real. Fundamentos, impactos e contradições*. Boitempo Editorial, 2000. pp. 82-83

⁴⁶ BRASIL. Medida Provisória n. 542, de 30 de junho de 1994. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jun. 1994b. Disponível em

⁴⁷ BRASIL. Lei n. 9.069, de 30 de junho de 1995. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jun. 1995g. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

⁴⁸ PETERS, *op. cit.*, 2002.

interesse denominada “Clientela”. Nessa relação de clientela, o corpo técnico do Poder Executivo atuou para ser identificado, perante a sociedade e demais poderes, como a referência e o grupo legítimo para a condução da política monetária responsável pela estabilidade econômica no Brasil no primeiro mandato do Presidente Fernando Henrique Cardoso utilizando, para isso, instrumentos técnicos, legais e políticos.

Referências Bibliográficas

- BACHA, C. J. C. *Entendendo a economia brasileira*. Alínea Editora, 2015.
- BRAGA, R. de J. *A Comissão de Assuntos Econômicos do Senado Federal frente à política de câmbio administrado: janeiro de 1995 a janeiro de 1999*. 2006. 186 f. Diss. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) –Instituto de Ciência Política da UnB, Brasília, 2006.
- BANCO CENTRAL. *Histórico da composição do Conselho Monetário Nacional (CMN)*. Disponível em: < http://www.bcb.gov.br/Pre/CMN/composi%C3%A7%C3%A3o_CMN.pdf> Acesso em: 12 jul. 2016
- BRASIL. Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964. *Dispõe sobre a Política e as Instituições Monetárias, Bancárias e Creditícias, Cria o Conselho Monetário Nacional e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 jan. 1965. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Lei n. 7.770, de 31 de maio de 1989. *Prorroga a vigência dos dispositivos que hajam atribuído ou delegado competência normativa aos órgãos que menciona e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 jun. 1989a. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Lei n. 7892, de 24 de novembro de 1989. *Prorroga o prazo previsto no art. 1º da Lei nº 7.770, de 31 de maio de 1989*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 27 nov. 1989b. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Lei n. 8.056, de 28 de junho de 1990. *Prorroga a vigência dos dispositivos que hajam atribuído ou delegado competência normativa aos órgãos que menciona e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 jun. 1990a. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Lei n. 8.127, de 20 de dezembro de 1990. *Prorroga o prazo a que se refere o art. 1º da Lei nº 8.056, de 28 de junho de 1990, e dá nova redação ao art. 33 do Decreto-Lei nº 73, de 21 de novembro de 1966*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 dez. 1990b. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Lei n. 8.201, de 29 de junho de 1991. *Prorroga o prazo a que se refere o artigo 1º das Leis nºs 8.056, de 28 de junho de 1990, e nº 8.127, de 20 de dezembro de 1990*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 jul. 1991a. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Lei n. 8.392, de 30 de dezembro de 1991. *Prorroga o prazo a que se refere o artigo 1º das Leis nºs 8.056, de 28 de junho de 1990, e nº 8.127, de 20 de dezembro de 1990*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dezembro. 1991b. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Exposição de Motivos n. 205, de 30 de junho de 1994. *Dispõe sobre a Medida Provisória n. 542 de 30 de junho de 1994*. Diário Oficial da União,

- Brasília, DF, 30 jun. 1994a. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Medida Provisória n. 542, de 30 de junho de 1994. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jun. 1994b. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Medida Provisória n. 566, de 29 de julho de 1994. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jul. 1994c. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Medida Provisória n. 596, de 26 de agosto de 1994. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 29 ago. 1994d. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Medida Provisória n. 635, de 27 de setembro de 1994. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 set. 1994e. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Medida Provisória n. 681, de 27 de outubro de 1994. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 28 out. 1994f. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Medida Provisória n. 731, de 25 de novembro de 1994. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 26 nov. 1994g. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Medida Provisória n. 785, de 23 de dezembro de 1994. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 dez. 1994h. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Medida Provisória n. 851, de 20 de janeiro de 1995. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 jan. 1995a. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Medida Provisória n. 911, de 21 de fevereiro de 1995. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 fev. 1995b. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Medida Provisória n. 953, de 23 de março de 1995. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 24 mar. 1995c. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.

- BRASIL. Medida Provisória n. 978, de 20 de abril de 1995. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 abr. 1995d. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Medida Provisória n. 1.004, de 19 de maio de 1995. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 mai. 1995e. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Medida Provisória n. 1.027, de 20 de junho de 1995. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o Real, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 21 jun. 1995f. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Lei n. 9.069, de 30 de junho de 1995. *Dispõe sobre o Plano Real, o Sistema Monetário Nacional, estabelece as regras e condições de emissão do REAL e os critérios para conversão das obrigações para o REAL, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 jun. 1995g. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- BRASIL. Constituição (1988). *Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências*. Brasília: Câmara dos Deputados, Centro de Documentação e Informação, Coordenação de Publicações, 2001. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 11 Out. 2017.
- FILGUEIRAS, L. *História do Plano Real. Fundamentos, impactos e contradições*. Boitempo Editorial, 2000.
- FRANCO, G. H. B. *O desafio brasileiro: ensaios sobre desenvolvimento, globalização e moeda*. Editora 34, 1999.
- KISER, L. L.; OSTROM, E. The three worlds of action: A metatheoretical synthesis of institutional approaches. *Polycentric Games and Institutions*, v. 1, p. 56-88, 2000.
- MARCH, J. G.; OLSEN, J. P. "The new institutionalism: organizational factors in political life". *American political science review*, v. 78, n. 03, p. 734-749, 1984.
- MARCH, J. G.; OLSEN, J. P. *Rediscovering institutions*. Simon and Schuster, 2010.
- OREIRO, J. L; PAULA, L. F. de. *Política Monetária, Bancos Centrais e Metas de Inflação: teoria e experiência brasileira*. Editora FGV, 2009.
- NORTH, D. C. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge University Press, 1998.
- PALERMO, V. "How to govern Brazil?" *The debate on political institutions and the policy-making process. Dados*, v. 43, n. 3, p. 521-557, 2000.
- PASSOS, C. R. M; NOGAMI, O. *Princípios de Economia*. 4ª ed. Cengage Learning, 2012.
- PETERS, B. G. *Politics of bureaucracy*. Routledge, 2002.
- PETERS, B. G. "Institutional theory in political science: the new institutionalism". *Bloomsbury Publishing USA*, 2012.
- SCOTT, W. R.. *Institutions and organizations*. Sage, 2001.
- SOUZA, J. M. de. *Economia Brasileira*. Pearson, 2011.
- VASCONCELLOS, M. A. S. de. *Economia: micro e macro: teoria e exercícios, glossário com os 300 principais conceitos econômicos*. Atlas, 2015.

El impacto de las tecnologías de la información en el Derecho laboral, especial referencia a la intimidad del trabajador y el secreto de sus comunicaciones

The impact of information technologies on labor law, a special reference to the privacy of the worker and the secrecy of his communications

María Candelaria del Pino Padrón¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria(España)

Sumario: I. Planteamiento. II. La perspectiva del derecho a la intimidad en el ámbito laboral. III. El concepto de intimidad en la relación laboral. IV. Límites de las facultades de control del empleador. V. Conclusiones. VI. Referencias bibliográficas.

Resumen: Las nuevas tecnologías y aplicaciones de la información constituyen una base de conocimiento que ha modificado, en gran medida, la sistemática laboral y en ocasiones la vinculación profesional del trabajador a las condiciones exigidas por la empresa en materia de secreto profesional y cautela en la administración de datos empresariales.

Así, la casuística de la vulneración por parte del empresario de los correos e información derivada de visitas a web y demás consultas que el trabajador realiza en el ordenador de la empresa, han derivado en una sistemática asunción por parte de la empresa de un rol “in vigilando” que puede exceder a su cometido empresarial, pudiendo llegar a vulnerar la intimidad del trabajador y el secreto de comunicaciones.

En este sentido, hay que entender que la titularidad del medio empleado no justifica, por sí misma, el acceso a las comunicaciones electrónicas realizadas desde la empresa. Dicho de otra manera, el contrato de trabajo no transforma al empresario en “interlocutor” o en “tercero cualificado” para transgredir el secreto de las comunicaciones.

Palabras clave: Comunicaciones electrónicas, Tribunal Constitucional, intimidad, secreto de las comunicaciones, información.

Abstract: The new technologies and information applications constitute a knowledge base that has changed, to a great extent, the labor system and sometimes the professional relationship of the worker to the conditions demanded by the company, in terms of professional secrecy and caution in the administration Of business data.

Thus, the casuistry of the violation by the employer of the mails and information derived from visits to the web and other queries that the worker performs in the computer of the company, have resulted in a systematic assumption by the company of a “in vigilando” that can exceed its business mission, and may end up violating the worker's privacy and communications secrecy.

In this sense, it must be understood that the ownership of the medium used does not, in itself, justify access to electronic communications made from the company.

¹ Letrada del Ilustre Colegio de la Las Palmas de Gran Canaria. Doctora en Derecho por la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España) Email: caloutrole@gmail.com

In other words, the contract of employment does not transform the entrepreneur into "interlocutor" or "qualified third party" to transgress the secrecy of communications.

Keywords: Electronic communications, Constitutional Court, privacy, communications secrecy, information

I. Planteamiento

No cabe duda que en la línea más exigente de la cultura empresarial actual se encontraría la necesidad de contar con la confidencialidad que exige el tratamiento de datos de la actividad empresarial por los trabajadores. Ahora bien, esa confidencialidad basada en la confianza mutua resulta en ocasiones exigida por la empresa sin contrapartida para el trabajador.

Se ha de entender, en este sentido, que derivado de esa mutua confianza expresada por parte del empresario al depositar datos y conocimientos internos en manos del trabajador, éste debe recibir como contrapartida el respeto de su intimidad en el ámbito laboral y por ende, el secreto de sus comunicaciones, ante el uso del sistema informático que la empresa pone a su disposición, para consultar, acceder y enviar documentación y correos, así como mantener en el escritorio de su ordenador determinados datos privados, fotos, accesos preferidos, entre otros.

Pero la cuestión a contestar es si el acceso del empresario a los datos, correos y escritorio puesto a disposición del trabajador en su actividad laboral, puede significar una vulneración de la intimidad y el derecho al secreto de las comunicaciones del trabajador. Esto sucede no solo por el conocimiento y uso en materia informática que la mayor parte de las empresas exigen a sus trabajadores, sino por la vinculación casi automática del trabajador a una mínima discreción, en cuanto a la información que maneja en su actividad laboral común. Esta obligatoria custodia y discrecionalidad se adquiere, en la más de las ocasiones, de facto, sin firma previa de acuerdo expreso al respecto por parte del propio trabajador.

El papel garantista que desempeña el Tribunal Constitucional en el modelo español, garantiza, en todo caso, el encomio de intereses contrapuestos en aquellos casos en el que el empleo de las nuevas tecnologías en el desarrollo de la función profesional, puedan ser susceptibles de control o fiscalización por parte de la organización de la empresa. Ya que en la actualidad, los avances tecnológicos asumen un desarrollo que no permite a la legislación adecuarse a la situación social del momento. Así lo entiende Cardona Rubert cuando reconoce que "El ordenamiento jurídico no ha reaccionado y queda situado a varios pasos por detrás de la realidad. Ante el vacío legislativo, son la autonomía individual y los códigos unilaterales de conducta los que cobran relevancia como métodos para la regulación de la utilización de medios informáticos en la empresa"².

Por su parte, y en un primer momento, incluso nuestro Tribunal Constitucional parece dudar sobre la el alcance de la única referencia constitucional a las nuevas tecnologías, el artículo 18.4 de la Constitución española cuyo literal recoge "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos". A la vista de esta duda, el Tribunal Constitucional describe un derecho de contornos todavía imprecisos, llamado "libertad informática"³. En efecto, afirma en primer lugar la existencia de un "derecho a la libertad informática" como derecho o libertad autónomo. Pero, este derecho se vincula, en segundo lugar, al derecho a la intimidad, pues no es sino su vertiente positiva.

Así, en este sentido, puede pensarse que si el ciudadano puede negar la difusión de ciertos datos (vertiente negativa), debería poder asimismo disponer de

² CARDONA RUBERT, M.B., "Intimidad del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional", *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Lex Social, Volumen 5, nº 2, p. 35.

³ Sentencia del Tribunal Constitucional 254/1993, de 20 de julio.

facultades positivas para oponerse a su conservación, una vez desaparecida la finalidad que llevó a su obtención, o a su cesión a terceros sin mediar autorización.

Tras una importante decisión, el Tribunal Constitucional, afirma que el artículo 18.4 de la Constitución española se interpreta no ya como un aspecto especial o “vertiente positiva” del derecho a la intimidad sino como un derecho a la protección de los datos personales. Así, el derecho a la intimidad se separa o distingue del derecho a la protección de datos. El Tribunal Constitucional distingue, en efecto, ambos derechos en cuanto a su función, su objeto y su contenido. La función es distinta, en primer lugar, puesto que el derecho a la intimidad protege frente a invasiones en la esfera personal y familiar. En cambio, el derecho a la protección de los datos personales garantiza al ciudadano un poder de control o de disposición sobre el uso y el destino de sus datos personales. En segundo lugar, también el objeto de ambos derechos difiere. Los datos personales no son únicamente los datos íntimos de la persona, sino que incluyen, de manera más amplia, todos aquellos que identifiquen o permitan la identificación de la persona⁴.

Pero, parece que para contestar a esa pregunta, al menos de inicio, debemos dilucidar qué significa el concepto derecho a la intimidad para luego poder valorar donde acaba la intimidad del trabajador en los mensajes y uso cotidiano de los sistemas de información para enviar y recibir información y donde comienza el derecho de control del empleador.

En este sentido, podría afirmarse que buscar una construcción del concepto de intimidad que proporcione una tutela eficaz a sus titulares ha constituido el objetivo de diversas decisiones judiciales y preceptos legales, a pesar de lo cual resulta difícil dar con una definición que pueda ser calificada de “unívoca y precisa”⁵.

No obstante, si intentamos una definición aproximada, la acepción más conocida de intimidad es aquella que la define como la garantía de que nadie pueda sufrir intrusiones o investigaciones no deseadas sobre su vida privada y que tales investigaciones no puedan ser divulgadas.

Así entendida, la intimidad serviría para preservar “el ámbito personal” donde cada uno, alejado del mundo exterior, “encuentra las posibilidades de desarrollo y fomento de la personalidad”⁶.

El acceso al uso de la informática fácilmente y la posibilidad de que alguien ducho en la materia, entre en los datos de cualquier persona que como usuario básico no bloquee determinados accesos, o incluso la confianza que se ofrece entre compañeros y amigos con la consiguiente cesión de claves y códigos de acceso, hace que en muchas ocasiones el propio perjudicado haya colaborado a la lesión de su propia intimidad y en ocasiones a la pérdida de la confianza de la empresa, o que el empleador asuma que puede acceder libremente, ante la permisividad de actuaciones negligentes como estas.

Pero en sí, es notorio que esa no sería la casuística aplicable cuando es el empresario quien accede de motu propio a los datos que su trabajador ha dejado grabados en el sistema, sin obtener autorización previa y expresa del trabajador afectado.

II. La perspectiva del derecho a la intimidad en el ámbito laboral

El derecho a la intimidad personal viene contemplado en el modelo constitucional español por el artículo 18 como fiel reflejo de la Declaración Universal de Derechos Humanos. La motivación del constituyente deja patente la necesidad de contemplar el derecho a la intimidad como un auténtico derecho fundamental, pero ello no es obstáculo para que en no pocas ocasiones, el derecho a la intimidad

⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2002 de 30 de noviembre.

⁵ PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1991, p. 327.

⁶ BAJO FERNÁNDEZ, M., “Protección del honor e intimidad” en AA.VV., *Comentario a las leyes penales*, Edersa, Madrid, 1982, p. 101.

quede limitado o cuestionado en las prácticas relacionales existentes entre el trabajador y empresario. Precisamente por ello, es en este punto donde el Tribunal Constitucional entra para coordinar la configuración del mismo.

Una construcción formal del concepto de intimidad que garantice el derecho material a ejercerlo por parte de sus titulares, constituye una labor ardua. Entre otras cosas, porque así como lo entiende el profesor Pérez Luño, la intimidad resulta un término que por falta de conceptualización unívoca resulta difícil de precisar⁷.

En el sistema actual de derechos fundamentales, el derecho a la intimidad como expresión del valor de la dignidad humana ha sido considerado por la teoría jurídica tradicional, junto con el honor y la propia imagen, como manifestaciones de los derechos de la personalidad. Por su parte, estos derechos constituyen uno de los pilares sobre los que se construye el sistema de garantías constitucionales de los derechos y libertades, de modo tal que los derechos fundamentales se erigen en instrumento para la plena realización de la dignidad humana, cuyo fin último es el libre desarrollo de la personalidad. Procedente de esa evidencia, el derecho a la protección de la vida privada fue reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, proclamada en París el 10 diciembre de 1948, por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Asimismo, inspirada en esta Declaración Universal, la Convención Europea para la Salvaguarda de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales, firmada el 4 de noviembre de 1950, reconoce la protección de la vida privada como un derecho del hombre.

La importancia de dichas normas estriba en que mientras inicialmente se había reconocido la exigencia de defender al ciudadano frente a los abusos del poder estatal, ahora con los nuevos derechos del hombre se le protege también frente al poder que puede ejercitar un hombre contra otro por razón de su superioridad física, intelectual o económica o cualquier otro interés que pueda perjudicarle. Es en este sentido, buscando una definición aproximada, en el concepto básico del derecho a la intimidad, se afirma predomina un entendimiento preinformático, es decir, una concepción de la intimidad que no tiene en cuenta cómo las nuevas tecnologías y el desarrollo de las comunicaciones han ampliado los límites del derecho a la intimidad⁸.

En el sistema jurídico español, se ve refrendada esta importancia en la Constitución española de 1978, en su artículo 18, pues eleva al rango de fundamental el reconocimiento y tutela del derecho a la intimidad personal y familiar junto al derecho al honor y a la propia imagen, incluyendo en su apartado 4º una alusión expresa a la tutela de la intimidad frente al uso de la informática, prescribiendo que será la ley la encargada de limitar el uso de la informática para garantizar entre otras cosas, la intimidad personal y familiar.

No es éste el único artículo de la Norma Fundamental dedicado a la intimidad sino que, tal y como Pérez Luño defiende, constituye, junto a otros preceptos (artículos 20.4 y 105.b) un “peculiar círculo hermenéutico”⁹. Pues, tal y como reconoce nuestro propio Tribunal Supremo en sentada jurisprudencia, este “círculo hermenéutico” interpone como límite a la facultad de información, informatizada o no, la intimidad entendida como reducto individual dotado de pleno contenido jurídico que ha de quedar preservado de todo tipo de intromisión extraña¹⁰.

El contexto en el que se encuentra el valor de la dignidad en la relación que asiste entre el trabajador y el empresario, hay que tener en consideración el papel

⁷ PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 327.

⁸ En este mismo sentido véase, MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1981, p. 95. Y también, MURILLO DE LA CUEVA, P.L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990, p. 98.

⁹ PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 341

¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de Julio de 1989.

que juega la empresa como una “formación social en la que confluyen una pluralidad de intereses”¹¹.

La facultad de dirección por parte del empresario ya viene reconocida por el artículo 38 de la Constitución española, y con ese reconocimiento se le posibilita ostentar las potestades que posibiliten gestionar no solamente la defensa económica y patrimonial, sino también la defensa de los intereses legítimos.

Ahora bien, ninguna de las partes una relación laboral entre el trabajar y el empresario a través de una relación contractual no puede en ningún caso, verse vulnerado en ninguno de los fundamentos que le vienen garantizados por la Constitución Española ya que tal y como reza en la STC 88/1985, de 19 de julio “ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de empresa legitima que quienes presten servicios en aquéllas, por cuenta y bajo dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”¹². Precisamente por ello, resulta del todo necesario en la relación existente entre el empleador y el trabajador el reconocimiento de al menos dos derechos fundamentales. Por un lado, los derechos personalísimos que resultan derechos naturales inherentes a la persona, y de otro lado, los derechos laborales que son aquellos que tiene lugar con una relación contractual.

El derecho a la intimidad del trabajador en el ordenamiento laboral español se encuentra reconocido en el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores donde reconoce que establece como derecho de los trabajadores “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de género”.

Es muy posible que el desarrollo de este derecho a la intimidad en el ámbito laboral como el del secreto de las comunicaciones deba ser revisado por nuestro legislador e incluso por el Tribunal Constitucional, de forma que se incremente y aplique aquella teoría de la “libertad informática” que permitiera recoger y especificar determinados derechos y libertades de forma concreta al ámbito laboral¹³. Así se pronuncia Aparicio Tovar cuando defiende que “el derecho de propiedad de los instrumentos de trabajo y el poder de dirección y control de la actividad laboral de los trabajadores salen reforzados frente a los derechos fundamentales de los trabajadores”¹⁴.

Ahora bien, en la circunscripción en la actuación de los derechos fundamentales de los trabajadores en la relación contractual, resulta del todo necesario tener presente los derechos y bienes constitucionalmente protegidos los derechos de los empleadores y otros bienes de índole económica y empresarial, así viene entendido en la Sentencia 134/1994.

¹¹ CARDONA RUBERT, M.B., “El derecho a la intimidad en la relación laboral. Información relativa al trabajador”. Red Ius et Praxis, Santiago de Chile, 2006, p. 111

¹² STC 88/1985, de 19 de julio, en Boletín de Jurisprudencia Constitucional (BJC) , N° 52, 1985, p. 1003.

¹³ Desde la ya célebre Sentencia del Tribunal Constitucional 254/93, han sido numerosas las ocasiones en que se ha pronunciado sobre el contenido y alcance de la libertad informática, y en todas ellas se ha significado la naturaleza especial de un derecho que se ha incorporado al elenco de bienes y derechos fundamentales de la persona. Parece que ese es el camino seguido por el Tribunal Constitucional en sentencias posteriores, confirmando que el artículo 18.4 de la Constitución española, en su último inciso establece las limitaciones al uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio de los derechos. Lo que viene a significar el que el artículo citado es, por así decirlo, un derecho instrumental ordenado a la protección de otros derechos fundamentales.

¹⁴ APARICIO TOVAR, J., “Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica. A propósito de la STC 170/2013, de 17 de octubre de 2013”, Revista de Derecho Social, número 64, 2014, p. 136

Afirma en este sentido Díaz Revorio que “existe una garantía que protege las comunicaciones entre las personas, de manera que cualquier supuesto admisible de interceptación de las mismas se presenta como excepcional, y rodeado de límites, requisitos y garantías, dado que esa práctica afecta a un derecho fundamental, y solo el cumplimiento de esos requisitos y garantías permitirá que esa afectación no se convierta en vulneración”¹⁵.

En ese mismo sentido, afirma Baylos Grau que “la autoridad privada es un hecho técnico y neutral, que a lo sumo viene condicionado o ritualizado, especialmente frente a la acción colectiva, manteniendo siempre sus facultades de dirección de la organización empresarial, inmunes a los presupuestos básicos de un sistema democrático. No hay “continuidad” entre la ciudadanía externa a la empresa y dentro de ella; es más, ambas parecen responder a lógicas antitéticas, pues los derechos fundamentales reconocidos “fuera” de la empresa son de difícil aplicación en la relación de trabajo, a salvo de su imposición legal o a través de la negociación colectiva”¹⁶.

En esa misma línea, nuestro Tribunal Constitucional reconoce que “La celebración de un contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución española le reconoce como ciudadano, y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad ni la libertad de Empresa que establece el artículo 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquélla por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional”¹⁷.

En este sentido, interesante resulta la Circular 1/1999 de la Fiscalía General del Estado, que parte de la circunstancia de que en “todo acto de comunicación hay un mensaje con un contenido intelectual determinado, hay un proceso de transferencia del mensaje a través de algún medio técnico y hay unos datos relativos al proceso mismo de comunicación que sin formar parte del contenido intelectual del mensaje son indisociables de la realidad misma de la comunicación”¹⁸.

Continúa la meritada Circular que el “proceso de comunicación y mensaje son el continente y el contenido de una misma realidad y constituyen aspectos tan indisociables desde el punto de vista material que merecen, en línea de principio, un tratamiento jurídico homogéneo”¹⁹.

Esta Circular concluye que “la inviolabilidad de las comunicaciones se predica no solo respecto del mensaje sino también de todos aquellos datos relativos a la comunicación que permitan identificar a los interlocutores o corresponsales, o constatar la existencia misma de la comunicación, su data, duración y todas las demás circunstancias concurrentes útiles para ubicar en el espacio y en el tiempo el hecho concreto de la conexión telemática producida.

Por lo que puede concluirse que la inmunidad del artículo 18.3 de la Constitución española, relativa al secreto de las comunicaciones debe predicarse no solo la interceptación o captación en tiempo real sino cualquier forma de conocimiento antijurídico del contenido del mensaje o de las circunstancias significativas de la comunicación, aunque se produzca fuera del contexto temporal de la conexión.

¹⁵ DÍAZ REVORIO, F.J., “El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones”, *Revista Facultad de Derecho*, N°. 59, 2006, p. 159.

¹⁶ BAYLOS GRAU, A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta S.A., Madrid, 1991, p. 99.

¹⁷ Sentencia del Tribunal Constitucional 88/1985, de 14 de agosto.

¹⁸ Circular 1/1999 de la Fiscalía General del Estado Español.

¹⁹ *Ibidem*.

Ha de entenderse que, en un ámbito profesional y en una relación trabajador-empresario no existe una limitación a la aplicación de esa interpretación, por lo que, el acceso a datos del trabajador, como sus correos electrónicos, a la información de su escritorio, agenda privada, etc... constituyen a todas luces una vulneración base, tanto si se extrae, lee o si sencillamente se constata su existencia mediante acceso no autorizado por el trabajador afectado.

III. El concepto de intimidad en la relación laboral

La intromisión del empresario en la intimidad del trabajador mientras se produce la relación contractual es un debate que en la sociedad actual ha generado numerosos debates. En este sentido, mientras se produce esa relación contractual conviven dos intereses confrontados. El derecho a la intimidad y dignidad del trabajador y los objetivos económicos que se pretende por parte de la actividad empresarial.

Resulta indiscutible, los nuevos retos a los que se enfrenta las transformaciones en el ámbito laboral como respuesta a la aplicación e instauración de las nuevas tecnologías. Es, en este mismo sentido, la jurisprudencia ha tenido que afrontar la nueva fenomenología mediando en los conflictos que se producen como consecuencia directa de la garantía del derecho a la intimidad y secreto de las comunicaciones en el puesto de trabajo.

De inicio, hay que tener en cuenta que el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones electrónicas de los trabajadores son derechos diferentes. Sin embargo, se encuentran muy relacionados y creemos que su estudio conjunto facilita la comprensión global del problema²⁰.

Derivado de la utilización de las nuevas formas de comunicación, la vulneración de la intimidad antes y después del mundo informático puede entenderse, es sumamente diferente.

Pues aunque no puede negarse al empresario el control de la actividad laboral de sus trabajadores. No puede permitirse tampoco la eventual vulneración de los derechos fundamentales de los mismos, cuando deviene en un exceso en el uso de este poder. Las probabilidades de que esto ocurra son cada vez mayores, pues los programas informáticos de ayuda al control empresarial permiten hoy un seguimiento casi exhaustivo del trabajo habitual de los trabajadores.

Así mismo, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en no pocas sentencias estableciendo un equilibrio tal y como reza en la Sentencia 186/2000, donde se reconoce que “el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo”, pero por otro lado en la misma Sentencia el Alto Tribunal reconoce que “el derecho a la intimidad no es absoluto y que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que dicho recorte sea necesario, proporcionado, idóneo y respete el contenido esencial, es decir, que no lo desdibuje de tal manera que lo haga irreconocible”.

En la misma línea, la jurisprudencia se pronuncia exigiendo que la valoración de los medios utilizados por el empresario se lleve a cabo mediante el principio de proporcionalidad, exigiendo para ello que la medida deba ser justificada, idónea, necesaria y equilibrada²¹. Así, lo que anteriormente constituían accesos indebidos vulneradores de la intimidad en el mundo laboral, como la apertura de correspondencia, el acceso a mesas, taquillas y localizaciones profesionales, o en cualquier lugar donde se guardaba información y enseres privados del trabajador, en los que quedaba patente la intromisión vulneradora.

²⁰ ROIG, A., *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (Tics)*. J.M. Bosch, Madrid, 2011, p. 21.

²¹ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 23 de octubre de 2000, en su Fundamento Jurídico 3º.

Ahora se traslada a la vulneración del secreto de las comunicaciones, pues tras los últimos avances informáticos, todo lo anterior puede ocurrir casi forma automática, mediante un simple acceso informático a nuestro ordenador, correo, escritorio, etc. Nuestro correo electrónico es nuestra correspondencia anterior y nuestro escritorio informático es nuestro material de trabajo, nuestra mesa y bolso, pues guardamos en su interior infinidad de cuestiones privadas, fotos, ubicaciones, preferencias, etc.

Por su parte, nuestro Tribunal Constitucional ha admitido en bastantes sentencias, la aplicación del derecho a la intimidad en el ámbito laboral. Sin embargo, las características del derecho al secreto de las comunicaciones son mucho más estrictas y específicas que las de la intimidad.

Pese a todo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional también garantiza el secreto de las comunicaciones del trabajador, aunque ciertamente en menor medida que en el caso de la intimidad. Así, la meritada sentencia afirma que el artículo 18.3 de la Constitución española contiene una especial protección de las comunicaciones, cualquiera que sea el sistema empleado para realizarlas, afirmando en ese sentido “ciertamente los avances tecnológicos que en los últimos tiempos se han producido en el ámbito de las telecomunicaciones, especialmente en conexión con el uso de la informática, hacen necesario un nuevo entendimiento del concepto de comunicación y del objeto de protección del derecho fundamental, que extienda la protección a esos nuevos ámbitos”²². Por otro lado, desde la doctrina más reputada se acierta a defender que el derecho a la intimidad también pueda ser aplicable al correo electrónico, “aunque sólo puntualmente”²³.

Estableciendo como explicación a esa afirmación, que si el destinatario del mensaje de correo electrónico divulgara el contenido del mensaje no vulneraría el secreto de las comunicaciones, pues éste sólo rige frente a intromisiones de terceros. En cambio, si diese a conocer aspectos íntimos contenidos en la misiva, podría entonces conculcar el derecho a la intimidad del remitente.

IV. Límites de las facultades de control del empleador

Puede afirmarse que pese a la facultad reconocida de control empresarial, tanto un control permanente en el lugar de trabajo y en los desplazamientos dentro de la empresa como del contenido del terminal utilizado por el trabajador puede constituir una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador.

En este sentido, la tan traída y llevada discusión sobre el artículo 18.4 de la Constitución española ha servido para afirmar la protección de los datos personales, de inicio. Por lo que derivado de esa protección, las demás amenazas tecnológicas deberán afrontarse mediante la interpretación extensiva de los derechos fundamentales clásicos²⁴. Así, por ejemplo, el derecho a la libertad de movimiento, bien fuera de la empresa incluso dentro del mismo edificio en horarios de descanso, no puede ser fiscalizado por el empresario ni cesado o retirado a voluntad, pues no constituye un derecho de éste, ni una obligación a soportar por el trabajador.

En esta línea, se afirma la no pérdida de derechos fundamentales por el trabajador por el sometimiento a las condiciones recogidas en un contrato de trabajo y la completa protección de estos derechos en todo momento de la relación laboral. Estas actuaciones de control efectuadas en el ámbito laboral pueden constituir vulneración de la intimidad del trabajador, máxime cuando se trata de un control informático sobre datos y correos que aunque constituyan parte de su actividad profesional al ser entre compañeros no pierden su carácter de confidenciales.

²² Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de abril de 2002, Fundamento Jurídico 9º.

²³ MARÍN ALONSO, I., *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 140-141.

²⁴ ROIG, A., *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (Tics)*, cit., p. 17.

Por lo que, podría llegar a pensarse que cuando el uso del correo electrónico es exclusivamente profesional, parece lógico que el control empresarial sobre su utilización puede ejercerse sin necesidad de recabar el consentimiento expreso del trabajador ni de autorización judicial²⁵. Sin embargo, esto no significa que no esté sujeto a ningún límite. Y en base a ello, se podrían señalar unos requerimientos mínimos a tener en cuenta por parte de la empresa para considerar legítima la fiscalización de los medios de comunicación informáticos²⁶. Sin lugar a dudas, resulta del todo garantista que los trabajadores tengan conocimiento de las condiciones de uso de las herramientas informáticas y, en particular, de las actuaciones que les están prohibidas.

Esta condición puede implementarse en los Convenios Colectivos, en un Protocolo firmado por los representantes de los trabajadores y la empresa, o incluso añadirse al contrato, como un código de conducta empresarial y que acepta el trabajador y su representante a la hora de su firma.

Pues aunque pueda pensarse que el hecho de que el propio programa informático, de forma general, avise en pantalla de las actuaciones que no están permitidas o que al iniciarlos exijan la conformidad del trabajador a las normas de uso, no está totalmente claro que ello signifique autorización del trabajador o del empresario al respecto de los derechos y obligaciones al respecto de unos y otros. Sin embargo, tal vez la vía más correcta, como decimos, sea la de acudir a la negociación colectiva, para recoger en los Convenios Colectivos, las reglas de uso y las consecuencias del uso indebido o abusivo del correo electrónico y del resto de medios informáticos de información y comunicación, así como las condiciones de acceso del empleador e incluso llegar al borrado o control de la información existente en el terminal asignado al trabajador.

La empresa debe comunicar, de forma fehaciente a sus empleados que puede llegar a fiscalizar el uso de los medios de comunicación mediante los pertinentes controles, de manera que su realización no constituya una sorpresa, pues de lo contrario, estaría vulnerando entre otros, el principio de la buena fe contractual²⁷, recogido en el párrafo final del artículo 20.2 Estatuto de los Trabajadores, que obliga también al empresario, que debe actuar conforme a dicho principio en la fiscalización del uso de los medios informáticos²⁸.

No obstante a la advertencia, el protocolo y demás medidas consensuadas con la representación sindical y habida cuenta que la fiscalización del uso del correo electrónico por parte de la empresa afecta a derechos fundamentales de los trabajadores, parece claro que no será admisible un control arbitrario o injustificado, sino que se exigirán indicios o, al menos sospechas justificadas, de una utilización indebida de las comunicaciones por parte del trabajador²⁹. Además de la existencia de indicios o sospechas, es necesario que la medida restrictiva de derechos fundamentales resulte necesaria y proporcionada.

Esta proporcionalidad significa hallar un equilibrio entre el respeto a la intimidad del trabajador y el derecho del empresario a controlar el adecuado uso de los medios de producción de la empresa. Y como base, exige que se tengan en

²⁵ LLUCH, X.A. y GINÉS CASTELLET, N., *Empresa y prueba informática*, J.M. Bosch, Madrid, 2006, p. 93.

²⁶ *Ibíd.*, p. 93.

²⁷ RUBIO DE MEDINA, M.D., *El despido por utilización personal del correo electrónico*, Bosch, Barcelona, 2003, pp. 9 y ss.

²⁸ Así se recoge en varias sentencias, sirva de ejemplo la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 19 de julio de 2005.

²⁹ En ese mismo sentido, el de la existencia de sospechas fundadas suficientes para la fiscalización de registros informáticos pueden verse diversas sentencias, entre ellas, las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 19 de julio de 2005 y del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria, de 26 de agosto de 2004, ésta última motiva el despido laboral por la indebida utilización del correo electrónico de la empresa.

cuenta las circunstancias del caso concreto, para valorar si la medida de control está justificada.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en jurisprudencia ya consolidada³⁰, viene exigiendo para la adopción de medidas restrictivas de los derechos fundamentales, la observancia del juicio de proporcionalidad, que requiere que la actuación limitadora cumpla tres requisitos:

- a) El denominado juicio de idoneidad, esto es, que la medida sea susceptible de conseguir el objetivo propuesto.
- b) El denominado juicio de necesidad, o sea, que la medida resulte necesaria, de tal manera que no exista otra menos limitativa del derecho que permita conseguir los mismos fines.
- c) El denominado juicio de proporcionalidad en sentido estricto, o lo que es lo mismo, que la acción sea ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto.

Por su parte, hay que tener en cuenta que las comunicaciones informáticas deben someterse a procedimientos que permitan la máxima transparencia y eviten la indefensión del trabajador, respetando su dignidad.

Existen además diversas resoluciones judiciales que sancionan la aplicación analógica del procedimiento previsto en el artículo 18 del Estatuto de los trabajadores para el registro de las taquillas y efectos particulares del empleado. En este sentido, hay que tener en cuenta que la extensión de este precepto al registro de los ordenadores plantea algún desajuste, por cuanto se trata de medios de producción de la empresa, frente a las taquillas, que son espacios exclusivamente personales de los trabajadores.

La Jurisprudencia cada vez más mayoritaria entiende que, pese a estas diferencias, y por más que los ordenadores sean herramientas de trabajo de propiedad empresarial, el respeto a la intimidad de sus usuarios, exige que su registro se adopte con los requisitos previstos en el artículo 18 Estatuto de los trabajadores, presencia de un representante de los trabajadores, en horario laboral y con respeto a la dignidad e intimidad del trabajador, a simili a la revisión de una taquilla del trabajador dentro de la empresa.

V. CONCLUSIONES

La vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores por parte del empresario puede adquirir diferentes formas. Así, es el propio Tribunal Constitucional quien califica de vulneración del derecho a la intimidad la acción realizada por el empresario cuando accede a la información del ordenador que el trabajador utiliza en su actividad laboral, sin cumplir unos requisitos mínimos recogidos en la doctrina que se ha denominado juicio de proporcionalidad.

En el modelo español, es clara la voluntad del legislador en considerar el derecho a la intimidad como un auténtico derecho fundamental. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, en no pocas ocasiones en el espacio de la relación empresarial puede quedar vulnerado.

Es tal la gravedad de dicha vulneración que es el propio Tribunal Constitucional quien asimila la acción de control del contenido del ordenador que utiliza el empleador, a la revisión de taquillas y zonas privadas del trabajador dentro de la empresa.

En este sentido, los derechos fundamentales entran de lleno en el ámbito laboral, de otra forma pareciera que la firma de un contrato y sometimiento a las órdenes de la actividad laboral obligue al trabajador a la cesión de parte de sus derechos y nada más lejos de la realidad.

³⁰ En este sentido, entre otras sentencias, las Sentencias del Tribunal Constitucional número 37/1998 y número 207/1996.

El empresario debe ser consciente de que el ámbito de control y fiscalización dentro de su empresa tiene límites constitucionales precisos en cuanto tropiezan con los derechos fundamentales del trabajador a su servicio.

Es por ello que debe observar con atención el no vulnerar derechos fundamentales, tales como el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones y admitir que el derecho de organización y control de la actividad empresarial tiene como principal límite los derechos de sus empleados.

El trabajador, por su parte, debe conocer que el manto de protección de los derechos fundamentales no desaparece al ponerse el uniforme laboral o al entrar al puesto de trabajo, y exigir mediante su representante legal y de forma taxativa el cumplimiento estricto de sus derechos en esta materia.

Pues se está defendiendo que el derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones supera con creces cualquier pacto en contrario que el trabajador firme y que le obligue a permitir su vulneración aunque sea de forma voluntaria, siempre que esta vulneración adolezca de la observancia de las mínimas condiciones exigidas por la jurisprudencia al empresario.

En palabras del propio Tribunal Constitucional “el contrato de trabajo no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales que incumben al trabajador como ciudadano, que no pierde su condición de tal por insertarse en el ámbito de una organización privada” y por supuesto, “Que no puede desconocerse tampoco que la inserción en la organización laboral modula aquellos derechos en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado desenvolvimiento de la actividad productiva; reflejo, a su vez, de derechos que han recibido consagración en el texto de nuestra norma fundamental en sus artículos 38 y 33.

Pues, en este sentido, Revorio entiende que el artículo 1.1 de la Constitución española, reconoce la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del Ordenamiento, se equiparan como base argumental de los valores superiores a la dignidad de la persona³¹.

Pues aquí y trasladando esa idea, como valores superiores del ordenamiento que han de inundar cualquier esfera social, la dignidad de la persona es ese valor superior que forma un manto sobre derechos personales y fundamentales como la intimidad y el secreto de las comunicaciones, de ahí la importancia de estos derechos.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- APARICIO TOVAR, J., “Los derechos fundamentales y el juicio de proporcionalidad degradados a mera retórica. A propósito de la STC 170/2013, de 17 de octubre de 2013”, *Revista de Derecho Social*, número 64, 2014.
- BAJO FERNÁNDEZ, M., “Protección del honor e intimidad” en AA.VV., *Comentario a las leyes penales*, Edersa, Madrid, 1982.
- BAYLOS GRAU, A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta S.A., Madrid, 1991.
- CARDONA RUBERT, M.B., “Intimidad del trabajador y comunicaciones electrónicas según el Tribunal Constitucional”, *Revista Jurídica de los Derechos Sociales*, Lex Social, Volumen 5, nº 2.
- CARDONA RUBERT, M.B., *El derecho a la intimidad en la relación laboral. Información relativa al trabajador*, Red Ius et Praxis, Santiago de Chile, 2006.
- DÍAZ REVORIO, F.J., “La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y

³¹ DÍAZ REVORIO, F.J., “La Constitución ante los avances científicos y tecnológicos: breves reflexiones al hilo de los recientes desarrollos en materia genética y en tecnologías de la información y la comunicación”, *Revista de Derecho Político de la UNED*, Nº 71-72, enero-agosto 2008, p. 97.

- en tecnologías de la información y la comunicación", *Revista de Derecho Político de la UNED*, N° 71-72, enero-agosto 2008.
- DÍAZ REVORIO, F.J., "El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones", *Revista Facultad de Derecho*, número 59, 2006.
- LLUCH, X.A. y GINÉS CASTELLET, N., *Empresa y prueba informática*, J.M. Bosch, Madrid, 2006.
- MARÍN ALONSO, I., *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa. Su limitación en base al secreto de las comunicaciones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004.
- MORALES PRATS, F., *La tutela penal de la intimidad: privacy e informática*, Destino, Barcelona, 1981.
- MURILLO DE LA CUEVA, P.L., *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990.
- PÉREZ LUÑO, A., *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Ed. Tecnos, Madrid, 1991.
- ROIG, A., *Derechos fundamentales y tecnologías de la información y de las comunicaciones (Tics)*. J.M. Bosch, Madrid, 2011.
- RUBIO DE MEDINA, M.D., *El despido por utilización personal del correo electrónico*, Bosch, Barcelona, 2003.

A questão da paridade no ensino superior¹ *The equality issue on higher education*

Dora Resende Alves **

Clara de Sousa Alves ***

Universidade Portucalense

Sumário: Introdução. 1. O problema do género. 2. O Género no direito. 3. O género da União Europeia. 4. A questão da paridade no ensino superior. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo: A temática da paridade de género na investigação científica e no ensino superior é objecto de estudos na academia mas exige ainda ser objecto de atenção política e legislativa. A disparidade de géneros constitui um desafio significativo, tanto a nível nacional como internacional.

Os estudos mais recentes comprovam que as mulheres estão ainda sub-representadas nos cargos de tomada de decisão na maioria dos Estados-Membros, bem como na própria União Europeia (onde as metas delineadas não foram atingidas) e, isto, apesar de representarem quase metade da força de trabalho e mais de metade das diplomadas no ensino superior.

Neste estudo, através de várias pesquisas ainda em desenvolvimento, está a ser tomado em conta o papel da mulher em cargos superiores e na área da investigação, no sentido de demonstrar que ainda não foi atingido o grau de paridade necessário, apesar dos progressos observáveis.

Defende-se o papel das universidades no empenho do estudo e promoção das matérias da igualdade de género.

Palavras-chave: Paridade; género; investigação; União Europeia.

Abstract: The theme of gender equality in scientific research and higher education is the subject of studies in academia but requires still be subject to political and legislative attention. The gender gap is a significant challenge, both nationally and internationally.

The most recent studies show that women are still underrepresented in decision-making positions in most Member States and the European Union itself (where the outlined targets were not met), and that, although they represent almost half of the workforce and more than half of graduates in higher education. In this study, through various research still in development, is being taken into account the role of women in senior positions and in research, to demonstrate that has not yet reached the degree of parity necessary, despite the observable progress.

Defends the role of universities in the study of commitment and promotion of matters of gender equality.

¹ O texto corresponde ao estudo que serviu de base à Comunicação apresentada no PlanEqual 2016, 1.º Simpósio sobre Políticas para a Igualdade e Investigação em Direitos Humanos e Género, pelo Instituto de Sociologia da Universidade do Porto, a 15 e 16 de setembro de 2016, na Faculdade de Letras da Universidade do Porto.

** Doutora em Direito. Professora Auxiliar e Investigadora da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

*** Aluna em Direito da Universidade Portucalense Infante D. Henrique.

Key words: Equality; gender; research; European Union.

Sumário: Introdução; 1. O problema do género; 2. O género no direito; 3. O género na União Europeia; 4. A questão da paridade no ensino superior; Conclusão.

Introdução

A temática da paridade de género na investigação científica e no ensino superior é objecto de estudos na academia mas exige ainda ser objecto de atenção política e legislativa. Curiosamente, o próprio tema tem condicionado a criação legislativa. A disparidade de géneros constitui um desafio significativo, tanto a nível nacional como internacional.

Em Portugal, só a revisão constitucional de 1997, pelas alterações introduzidas na lei fundamental, permitiu o surgimento da lei da paridade, aprovada apenas em 2006. Na União Europeia, as instituições e a jurisprudência vêm demonstrando crescente atenção a esta vertente embora não ainda através de actos jurídicos vinculativos, mormente pela inclusão da preocupação na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. É do maior interesse seguir esta faceta nesta ordem jurídica. Contudo, a própria estrutura dos órgãos principais da UE não preenche ainda este objectivo.

Especificamente, o Parlamento Europeu, aborda a presença da mulher nas universidades. Pois, apesar da evolução positiva registada nos últimos anos, a igualdade entre homens e mulheres na ciência e no mundo académico ainda não foi atingida.

Os estudos mais recentes comprovam que as mulheres estão ainda sub-representadas nos cargos de tomada de decisão na maioria dos Estados-Membros, bem como na própria União Europeia (onde as metas delineadas não foram atingidas), e isto, apesar de representarem quase metade da força de trabalho e mais de metade das diplomadas no ensino superior.

É visto que a velocidade a que o universo político reflete as transformações pelas quais tem passado a condição feminina portuguesa é inferior à velocidade verificada noutros contextos sociais, como no mundo laboral e universitário. Assim, torna-se necessário recorrer a medidas para contrariar a tendência discriminatória².

Sendo certo que as medidas de discriminação positiva como a fixação de quotas nem sempre são bem acolhidas, a ausência de medidas vinculativas não tem permitido avanços significativos nesta vertente, em que uma imposição legal ainda é uma solução possível até à mudança dos hábitos enraizados.

Neste estudo, através de várias pesquisas ainda em desenvolvimento, através de um método de análise de artigos científicos, de textos legislativos e oficiais. Não só porque se encontram vestígios do processo evolutivo em curso noutras fontes de não menos valor, e sobretudo de dados respeitantes a órgãos de governo nacionais e da União Europeia, mas está a ser tomado em conta o papel da mulher em cargos superiores e na área da investigação, no sentido de demonstrar que ainda não foi atingido o grau de paridade necessário, apesar dos progressos observáveis, sobretudo, a partir do ano de 2009. Contudo, não se trata de um estudo final, antes um percurso de trabalho iniciado pelas autoras nesta temática crescente. Sendo um objeto de análise multidisciplinar em desenvolvimento, há ainda um caminho a percorrer pelas próprias e pela doutrina.

Continua-se com uma previsão de uma meta de 81 anos para atingir a paridade no mercado de trabalho, o que se projeta acontecerá apenas em 2095. Realidade longínqua e alarmante.

Apesar de uma maior integração da mulher no mercado do trabalho, os estereótipos socialmente construídos e aceites sobre o papel masculino e feminino constituem barreiras para a ascensão feminina a cargos de poder e ao exercício da

² BARREIROS, João Francisco. *A Lei da Paridade - A questão das quotas para a Assembleia da República*. Maio, 2012.

liderança. Mesmo que os novos comportamentos nas relações sociais e organizacionais sugiram a igualdade de géneros, a distribuição de homens e mulheres em posição de liderança apresenta outra realidade.

Observam-se desigualdades evidentes em relação a posições de poder e prestígio.

Um estudo realizado em 2013 sobre a igualdade entre homens e mulheres, no que se refere à ocupação de postos com poder para tomadas de decisão, revela que a média europeia de mulheres que participam em conselhos de administração executiva é de uma para cada nove homens. Refere-se ainda que as disparidades salariais podem resultar de empregos diferentes, em setores diferentes.³

Ainda assim, nos últimos três anos, a participação feminina em cargos de gestão e liderança registou um aumento. Existem, por conseguinte, sinais de mudança.

É nesta mudança que se defende o papel das universidades no empenho do estudo e promoção das matérias da igualdade de género através da investigação científica do tema para conclusões e caminhos fundamentados. Mas não é só. É através da educação que se traça um novo caminho.

O investimento na educação pode permitir alcançar um maior nível de desenvolvimento mas também este, por sua vez, pode gerar acréscimos no nível educacional da população.

A educação é o processo que permite transformar o potencial de cada pessoa em competências, sendo assim fundamental no processo de desenvolvimento humano. Por exemplo, de acordo com o Programa de Desenvolvimento das Nações Unidas, o processo de desenvolvimento humano passa pelo bem-estar da sociedade, que deve estar garantido através do desenvolvimento económico. Também o acesso a oportunidades iguais dever estar assegurado a todos. Já no campo da participação na tomada de decisão, dever estar assegurada a todos a possibilidade de fazer escolhas informadas.

No campo da segurança, devem estar assegurados os direitos civis fundamentais como o direito à vida e à liberdade. Por fim, no campo da sustentabilidade, a equidade deve também estar garantida para as gerações futuras. A importância da educação para a sustentabilidade tem sido, de facto, bastante realçada.⁴

1. O problema do género

O género humano de masculino e feminino não é um problema, antes uma faceta da condição biológica. A dignidade da pessoa humana não distingue género e, conforme Kant a dignidade é o valor de que se reveste tudo aquilo que não tem preço, ou seja, o que não é passível de ser substituído por um equivalente. Dessa forma, a dignidade é uma qualidade inerente aos seres humanos enquanto entes morais e éticos. A dignidade é totalmente inseparável da autonomia para o exercício da razão prática, é por esse motivo que apenas os seres humanos revestem-se de dignidade.

Contudo, tal não se reflecte em variadas vertentes da vida profissional, económica e social e o Direito foi chamado a destacar esta vertente. Em consequência, o tema da igualdade de género tem sido objeto de estudos académicos e incluído na formação dos juristas a vários níveis, conforme pretendemos abordar, sem prosseguir uma revisão da literatura no sentido usual, antes acompanhando a complexidade multidisciplinar do tema, tanto num artigo científico como num jornal diário, passando pelos textos legislativos ou de outro valor oriundos das instâncias governativas.

Mantêm-se, nos dias de hoje, discriminações a muitos níveis, mas de forma incompreensível, a discriminação de género é ainda demasiado visível e aceite. As

³ APGICO. *Liderança Feminina, Bem-estar e Inovação nas Empresas*. Outubro, 2013.

⁴ CALEIRA, A.. *Educação e desenvolvimento: que tipo de relação existe?* Universidade de Évora, 2013.

próprias mulheres são coniventes com esta vivência. Logo as famílias são espaços de desigualdade, na execução das tarefas domésticas e cuidados com os filhos, e as próprias mulheres declaram a situação como justa⁵, pelo que no mercado laboral facilmente se prolonga a situação fragilizada da mulher dando lugar a preterição na evolução da carreira, salários desiguais para funções iguais⁶ e discriminação clara na seleção para os postos de trabalho, com ocupação desigual ou falta de representação em cargos de decisão empresarial ou política⁷.

Os direitos humanos respeitantes ao género voltaram a ganhar evidência em campos tão variados como o desporto com as polémicas relacionadas com os Jogos Olímpicos, demonstrando que a própria distinção entre masculino e feminino tem uma dimensão jurídica importante⁸.

O que nos leva, depois, à análise dos cargos elevados de governo onde podemos encontrar mulheres⁹ e à análise que pode ser feita por variados ramos do saber. Sendo que já esta estranha curiosidade por contabilizar as mulheres existentes em cada tipo de cargo dirigente revela uma vertente bizarra, pois tal não deveria ser objeto de notícia se fosse decurso óbvio das capacidades de cada cidadão para ocupar determinados cargos políticos, fosse ele homem ou mulher.

Na Assembleia da República, à semelhança de outros órgãos de representação política, e não obstante a tendência crescente de feminização dos mandatos parlamentares, continua a verificar-se um fenómeno de sub-representação feminina.

A nível mundial, em 2006, e de acordo com dados da União Interparlamentar, que tem por base a informação fornecida pelos parlamentos nacionais de 187 países, Portugal encontrava-se em 42.º lugar, *ex aequo* com o Paquistão, na classificação por ordem decrescente de percentagem de mulheres nas câmaras baixas ou únicas, com 21,3%¹⁰.

Contudo, Portugal está acima da média europeia, em termos de representatividade feminina no Parlamento. A média da UE, segundo estudo de 2010 era de 20% mulheres Deputadas, enquanto a percentagem portuguesa ronda os 30%¹¹.

Muitas são as explicações e nenhuma delas é jurídica mas a resposta ou o caminho para a solução, essa, pode ser através de medidas legislativas mas acima de tudo pela educação e pelo empenho das universidades na mudança do paradigma.

O problema é mundial, como se referiu, mas mais debatido no mundo ocidental, nomeadamente no seio das Nações Unidas¹². É possível focá-lo no

⁵ Nos resultados do primeiro inquérito nacional aos usos do tempo de homens e mulheres, promovido pela comissão para a Igualdade no Trabalho e no Emprego. [consulta em 28 de junho de 2016]. Disponível em: <https://www.publico.pt/sociedade/noticia/elas-trabalham-quase-tanto-como-eles-fora-de-casamas-dedicam-mais-1h30m-a-casa-e-aos-filhos-1736494>.

⁶ O chamado *pay gap*.

⁷ O chamado *leadership gap*.

⁸ Seja com o caso das atletas *Caster Semenya* e *Dutee Chand*. *Jornal Público* de 17.08.2016 por Artur Flamínio da Silva.

⁹ Os números são estranhos quando se fala em mulheres chefes de governo ou de Estado pelo mundo. Como analisado no *Jornal de Notícias* de 4 de julho de 2016, p. 32, 16 mulheres em cerca de 200 nações do mundo. [consulta em 13 de julho de 2016]. Disponível em: http://economico.sapo.pt/noticias/as-mulheres-no-poder-em-todo-o-mundo_254335.html.

¹⁰ ROSA, Eugénio. *A Situação da Mulher em Portugal no Dia Internacional da Mulher*. 2011.

¹¹ SILVA, Elisabete, *Mais mulheres em cargos políticos*. Sendo que, uma coisa é a previsão legal, outra as formas de a contornar, quando, na prática, as listas são apresentadas com respeito pela paridade, mas depois surgem fenómenos de alteração da titularidade dos lugares. (Ver Ana Canotilho)

¹² Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 316/18 de 12 de março de 2015, sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo em 2013 e a política da União Europeia nesta matéria, JOUE C 316 de 30.08.2016, p. 316, § 134.

Senado norte-americano, país em destaque porque poderia ter tido como 45.º presidente dos EUA pela primeira vez, uma mulher, embora o desfecho do longo processo eleitoral que terminou em 8 de novembro de 2016 tenha ditado diferente, ou nas instituições da União Europeia, faceta que, pela nossa óbvia participação nacional, nos merece atenção pois é urgente que *“as mulheres, na Europa e no resto do mundo, tenham o direito de, livremente, fazerem as suas próprias escolhas individuais, em pé de igualdade com os homens, sem quaisquer imposições ideológicas, políticas ou religiosas”*¹³.

2. O género no direito

A temática da paridade visa um equilíbrio dos elementos homens e mulheres nos postos de trabalho e, especificamente, em determinados cargos de decisão.

Conforme salienta o Parlamento Europeu *“a dimensão de género, que implica a reorganização, a melhoria, o desenvolvimento e a avaliação das políticas tendo em vista garantir a integração de uma abordagem de igualdade em todas as políticas – a todos os níveis e em todas as fases – por parte de todos os que estão normalmente associados às decisões políticas, é um instrumento importante para alcançar a igualdade de género”*¹⁴.

Sem se pretender aqui um percurso exaustivo da evolução da chamada “condição feminina” em Portugal¹⁵, ela resulta evidente no elenco de datas e factos significativos ao longo dos séculos XIX e XX que seguidamente se apresenta e que culmina nos efeitos radiantes da aprovação do novo quadro constitucional em 1976.

No ano de 1867, surgiu o primeiro Código Civil, que melhorou a situação das mulheres em relação aos direitos dos cônjuges, dos filhos, dos bens e sua administração. Em 1889, a primeira mulher licenciada em Medicina, Elisa Augusta da Conceição de Andrade (Escola Médico-Cirúrgica de Lisboa). A 6 de Março de 1890, foi regulamentada a Lei de 9 de Agosto de 1888, que autorizava o Governo a criar escolas femininas do ensino secundário. Em 1910 surgiu a lei do Divórcio (Decreto de 3 de Novembro de 1910). O divórcio é admitido pela primeira vez em Portugal e é dado ao marido e à mulher o mesmo tratamento, tanto em relação aos motivos de divórcio como aos direitos sobre os filhos. Surgiram novas leis do casamento e da filiação que baseiam o casamento na igualdade. A mulher deixa de dever obediência ao marido e o crime de adultério passa a ter o mesmo tratamento quando cometido por mulheres ou homens.

Em 1933 surgiu uma nova Constituição Política, a do Estado Novo que estabelece a igualdade dos cidadãos perante a lei, “salvas, quanto à mulher, as diferenças resultantes da sua natureza e do bem da família” (artigo 5.º).

Um passo importante adquirido em 1935 onde foi possível o enquadramento das primeiras deputadas à Assembleia Nacional: Domitila de Carvalho, Maria Guardiola e Maria Cândida Parreira.

Em 1966 foi aprovada para ratificação a Convenção n.º 100 da OIT, relativa à igualdade de remuneração entre mão-de-obra feminina e masculina para trabalho de valor igual (Decreto-Lei n.º 47 032, de 4 de Novembro de 1966 - artigo 115.º).

O novo código civil entra em vigor a 1967. Segundo este, a família é chefiada pelo marido, a quem compete decidir em relação à vida conjugal comum e aos filhos.

Surge a lei n.º 2 137, de 26 de Dezembro de 1968, que proclama a igualdade de direitos políticos do homem e da mulher, seja qual for o seu estado

¹³ Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 316/18 de 12 de março de 2015, cit., p. 162, § 149.

¹⁴ Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 316/21 de 12 de março de 2015, sobre as prioridades da UE para o Conselho dos Direitos do Homem da ONU em 2015, JOUE C 316 de 30.08.2016, p. 182, § 33.

¹⁵ BELEZA, T. P. *Direito das Mulheres e da Igualdade social. A construção Jurídica das Relações de Género*. Almedina, 2010.

civil. Em relação às eleições locais, permanecem, contudo, as desigualdades, sendo apenas eleitores das Juntas de Freguesia os chefes de família.

Em 1974 dá-se a revolução de 25 de Abril e instauração da Democracia: três diplomas abrem o acesso das mulheres, respetivamente, a todos os cargos da carreira administrativa local (Decreto-Lei n.º 251/74, de 12 de Junho), à carreira diplomática (Decreto-Lei n.º 308/74, de 6 de Julho) e à magistratura (Decreto-Lei n.º 492/74, de 27 de Setembro). Foram abolidas todas as restrições baseadas no sexo quanto à capacidade eleitoral dos cidadãos (Decreto-Lei n.º 621-A/74, de 15 de Novembro), aboliram o direito do marido abrir a correspondência da mulher (Decreto-Lei n.º 474/76, de 16 de Junho), foi aprovada a licença de maternidade de 90 dias (Decreto-Lei n.º 112/76, de 7 de Fevereiro). Entrou em vigor da nova Constituição, que estabelece a igualdade entre homens e mulheres em todos os domínios. Desaparece a figura do "chefe de família". O governo doméstico deixa de pertencer, por direito próprio, à mulher, deixa de haver poder marital: ambos dirigem a vida comum e cada um a sua. Os cônjuges decidem em comum qual a residência do casal, o marido e mulher podem acrescentar ao seu nome, no momento do casamento, até dois apelidos do outro.

Em 1978, dá-se revisão do Código Civil (Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro), onde a mulher deixa de precisar de autorização do marido para ser comerciante, cada um dos cônjuges pode exercer qualquer profissão ou atividade sem o consentimento do outro. Em 1979 publica-se o Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro, que visa garantir às mulheres a igualdade com os homens em oportunidades e tratamento no trabalho e no emprego. Já em 1980, Portugal ratifica, pela Lei n.º 23/80, de 26 de Julho, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, durante a II Conferência das Nações Unidas para a Década da Mulher, que se realizou em Copenhaga, à qual Portugal enviou uma delegação oficial.

Em Portugal, na Constituição da República Portuguesa (CRP) de 1976, só a revisão constitucional de 1997 (com a inclusão da alínea h) no artigo 9.º e a alteração do artigo 109.º do texto da CRP) permitiu o surgimento da lei da paridade, aprovada apenas em 2006, a Lei Orgânica n.º 3/2006 de 21 de Agosto.

Esta lei vinculava uma representação de pelo menos 33% de ambos os sexos nas listas eleitorais para a Assembleia da República, para o Parlamento Europeu e para as autarquias locais.

Para além de representar um marco importantíssimo na promoção da igualdade de mulheres e homens, é assinalável pela transformação que promove num sistema eleitoral que tem permanecido alheio a alterações, por inércia do sistema de interesses instalados.¹⁶

As traves mestras da política da igualdade de género são hoje ancoradas diretamente no texto constitucional. Para além do incontornável artigo 13.º, os principais ditames nesta matéria resultam então hoje na Constituição do artigo 9.º, que estabelece como tarefa fundamental do Estado — na alínea h) — “promover a igualdade entre homens e mulheres”, tarefa reforçada pela letra da alínea b) do n.º 2 do artigo 58.º que incumbe o Estado de promover a “igualdade de oportunidades na escolha da profissão ou género de trabalho e condições para que não seja vedado ou limitado, em função do sexo, o acesso a quaisquer cargos, trabalho ou categorias profissionais” e ainda pelas alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 59.º Por seu turno, o n.º 3 do artigo 36.º apela à igualdade dos direitos e deveres dos cônjuges quanto à capacidade civil e política e à manutenção e educação dos filhos. Noutro contexto, profissional, pontifica o direito de igualdade na escolha de profissão e acesso à função pública previsto no artigo 47.º, ao passo que quanto à igualdade de participação na vida pública rege o artigo 48.º e quanto ao direito de sufrágio a determinação de igualdade resulta do artigo 49.º Específicos direitos de

¹⁶ BELEZA, T. P.. *Direito das Mulheres e da Igualdade social. A construção Jurídica das Relações de Género*. Almedina.2010.

igualdade com implicações em sede de igualdade de géneros encontram-se nos artigos 64.º (Saúde), 67.º (Família) ou 68.º (Paternidade e maternidade).

Para além do enquadramento constitucional deve no entanto ser especialmente referida a amplitude da eficácia revigorativa da Lei Fundamental e do esforço de conformação do ordenamento ordinário sectorial.

Assim, e no sector da família, o Decreto-Lei n.º 496/77, de 25 de Novembro, que entrou em vigor em 1 de Abril de 1978, introduziu no Código Civil Português profundas modificações com o objetivo, entre outros, de reconhecer à mulher casada a plena igualdade legal com o marido, como aplicação do princípio mais geral de não discriminação em função do sexo. Já a Resolução do Conselho de Ministros n.º 7/99, de 9 de Fevereiro, veio aprovar o Plano para uma Política Global de Família, na matéria de igualdade de género. Pode dizer-se que as áreas mais afetadas foram, evolutivamente, as da direção da família e estatuto dos cônjuges, do poder paternal, da adoção e do regime da União de Facto que veio a culminar na entrada em vigor da Lei n.º 7/2001, de 11 de Maio.

No que tange em especial à maternidade e paternidade a Lei n.º 4/84, de 5 de Abril (alterada pelas Leis n.º 17/95, de 9 de Junho, n.º 102/97, de 13 de Setembro, n.º 18/98, de 28 de Abril, n.º 118/99, de 11 de Agosto, n.º 142/99, de 31 de Agosto, retificada e republicada pelo Decreto-Lei n.º 70/2000, de 4 de Maio, bem como o Decreto-Lei n.º 230/2000, de 23 de Setembro, n.º 154/88, de 29 de Abril (alterado pelo Decreto-Lei n.º 333/95, de 23 de Dezembro, n.º 347/98, de 9 de Novembro, n.º 77/2000, de 9 de Maio), e n.º 194/96, de 16 de Outubro, que a regulamentam, constituem o quadro legal da proteção da maternidade e paternidade.

No campo do trabalho e emprego, marco histórico relevante é o da vigência do Decreto-Lei n.º 392/79, de 20 de Setembro (alterado pelo Decreto-Lei n.º 426/88, de 18 de Novembro, e pela Lei n.º 118/99, de 11 de Agosto), que densificou o direito à igualdade nesta matéria, e que em grande medida beneficiou da intervenção sistemática operada pela Lei n.º 105/97, de 13 de Setembro (alterada pela Lei n.º 118/99, de 11 de Agosto), aplicável a entidades públicas ou privadas. A aplicação deste diploma visa garantir a efetivação do direito dos indivíduos de ambos os sexos à igualdade de tratamento no trabalho e no emprego, definindo em termos abrangentes a discriminação indireta como toda a medida, critério ou prática aparentemente neutra que prejudique de modo desproporcionado os indivíduos de um dos sexos, nomeadamente por referência ao estado civil ou familiar, não sendo justificados objetivamente por qualquer razão ou condição necessária não relacionada com o sexo. Por outro lado, o diploma considera como indiciadora de prática discriminatória, nomeadamente, a desproporção considerável entre a taxa de trabalhadores de um dos sexos ao serviço do empregador e a taxa de trabalhadores do mesmo sexo existente no mesmo ramo de atividade e opera ainda a inversão do ónus da prova em ações judiciais tendentes a provar qualquer prática discriminatória, competindo ao empregador a prova de inexistência de qualquer prática, critério ou medida discriminatória em função do sexo, não deixando de considerar como contraordenação muito grave o impedimento do acesso de uma mulher a qualquer emprego, profissão ou posto de trabalho. Todo este sistema veio também a resultar reforçado pela Lei n.º 9/2001, de 21 de Maio, que veio reforçar os mecanismos de fiscalização e punição das práticas laborais discriminatórias em função do sexo.

Em termos orgânicos, o Decreto-Lei n.º 164/2007, de 3 de Maio, veio instituir a Comissão para a Cidadania e Igualdade de Género (CIG) integra Comissão para a Igualdade e Direitos das Mulheres e a Estrutura de Missão contra a Violência Doméstica, conforme se pode conferir site oficial: <http://www.cig.gov.pt>.

A nova redação conferida ao referido artigo 109.º da Constituição implica, mais do que uma simples repetição por via legislativa do princípio da igualdade e de acesso a cargos políticos, implica sobretudo a promoção de medidas tendentes a uma igualdade efetiva. O artigo 109.º da Constituição, na sua versão então revista,

passa a prever que a “participação direta e ativa de homens e mulheres na vida política constitui condição e instrumento fundamental de consolidação do sistema democrático, devendo a lei promover a igualdade no exercício dos direitos cívicos e políticos e a não discriminação em função do sexo no acesso a cargos políticos.” Esta redação, *in fine*, levou inevitavelmente ao equacionar das chamadas políticas de quotas. Repare-se que o incentivo agora expressamente afirmado pela Constituição implica mesmo um eventual juízo de inconstitucionalidade por omissão no caso de não serem adotadas providências com o desiderato de igualdade, ao invés da situação anterior, em que eventual intervenção legislativa nesse sentido poderia aliás ser entendida como discriminação inadmissível face a um juízo de inconstitucionalidade por ação. Assim, se até 1997, a ratio do preceito se reconduzia à positivação de um princípio geral de organização política democratizante que reforçasse portanto a importância da participação de todos os cidadãos, e normativizasse assim a “ideia de democracia participativa e de democratização da democracia”. Assim, como ideia maior, avulta agora a igualdade de género, revelando a preocupação do legislador constituinte em, no específico domínio do exercício do poder político, promover essa igualdade. Entendeu-se então que só a consideração expressa da igualdade de género enquanto pedra basilar do princípio de participação política cidadã, a par da imposição de uma postura ativa do Estado na efetivação dessa igualdade neste domínio, poderiam cabalmente satisfazer as exigências de uma plena democracia.¹⁷

Ora, importa aqui problematizar se a introdução das referidas alterações, em 1997, constituíam, ou não, uma exigência do princípio da igualdade, agora considerado no referido sentido de princípio que reivindica a consideração da desigualdade material para a adoção de medidas proactivas que, formalmente, visem a igualdade de facto, a igualdade real. Parece então que a atual redação do artigo 109.º não acrescenta nada ao que o artigo 13.º previa já. De facto, se considerarmos que a igualdade perante a lei contém em si a imposição da igualdade de facto (e, portanto, a necessidade de o Estado adotar uma postura positiva), e que o género está, desde o primeiro momento, incluído na cláusula exemplificativa constante do n.º 2 do mesmo artigo, as alterações que a revisão de 1997 consagrou não eram exigências de uma conceção hodierna/social do princípio da igualdade.¹⁸

Não obstante este possível entendimento, recorde-se que na sequência da nova disposição constitucional acima referida, um grupo de especialistas de alto nível foi encarregado de estudar as implicações do artigo 109.º e propor medidas para uma participação mais efetiva das mulheres na vida política, a integrar na Lei Eleitoral então em preparação. Das conclusões deste estudo resultaram propostas inovadoras: criação de percentagens mínimas de ambos os sexos nas listas eleitorais com reflexo obrigatório nos respetivos resultados (25%), metas progressivas nestas percentagens mínimas, rejeição das listas que não cumpram este requisito, penalização dos partidos que não cumpram as percentagens mínimas, prémio de incitamento para os que vão além de 33%, organização dos trabalhos parlamentares para conciliação das responsabilidades profissionais e familiares.¹⁹

Na expressão de Vitalino Canas, a política, a par da iniciativa empresarial e das direções sindicais, é “uma das últimas no *women’s land* da sociedade portuguesa”²⁰. Ora, se até há oito ou nove décadas, a reivindicação era

¹⁷ CANOTILHO, J. J. G., MOREIRA, V. *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.ª ed.. Coimbra Editora, 2007.

¹⁸ CANOTILHO, J. J. G., MOREIRA, V. *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*. Coimbra Editora, 1993.

¹⁹ AZEVEDO, M. E. *Diário da Assembleia da República*, VII legislatura, 2.ª sessão legislativa, 1.ª série, n.º 99, pág. 3648

²⁰ NETO, Luísa. *O direito e a igualdade de género*. Em “Novos Direitos”, inserido no Ciclo Novo do Ciclo de Estudos Contemporâneos, 16 de Outubro a 18 de Dezembro de 2007, na Casa de Serralves

fundamental das mulheres era a da conquista do direito de voto e, com ela, a da capacidade eleitoral passiva e, mais amplamente, do direito de desempenharem quaisquer cargos políticos, atualmente, almeja-se repartição equilibrada dos lugares ao nível dos cargos dirigentes dos mais diversos sectores da sociedade portuguesa e, em particular, no exercício dos cargos políticos.

O sentido útil da norma constitucional consiste na imposição ao legislador ordinário da efetivação, por processos adequados, dessa igualdade de participação. É, pois, no quadro do aprofundamento da qualidade da democracia que a Constituição, após a revisão de 1997, passa a exigir um instrumento legal que efetive a participação tanto dos homens quanto das mulheres na vida política²¹.

No momento presente, a paridade é um dos focos declarado no Programa do XXI Governo Constitucional português²². Mais coesão, menos desigualdades, onde a promoção da igualdade e da não discriminação surge classificada como um imperativo ético, jurídico e constitucional na defesa e garantia dos direitos fundamentais e o Governo propõe que desenvolverá uma política de garantia da igualdade entre mulheres e homens.

Não existem dúvidas de que igualdade do estatuto mormente jurídico, mas também social reconhecido a homens e mulheres é reclamada pela Constituição e deve ser concretizada pelo legislador ordinário. Ao invés, a assunção da igualdade de género como fundamento de genérica discriminação positiva deve ser combatida, antes se procurando um melhor aproveitamento do que são as competências de qualquer um, na sua individualidade e sensibilidade únicas. É aliás essa a forma de precisamente de potenciar a complementaridade ideal num mundo moderno e de garantir o reconhecimento da dignidade do tratamento devido a mulheres que não resulta, nem pode resultar da proclamação anual de dias 8 de Março ou da previsão legal de sistemas de quotas.²³

3. O género na União Europeia

Na União Europeia, as instituições e a jurisprudência vêm demonstrando crescente atenção a esta vertente da igualdade de género embora não ainda através de actos jurídicos vinculativos, mormente pela inclusão da preocupação na Carta dos Direitos fundamentais da União Europeia (artigo 23.º). Contudo, a própria estrutura dos órgãos principais da UE não preenche ainda este objectivo.

A igualdade de género é um princípio fundamental da União Europeia e pressuposto para que as mulheres possam usufruir completamente dos direitos humanos²⁴, pois, especificamente, as mulheres permanecem largamente sub-representadas nos cargos de decisão²⁵.

De início era a igualdade de tratamento que ocupava maior destaque nos Tratados, depois aperfeiçoada pela vertente de igualdade de remuneração, até que surge a preocupação com a igualdade ente mulheres e homens, ainda que, para começar, claramente focada na perspetiva laboral, depois alargada formalmente a todos os domínios, com grande desenvolvimento entre 1997 e 2002, depois perdendo algum destaque, mas de novo, a partir de 2010, embora com um futuro algo sombrio vistas as diferenças significativas dos lugares ocupados pelas mulheres no mercado de trabalho atual.

²¹ Diário da Assembleia da República, II SÉRIE-A- XII Legislatura - NÚMERO 188,12-09-2013, Debate parlamentar.

²² Diário da Assembleia da República, I série N.º 13/XIII/1 2015.12.04

²³ NETO, Luísa. *O direito e a igualdade de género*. Em "Novos Direitos", inserido no Ciclo Novo do Ciclo de Estudos Contemporâneos, 16 de Outubro a 18 de Dezembro de 2007, na Casa de Serralves.

²⁴ Resolução do Parlamento Europeu de 9 de setembro de 2015, sobre as carreiras das mulheres na ciência e na universidade e as barreiras invisíveis existentes (P8_TA-PROV (2015)0311), pontos A. e B.

²⁵ Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 316/21 de 12 de março de 2015, cit., p. 182, § 35.

É curioso notar que a própria União Europeia reconhece que será pela educação, e desde os mais precoces níveis, que se alcançará o fim das desigualdades, quando se busca o incentivo em investir na educação das crianças para alcançar esse objetivo²⁶.

Na União Europeia, as metas delineadas não foram atingidas, veja-se, tão somente, a composição do Banco Central Europeu.

O Banco Central Europeu (BCE) é o banco central dos 19 países da União Europeia que adotaram o euro. O seu objetivo primordial é manter a estabilidade de preços na área do euro e, desse modo, preservar o poder de compra da moeda única. É constituído pelo Conselho que é o principal órgão de decisão do BCE. Composto por seis membros da Comissão Executiva e pelos governadores dos bancos centrais nacionais dos 19 países da área do euro. É de referir que é um órgão onde se centram grandes decisões de reflexos mundiais, com a presença de apenas duas mulheres (Sabine Lautenschläger e Chrystalla Georgiadji)²⁷.

Especificamente, o Parlamento Europeu, aborda a presença da mulher nas universidades²⁸. Pois, apesar da evolução positiva registada nos últimos anos, a igualdade entre homens e mulheres na ciência e no mundo académico ainda não foi atingida.

Também a Comissão Europeia se compromete, já desde a década de 90, a promover a divulgação das condições de acesso e participação das mulheres nos programas de investigação²⁹, tendo já avançado mas mantendo-se com nove mulheres, no exercício de 2014-2019³⁰, entre 28 membros e sem conseguir aumentar a paridade nas suas sucessivas composições.

Tal se comprova conforme a Decisão do Conselho 2014/716/UE, Euratom, de 15 de outubro de 2014, JOUE L 299 de 09.09.2014, pp. 29 a 31, que revoga e substitui a Decisão 2014/648/UE, Euratom de 5 de setembro de 2014 (JOUE L 268 de 09.09.2014, pp. 5 e 6). E Decisão do Conselho Europeu 2014/749/UE de 23 de outubro de 2014 que nomeia a Comissão Europeia³¹.

A associação da igualdade de género a fatores de poupança pública e privada, de inovação e de crescimento económico tem também sido acentuada pela OCDE e pelas Nações Unidas, designadamente através dos Objetivos do Milénio. Há homens e mulheres em todos os grupos minoritários ou majoritários.

E em todos os grupos minoritários ou majoritários, o sexo determina papéis sociais de género geradores de desigualdade. Uma desigualdade a que pode acrescer discriminação por qualquer fator: origem, religião, pertença cultural, orientação sexual, idade, deficiência.

O enquadramento internacional para a matéria em apreço resulta evidente de instrumentos como a Carta das Nações Unidas em 1945, a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 e os complementares Pactos Internacionais das Nações Unidas sobre Direitos Cívicos e Políticos e sobre Direitos Sociais, Económicos e Culturais, a Convenção para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres (1979/1981) e seu Protocolo Opcional (1999), a Quarta Conferência das Nações Unidas sobre a Mulher e a Plataforma de Ação saída da

²⁶ Ver a menção na Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 289/10 de 27 de novembro de 2014, sobre o 25.º aniversário da Convenção, no JOUE C 289 de 09.08.2016, pp. 57 a 64, em eur-lex.europa.eu.

²⁷ Conferido em <https://www.ecb.europa.eu/ecb/orga/decisions/govc/html/index.pt.html>, a 12-12-2016

²⁸ Resolução do Parlamento Europeu de 21 de maio de 2008, sobre as mulheres e a ciência, JOUE C 279 E de 19.11.2009, p. 40.

²⁹ Quinto Programa-Quadro (1998-2002) e documento da Comissão «Mulheres e ciência» *Mobilizar as mulheres para enriquecer a investigação europeia*.

³⁰ Pela Decisão do Conselho 2014/716/UE, Euratom, de 15 de outubro de 2014, JOUE L 299 de 09.09.2014, pp. 29 a 31, que revoga e substitui a Decisão 2014/648/UE, Euratom de 5 de setembro de 2014 (JOUE L 268 de 09.09.2014, pp. 5 e 6). E Decisão do Conselho Europeu 2014/749/UE de 23 de outubro de 2014 que nomeia a Comissão Europeia (JOUE L 311 de 31.10.2014, pp. 36 a 38).

³¹ JOUE L 311 de 31.10.2014, pp. 36 a 38

Conferência de Pequim (1995). Outros instrumentos sectoriais determinantes são a Convenção Contra a Discriminação na Educação adotada pela UNESCO em 1960 (e que entrou em vigor em 1962), a Convenção sobre Consentimento para o Casamento, Idade Mínima para o Casamento e Registo dos Casamentos (1962), a Convenção sobre Discriminação no Emprego e Ocupação (1958), a Convenção sobre a nacionalidade das mulheres casadas (1957), a Convenção sobre Direitos Políticos das Mulheres (1952).

Em sede de regulamentação, citem-se, entre outros, como exemplo da atenção dada à matéria no âmbito da União Europeia o Regulamento (CE) n.º 1922/2006. E é em sede de direito da União Europeia que muito importa às autoras seguir os desenvolvimentos recentes. É, sem dúvida, uma vertente deveras pertinente e de complexidade monitorizar o impacto das questões do género na elaboração das leis, preocupação que já existe na ordem jurídica nacional conforme se aflora no Jornal Público de 09.05.2017 (página 9), mas neste caso através da evolução do direito da União Europeia.

Em termos mais recentes, é incontornável referir um conjunto de Diretivas que veio instituir um novo sistema articulado: a Diretiva n.º 2004/113/CE (diretiva do conselho, que implementa o princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no acesso a bens e serviços e seu fornecimento), a Diretiva n.º 2002/73/CE (Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho, que altera a Diretiva n.º 76/207/CEE do Conselho, relativa à concretização do princípio da igualdade de tratamento entre homens e mulheres no que se refere ao acesso ao emprego, à formação e promoção profissionais e às condições de trabalho, e a Diretiva n.º 2000/78/CE (Diretiva do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que estabelece um quadro geral de igualdade de tratamento no emprego e na atividade profissional).

4. A questão da paridade no ensino superior

Os estudos apontam que mais de metade dos alunos que frequenta o ensino superior são do género feminino por todo o mundo³², mas também que as mulheres estão ainda sub-representadas nos cargos de tomada de decisão na maioria dos Estados-Membros da própria União Europeia, e isto, apesar de representarem quase metade da força de trabalho e mais de metade das diplomadas no ensino superior.

Verificam-se desenvolvimentos positivos³³ quanto à presença das mulheres no setor da investigação, mas continua o seu número a ser significativamente inferior ao dos homens, bem como muitíssimo reduzida a sua presença em cargos académicos superiores, tal como no tecido empresarial de cargos decisórios. É de notar que a dificuldade gerada pela atribuição (ou pelo assumir) das tarefas domésticas tendencialmente às mulheres revela-se limitadora.

A cisão e a delimitação do público e privado, construídos e potencializados pelas histórias e mitos, no que tange aos papéis sociais da mulher e do homem, vão se cristalizando, tornando verdades absolutas inquestionáveis e santificadas. Tece-se, assim, a naturalidade da aceitação cultural do lugar da mulher e do homem na sociedade, legitimando a relação de hierarquia do poder entre os géneros³⁴.

Hoje, as mulheres geram filhos, cuidam deles e do lar, trabalham fora de casa, pagam contas, votam, ganham salários e continuam a ser discriminadas. No mundo do trabalho e da participação política, poder dar opinião ou garantir um salário melhor nunca foi fácil, muito menos para as mulheres que eram vistas como servas do lar e da procriação.

³² LETA, Jacqueline. *As mulheres na ciência brasileira: crescimento, contrastes e um perfil de sucesso*, 2003.

³³ Resolução do Parlamento Europeu P8_TA-PROV (2015)0311, cit., pontos F. e G.

³⁴ SILVA, C.. *A desigualdade imposta pelos papéis de homem e mulher: uma possibilidade de construção da igualdade de género*. São Paulo: PUC, 2009

Os direitos adquiridos pelas mulheres não vieram de uma hora para outra, são fruto de uma longa jornada de embates. Foram necessários protestos, mulheres corajosas e determinadas para garantir o direito de trabalhar ao lado de homens e ganhar dinheiro.

A visão de que as mulheres não tinham espaço no mundo do pensar não se materializou sozinha.

As mulheres são mais e têm maior longevidade. Casam e são mães (de menos filhos) cada vez mais tarde. Continuam a ser elas a assegurar a maioria das licenças de acompanhamento parental. O risco de pobreza é superior para elas, bem como a taxa de privação material. As mulheres presas são cada vez menos e as mulheres vítimas (de crimes contra as pessoas) são cada vez mais. As doenças do aparelho circulatório são a sua principal causa de morte. Estão em maioria no ensino secundário e superior. Têm vindo a aderir às novas tecnologias. Integram o mercado de trabalho, mas têm taxas de desemprego mais elevadas. Continuam a ser as principais agentes na prestação de cuidados.

Contudo, ao analisarmos a presença da mulher no ensino superior, há que ver com mais cuidado as áreas da ciência em questão porque os resultados não são equilibrados. A escolha do tema da observância da paridade no ensino superior merece continuado estudo pela sua atual importância e não se esgota na pequena análise aqui plasmada.

Determinadas áreas são tradicionalmente mais frequentadas por alunos do sexo feminino e outras por alunos do sexo masculino. A opção de candidatura ao ensino superior em determinados cursos que integram as áreas habitualmente designadas de Ciências e Engenharias³⁵, por um lado, e, por outro lado, as áreas das Humanidades³⁶ o que gera assimetrias e conclusões diferentes consoante a área em estudo, assimetrias que se prolongam nas áreas profissionais subsequentes.

As áreas de estudo preferenciais das mulheres ao nível de diplomados no ensino superior são as ciências sociais, comércio e direito, também na saúde e proteção social. À semelhança do observado para o total de diplomados, no ano letivo 2009/2010. Engenharia, indústrias transformadoras e construção, a par da educação, constituem as áreas de estudo em que se observam maiores diferenças entre as mulheres e o total de diplomados. Na área das engenharias a proporção de mulheres diplomadas é de 5,1%, para 11,8% no total de diplomados, enquanto na área da educação essa relação se inverte, sendo de, respetivamente, 12,2% para 8,7%.³⁷

O desenvolvimento de uma carreira académica no ensino superior encontra mais obstáculos para uma mulher do que para um homem na mesma categoria, embora isto não seja verdade de igual modo em todas as áreas científicas. Tal como no restante meio empresarial, crescem tarefas não laborais para as mulheres: além da óbvia gravidez e lactação, elas assumem as decorrentes responsabilidades maternas de uma forma quase monoparental (assistência a filhos doentes, deslocações às reuniões da escola dos educandos, acompanhamento a consultas médicas), apoio familiar (a idosos a seu cargo), tarefas domésticas rotineiras, tornando a conciliação entre a vida familiar e a vida profissional bem mais exigente do que para os seus colegas do sexo masculino.³⁸

³⁵ SAAVEDRA, L., VIEIRA, C. M., ARAÚJO, A., FARIA, L., SILVA, A. D., LOUREIRO, T., TAVEIRA, M. C., FERREIRA, S. "(A)Simetrias de género no acesso às Engenharias e Ciências no Ensino Superior Público". *ex æquo*, n.º 23. 2011. pp. 163 a 177.

³⁶ LETA, Jacqueline. *As mulheres na ciência brasileira: crescimento, contrastes e um perfil de sucesso*, 2003.

³⁷ Conforme se encontra na tabela do INE : INE. *Estatísticas no feminino: Ser mulher em Portugal 2001-2011*. 7 de Março de 2012.

³⁸ Resolução P8_TA-PROV (2015)0311 do Parlamento Europeu de 9 de setembro de 2015, sobre as carreiras das mulheres na ciência e na universidade e as barreiras invisíveis existentes.

Situação que, tal como no meio empresarial e político, as leva a enfrentar desigualdades no acesso a cargos de investigação, financiamento de atividades de investigação, publicação de obras científicas, prémios académicos ou programas de mobilidade docente, tornando a sua posição efetivamente inferior no domínio científico e na sociedade.

O esforço de conciliação entre a vida familiar e a participação no mercado de trabalho é, ainda, uma prática prosseguida sobretudo pela população feminina. São as mulheres quem mais utiliza instrumentos de conciliação entre o trabalho e a família, como a redução do horário de trabalho, a interrupção de carreira e a licença parental. Os cuidados a menores e a pessoas dependentes são, também, assegurados essencialmente pelas mulheres. A existência de filhos, sobretudo em idades mais baixas, e o nível de escolaridade condicionam a participação feminina no mercado de trabalho.

Alguma evolução positiva é possível de destacar³⁹.

Veja-se o caso da Universidade Portucalense, onde os cargos da direção são 100% ocupados pelo sexo feminino, conforme dados recolhidos pelas autoras. O cargo de vice reitor é também ocupado pelo sexo feminino.

Mas esse destaque é apenas mais um sinal da diferença, em algo que seria suposto ser igual: homens e mulheres na ciência e no mundo académico.

A Universidade Portucalense tem potencializado a inserção das mulheres nos cargos de direção.⁴⁰

No que toca à distribuição pelos dois géneros dos docentes no ensino superior de 2001 a 2014, durante este período a maior parte dos docentes são homens, ainda que essa maioria fosse mais expressiva no início do século XXI do que na atualidade. De facto, o peso das mulheres, no conjunto dos docentes do ensino superior, aumentou ligeiramente desde o início do século passando de um valor de 40,8% em 2001 para 44% em 2014 de acordo com o Relatório Sociográfico SNESUP de 31 de Dezembro de 2012.

É notório que, de facto, o peso das mulheres no conjunto dos docentes do ensino superior, aumentou ligeiramente.⁴¹

Já a maioria dos diplomados que termina a universidade são as mulheres. A tendência para a feminização dos diplomados de ensino superior parece registar uma estabilização em ambos os subsectores (universidade e politécnicos), com oscilações nos valores registados em cada ano entre 2001 e 2014.⁴²

Conclusão

As autoras pretenderam abordar um pouco a temática da presença feminina no ensino superior, considerada de importância crescente, num estudo que ainda por concluir, num percurso de análise que se prolongará e de que o presente trabalho representa apenas mais um passo.

A discriminação de género é demasiado presente e não encontra fundamento jurídico. A explicação é muito diluída por áreas do saber mas uma resposta poderá ser através da legislação, outra seguramente através da educação. Neste ponto, sendo certo que as mentalidades das novas gerações se preparam desde a pré-escola, as universidades têm um contributo vital a dar na mudança dos comportamentos, trazendo, através da investigação e da doutrina, novos dados e

³⁹ Conforme a comunicação apresentada pelas autoras no IV CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS com o Eixo Temático: Direito, Justiça e Sociedade no Tempo Presente, que decorreu em 4 e 5 de julho de 2016, na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto.

⁴⁰ Conforme a comunicação apresentada pelas autoras no IV CONGRESSO IBEROAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS com o Eixo Temático: Direito, Justiça e Sociedade no Tempo Presente, que decorreu em 4 e 5 de julho de 2016, na Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto.

⁴¹ ALVES, G. M., LOPES, P. *Ensino superior em Portugal: retrato sociográfico*. 2015

⁴² ALVES, G. M., LOPES, P. *Ensino superior em Portugal: retrato sociográfico*. 2015

argumentos, talvez até óbvios, para o discurso e o debate, contra a tradição e a rotina.

Atualmente a mulher desempenha um papel de igualdade com o homem na sociedade, tem direitos garantidos por lei que lhe garantem a igualdade entre os sexos. Um desses direitos adquiridos pela mulher foi o acesso à educação. Se hoje a mulher tem livre acesso ao ensino, foi uma conquista alcançada após uma árdua luta travada durante muito tempo pelas mulheres.

A entrada das mulheres na universidade aconteceu primeiramente nos Estados Unidos no ano de 1837, com a criação de universidades exclusivas para as mulheres. Na Europa foi um processo mais tardio, sendo que as grandes e tradicionais universidades não foram as primeiras a incluírem as mulheres no ensino universitário⁴³.

As mulheres foram por muito tempo tidas como biologicamente inferiores, como menos inteligentes do que os homens. Essa diminuição da mulher em relação ao homem contribuiu para o difícil acesso das mulheres ao ensino superior.

Atualmente, a ideia de que a mulher é inferior ao homem, felizmente já foi ultrapassada, considerando ainda que toda regra tem exceções, pois ainda existem pessoas que pensam dessa forma.

Se a condição humana fosse realmente ensinada como deveria, as mulheres não teriam sido invisíveis como foram e, de certa forma ainda o são em alguns órgãos de representação política e cargos de direção.

A ausência, que não foi voluntária, das mulheres na educação acarretou a invisibilidade delas na área educacional⁴⁴. E, conforme se mencionou, o caminho passa não apenas por medidas legislativas mas por uma integração em todas as políticas da dimensão de género.

Referências bibliográficas

- ALVES, Gaio Mariana., LOPES, Patrícia. *Ensino superior em Portugal: retrato sociográfico*, Dezembro de 2015. [consultado em 20 de Agosto 2016]. Disponível em: http://www.snesup.pt/htmls/_dlds/relatorio-retrato-sociografico-af.pdf.
- APGICO. *Liderança Feminina, Bem-estar e Inovação nas Empresas*, Outubro. 2013.
- ARAÚJO, Alexandra M; FERREIRA, Sara I.; SAAVEDRA, Luísa e TAVEIRA, Maria do Céu. Escolhas e planeamento de carreira: a tirania dos discursos tradicionais". *Revista Brasileira de Orientação profissional*. Jul.-dez. 2013, Vol. 14, N.º 2, 165-175.
- AZEVEDO, M. E. *Diário da Assembleia da República*, VII legislatura, 2.ª sessão legislativa, 1.ª série, n.º 99, pág. 3648
- BARREIROS, João Francisco. *A Lei da Paridade - A questão das quotas para a Assembleia da República*. Maio, 2012. [consulta em 3 de junho de 2016]. Disponível em http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/hpm_MA_15761.pdf.
- BELEZA, T. P.. *Direito das Mulheres e da Igualdade social. A construção Jurídica das Relações de Género*. Almedina. 2010.
- BEZERRA, Nathalia. *Mulher e universidade: a longa e difícil luta contra a invisibilidade*. [consultado a 25 de Agosto de 2015]. Disponível em: <http://www.uece.br/setesaberes/anais/pdfs/trabalhos/420-07082010-184618.pdf>.
- CALEIRA, A.. *Educação e desenvolvimento: que tipo de relação existe?* Universidade de Évora. 2013.

⁴³ BEZERRA, N. *Mulher e universidade: a longa e difícil luta contra a invisibilidade*. 2015.

⁴⁴ MORIN, E.. *Os setes saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva, Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, DF: UNESCO. 2000.

- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital, *CRP Constituição da República Portuguesa Anotada*. 4.^a edição. Coimbra Editora, 2007. Obra completa ISBN 978-972-32-1464-4.
- COMISSÃO EUROPEIA. Proposta de DIRETIVA DO PARLAMENTO EUROPEU E DO CONSELHO relativa à melhoria do equilíbrio entre homens e mulheres no cargo de administrador não-executivo das empresas cotadas em bolsa e a outras medidas conexas. Documento COM(2012) 614 final de 14.11.2012.
- Diário da Assembleia da República, I série N.º 13/XIII/1 2015.12.04, [consulta em 11 de agosto de 2016]. Disponível em: <http://app.parlamento.pt/webutils/docs/doc.pdf?path=6148523063446f764c324679626d56304c334e706447567a4c31684a53556c4d5a5763765247396a6457316c626e52766330466a64476c32615752685a47565159584a735957316c626e52686369387a4f4449775a44466a596930314d5449794c5452685a4445744f5749784e6930334e7a67344e5455315a6a5a6b595455756347526d&fich=3820d1cb-5122-4ad1-9b16-7788555f6da5.pdf&Inline=true>.
- Diário da Assembleia da República, II SÉRIE-A- XII Legislatura - NÚMERO 188,12-09-2013, Debate parlamentar.
- INE. *Estatísticas no feminino: Ser mulher em Portugal 2001-2011*. 7 de Março de 2012.
- LETA, Jacqueline. "As mulheres na ciência brasileira: crescimento, contrastes e um perfil de sucesso". *Estudos Avançados*, vol. 17, n.º 49, São Paulo, Sept./Dec. 2003. [consulta em 25 de maio de 2016]. Disponível em: http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/hpm_MA_15761.pdf.
- MORIN, Edgar. *Os setes saberes necessários à educação do futuro*. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva, Jeanne Sawaya. São Paulo: Cortez, DF: UNESCO, 2000.
- NETO, Luísa. *O direito e a igualdade de género*. Em "Novos Direitos", inserido no Ciclo Novo do Ciclo de Estudos Contemporâneos, 16 de Outubro a 18 de Dezembro de 2007, na Casa de Serralves.
- Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 316/18 de 12 de março de 2015, sobre o Relatório Anual sobre os Direitos Humanos e a Democracia no Mundo em 2013 e a política da União Europeia nesta matéria, JOUE C 316 de 30.08.2016.
- Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 316/21 de 12 de março de 2015, sobre as prioridades da UE para o Conselho dos Direitos do Homem da ONU em 2015, JOUE C 316 de 30.08.2016.
- Resolução do Parlamento Europeu 2016/C 289/10 de 27 de novembro de 2014, sobre o 25.º aniversário da Convenção, no JOUE C 289 de 09.08.2016.
- Resolução P8_TA-PROV (2015)0311 do Parlamento Europeu de 9 de setembro de 2015, sobre as carreiras das mulheres na ciência e na universidade e as barreiras invisíveis existentes.
- Resolução do Parlamento Europeu 2009/C 279 E/08 de 21 de maio de 2008, sobre as mulheres e a ciência, JOUE C 279 E de 19.11.2009, pp. 40-44.
- ROSA, Eugénio. *A mulher no ensino e com o ensino superior*. Março de 2011.[consulta a 18 de Agosto de 2016]. Disponível em: <http://www.eugeniorosa.com/Sites/eugeniorosa.com/Documentos/2011/15-2011-A-MULHER-COM-ENSINO-SUPERIOR.pdf>.
- ROSA, Eugénio. *A Situação da Mulher em Portugal no Dia Internacional da Mulher de 2011*. Março 2011. [consultada a 18 de Agosto de 2016]. Disponível em: <http://www.eugeniorosa.com/Sites/eugeniorosa.com/Documentos/2011/14-2011-Dia-Mulher-discriminacao-continua.pdf>.
- SAAVEDRA, Luísa; VIEIRA, Cristina Maria, ARAÚJO, Alexandra; FARIA, Liliana; SILVA, Ana Daniela; LOUREIRO, Telma; TAVEIRA, Maria do Céu e FERREIRA, Sara. "Condições necessárias e suficientes para escolher Ou não escolher as engenharias: Os olhares de raparigas." *Psicologia Educação e Cultura*, 2011, vol. XV, n.º 2, pp.287-302.
- SAAVEDRA, Luísa; VIEIRA, Cristina Maria; ARAÚJO, Alexandra; FARIA, Liliana;

- SILVA, Ana Daniela; LOUREIRO, Telma; Taveira, Maria do Céu e FERREIRA, Sara.
“(A)Simetrias de género no acesso às Engenharias e Ciências no Ensino Superior Público”. *ex æquo*, n.º 23, 2011, pp. 163 a 177.
- SILVA, C. *A desigualdade imposta pelos papéis de homem e mulher: uma possibilidade de construção da igualdade de género*. São Paulo: PUC.2009
- SILVA, E. “Mais mulheres em cargos políticos”. *Jornal de Notícias* de 16 de Maio.2017.
- SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana (coordenação): *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia - comentada*. Almedina, 2013. ISBN 978-972-40-5120-8.

Direito, Gênero e Literatura: sua aproximação a partir da obra de Clarice Lispector

Law, Gender and Literature: its approach from the work of Clarice Lispector

Angelita Maria Maders¹

Isabel Cristina Brettas Duarte²

URI Câmpus Santo Ângelo (Brasil)

Sumário: Introdução. 1 Prolegômenos acerca da escritora Clarice Lispector e de sua obra. 2 Gênero nas obras de Clarice Lispector. 3 A necessária aproximação entre Direito, gênero e Literatura. Conclusão. Referências.

Resumo: Objetiva-se, neste artigo, fazer uma aproximação entre o Direito, gênero e Literatura para demonstrar que o discurso baseado em parâmetros androcêntricos continua sendo reproduzido no meio jurídico, onde deveria ser implodido. Para fins de delimitação, utiliza-se como base teórica de dois livros de Clarice Lispector, intitulados *Laços de família* e *A hora da estrela*, escritora eleita por se tratar de uma mulher e por ela escrever sobre a condição feminina. A importância da relação entre essas áreas do conhecimento está na sua complementariedade no processo de humanização da sociedade e das instituições da justiça. Parte-se do pressuposto de que as obras eleitas espelham uma ideologia da realidade no que se refere às relações de gênero, bem como que o profissional do Direito exerce um trabalho de contínua interpretação e, para tanto, usa da linguagem e da representação da realidade por meio das palavras, no que pode ser auxiliado pela Literatura para concretizar uma utopia: uma justiça mais humanizada. Além disso, a Literatura pode auxiliar a suprir as omissões, as lacunas e o próprio silêncio que há nos discursos institucionalizados, inclusive jurídicos, de modo que essa aproximação deve ser incentivada. O método de pesquisa utilizado é o bibliográfico.

Palavras-chave: Gênero; Literatura; Direito; Clarice Lispector.

Abstract: In this article, we aim to make an approximation between Law, gender and Literature to demonstrate that discourse based on androcentric parameters continues to be reproduced in the legal environment, where it should be imploded. For purposes of delimitation, it is used as the theoretical basis of two books by Clarice Lispector, entitled *Laços de Família* (Family Ties) and *A hora da estrela* (The Hour of the Star), a writer elected for being a woman and for her writing about the female condition. The importance of the relationship between these areas of knowledge lies in their complementarity in the process of humanizing society and the institutions of justice. It is based on the assumption that the works chosen reflect an ideology of reality regarding gender relations, as well as that the legal professional carries out a work of continuous interpretation and, for that, uses language

1 Defensora Pública do Estado na Comarca de Santo Ângelo/RS, Professora da URI Câmpus Santo Ângelo, Mestre em Gestão, Desenvolvimento e Cidadania pela Unijuí, Doutora em Direito pela Universidade de Osnabrück, (Alemanha), Pós-Doutora pela Universidad de Santiago de Chile, e membro do Núcleo de Direitos Humanos da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: angmaders@hotmail.com

2 Doutoranda em Direito pela URI Câmpus Santo Ângelo, Mestre em Direito pela Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões – URI/Câmpus de Santo Ângelo/RS. Mestre em Letras pela URI/Câmpus de Frederico Westphalen/RS (Área de concentração: Literatura). Licenciada em Letras-Espanhol pela URI/Câmpus de Frederico Westphalen/RS. Advogada da Procuradoria-Geral do Município de Santo Ângelo/RS. Professora do curso de graduação em Direito da Campanha Nacional das Escolas da Comunidade/Instituto de Ensino Superior de Santo Ângelo - CNEC/IESA. E-mail: isabelcristinabd@yahoo.com.br

and the representation of reality by means of words, in what can be aided by Literature to concretize a utopia: a more humanized justice. In addition, literature can help to fill in the omissions, gaps and the very silence in institutionalized discourses, including legal ones, so that such an approach must be encouraged. The research method used is the bibliographic.

Keywords: Gender; Literature; Right; Clarice Lispector.

Introdução

Realidade e ficção interconectam-se, indubitavelmente; são faces de uma mesma moeda. As obras de ficção estão repletas de exemplos e de discursos que se assemelham à realidade ou retratam uma reflexão crítica acerca dela. Essas verossimilhanças existem, porque a ficção traz aspectos da condição humana no mundo para o olhar crítico dos leitores e, ao fazê-lo, relacionam-se também com outras áreas do conhecimento, inclusive com o Direito, que tem no ser humano e nas suas relações a sua matéria-prima.

Esse é um bom motivo para se estudar a relação entre a Literatura e o Direito, que remonta há longa data e ganhou diferentes nuances ao longo dos anos, pois ambos demandam interpretação e utilização da linguagem. Não obstante, ambos produzem conhecimento e ou transmitem discursos e compreensões que permeiam o social, seja no sentido de criticá-los, seja no sentido de reproduzi-los; porém, é a Literatura que consegue trabalhar com questões de gênero, igualdade e diferença por um viés não tradicional, e por meio de recursos que não podem ser encontrados no Direito, na medida em que a Literatura produz uma nova narrativa, um novo discurso, uma forma diferenciada de problematizar categorias, como o faz com as questões de gênero objeto deste artigo, o que também justifica o estudo aqui proposto.

As narrativas literárias também representam fatos históricos reconstruídos pela imaginação do autor e estão permeadas de valores organizados em forma de arte, mas que não passam de um espelho dos acontecimentos, valores e ou da ideologia da realidade, que integram o ordenamento jurídico e, por isso, devem ser conhecidos, a exemplo do que acontece com relação às mulheres, que, muitas vezes, são despojadas de sua humanidade e expostas à violência física e simbólica, negatória da sua condição de sujeito não somente na ficção da literatura, mas na vida real, repercutindo no mundo jurídico.

Justifica-se a escolha das obras utilizadas como viés de estudo por serem de autoria feminina de uma brasileira, Clarice Lispector, e por trazerem uma crítica, mesmo que implícita, à ideologia reinante acerca da violência simbólica em face das mulheres. Busca-se, neste texto, fazer uma articulação interdisciplinar entre Direito, gênero e Literatura, pois se está falando de personagens mulheres, de sujeito de direitos, tendo como pano de fundo questões de gênero. Entretanto, não se utilizará dessas obras para demonstrar um problema eminentemente jurídico, mas para observar como o discurso da inferioridade feminina é naturalizado na sociedade e, por sua vez, reproduzido também no ambiente forense, onde deveria ser implodido. Nesse intuito, serão utilizadas as personagens principais para exemplificar e demonstrar essa corporificação de conceitos e valores equivocados apresentados na Literatura e que também se verificam na sociedade e nos tribunais, espaços nos quais o exercício da alteridade deveria ser fundamental, sem discutir correntes ou teorias feministas e/ou descrever o trajeto histórico das lutas das mulheres por reconhecimento.

Para fins didáticos, o artigo segue dividido em três partes. Na primeira, são apresentadas a escritora e as obras trabalhadas no texto. Na segunda, são trazidos aspectos pontuais dos livros objeto de análise no que se refere à questão de gênero em um diálogo desmascarador, no intuito de demonstrar a intenção da autora em dar visibilidade à mulher. Na última, são apontadas algumas justificativas a realçar a importância da relação entre Direito, gênero e Literatura para a prática jurídica e para a perseguição de uma justiça mais humanizada.

1 Prolegômenos acerca da escritora Clarice Lispector e de sua obra

A título de introito faz-se mister situar contextualmente os livros em comento, bem como justificar a escolha da autora - Clarice Lispector - cujas obras são analisadas neste artigo. A opção pela escritora deve-se ao fato de, primeiramente, tratar-se de uma mulher que escreve sobre a condição das mulheres, mas não somente para elas, senão também para o público masculino. O lugar da mulher, de seu papel social, de sua identidade e das relações de poder na questão de gênero são temas que estão presentes já nos primeiros contos da escritora e se estendem até sua última obra. Segundo, trata-se de uma escritora e jornalista que, mesmo tendo nascido na Ucrânia, de origem judia, naturalizou-se brasileira, e cujo trabalho foi reconhecido pela crítica nacional e internacional e mereceu vários prêmios ao longo dos anos.

Ela estudou Direito, trabalhou como redatora na Agência Nacional e também como jornalista e escritora. Possui diversos livros publicados, dentre os quais romances, literatura infantil e diversos contos. Além disso, em 1952, Clarice utilizando do pseudônimo de Teresa Quadros, assinou o semanário *Comício* com uma coluna feminina denominada "Entre Mulheres". Em 1959 adotou outro pseudônimo, Helen Palmes, para escrever uma coluna no *Correio da Manhã*, intitulada "Correio feminino – Férias de utilidades".³ A autora faleceu vítima de câncer aos 56 anos de idade, no ano de 1977, logo após o lançamento de seu último livro, *A hora da estrela*, que foi adaptado ao cinema em 1985, um dos quais será explorado neste artigo.

Clarice está entre as escritoras que inauguraram uma tradição para a literatura da mulher no país por volta da década de 70, segundo Lúcia Helena, já que a literatura feita por mulheres é recente na historiografia literária brasileira, tendo iniciado na década de 50, quando eram poucas as escritoras mulheres e dentre as quais teria se destacado Júlia Lopes de Almeida.⁴

Importante esclarecer que não se tem a pretensão de aqui trazer a biografia da autora, até mesmo porque esta já foi lançada por diferentes autores e editoras, dentre eles Nádia Battella Gotlib, considerada uma das maiores especialistas em Clarice Lispector, sobre quem escreveu uma biografia de mais de 600 páginas, intitulada "Clarice uma vida que se conta". Sua vida foi alvo de diferentes pesquisas e discussões entre diversos escritores, críticos e leitores e continua sendo digna de debate. Objetiva-se, portanto, apenas trazer alguns dados para melhor situar e elucidar a escolha de se aventurar em parte do universo clariciano para fins da pesquisa que originou este texto.

A escrita de Clarice Lispector está marcada pelo predomínio de aspectos subjetivos, existenciais dos personagens, que conduzem o leitor a se defrontar, muitas vezes, com sua própria existência, com suas fragilidades e a repensar a condição humana. Segundo ela própria mencionava, escrevia sem a intenção de modificar qualquer coisa e ou o mundo com sua escrita. Contudo, pode-se dizer que seus escritos têm provocado transformações, pois têm alterado a sensibilidade de seus leitores e isso, no contexto social atual, é deveras importante e se quer transplantar para a ciência jurídica. Suas histórias, por vezes, parecem não seguir um enredo lógico com início, meio e fim; a autora concentra-se em aspectos mentais dos personagens, alguns até sem nome. Em regra, esses personagens são descritos em situações rotineiras do cotidiano, até ocorrer o que ela denomina de "epifania", quando eles tomam consciência de si e despertam para a vida, processando-se, então, uma metamorfose.

No que tange aos livros utilizados como base teórica para este artigo, a obra *A hora da estrela* de Clarice Lispector, a principal utilizada nesta pesquisa, é o último livro da autora e foi publicado antes de sua morte, no ano de 1977. Ele

3 Cronologia disponível em: <<https://claricelispectorims.com.br/vida/>>. Acesso em: 18 out. 2017.

4 HELENA, L. "Por uma tradição do feminismo na literatura brasileira", *Anais do Seminário Nacional Mulher e Literatura*, UFRN, Universitária, 1995, p. 169.

retrata a história da jovem alagoana Macabéa, órfã de pai e mãe, criada por uma tia, que foi morar no Rio de Janeiro. A retratação de sua existência pela escritora será a matéria-prima utilizada neste texto para analisar as relações de gênero na sociedade brasileira, bem como para demonstrar a possibilidade de a Literatura interagir com o Direito na busca de soluções para os problemas que afligem as relações de gênero e para romper com o ciclo da violência simbólica contra as mulheres.

Trata-se de um texto complexo, no qual a autora se utiliza de uma linguagem moderna, marcada pelo uso inusitado de pontuação e cheia de metáforas. Sob o aspecto literário, a obra da autora se inscreve em uma vertente introspectiva da Literatura e tem características de inovação da linguagem. Nela se encontram características dos autores da terceira fase modernista no Brasil, a exemplo do intimismo e da análise psicológica. Mas Clarice não se limita à ficção, pois especula também acerca da existência humana, transitando suas reflexões entre a Filosofia e Linguagem, o que é considerado característica dos romances lispectorianos, já que seus personagens representam a constante e incansável busca da verdade sobre si mesmos.⁵

Além dessa obra, também se utilizou de outro livro da autora, *Laços de Família*, publicado em 1960 e constituído por 13 contos, dos quais foram escolhidos três para fins de delimitação e exemplificação da temática explorada neste artigo, ou seja, *Devaneio e embriaguez duma rapariga*, *Amor* e *A imitação da rosa*, os quais apresentam convergências com relação à personagem principal, que é uma mulher, bem como o fato de todas serem casadas, voltadas à vida doméstica e de classe econômico-social média.

Clarice Lispector, ao longo dessas obras, apresenta variados enfoques e elementos conturbadores sobre as relações e os conflitos interpessoais e familiares vivenciados pela mulher em face de sua insatisfação com a condição social que lhe era destinada, que se resumia ao espaço privado da casa que habitava, do lar, da cozinha. Como já referido, conflitos de identidade e tomada de consciência de sua condição são verificadas nos contos *Devaneio e embriaguez duma rapariga*, *Amor* e *A imitação da rosa* e são mais explícitos na obra *A hora da estrela*.

Embora sejam textos escritos por uma mulher, isso não significa que se trata de um estudo feminista sobre a mulher. As obras citadas ultrapassam uma literatura meramente voltada para a representação da violência contra a mulher, pois o que retratam vai muito mais além: trata-se da “[...] violência simbólica contra a mulher devido à perpetuação de um modelo perverso de dominação masculina”.⁶

Não se pretende soar arrogante ao querer precisar o que a autora quis transmitir com sua obra; até mesmo com qual profundidade e amplitude ela quis tratar a questão da mulher e dos signos de uma ideologia nos livros publicados, mas o que se quer aqui demonstrar, com a humildade de um discípulo, é o que se pode extrair, a partir do singelo olhar das autoras deste texto, sob a lente de seus pontos de vista femininos, acerca da condição da mulher retratada na ficção pela escritora em comparação com a mulher real, bem como acerca da crítica que talvez a autora quis fazer à injustiça social.

2 Gênero nas obras de Clarice Lispector

Antes de se embrenhar nas linhas e entrelinhas das diversas páginas da obra clariceana, entende-se de bom alvedrio recordar o que se procura aqui definir como gênero. Não se desconhece e isso será demonstrado ao longo do texto, que a polissemia do termo tem tornado ainda mais complexa sua definição e seu emprego

5 Segundo Cândido (1977, p. 129), em GOMES DUTRA MAGALHÃES, H. “Uma barata chamada Macabéa: uma questão de gênero”, *Verbo de Minas: letras*, Juiz de Fora, v.13, n. 21, jan/jul. 2012, p. 41.

6 SOARES BENTES, H.H. “A ‘via crucis do corpo’ da mulher: trajetos de violência na literatura brasileira sob a ótica dos direitos humanos das mulheres”, *Revista Internacional de Direito e Literatura – Anamorphosis*, v. 2, n. 1, 2016, p. 158.

no caso concreto, seja por aqueles que utilizam a linguagem como arte, seja aqueles que dela se utilizam para fundamentar se decidir, julgar. Para fins deste texto, porém, a expressão gênero será utilizada como construção cultural, social e linguística que difere homens e mulheres não somente com relação às suas características biológicas, mas por meio de processos ou representações culturais que produzem a definição de seus corpos, de seus papéis, posições de poder e lugares sociais⁷, de modo que não há como não vincular o tema com a Literatura e com o Direito.

Perseguindo-se o intento proposto, no sentido de demonstrar a proximidade existente entre Direito, gênero e Literatura, observa-se que, nos contos que integram o livro *Laços de Família*, a autora procura mostrar a insignificância da condição feminina ao descrever as atividades rotineiras do singelo cotidiano das personagens principais, limitadas ao espaço territorial de suas residências, muitas vezes a se pentear em frente ao espelho, ou ao comparar sua visão de mundo à visão de um cego, o que induz à ideia de reflexão, mas a um refletir inicial, sem a tomada de consciência acerca de sua existência, o que aconteceria posteriormente. Nesses momentos, as personagens refletem acerca de suas atividades diárias, como esperar o marido voltar do trabalho, alimentar os filhos, arrumar a casa, cozinhar, ou seja, o papel de esposa e mãe que exerciam, orientado pelas convenções sociais da época. Em muitas passagens dos contos, a autora demonstrou que lhes restava o conformismo, pois a opressão e o desconhecimento de seu eu as impediam de lutar. Isso demonstra a dominação a que estavam sujeitas, pois, nas palavras de Bourdieu: “O poder simbólico não pode se exercer sem a colaboração dos que lhe são subordinados e que só se subordinam a ele porque o constroem como poder.”⁸

Porém, há momentos de tomada de consciência por parte das personagens, e estes são representados com êxtase, por meio de palavras que representam epifania, como é o caso do primeiro conto mencionado, quando ocorre a “embriaguez” da personagem. Não que a citada embriaguez representasse liberdade, mas o contrário, pois no momento em que a escritora descreve estar a personagem embriagada, ela própria constata que está ao lado do marido, sob sua proteção e vigilância. Esse estado deixa-a mais forte, talvez mais consciente, como descrito, mas é passageiro, limitado, o que corrobora o jugo de sua submissão. Isso se percebe da seguinte passagem:

Palestrava, e ouvia com curiosidade o que ela mesma estava a responder ao negociante abastado que, em tão boa hora, os convidara e pagava-lhes o pasto. Ouvia intrigada e deslumbrada o que ela mesma estava a responder: o que dissesse nesse estado valeria para o futuro em augúrio – já agora ela não era lagosta, era um duro signo: escorpião. Pois que nascera em novembro. Um holofote enquanto se dorme que percorre a madrugada – tal era a sua embriaguez errando lenta pelas alturas.⁹

Até mesmo a comparação descrita pela personagem de si mesma com um escorpião representaria essa força supostamente adquirida naquele estado de enebriamento, mas que se limitava àquele momento e sempre sob vigilância masculina.

No conto intitulado *Amor*, diferentemente do anterior, é já no início do texto que a personagem principal, Ana, toma consciência de sua ínfima condição, o que

7 ESTERMANN MEYER, D. “Gênero e educação: teoria e política” em LOURO, G.L. y NECKER, J.F. y VILDORÉ GOELLNER, S. (Orgs.). *Corpo, gênero e sexualidade: um debate contemporâneo na educação*, 2. ed. Petrópolis, RJ, Vozes, 2005, p. 16.

8 BOURDIEU, P. *A dominação masculina*, Trad. Maria Helena Kühner, Bertrand Brasil, 2011, p. 52.

9 LISPECTOR, C. *Laços de família: contos*, Rocco, 2009, p. 14.

ocorre sempre à tarde, “quando a casa estava vazia sem precisar mais dela”¹⁰, isto é, quando ela tem tempo livre para pensar, para refletir sobre sua vida, já que seus filhos e marido não estão em casa e as tarefas domésticas já estão concluídas. Nesses momentos, paradoxalmente, Ana tenta ocupar-se com outras coisas, a exemplo de compras e trabalhos manuais e a se iludir procurando conforto no fato de os filhos serem bons, a cozinha ser espaçosa e estarem pagando o próprio apartamento, talvez no intento de encontrar motivos para conformar-se com sua situação.

No fundo, Ana sempre tivera necessidade de sentir a raiz firme das coisas. E isso um lar perplexamente lhe dera. Por caminhos tortos, viera a cair num destino de mulher, com a surpresa de nele caber como se o tivesse inventado. O homem com que casara era um homem verdadeiro, os filhos que tivera eram filhos verdadeiros. Sua juventude anterior parecia-lhe estranha como uma doença de vida. Dela havia aos poucos emergido para descobrir que também sem a felicidade se vivia: abolindo-a, encontrara uma legião de pessoas, antes invisíveis, que viviam como quem trabalha – com persistência, continuidade, alegria.¹¹

A escritora segue descrevendo os conflitos vivenciados pela personagem Ana e seu conformismo com o “destino de mulher” que ela própria quisera e escolhera ao se casar, como referiu em duas passagens do texto. Segue uma delas:

Sua preocupação reduzia-se a tomar cuidado na hora perigosa da tarde [...]. Olhando os móveis limpos, seu coração se apertava um pouco em espanto. Mas na sua vida não havia lugar para que sentisse ternura pelo seu espanto – ela o abafava com a mesma habilidade que as lides em casa lhe haviam transmitido.¹²

Outro conto de Clarice para retratar sua crítica à insignificância da condição feminina e seu exercício dentro do espaço doméstico reservado às mulheres na época é intitulado *A imitação da rosa*, no qual a personagem principal, Laura, é descrita como alguém que sequer tem consciência de seu eu, muito menos uma percepção crítica acerca de seu papel na sociedade, ao contrário da mulher do amigo de seu marido, Carlota, com quem ela se relaciona. Até mesmo a descrição de Laura como uma pessoa de baixa estatura ao lado do marido alto e magro está a demonstrar sua inferioridade. Além disso, restou descrito que Laura sempre teve de ser discreta, controlar seus impulsos e ser minimamente visível, enquanto seu marido ocupa um cargo prestigiado e uma posição social.

Essa representação social do corpo de Laura ao longo do referido conto está a demonstrar o poder simbólico da dominação masculina. Mas ela também tem seu momento de tomada de consciência quando começa a pensar acerca dessa condição ao se comparar à beleza das rosas de um buquê, das quais rapidamente acabou se desfazendo para retornar ao conforto de seu conformismo.

Assim como Ana, do conto *Amor*, Laura procura manter-se ocupada com as atividades domésticas para não refletir acerca de sua vida, alimentando a submissão a que está condenada. Os homens, nos referidos textos, sempre ocupam seu espaço no meio público por meio das atividades profissionais que exercem.

Observa-se, todavia, que as personagens percebem as cadeias de violência que emanam do círculo doméstico, relações latentes de conflito entre o aprisionamento e o afeto, inconscientemente internalizados, perpetuados e institucionalizados, em autêntica representação do poder masculino, de modo que daí se extrai a crítica que talvez a autora pretendeu fazer à injustiça social, o alerta

10 LISPECTOR, C. *Laços de família: contos*, Rocco, 2009, p. 20.

11 LISPECTOR, C. *Laços de família: contos*, Rocco, 2009, p. 20.

12 LISPECTOR, C. *Laços de família: contos*, Rocco, 2009, p. 20-21.

da escritora acerca da necessidade de mudança do olhar para a mulher, de modo a vê-la como sujeito de direitos.

Para melhor demonstrar tal constatação, já nas páginas iniciais, desta vez do livro *A hora de estrela*, observa-se que a história é contada por um narrador masculino, artimanha utilizada pela escritora, quem sabe, no intuito de assumir características inerentes à condição masculina, a exemplo da maior agressividade, do menor sentimentalismo, para melhor descrever o que intentava e o fez de tal forma que acabou deixando clara sua posição de acordo com o pensamento cartesiano/dicotômico e polarizado preponderante sobre o gênero dos personagens: masculino-feminino em uma lógica de dominação, submissão, o que ainda se observa também na prática jurídica e aí a relação entre os temas e as áreas de conhecimento que se propõe.

De acordo com a narrativa deste instigante livro, Macabéa vivia, inicialmente, uma situação desumana de panaceia social e metafísica, um apagamento como ser humano e como mulher, desumanizada pelas condições socioeconomicoculturais a que se sujeitava, para, na sequência, perceber suas limitações, “a sua condição vegetativa e passa[r] a vivenciar e a representar a angústia da existência, momento que coincide também com a afirmação de sua condição feminina.”¹³ De acordo com Magalhães, Macabéa “transita entre os extremos da total alienação e a aguda consciência de si”¹⁴, o que confirma o entendimento acerca das características da escrita de Clarice Lispector anteriormente apontadas.

O perfil de Macabéa é o de muitas pessoas da vida real, ou seja, de sua insignificância, inclusive como mulher, de seu contexto social, de seu conformismo com a pobreza e com o anonimato existencial, marginalizada de si e de sua consciência acerca de seu papel no mundo, lutando apenas para sobreviver e para se afirmar quando encontrar algum homem para casar. De acordo com o narrador, Macabéa “Nunca pensara em ‘eu sou’. Acho que julgava não ter direito, ela era um acaso. Um feto jogado na lata de lixo embrulhado em um jornal”¹⁵, ou quando diz, “ela vive num limbo impessoal, sem alcançar o pior nem o melhor. Ela somente vive, inspirando e expirando, inspirando e expirando. Na verdade - para que mais que isso? O seu viver é ralo.”¹⁶

Nesse contexto social, percebe-se sua inconsciência também acerca de seu gênero, o que resta ainda mais perceptível quando analisada sua relação com o namorado, mesmo sendo ela retratada apenas no aspecto físico, biológico como uma pessoa sem atrativos físicos femininos a ensejar a relação sedutora, erótica com o masculino e também reprodutiva. Ela é descrita como tudo que para um homem seria inaproveitável, “Ninguém olhava para ela na rua, ela era café frio.”¹⁷ Nesse ínterim, o narrador é insistente em referir que lhe falta “o encanto, a feminilidade, ou seja, o ser mulher: Vou agora começar pelo meio dizendo que ela era incompetente. Incompetente para a vida. Faltava-lhe o jeito de se ajeitar.”¹⁸ Ainda, “Pois até mesmo o fato de vir a ser uma mulher não parecia pertencer à sua vocação.”¹⁹ Isso acentuava seu apagamento existencial e a distanciava de sua colega de trabalho, Glória, que evidenciava sua feminilidade para afirmar sua existência, tanto que Olímpico a trocou por Glória em sua relação amorosa.

A invisibilidade e subjugação de Macabéa também restou externalizada pelo narrador em sua relação empregatícia, quando ela fora abruptamente informada pelo chefe da firma de representação de roldanas onde trabalhava como datilógrafa

13 GOMES DUTRA MAGALHÃES, H. “Uma barata chamada Macabéa: uma questão de gênero”, *Verbo de Minas: letras*, Juiz de Fora, v.13, n. 21, jan/jul. 2012, p. 42.

14 GOMES DUTRA MAGALHÃES, H. “Uma barata chamada Macabéa: uma questão de gênero”, *Verbo de Minas: letras*, Juiz de Fora, v.13, n. 21, jan/jul. 2012, p. 43.

15 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 36.

16 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 23.

17 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 27.

18 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 24.

19 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 28.

de que seria despedida. Mesmo frente à brutalidade com que fora tratada pelo patrão e diante da informação de que somente a “bela” Glória seria mantida no emprego, não reagiu. Limitou-se a desculpar-se, o que surpreendeu Raimundo Silveira, seu chefe, que, diante daquela cena, abrandou então sua grosseria.²⁰ Mas ela confronta-se com sua insignificância logo adiante, pela primeira vez, na mesma página do texto, quando vai ao banheiro e, em frente ao espelho escurecido e baço, não viu refletida sua imagem. Nesse instante, Macabéa questionou-se: “Sumira por acaso a sua existência física? Logo depois passou a ilusão e enxergou a cara toda deformada pelo espelho ordinário, o nariz tornado enorme como o de um palhaço de nariz de papelão. Olhou-se e levemente pensou: tão jovem e já com ferrugem.”²¹

Como se percebe, as características atribuídas à personagem feminina transitam entre uma falta de tudo, seja nos aspectos físicos, emocionais, econômicos, seja nos aspectos culturais e sociais: “Ela nascera com maus antecedentes e agora parecia uma filha de um não-sei-o-quê com ar de se desculpar por ocupar espaço.”²² Há momentos em que ela é quase acusada pelo narrador por existir de forma tão insignificante, alternando-se com momentos nos quais é por ele defendida, a exemplo de quando justifica que suas necessidades vitais eram tão insuficientemente supridas, referindo-se à fome, que se esquecia da vaidade. Além de não saber se arrumar, ela sonhava que quando conseguisse comprar um creme com o parco salário que recebia, ao invés de usá-lo na pele, comeria-o.²³

Diferentemente, a figura masculina do texto além do narrador, Olímpico, é descrita como machista, como cabra-macho, que não tem medo de nada, safado, violento, dominador, portanto, o autêntico representante do patriarcado e da dominação masculina. É a partir dele e da relação com ele que é construída a identidade de Macabéa no texto, secundária no plano das relações sociais, sempre à margem, submissa, passiva, inclusive no momento em que ele termina o namoro, substituindo-a pela amiga e colega de trabalho, Glória. Percebe-se pois, como as representações sociais, os argumentos biológicos e culturais trazidos no texto e imputados aos personagens, enfatizam a desigualdade, pois ele (Olímpico) sempre é descrito como uma pessoa alegre, livre e, mesmo tendo cometido um grave delito em sua terra natal, o masculino sempre é o referencial; o homem é o chefe, a mulher livre, por sua vez, é aquela que é prostituta ou que se prostitui. Ele ainda é descrito pormenorizadamente com relação ao dente de ouro que possuía, o qual lhe dava uma posição na vida, diferentemente de Macabéa, descrita como uma figura medieval, que vivia na mais completa miséria, em um estreito espaço, destituído de reconhecimento público, próprio do sistema falocêntrico a que estava condenada. Essas características são símbolos produzidos e que continuam a reproduzir signos do masculino e do feminino, mesmo no século XXI, demonstrando questões ideológicas justificadoras da desigualdade de gênero. Macabéa reproduz essa ideologia até mesmo nos valores que traz consigo. Para retratar tal situação, transcreve-se o trecho do texto onde Macabéa refere: “Pensar era tão difícil, ela não sabia de que jeito se pensava. Mas Olímpico não somente pensava como usava palavreado fino. Nunca esqueceria que no primeiro encontro ele a chamara de 'senhorinha', ele fizera dela um alguém.”²⁴

Como se pode perceber, as características do feminino, na pessoa de Macabéa, são representadas negativamente e reproduzem o construído socialmente sobre a mulher, em especial sobre a mulher pobre e sobre aquela que não se utiliza de seus atributos físicos em uma conotação sexual. Até o seu nome (que a distingue dos demais) é ridicularizado e inferiorizado por Olímpico ao referir que

20 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 24-25.

21 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 25.

22 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 27.

23 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 38.

24 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 54.

parece nome de doença de pele.²⁵ Já o nome da figura masculina representa algo grandioso: Olímpico. Por outro lado, a mulher bonita é aquela mais libertina na questão sexual, na submissão aos caprichos sexuais masculinos, como objeto de prazer. Macabéa, assim como o narrador, parecem estar em busca da definição de sua identidade e de si mesmos, ora identificando-se com a realidade circundante, ora afastando-se. As distinções ou marcadores utilizados no texto, seja com relação à classe social, à aparência física, à sexualidade, são representativos do poder das diferenças e da má distribuição desse poder entre os sexos. Assim,

Durante o percurso de nossas especulações, foi possível constatar a íntima ligação entre existência e feminilidade em *A hora da estrela*. O projeto existencial de Macabéa é sincopado por um narrador masculino e machista (Camargo; Araújo, 2006, p. 118), que representa o olhar de uma sociedade arcaica sobre a mulher. Assim, ao afirmar no final do livro que Macabéa tivera consciência de que “O destino de uma mulher é ser mulher”, fecha qualquer possibilidade de realização da mulher fora do projeto construído para a mulher na sociedade machista.²⁶

O papel das personagens Macabéa e de Olímpico no texto são estereótipos construídos culturalmente ao longo da história, atribuídos a homens e mulheres e reproduzidos por Clarice Lispector para representar a cultura de dominação masculina, relegando à mulher um papel secundário, de um ser alienado e oprimido, até mesmo assim internalizado pela própria Macabéa, pois desconhece a si mesma, a sua própria identidade, o que, por si só, representa uma violência de gênero. A narrativa clariceana faz desfilar nas páginas do livro um discurso da sociedade androcêntrica sobre a mulher e os símbolos socioculturais que identificam o feminino na época. Esse discurso constrói subjetividades e retorna às relações entre homens e mulheres sob a forma de normas que são reproduzidas socialmente. A dominação do feminino pelo masculino, como visto no livro, costuma ser marcada pela violência simbólica e também pela física e psíquica.

A violência simbólica se institui por intermédio da adesão que o dominado não pode deixar de conceder ao dominante (e, portanto, à dominação) quando ele não dispõe, para pensá-la e para se pensar, ou melhor, para pensar sua relação com ele, mais que de instrumentos de conhecimento que ambos têm em comum e que, não sendo mais que a forma incorporada da dominação, fazem esta relação ser vista como natural; ou em outros termos, quando os esquemas que ele põe em ação para se ver e se avaliar, ou para ver e avaliar os dominantes (elevado/baixo, masculino/feminino, branco/negro etc.), resultam da incorporação de classificações, assim naturalizadas, de que seu ser social é produto.²⁷

Para melhor compreender o alerta que se faz à questão da violência simbólica, utiliza-se das palavras de Foucault, para quem, “[...] o indivíduo não é o outro do poder: é um dos seus primeiros efeitos. O indivíduo é um efeito do poder e simultaneamente, ou pelo próprio fato de ser um efeito, é seu centro de transmissão.”²⁸

Percebe-se, nas linhas e entrelinhas da narrativa literária, que a autora trabalhou, além da questão econômica, a sexualidade como representação da identidade de sua personagem, pois, até na proximidade da morte, descreveu seu último suspiro como um orgasmo: “a hora da estrela”, o que também é revelador

25 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 43.

26 GOMES DUTRA MAGALHÃES, H. “Uma barata chamada Macabéa: uma questão de gênero”, *Verbo de Minas: letras*, Juiz de Fora, v.13, n. 21, jan/jul. 2012, p. 56.

27 BOURDIEU, P. *A dominação masculina*, 3. ed., Bertrand Brasil, 2005, p. 47.

28 FOUCAULT. *Microfísica do poder*, 2. ed., Ed. Graal, 1981, p. 181.

de um pensamento que entende o corpo como algo produzido histórica, social e culturalmente, e que não pode ser tratado única e exclusivamente sob o viés da sua naturalização. Daí o entendimento de que o corpo precisa ser desnaturalizado.

Além disso, outra característica que é apontada como sendo da autora é a utilização da epifania, caracterizada neste livro, pelo momento derradeiro de tomada de consciência, de iluminação, em que a personagem Macabéa alcança um altiplano e se torna capaz de perceber a si mesma. Para isso a autora já acenou à página 29 do livro: “Pois na hora da morte a pessoa se torna brilhante estrela de cinema, é o instante da glória de cada um e é quando como no canto coral se ouvem agudos sibilantes.”²⁹ Isso é perceptível, ao final do livro, com relação a Macabéa, pois a sua efetiva consciência de si e de sua possibilidade de exercer um papel no mundo passa a existir após a visita que realiza a uma cartomante, quando passa a sonhar e acreditar que detém as rédeas de um futuro melhor em suas mãos. Contudo, logo após é atropelada e, quando deitada ao solo, experimenta suas potencialidades metafísicas, suas possibilidades como mulher, torna-se uma estrela com muitas pontas e brilho. “Este é um melodrama? O que sei é que melodrama era o ápice de sua vida, todas as vidas são uma arte e a dela tendia para o grande choro insopitável como chuva e raios.”³⁰ Porém, a personagem morre nesse frenesi e retorna ao nada de onde proveio.

Nesse contexto, a leitura reflexiva e a imaginação acerca da condição de Macabéa no livro significa um exercício de outridade, pois permite a tomada de consciência acerca da condição humana e de seus problemas. Compreender a condição existencial da personagem, assim como das demais referidas neste artigo, emocionar-se com ela e trazê-la à realidade atual de muitas mulheres potencializa o senso de justiça e de valores, seja do leitor cidadão, seja do juiz leitor, o que corrobora a afirmação de Ost:

A partir do momento em que somos seres de linguagem, exprimindo-nos através de palavras e de textos, penso que é o conjunto das ciências humanas e sociais, e não somente das ciências jurídicas, que pertence à arte de compreender. O paradigma hermenêutico caracteriza-os, polarizado pela questão, infinitamente relançado, do sentido, antes que o paradigma analítico, infelizmente dominante hoje, que crê poder raciocinar em termos de verdade não contestada e de encerramento lógico.³¹

Na obra, percebe-se a construção do feminino, em evidente desigualdade ao masculino, a partir das relações entre as personagens, bem como das relações de suas identidades, construídas a partir de regiões distintas do país, do nordeste e do sudeste. A relação espacial, territorial influenciou a construção da identidade de Macabéa? Ela é ou poderia ser distinta da de outras mulheres e de homens de outras regiões do país? A complexa personagem se presta a comprovar que a Literatura serve como um instrumento poderoso para a decifração da condição humana, pois “a literatura é por essência emancipadora e ultrapassa uma visão meramente instrumental.”³² (BENTES, 2016, p. 150). A vida pouco interessante e os fatos banais retratados nos livros não são distintos da realidade de muitas mulheres. A ingenuidade das personagens principais e a ignorância acerca de sua condição representam a violência social que sofrem as mulheres: a marginalização. Elas representam a alienação da mulher na sociedade daquela época, que a aceitava em algumas atividades profissionais no mercado de trabalho, mas de

29 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998.

30 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 82.

31 OST, F. “Direito e Literatura: os dois lados do espelho”, em entrevista concedida a Dieter Axt. *Revista Internacional de Direito e Literatura – Anamorphosis*, v. 3, n. 1, janeiro-junho 2017, p. 267.

32 SOARES BENTES, H.H. “A ‘via crucis do corpo’ da mulher: trajetos de violência na literatura brasileira sob a ótica dos direitos humanos das mulheres”, *Revista Internacional de Direito e Literatura – Anamorphosis*, v. 2, n. 1, 2016, p. 150.

menor relevância.

Neste sentido, a visão que Clarice Lispector mostra em relação aos gêneros é limitada, porque fundada num determinismo em que Glórias e Macabéas são todas dominadas num cenário em que o homem parece determinar as rédeas do jogo e em que a mulher só se impõe por meio de sua capacidade de sedução. Em nenhum momento o livro relativiza a discussão sobre até que ponto as relações entre sexo e gênero se afirmam e muito menos a possibilidade de haver outras vias de realização da mulher fora da esfera da sexualidade.³³

A violência que sofria sequer era percebida por Macabéia, seja com relação à tia que a criou, seu desamparo frente à falta dos pais, tanto no aspecto afetivo como econômico, seja do patrão e também do próprio Olímpico, que sequer a auxiliou a levantar quando caiu ao chão. A aceitação da violência e da exploração sexual está retratada também na fala da cartomante, referindo-se ao período em que se prostituía:

Olhe, eu era muito asseada e não pegava doença ruim. Só uma vez me caiu uma sífilis mas a penicilina me curou. Eu era mais tolerante do que as outras porque sou bondosa e afinal estava dando o que era meu. Eu tinha um homem de quem eu gostava de verdade e que eu sustentava porque ele era fino e não queria se gastar em trabalho nenhum. Ele era o meu luxo e eu até apanhava dele. Quando ele me dava uma surra eu via que ele gostava de mim, eu gostava de apanhar. Com ele era amor, com os outros eu trabalhava. Depois que ele desapareceu, eu, para não sofrer, me divertia amando mulher. O carinho de mulher é muito bom mesmo, eu até lhe aconselho porque você é delicada demais para suportar a brutalidade dos homens e se você conseguir uma mulher vai ver como é gostoso, entre mulheres o carinho é muito mais fino. Você tem chance de ter uma mulher?³⁴

Ao denunciar das violações referentes às questões de identidade, da sexualidade e do corpo, Clarice vai além quando afirma:

O que escrevo é mais de que invenção, é minha obrigação contar sobre essa moça entre milhares delas. E dever meu, nem que seja de pouca arte, o de revelar a vida. Porque há o direito ao grito. Então eu grito. Grito puro e sem pedir esmola. Sei que há moças que vendem o corpo, única posse real, em troca de um bom jantar em vez de um sanduíche de mortadela. Mas a pessoa de quem falarei mal tem corpo para vender, ninguém a quer, ele é virgem e inócua, não faz falta a ninguém.³⁵

Tal passagem da obra mereceria uma parada mais demorada, uma vez que adentra numa outra questão, cuja abordagem, entretanto, não foi o enfoque principal do estudo, mas que precisa ser trazida, mesmo que brevemente, devido ao inexorável liame entre gênero e corpo: a concepção do corpo não como simples entidade biológica, mas como uma construção sociocultural e linguística produto e efeito de relações de poder. A exemplo de outras passagens, revela pluralidade e a conflitualidade dos processos pelos quais a cultura constrói e distingue corpos e sujeitos femininos e masculinos. Ainda, expressa um pensamento que entende o corpo como algo produzido na e pela cultura, e que precisa ser desnaturalizado. Por

33 GOMES DUTRA MAGALHÃES, H. "Uma barata chamada Macabéia: uma questão de gênero", *Verbo de Minas: letras*, Juiz de Fora, v.13, n. 21, jan/jul. 2012, p. 57.

34 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 74.

35 LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998, p. 13.

ser histórico e cultural e, portanto, em permanente construto, o corpo não é algo dado *a priori*, uma vez que está vinculado às representações e aos discursos que sobre ele se produz, como se percebe a partir da personagem Macabéa.

Nessa linha de pensamento, o corpo é uma narrativa, cuja significação se opera no coletivo e no individual, sendo denominado por Michel Foucault como sendo uma “realidade biopolítica.”³⁶ Assim, o corpo pensando enquanto instância cultural e política implica uma vertente cuja perspectiva foge da lógica tradicional, na medida em que problematiza o corpo enquanto produtor de múltiplos e complexos sentidos, articulado com elementos como sexualidade, classe social, raça/etnia, idade, nacionalidade, religião, etc, a exemplo do corpo virgem de Macabéa, e também da passagem já citada anteriormente que trata da proximidade da morte, quando descreve seu último suspiro como um orgasmo: “a hora da estrela”.

Então, já no encaminhamento para as considerações acerca da necessidade de haver uma maior aproximação entre Direito, gênero e Literatura, tem-se que o Direito e a Literatura, embora com visões de mundo particulares, têm objetivos comuns: alcançar um mundo melhor, de sorte que a imaginação literária é um ingrediente essencial na educação para a humanidade e para a justiça, justamente porque ajuda a melhor compreender a realidade, pois a compreensão literária elimina os estereótipos que criam os ódios coletivos, ajuda as pessoas a se identificarem com grupos marginalizados e oprimidos, além de refinar o senso crítico dos leitores, abrindo-lhes novos horizontes de pensamento e interpretação.³⁷ É nesse sentido que a curta trajetória da personagem Macabéa se presta a denunciar um fracasso que é e continua atual: o fracasso em combater a desigualdade e a violência de gênero.

3 A necessária aproximação entre Direito, gênero e Literatura

Acredita-se que ao trabalhar com os aspectos psicológicos, ao especular sobre a existência humana e a busca de si mesmo, Clarice Lispector revoluciona, proporciona a criação de critérios de empatia e reconhecimento das diferenças e, consequentemente, respeito pelo outro. Por isso, voltando-se à questão da imbricação que existe entre a Literatura e o Direito, valendo-se do entendimento de outra autora, Martha Nussbaum, os juízes não podem ser bons juízes; os legisladores, bons legisladores; os economistas, bons economistas sem a Literatura,³⁸ pois ela auxilia na humanização das pessoas. Daí a necessidade de novas narrativas, “assimiláveis nos processos reflexivos das autonomias, das singularidades e das alteridades, tão necessários em um cotidiano cada vez mais judicializado.”³⁹

Como visto, as obras *A hora da estrela* e *Laços de Família* estão repletas de situações que retratam a submissão feminina, a cultura patriarcal, na qual o jurista pode colher exemplos que refletem os problemas da alma humana feminina. Por isso, de acordo com Godoy, “o jurista conhecedor da Literatura seria íntimo com problemas da alma humana”,⁴⁰ e, em assim sendo, pode se utilizar de suas experiências imaginativas para romper com o discurso dominador vigente e com os pré-juízos que levam a interpretações e decisões equivocadas em nome da justiça,

36 FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*, Ed. Graal, 1992, p. 77.

37 BRETTAS DUARTE, I.C. y MADERS, A.M. “O Direito e a Literatura cruzando os caminhos da justiça poética: uma estrada sem fim?”, *Anais do IV CIDIL – Censura, Democracia e Direitos Humanos*, v. 1, 2016.

38 NUSSBAUM, M. *Justicia Poética: la imaginación literaria y la vida pública*, Traducción de Carlos Gardini, Editorial Andrés Bello, 1997.

39 BASTOS PÊPE, A.M. “Direito e Literatura: uma intersecção possível - Interloquções com o pensamento waratiano”, *Revista Internacional de Direito e Literatura - Anamorphosis*, vol. 2, n. 1, janeiro-junho 2016, p. 7.

40 SAMPAIO DE MORAIS GODOY, A. *Direito e Literatura: ensaio de síntese teórica*, Ed. Livraria do Advogado, 2008, p. 10.

recordando-se que, no livro, são analisados valores da sociedade moderna da época em que escrito, ou seja, da década de 1970 no Brasil, mas que continuam a existir.

Nesse contexto, a leitura de textos literários como *A hora da estrela* e *Laços de família* “evidencia as injustiças sociais e as desumanidades a que estão subjugados aqueles que não detêm o poder de falar e de narrar a sua história, consoante os padrões culturais reputados válidos [...]”.⁴¹ Sensibilizar-se com essas questões na ficção é conhecer suas possibilidades na vida real. Isso auxilia a quebrar o ciclo da violência, que é dever de todos e do Estado, que pode fazê-lo por meio do Direito.

Mas ao impor padrões de normalidade à sociedade, o Direito acaba excluindo e violentando pessoas.⁴² Há quem afirme que a justiça tem classe, cor e gênero,⁴³ o que impede a concretização da isonomia, pois o Judiciário é integrado por agentes que possuem uma ideologia moldada por crenças formadas em um sistema patriarcal, reproduzindo a invisibilidade construída em relação à mulher, por exemplo. Sua suposta neutralidade desconsidera a existência de posicionamentos político-ideológicos e, por isso, acaba violando direitos, especialmente se considerados os complexos marcadores sociais de raça, gênero e classe. Tangencialmente a essa ideia, Foucault já ressaltava que o direito seria um instrumento de dominação,

[...] (e quando digo direito não penso simplesmente na lei, mas no conjunto de aparelhos, instituições e regulamentos que aplicam o direito), põe em prática, veicula relações que não são relações de soberania e sim de dominação. Pordominação eu não entendo o fato de uma dominação global de um sobre os outros, ou de um grupo sobre o outor, mas as múltiplas formas de dominação que podem se exercer na sociedade. Portanto, não o rei em sua posição central, mas os súditos em suas relações recíprocas: não a soberania em seu edifício único, mas as múltiplas sujeições que existem e funcionam no interior do corpo social.⁴⁴

Em que pesem as políticas públicas para combater a violência de gênero, considerada uma violação de direitos humanos, passarem pela atuação do Estado, já que esta é a forma de organização da sociedade brasileira, elas não têm conseguido olhar para a articulação entre os diferentes fenômenos que levam à violência como causa e às particularidades de cada caso. Não se pode desconsiderar que a violência de gênero nasce em uma situação complexa, na qual interagem diferentes fatores de diversas naturezas, de modo que não se pode correr o risco de homogeneizar uma realidade que é diferenciada por suas ricas peculiaridades. O papel do juiz, na hora de sentenciar, é justamente captar esse relevo multicolor sem retirar dele sua complexidade com intuito reducionista, simplificador, já que estas realidades estão em constante transformação e constituem o caldo da cultura de uma sociedade.

Se analisado o contexto histórico brasileiro, houve um processo de regulação dos conflitos de gênero no Brasil por parte do Estado por meio da mobilização legal e utilização do Direito como mecanismo de integração social na década de 90 com a criação das Delegacias Especializadas no Atendimento à Mulher, o que foi reforçado com a entrada em vigor da Lei n.º 9.099/1995, fruto da

41 SOARES BENTES, H.H. “A 'via crucis do corpo' da mulher: trajetos de violência na literatura brasileira sob a ótica dos direitos humanos das mulheres”, *Revista Internacional de Direito e Literatura – Anamorphosis*, v. 2, n. 1, 2016, p. 148.

42 FOUCAULT, M. *Os anormais*. Curso no Collège de France (1974-1975), WMF Martins Fontes, 2010.

43 Nesse sentido ver GUIMARÃES OLIVEIRA, T. “Qual a classe, a cor e o gênero da justiça? Reflexões sobre as (im)possibilidades de combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres negras pelo Poder Judiciário Brasileiro”, *Revista Mediações*, Londrina, v. 21, n. 1, jul./dez., 2016, p. 104.

44 FOUCAULT. *Microfísica do poder*, 2. ed., Ed. Graal, 1981, p. 181.

mobilização de diversas instâncias do sistema de justiça, inclusive internacional e de movimentos feministas e de direitos humanos. Posteriormente, com o advento da Lei 11.340/06, convergindo com os interesses das lutas feministas, buscou-se melhorar o atendimento dos casos de violência doméstica oriundos da relação de gênero.

Não obstante, estudos indicam que existe um tratamento discriminatório à mulher no próprio Judiciário, especialmente no emprego do conceito gênero, cuja imprecisão ainda é acentuada pelos magistrados, que a equiparam à hipossuficiência. Como referido por Sciammarella e Fragale Filho⁴⁵, este teria sido o critério utilizado para afastar a competência da Lei 11.340/06 no caso da atriz Luana Piovanni *versus* Dado Dolabella, amplamente divulgado na imprensa:

[...] o campo de atuação e aplicação da respectiva lei está traçado pelo binômio hipossuficiência e vulnerabilidade em que se apresenta culturalmente o gênero mulher no conceito familiar, que inclui relações diversas, movidas por afetividade ou afinidade. No entanto, uma simples análise dos personagens do processo, ou mesmo da notoriedade de suas figuras públicas, já que ambos são atores renomados, nos leva a concluir que a indicada vítima, além de não conviver em relação de afetividade estável com o réu ora embargante, não pode ser considerada uma mulher hipossuficiente ou em situação de vulnerabilidade.⁴⁶

Esta decisão, todavia, foi revertida no STJ, que devolveu a competência do Juizado da Violência doméstica por entender estar presente a violência de gênero, elementar para a fixação da competência, já que o agressor seria o companheiro da vítima e havia a relação doméstica e familiar. Outrossim, a decisão foi arrazoadada com base em conceitos sociológicos, afirmando que a violência de gênero é fruto da equivocada inferioridade atribuída ao gênero feminino e dos papéis sociais atribuídos a cada um.⁴⁷

Antes disso, a antropóloga Mariza Correa realizou pesquisa para sua dissertação de mestrado sobre a questão de gênero nos tribunais, a qual resultou na obra intitulada “Morte em família: Representações jurídicas de papéis sexuais”, que foi publicada em 1983, embora escrita em 1975. Na oportunidade, Corrêa analisou processos de homicídios passionais ocorridos em Campinas nas décadas de 1950 e 1960, concluindo que o Poder Judiciário, instituição responsável em garantir a “igualdade”, reafirmava as diferenças de classe e de gênero, especialmente nos julgamentos de “crimes passionais”, quando era valorizada a conduta moral masculina e a feminina em detrimento da análise específica do delito cometido.⁴⁸

Não é distinta a situação exposta no livro *O judiciário e a violência contra a mulher: a ordem legal e a (des)ordem familiar*, publicado em 1995 nos Cadernos CEPIA como resultado de uma pesquisa vinculada ao Movimento Feminista que ocorreu entre os anos de 1993 e 1995, apoiada pela Fundação FORD, na qual as

45 OLIVEIRA SCIAMMARELLA, A.P. y FRAGALE FILHO, R. “Desconstituindo gênero no Poder Judiciário. Dossier: Violências de gênero e direito(s): diálogos feministas”, *Ex aequo*, n. 31, Lisboa, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100005#14>. Acesso em: 03 out. 2017.

46 Trecho do acórdão dos embargos infringentes e de nulidade n.º 0376432-04.2008.8.19.0001, 7.ª Câmara Criminal – TJRJ, Vogal designado para o acórdão: Desembargador: Sidney Roda da Silva, 25 jun. 2013.

47 Recurso Especial n.º 1.416.580 – RJ, julgado pelo STJ em 01 abr. 2014.

48 Nesse sentido o trabalho apresentado por Alessandra de Andrade Rinaldi na 26ª Reunião Brasileira de Antropologia, realizada em Porto Seguro, Bahia, intitulado *Violência e gênero – A construção da mulher como vítima e seus reflexos no Poder Judiciário: a lei Maria da Penha como um caso exemplar*. Disponível em: <http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2012/alessandra%20de%20andrade%20rinaldi.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

autoras, Jaqueline Hermann e Leila Linhares Barsted, realizaram uma avaliação sobre a cultura jurídica brasileira no que se refere à violência doméstica, bem como a resposta dada pelo Judiciário à questão de gênero, discutindo como a diferença entre os sexos era transformada em desigualdade social. Elas perceberam que a moral sexual feminina era objeto de argumentação e justificação para as decisões, especialmente nos crimes passionais.⁴⁹

Essa “moral sexual” feminina foi de alguma forma questionada por Clarice Lispector nas obras literárias estudadas para se fazer o liame com o problema proposto neste artigo. Na época, a escritora já alertava que, de acordo com o poder simbólico da dominação masculina, para a coletividade transparece que os homens estão autorizados a explorar essa dominação em relação às mulheres mesmo que para isso necessitem utilizar da força física. A cultura machista leva a uma culpabilização e até a uma autoculpabilização das vítimas, a exemplo da personagem Macabéa, o que acaba legitimando a desigualdade de gênero, um dos efeitos simbólicos da violência. Perpetuou-se essa ideologia, de tal forma que, somente quando haveria um excesso no uso dessa força é que haveria violência na forma de crime e, portanto, passível de análise judicial.

O Poder Judiciário, mesmo após as mudanças legislativas ocorridas na última década em relação à questão de gênero, continua amarrado a respostas jurídicas vinculadas a um tradicionalismo legalista-positivista, sujeito à assimilação dos parâmetros androcêntricos, e reflete em suas decisões a estrutura social em que se encontra inserido, reproduzindo-a na prática jurisdicional por meio de uma leitura da violência de gênero adstrita ao conflito isolado e privado, sem enxergá-la como uma **violação de direitos humanos e por vezes utilizando argumentos morais ao invés de técnicos em seus julgamentos**. Isso se verifica, inclusive, na interpretação equivocada de gênero, pois de acordo com Sciammarella e Fragale Filho, a polissemia do termo gênero tem sido utilizada no Judiciário com outros matizes, onde estaria se desconstituindo e ou se diluindo nos debates acerca da competência judiciária, o que viria de encontro às expectativas nele depositadas pelos movimentos feministas e também da intenção da própria lei. Segundo os citados autores,

Embora falem uma língua de intenção e moralidade, os tribunais forjam a versão jurídica dos conflitos de gênero consultando uma matriz de relações possíveis entre as partes envolvidas. É de acordo com essa matriz, que estabelece uma distinção entre as relações, que o judiciário procura traçar uma fronteira, que delimita a possibilidade de aplicação, ou não da LMP. Essa matriz não é, necessariamente, norteadas pelas expectativas do movimento feminista e pelos debates sobre gênero/relações de poder entre homens e mulheres.⁵⁰

Também se verifica essa discriminação na produção da prova da agressão sofrida, que necessita de marcas físicas, quando, muitas vezes, essa agressão é psicológica e ou não deixa marcas aparentes, podendo ser apenas ameaça, além de ser produzida entre quatro paredes e ou na frente de familiares, cujo testemunho

49 Nesse sentido o trabalho apresentado por Alessandra de Andrade Rinaldi na 26^a Reunião Brasileira de Antropologia, realizada em Porto Seguro, Bahia, intitulado *Violência e gênero – A construção da mulher como vítima e seus reflexos no Poder Judiciário: a lei Maria da Penha como um caso exemplar*. Disponível em:

<http://www.abant.org.br/conteudo/ANAIS/CD_Virtual_26_RBA/grupos_de_trabalho/trabalhos/GT%2012/alessandra%20de%20andrade%20rinaldi.pdf>. Acesso em: 20 set. 2017.

50 OLIVEIRA SCIAMMARELLA, A.P. y FRAGALE FILHO, R. “Desconstituindo gênero no Poder Judiciário. Dossier: Violências de gênero e direito(s): diálogos feministas”, *Ex aequo*, n. 31, Lisboa, jun. 2015. Disponível em:

<http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100005#14>. Acesso em: 03 out. 2017.

não tem a mesma valoração em juízo, reproduzindo os arquétipos da desigualdade de gênero.

Então, a questão de gênero, em sua gramática literária e em suas diferentes gramáticas, é traduzida para o Direito e, por vezes, desconstituída pelo Judiciário na atuação prática no momento da construção das decisões judiciais. Diferentes interpretações têm sido dadas, inclusive, para definir a violência de gênero de forma reducionista, simplificadora da complexidade que lhe é inerente, limitando-a à violência doméstica e à violência familiar, o que se torna violador e oculta a impunidade, já que a primeira restringe-se ao âmbito do lar, um espaço simbólico protegido moralmente, no qual o Estado não poderia intervir, enquanto que a segundo seria mais abrangente, pois incluiria os demais membros da família. Ocorre que a violência de gênero é ainda mais ampla e complexa, pois abarca sua origem no aspecto relacional e social e outros fatores e estruturas fundamentadas na histórica desigualdade de gênero. Daí a importância do papel da confluência de Direito e Literatura, pois

Segundo Ginzburg, “o problema das relações entre literatura e direitos humanos tem ligação com omissões, lacunas e silenciamentos em discursos institucionais, jurídicos e científicos” (2012, p. 201). A literatura auxilia-nos na compreensão de linguagens assimétricas, ocultas, vozes silenciosas que a obra literária deixa transparecer.⁵¹

No campo teórico, as imbricações entre o Direito e a Literatura são trazidas por diferentes autores, pois a Literatura além de ser uma ferramenta que possibilita registrar a historicidade humana e seus anseios, é também um sistema de significação e ressignificação, de produção dos construtos humanos⁵² e, como tal, ela pode auxiliar na prática jurídica, especialmente quando necessária a utilização da hermenêutica, uma vez que “só percebemos o mundo através de uma estrutura de convenções, esquemas e estereótipos, um entrelaçamento que varia de uma cultura a outra.”⁵³

Na doutrina, essa relação do Direito com a Literatura é comumente dividida em três categorias de estudo pelos autores da área: o Direito na Literatura, o Direito como Literatura e o Direito da Literatura. A primeira categoria estuda a forma como o Direito é apresentado nos textos literários; a segunda visa a construir uma releitura dos atos jurídicos, conferindo um viés artístico e literário para eles; e, por fim, a última busca investigar a regulamentação jurídica dada à Literatura. Mas a esses três eixos de convergência foram acrescidos outros dois por François Ost: “o Direito pela Literatura”, exemplificado pelo autor como os panfletos literários de Voltaire, que visavam a denunciar os abusos do regime da época, de modo a tratar dos “textos literários escritos por juristas ou políticos com intuito de fazer avançar uma ‘causa’.”⁵⁴ Também tem a “Literatura como Direito”, de acordo com o qual, os textos literários são utilizados como “fonte de direito” para resolver os conflitos.⁵⁵

Neste artigo procura-se demonstrar a relação do Direito com a Literatura de

51 SOARES BENTES, H.H. “A ‘via crucis do corpo’ da mulher: trajetos de violência na literatura brasileira sob a ótica dos direitos humanos das mulheres”, *Revista Internacional de Direito e Literatura – Anamorphosis*, v. 2, n. 1, 2016, p. 152.

52 HUTCHEON, L. *Poética do pós-modernismo: história, teoria, ficção*, Trad. Ricardo Cruz, Imago Ed., 1991, p. 122.

53 BURKE, P. *A escrita da História: novas perspectivas*, UNESP, 1992, p. 15.

54 OST, F. “Direito e Literatura: os dois lados do espelho”, em entrevista concedida a Dieter Axt. *Revista Internacional de Direito e Literatura – Anamorphosis*, v. 3, n. 1, janeiro-junho 2017, p. 262.

55 OST, F. “Direito e Literatura: os dois lados do espelho”, em entrevista concedida a Dieter Axt. *Revista Internacional de Direito e Literatura – Anamorphosis*, v. 3, n. 1, janeiro-junho 2017, p. 262.

acordo com a categoria de estudo Direito na Literatura. Para melhor esclarecer, utiliza-se do exposto por Arianna Sansone, citada por Trindade e Gubert⁵⁶, quando refere que o estudo do Direito na Literatura se desenvolve com base na corrente norte-americana, evidenciando o papel da Literatura na afirmação e críticas referentes aos valores culturais e éticos da sociedade e do Direito. A Literatura faz com que o leitor se posicione criticamente em relação às questões fundamentais do mundo prático. Desse modo, um dos principais objetivos do estudo do Direito na Literatura é fazer com que o Direito encontre na Literatura,

[...] pontos de apoio que forneçam ao Direito (e à Constituição) compreensões necessárias – a serem amalhadas e (re)processadas por sua lógica funcional – sobre o bem e o mal, o justo e o injusto e o legal e o ilegal. Dessa maneira, a Literatura poderá conduzir o Direito (Constitucional) a um aprofundamento de seus valores e de suas decisões, mormente porque baseadas em um texto (direito positivado).⁵⁷

Como se percebe, o estudo do Direito na Literatura é de fundamental importância, pois ele visa a analisar as narrativas literárias, da qual são identificadas questões retóricas importantes que auxiliam na compreensão do Direito, mas, mais do que isso, na própria recriação do Direito em sua busca pela verdade. A Literatura possui uma função humanizadora, pois é capaz de aproximar o Direito das necessidades de todos, de forma que faz com que esses tomem conhecimento das possibilidades que existem no Direito e de que navegam em um arquipélago de incertezas, como já referia Morin⁵⁸ e também expressado por Foucault.

Nem tudo é verdadeiro; mas em todo o lugar e a todo momento existe uma verdade a ser dita e a ser vista, uma verdade talvez adormecida, mas que, no entanto, está somente à espera de nosso olhar para aparecer, à espera de nossa mão para ser desvelada. A nós cabe achar a boa perspectiva, o ângulo correto, os instrumentos necessários, pois de qualquer maneira ela está presente aqui e em todo lugar.⁵⁹

Além disso, as imbricações entre o Direito e a Literatura são de fundamental importância para a formação da identidade dos seres humanos, sendo que essa relação também é necessária para que se possa compreender as relações humanas, interpretar a sociedade e construir uma justiça mais humanizada. Nesse sentido, cabe trazer a instigante pergunta formulada por Ost, bem como sua interessante resposta: “De que forma a Literatura fornece respostas? Eu diria: sempre de maneira indireta, oblíqua, imprevista.”⁶⁰ Aí reside um manancial de possibilidades a ser explorado, sendo o gênero apenas uma de suas vertentes.

Literatura e Direito são campos distintos de saber e suas fronteiras ora podem se cruzar, ora se distanciar em campos polarizados e antagônicos. A Literatura é tida como subversiva, como inimiga da economia política, por alguns,

56 KARAN TRINDADE, A. y MAGALHÃES GUBERT, R. y COPETTI NETO, A. (Orgs.). *Direito e Literatura: reflexões teóricas*, Ed. Livraria do Advogado, 2008.

57 KARAN TRINDADE, A. y SCHWARTZ, G. (Orgs.). *Direito e Literatura: o encontro entre Themis e Apolo*, Ed. Juruá, 2008, p. 84.

58 MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*, Trad. Catarina Eleonora da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho, 5. ed., Cortez / UNESCO, 2002.

59 FOUCAULT. *Microfísica do poder*, 2. ed., Ed. Graal, 1981, p. 113.

60 OST, F. “Direito e Literatura: os dois lados do espelho”, em entrevista concedida a Dieter Axt. *Revista Internacional de Direito e Literatura – Anamorphosis*, v. 3, n. 1, janeiro-junho 2017, p. 264.

embora outros, ao contrário, entendem que ela pode cultivar a imaginação, que pode ser uma ponte para a justiça social, tanto que, segundo Nussbaum, “si renunciámos a ‘la fantasia’, renunciámos a nosotros mismos.”⁶¹

A Literatura, então, por sua essência emancipadora, pode ser um instrumento que auxilia na decifração da condição humana e para a compreensão dos direitos humanos na superação da vulnerabilidade, na medida em que ela “[...] esclarece-nos sobre a antropologia jurídica, ou a sociologia política, que concernem não aos detalhes da solução jurídica em si, mas prioritariamente a seu contexto humano, social – até mesmo a seus fundamentos éticos e filosóficos.”⁶². E para que o manancial de possibilidades dessa essência emancipadora seja melhor explorado, o jurista deve se afastar do perfil tradicional, que “considera o Direito como um sistema de normas onde domina por excelência a palavra, a manifestação do dito, do escrito, do conhecimento e pensamento simbólico.”⁶³ Isso porque o modelo tradicional

[...] forma juristas sem sensibilidade, corpos sem capacidade de se relacionar sensivelmente com os outros e com o mundo, incapazes de perceber e literalmente escutar os sentimentos das pessoas. Em um tempo onde todo modo de comunicação que quer ser eficaz deve passar também pelo tato, pelo som e pela imagem, o Direito permaneceu no estágio do discurso e, primordialmente, do discurso escrito, redigido. Sua razão de ser consiste na existência de normas pelo menos incitativas ou persuasivas, mas muito mais prescritivas, imperativas ou proibitivas, no que concerne aos comportamentos individuais e sociais eventuais. Se estes comportamentos estão submergidos na realidade, o Direito parece os levar em consideração somente quando substitui o real pelos signos. A partir daí nasce uma atuação do Direito que constitui uma operação de desvio da realidade. O que era mundo, movediço, múltiplo e contraditório, reduz-se e torna-se palavra na lei e no processo [...].⁶⁴

O Direito, nessa toada, há de há ser reconhecido como imaginário, no sentido de ficcional, um produto do desejo, com o mesmo estatuto dos sonhos, mas um sonho coletivo e semiconsciente; pois

[...] o Direito nada mais é do que a visão local e temporalmente recortada por um humano detentor da capacidade e função de dizer o direito como um acontecimento real. Outro humano, dirá outro direito. Funciona o Direito, então, como um sistema fictício, mas colocado na realidade ao abrigo dos imaginários individuais e coletivos não iniciados e subversivos. Ao cristalizar uma determinada compreensão, não apenas rejeita outras possíveis, senão que também mumifica tudo o que, originalmente, estava vivo.⁶⁵

O discurso dos direitos humanos expressa e revela a vulnerabilidade humana. Ele pauta-se em uma agenda de direitos inalienáveis, irrenunciáveis e

61 NUSSBAUM, M. *Justicia Poética: la imaginación literaria y la vida pública*, Traducción de Carlos Gardini, Editorial Andrés Bello, 1997 p. 21.

62 OST, F. “Direito e Literatura: os dois lados do espelho”, em entrevista concedida a Dieter Axt. *Revista Internacional de Direito e Literatura – Anamorphosis*, v. 3, n. 1, janeiro-junho 2017, p. 265.

63 RICCIARDI SBIZERA, J.A. *Arte e Direito: o lugar da Literatura na formação do jurista crítico-sensível*, Ed. Lumen Juris, 2015, p. 135.

64 RICCIARDI SBIZERA, J.A. *Arte e Direito: o lugar da Literatura na formação do jurista crítico-sensível*, Ed. Lumen Juris, 2015, p. 135.

65 RICCIARDI SBIZERA, J.A. *Arte e Direito: o lugar da Literatura na formação do jurista crítico-sensível*, Ed. Lumen Juris, 2015, p. 136.

imprescritíveis, mas que são diariamente tratados com desumanidade, como mercadoria, como objeto, o que se observa da descrição da personagem principal da obra *A hora da estrela* trabalhada nesse artigo - Macabéa -, um entre tantos exemplos de que não há fronteiras rígidas entre o discurso jurídico e seu pretensão estatuto de cientificidade, e as narrativas literárias e sua criatividade imagética, pois “não somos herdeiros da República Platônica, portanto, não expulsamos os nossos poetas e narradores. Convivemos esteticamente com sua *poiesis* e seu fazer criativo, que nos desvela existenciais e mundos.”⁶⁶

Acerca desse sufocamento do cotidiano pelas estruturas jurídicas, Pêpe afirma que o monopólio da racionalização judicial, fruto da racionalidade instrumental e estratégica que caracteriza o Direito, dificulta o exercício efetivo da cidadania pressuposto pelas Constituições democráticas, enquanto que “[...] a narrativa literária está relacionada a uma forma de racionalidade que Habermas denominaria estético-expressiva.”⁶⁷

Portanto, para ser criativo, dinâmico e multicultural, o Direito precisa da Literatura, na medida em que esta é um lugar privilegiado de formação do jurista crítico-sensível, “um dos lugares mais capazes de tornar apto o aprendizado e o uso de conhecimentos e pensamentos que para muito além das palavras, vai à realidade, ao sensível e ao humano, do humano.”⁶⁸ Por isso, é uma ilusão acreditar na completude e na unicidade do mundo jurídico, quando, na verdade, o Direito é polifônico, como o é a própria vida; são os seres humanos, a palavra e a linguagem. Assim, na esteira de Ost ⁶⁹, a aproximação entre Direito e Literatura conduz a uma dupla inversão: a inversão do possível e do real e a inversão do singular e do universal. A primeira consiste em testemunhar que o próprio real é outra coisa senão uma modalidade do possível, ou seja, trata-se de enxergar a realidade pelo espelho da ficção. Já a segunda inversão leva o pensamento a conceber o particular como uma entidade que somente existe deixando-se subsumir sob o império do universal, delineando-se, assim, um universo bem ordenado, marcado por uma lógica linear e classificações estritamente hierarquizadas que, no ato da inversão pelo imaginário, propõe intrigas singulares que têm por efeito desarranjar e desafiar o universal formal que gostaria de codificar todo o real; trata-se de (des)ocorrer por rupturas.⁷⁰

Conclusão

Os livros estudados, para cumprir com o objetivo proposto, registram diferentes formas e episódios de violência contra a mulher, tratando-a não como sujeito de direitos, mas como pessoa submissa, invisível e não merecedora de dignidade, discurso este de perpetuação de violência simbólica contra as mulheres que se pretende capturar na Literatura e demonstrar como este se repete na seara jurídica.

Desse modo, o estudo do Direito pode tornar-se crítico na medida em que se movimenta alternando a perspectiva do olhar do observador, e faz de si mesmo um objeto a ser estudado a partir de fora, usando uma linguagem extrajurídica, uma metalinguagem, a qual pode ser oriunda das mais diversas áreas do conhecimento humano, a exemplo da Literatura, o que se reputa imprescindível para compreender questões de gênero.

66 BASTOS PÊPE, A.M. “Direito e Literatura: uma intersecção possível - Interloquções com o pensamento waratiano”, *Revista Internacional de Direito e Literatura - Anamorphosis*, vol. 2, n. 1, janeiro-junho 2016, p. 6.

67 BASTOS PÊPE, A.M. “Direito e Literatura: uma intersecção possível - Interloquções com o pensamento waratiano”, *Revista Internacional de Direito e Literatura - Anamorphosis*, vol. 2, n. 1, janeiro-junho 2016, p. 6.

68 RICCIARDI SBIZERA, J.A. *Arte e Direito: o lugar da Literatura na formação do jurista crítico-sensível*, Ed. Lumen Juris, 2015, p. 139.

69 OST, F. *Contar a lei: as fontes da imaginação literária*, Ed. Unisinos, 2004.

70 OST, F. *Contar a lei: as fontes da imaginação literária*, Ed. Unisinos, 2004.

A partir das considerações feitas ao longo do texto, resta a convicção de que a Literatura tem o condão de confrontar as pessoas com a própria vida, fornecendo ferramentas que capacitam o ser humano a tomar decisões a partir de uma série de confrontações que foram propiciadas pelo encontro imaginário com as personagens literárias e as emoções que tais situações suscitaram. Essa imaginação literária que é estudada por Martha Nussbaum, permite que os leitores e também os juízes sejam capazes de participar imaginativamente da vida dos personagens literários e assim, ter emoções, julgamentos e reflexões relacionados com essa participação, pois são tão humanos quanto qualquer ser humano.⁷¹ Um dos enfoques sobre a relação entre a Literatura e o Direito é exposto por Antonio Candido, sob dois ângulos distintos. Primeiro, a Literatura como uma necessidade universal a ser satisfeita, pois dá forma aos sentimentos, tendo um papel de instrução e formação da personalidade devido às suas características de organização de uma determinada visão do mundo. Segundo, a Literatura é trazida como “instrumento consciente de desmascaramento, pelo fato de focalizar as situações de restrições dos direitos, ou de negação deles, como a miséria, a servidão, a mutilação espiritual.”⁷²

Nesse norte, a análise ora trazida acerca de alguns textos da autora brasileira, Clarice Lispector, revela um olhar diferenciado a partir da lupa da Literatura, como forma de percepção da desigualdade social e como ela interfere nas questões relacionadas ao gênero. Afinal, em uma perspectiva cidadã, é inegável a importância dos tipos literários que provocam a reflexão sobre temas jurídicos, conscientização e sensibilidade para os problemas sociais causadoras de perplexidades capazes de provocar mudanças. Nesse contexto, o debate acerca das questões de gênero é imprescindível e deve ser mais profundo do que se possa supor, mas a consciência e a reflexão sobre os fenômenos atuais requerem conhecimentos de diversas áreas do saber e também sensibilidade humana, sem a qual não se pode almejar igualdade em alicerces sólidos.

Assim, a Literatura consegue convulsionar a sensibilidade permitindo ao leitor enxergar sua própria existência e seu vínculo com o mundo, pois o emprego da Literatura permite ver como o que se convencionou chamar realidade não passa de um território de ficções apresentadas como dados naturais para que os homens neguem seus desejos; daí a afirmação waratiana de que a realidade do Direito é sua própria representação.⁷³ É possível reconstruir imagens sobre o mundo jurídico e aperfeiçoar o repensar sobre sua inserção social, sobre o seu papel e sua imagem sociais.

Ao contrário do pensamento de juristas de linha ortodoxa, a Literatura não está dissociada do pensamento social, político, econômico, religioso nem cultural. A imaginação literária pode ser subversiva, mas é justamente essa capacidade que a torna tão atraente aos olhos do Direito, oprimido em meio a regras e ordenamentos que acabam por sufocar justamente essa capacidade de subverter a ordem dominante, a questionar valores, a não se conformar com discursos instrumentais, a interpretar de acordo com a realidade que se vive, seja temporal, seja local, a exercer seu papel de transformação social. Portanto, Direito e Literatura revelam “a importância da interdisciplinaridade como apreensão do humano e como desenvolvimento de uma consciência crítica dos fenômenos sociais”, na medida em que a Literatura é “[...] expressão artística das problemáticas existenciais, reveladora da exploração do ser humano e da possibilidade de humanização.”⁷⁴

71 BRETTAS DUARTE, I.C. y MADERS, A.M. “O Direito e a Literatura cruzando os caminhos da justiça poética: uma estrada sem fim?”, *Anais do IV CIDIL – Censura, Democracia e Direitos Humanos*, v. 1, 2016, p. 164-165.

72 CANDIDO, A. *Vários escritos*, Ouro sobre Azul, 2011, p. 188.

73 WARAT, L.A. *Manifesto do surrealismo jurídico*, Acadêmica, 1988.

74 SOARES BENTES, H.H. “A ‘via crucis do corpo’ da mulher: trajetos de violência na literatura brasileira sob a ótica dos direitos humanos das mulheres”, *Revista Internacional de Direito e Literatura – Anamorphosis*, v. 2, n. 1, 2016, p. 147-148.

A Literatura deve ter um papel ativo na sociedade, e por meio do seu discurso, é em si uma condição de possibilidade de produção de novos discursos, capazes de transformar a realidade. Trata-se de uma das funções da Literatura enquanto arte: a função social, com objetivo social, altruístico, além de buscar proporcionar ao ser humano uma existência mais poética, reconhecendo na Literatura por meio da imaginação literária uma atuação que perturba, intriga, desconcerta, confronta, avalia, inspira, sensibiliza, liberta, fala e cala.

Assim, é possível afirmar que as personagens retratadas reproduzem a complexidade da sociedade e das relações que se travam em seu meio, inclusive as de gênero, e o difícil papel de ser-mulher imposto pela cultura patriarcal e falocêntrica transmitida de geração em geração. A Literatura, no caso dos livros utilizados como matéria-prima para este estudo, alcança seu objetivo quando causa no leitor diferentes reações frente às ações das personagens e do narrador. Por isso, reatar e estreitar a relação entre a Literatura e o Direito, em suas diferentes linhas temáticas, inclusive na de gênero, somente pode render bons frutos para a formação de uma consciência crítica acerca dos fenômenos sociais.

Além disso, a demora na tomada de consciência de si e o seu empoderamento por parte de Macabéa, por exemplo, que teria ocorrido somente na hora de sua morte, não pode ser a realidade das mulheres, que precisam lutar pela alteração de paradigmas na questão de gênero, ou melhor dito, que precisam lutar por justiça e equidade de gênero. Por isso, a obra chama a atenção das mulheres para o problema social no qual estão inseridas e que vivenciam, bem como para a necessidade de mudanças, seja no espaço público, seja no espaço privado.

O viés literário utilizado acerca de Macabéa, personagem densamente construído por seu caráter reflexivo e inquietante, demonstra o quanto os discursos de poder dominante nas relações de gênero estão presentes na sociedade e como tais devem ser superados, a partir da reflexão acerca de questões relacionadas à igualdade e à diferença. Da mesma forma, as personagens Ana e Laura também se prestam a estimular uma reflexão necessária por meio da crítica implícita ao machismo presente na época e que, infelizmente, perpetua-se na atualidade.

Portanto, a Literatura, a ficção e essa interdisciplinaridade auxiliam o jurista no seu mister: a apreensão do humano, pois a atividade do exercitor do Direito é semelhante àquelas dos autores de obras literárias, que tentam explicar a realidade sem nelas se inserir, proporcionando o desenvolvimento de uma consciência crítica dos fenômenos sociais e de humanização. Eis o alerta trazido com o olhar exposto no texto a partir de um objetivo que parte do paradigma literário de personagens como Macabéa, Laura e Ana, por meio das quais a autora trabalhou questões existenciais a partir das quais houve uma tomada de consciência de mundo das protagonistas, cuja complexidade se revela uma arma no combate às desigualdades nas relações de gênero, desconstruindo representações opressivas às mulheres.

Por suas características, as referidas personagens possuem um aspecto libertador, de não engessamento, de não castração, daí se constituir como uma proposta diferenciada, com intuito de provocação e reflexão, lançando mais uma semente num campo fértil, mas ainda pouco explorado em suas inúmeras potencialidades aptas a produzirem um conhecimento transgressor, produtor de autenticidade a partir do contato com metalinguagens propiciadas pela Literatura. E, acima de tudo, no anseio de que o presente estudo possa contribuir para avançar o debate acerca da representação do gênero na Literatura e sua confluência ao Direito a partir da perspectiva das relações Direito e Literatura, do que as situações analisadas foram apenas alguns exemplos entre tantas possibilidades.

Então, ao final, questiona-se: Qual o legado das personagens para essa geração? Para essa pergunta, palavras que se utiliza para encerrar sem o fazê-lo, no desejo de inflamar a reflexão, a escritora do livro *A hora da estrela* já referia:

“Enquanto eu tiver perguntas e não houver resposta continuarei a escrever. Como começar pelo início, se as coisas acontecem antes de acontecer?”⁷⁵

Referências

- ARNAIZ, G. *Martha Nussbaum: filósofa de lo vulnerable. Filosofía Hoy*. Disponível em: <http://filosofiahoy.es/Martha_Nussbaum_4ffad4af9c8de.htm>. Acesso em: 19 set. 2015.
- BASTOS PÊPE, A.M. “Direito e Literatura: uma intersecção possível - Interlocuções com o pensamento waratiano”, *Revista Internacional de Direito e Literatura - Anamorphosis*, vol. 2, n. 1, janeiro-junho 2016.
- BENET, J. “M. Nussbaum: Justicia Poética”, *Res publica*, 3, 1999, p. 229-237. Disponível em: <<http://revistas.um.es/respublica/article/viewFile/26071/25301>>. Acesso em: 19 set. 2015.
- BOTELHO JUNQUEIRA, E. “Mulheres Advogadas: espaços ocupados” em (Bruschini, C. y Pinto, C. R. orgs.), *Tempos e lugares de gênero*, São Paulo, Ed. 34 e Fundação Carlos Chagas, 2001.
- BOURDIEU, P. *A dominação masculina*, 3. ed., Bertrand Brasil, 2005.
- BOURDIEU, P. *A dominação masculina*, Trad. Maria Helena Kühner, Bertrand Brasil, 2011.
- BRETTAS DUARTE, I.C. y MADERS, A.M. “O Direito e a Literatura cruzando os caminhos da justiça poética: uma estrada sem fim?”, *Anais do IV CIDIL – Censura, Democracia e Direitos Humanos*, v. 1, 2016.
- BURKE, P. *A escrita da História: novas perspectivas*, UNESP, 1992.
- CAMATTA MOREIRA, N. y FERRARI OLIVEIRA, J. (Orgs.). *Direito e literatura: e os múltiplos horizontes de compreensão pela Arte*, Ed. UNIJUÍ, 2015.
- CAMPOS RIBEIRO, A. “A Literatura e o Direito”, *Juris Poiesis, Revista dos Cursos de Direito da Universidade Estácio de Sá*, março/julho 1999, Ano I, Vol. I, Rio de Janeiro.
- CANDIDO, A. *Vários escritos*, Ouro sobre Azul, 2011.
- ESTERMANN MEYER, D. “Gênero e educação: teoria e política” em LOURO, G.L. y NECKER, J.F. y VILDORE GOELLNER, S. (Orgs.). *Corpo, gênero e sexualidade: um debate contemporâneo na educação*. 2. ed. Petrópolis, RJ, Vozes, 2005.
- FOUCAULT, M. *Os anormais*. Curso no Collège de France (1974-1975), WMF Martins Fontes, 2010.
- FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*, Ed. Graal, 1992.
- FOUCAULT. *Microfísica do poder*. 2. ed., Ed. Graal, 1981.
- GOMES DUTRA MAGALHÃES, H. “Uma barata chamada Macabéa: uma questão de gênero”, *Verbo de Minas: letras*, Juiz de Fora, v.13, n. 21, jan/jul. 2012.
- GUIMARÃES OLIVEIRA, T. “Qual a classe, a cor e o gênero da justiça? Reflexões sobre as (im)possibilidades de combate à violência doméstica e familiar contra as mulheres negras pelo Poder Judiciário Brasileiro”, *Revista Mediações*, Londrina, v. 21, n. 1, jul./dez., 2016, p. 103-123.
- HELENA, L. “Por uma tradição do feminismo na literatura brasileira”. *Anais do Seminário Nacional Mulher e Literatura*, UFRN, Universitária, 1995, p. 168-174.
- HUTCHEON, L. *Poética do pós-modernismo: história, teoria, ficção*, Trad. Ricardo Cruz, Imago Ed., 1991.
- KARAN TRINDADE, A. y MAGALHÃES GUBERT, R. y COPETTI NETO, A. (Orgs.). *Direito e Literatura: reflexões teóricas*, Ed. Livraria do Advogado, 2008.
- KARAN TRINDADE, A. y MAGALHÃES GUBERT, R. y COPETTI NETO, A. (Orgs.). *Direito e Literatura: ensaios críticos*, Ed. Livraria do Advogado, 2008.
- KARAN TRINDADE, A. y STRECK, L.L. (Orgs.). *Os modelos de Juiz: ensaios de Direito e Literatura*, Ed. Atlas, 2015.

- KARAN TRINDADE, A. y STRECK, L.L. (Orgs.). *Direito e Literatura: da realidade da ficção à ficção da realidade*, Ed. Atlas, 2012.
- KARAN TRINDADE, A. y SCHWARTZ, G. (Orgs.). *Direito e Literatura: o encontro entre Themis e Apolo*, Ed. Juruá, 2008.
- KOZICKI, K. y KARAN CHUEIRI, V. (Orgs.). *Estudos em Direito, Política e Literatura*, Ed Juruá, 2007.
- LAURENTIS, T. "A tecnologia do gênero", em (Hollanda, H. org.), *Tendências e impasses – o feminismo como crítica da modernidade*, Rio de Janeiro, Rocco, 1994.
- LISPECTOR, C. *A hora da estrela*, Rocco, 1998.
- LISPECTOR, C. *Laços de família: contos*, Rocco, 2009.
- LOPES LOURO, G. *Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista*, 16. ed., Vozes, 2014.
- LOURO, G.L. y FELIPE, J. y GOELLNER, S.V. *Corpo, gênero e sexualidade: um debate contemporâneo na educação*, 9. ed., Vozes, 2013.
- MORIN, E. *Os sete saberes necessários à educação do futuro*. Trad. Catarina Eleonora da Silva e Jeanne Sawaya; revisão técnica de Edgard de Assis Carvalho, 5. ed., Cortez / UNESCO, 2002.
- NUSSBAUM, M. *Justicia Poética: la imaginación literaria y la vida pública*, Traducción de Carlos Gardini, Editorial Andrés Bello, 1997.
- OLIVEIRA SCIAMMARELLA, A.P. y FRAGALE FILHO, R. "Desconstituindo gênero no Poder Judiciário. Dossier: Violências de gênero e direito(s): diálogos feministas", *Ex aequo*, n. 31, Lisboa, jun. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.mec.pt/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0874-55602015000100005#14>. Acesso em: 03 out. 2017.
- OST, F. *Contar a lei: as fontes da imaginação literária*, Ed. Unisinos, 2004.
- OST, F. "Direito e Literatura: os dois lados do espelho", em entrevista concedida a Dieter Axt. *Revista Internacional de Direito e Literatura – Anamorphosis*, v. 3, n. 1, janeiro-junho 2017.
- PEREIRA CAMARGO, F.; MELO ARAÚJO, M.M. "Metalinguagem e olhar feminino: duas vertentes no processo de (re)criação de A hora da estrela", *Linguagem - Estudos e Pesquisas*, Catalão, v. 8-9, p. 101-128, 2006. Disponível em: <<https://www.revistas.ufg.br/lep/article/view/32543/17308>>. Acesso em: 21 maio 2017.
- RICCIARDI SBIZERA, J.A. *Arte e Direito: o lugar da Literatura na formação do jurista crítico-sensível*, Ed. Lumen Juris, 2015.
- SAMPAIO DE MORAIS GODOY, A. *Direito e Literatura: ensaio de síntese teórica*, Ed. Livraria do Advogado, 2008.
- SOARES BENTES, H.H. "A 'via crucis do corpo' da mulher: trajetos de violência na literatura brasileira sob a ótica dos direitos humanos das mulheres", *Revista Internacional de Direito e Literatura – Anamorphosis*, v. 2, n. 1, 2016, p. 147-167.
- WARAT, L.A. *Manifesto do surrealismo jurídico*, Acadêmica, 1988.

Trata de Órganos Humanos: Desafíos del alineamiento de la legislación de Brasil con los principios del Convenio de Santiago de Compostela-Consejo de Europa (CoE)

Trafficking in Human Organs: Challenges of the alignment of Brazil to Council of Europe (CoE) Santiago de Compostela' Convention

Cláudia Ribeiro Pereira Nunes¹

Universidade Veiga de Almeida (Brazil)

Fernando González Botija²

Pedro Díaz Peralta³

Universidad Complutense de Madrid (España)

Sumario: 1 Consideraciones Preliminares. 1.1 La mercantilización de los órganos y partes corporales (commodification of human parts). 2 Visión General desde la Bioética. 3 Tráfico de Órganos, Tejidos y Células. 4 Brasil y La Unión Europea: Reglas y Desafíos. 4.1 La visión europea. 4.2 Aspectos Relevantes de los Instrumentos de Consejo de Europa (CoE). 4.3 Aspectos Relevantes de la Legislación Brasileña. 4.4 Oposición Formal del Brasil a la Declaración de Helsinki. 5 Otras Cuestiones Fronterizas. 5.1 Maternidad Subrogada. 5.2 Encarnizamiento Terapéutico (therapeutic obstinacy): Caso-Estudio de Santiago de Compostela. 6 Recomendaciones y Conclusiones. 7 Referencias.

¹ PhD en Derecho, Coordinadora Adjunta Profesor en Universidad Veiga de Almeida (UVA). Investigadora Visitante Universidad Complutense de Madrid (UCM). Coordinadora de NUPES - Centro de Investigación Científica en Derecho en el Community College of Rondônia - IESUR /FAAR. Desde 2013, miembro de los Laboratorios de Investigación Científica en Derecho: (i) Laboratorio de Derechos Humanos - Grupo de Trabajo, Investigación y Estudios en Derechos Humanos y sus dimensiones; y (ii) Laboratorio de Sustentabilidad - Grupo de Trabajo, Investigación y Estudios en Derecho Ambiental y Sustentabilidad. Secretaria de la Convención EMARF/MUSL (2007-2009). Cuenta con amplia experiencia docente en Brasil, Inglaterra, Portugal, USA, India, España, Grecia y China.

² PhD en Derecho, Profesor Titular del Departamento de Derecho administrativo de la UCM. Profesor del Instituto de Criminología de la UCM (Derecho Administrativo II). Ha sido experto asociado al proyecto de Hermanamiento de la UE con Rumanía con vistas a la armonización de la normativa rumana (2002 a 2004). Es autor de casi cien publicaciones en el ámbito del Derecho administrativo, con especial atención al Derecho comunitario y de la PAC. Ha dirigido más de una decena tesis doctorales y es profesor del Master Universitario en políticas ambientales en el IUCA-UCM. Cuenta con amplia experiencia docente en USA, Alemania, Italia, Israel y España.

³ PhD en Derecho, cuenta con una amplia experiencia docente en la Universidad Complutense, que ha compaginado con estancias de investigación en Universidades europeas y americanas. Cuenta con una serie de publicaciones internacionales sobre ilícitos y regímenes de responsabilidad en tráfico global de alimentos y OGM, régimen regulatorio comparado de medicamentos, análisis de casos de legislación «de doble umbral» y regulación de los sectores de biotecnología, farmacéutico y alimentario. Investigador Visitante UCM/UVA. Cuenta con amplia experiencia docente en Brasil, Inglaterra, USA, Alemania, España y Grecia.

Resumen: El objetivo de este artículo es analizar la alineación del actual marco legal de Brasil con la Convención del Consejo de Europa sobre el Tráfico de Órganos Humanos bajo una perspectiva comparada de Derecho Público en lo que respecta a las iniciativas de la Unión Europea (UE). También revisa la eventual incorporación a la legislación interna brasileña con el objetivo de abordar los desafíos que surgen de la implementación de los derechos fundamentales que rigen el tema y, en particular, los principios de libertad de elección (autonomía de la voluntad, consentimiento informado, donación altruista y anónima y preferencia general por órganos de donantes fallecidos). Esos principios rigen el régimen general de donaciones en los países europeos después de la entrada en vigor de la Directiva 2010/53/UE *ad corrigendum*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados al trasplante

Palabras-clave: Biotecnología; Trasplante y donación de órganos; Ética; Régimen Regulatorio Comparado; Maternidad subrogada; Encarnizamiento Terapéutico; Mercantilización de órganos humanos.

Abstract: The aim of this research is the analysis on the alignment of current Brazil legal framework with the CoE Convention on Trafficking in Human Organs under a comparative Public Law perspective, as regards European Union (EU) initiatives. It also reviews the eventual incorporation into the Brazilian internal law with the purposes of addressing the challenges arising of the implementation of fundamental rights governing the topic and in particular the principles of Freedom of choice, Informed consent, altruist, non-onerous, anonymous donations and general preference for organs of dead donors. Those principle rules the existing general donation regimen in the Europe countries after entry in force of Directive 2010/53/EU *ad corrigendum*, of the European Parliament and of the Council of 7 July 2010, on standards of quality and safety of human organs intended for transplantation

Keywords: Biotechnology; Organ transplantation; Trafficking Comparative Law; Ethics; Therapeutic obstinacy; Surrogate motherhood; Commodification of the human organs.

1 Consideraciones Preliminares

La dimensión ética y legal del tráfico ilícito de órganos para trasplante ha sido regulada en el marco del Consejo de Europa- CoE (Institución internacional que reúne a los estados del continente europeo, incluidos países de Europa del Este y Federación Rusa) a través de dos instrumentos jurídicos específicos. El primero de ellos es el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina⁴ (Convenio de Oviedo de 1997) y sus cuatro Protocolos adicionales; el último instrumento es la Convención sobre la prevención del tráfico ilícito de órganos humanos⁵ (Convenio

⁴ Tratado No.164- *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine*: Convention on Human Rights and Biomedicine (Oviedo, 4/04/1997) Protocols: a) *Additional Protocol to the Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine, on the Prohibition of Cloning Human Beings* (CETS No. 168). b) *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Transplantation of Organs and Tissues of Human Origin* (CETS No. 186). c) *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine, concerning Biomedical Research* (CETS No. 195). d) *Additional Protocol to the Convention on Human Rights and Biomedicine concerning Genetic Testing for Health Purposes* (CETS No. 203).

⁵ Tratado No.216- *Council of Europe Convention against Trafficking in Human Organs*. (Santiago de Compostela, 25/03/2015). Fecha prevista entrada en vigor: 01/03/2018; ratificado por 5 estados, 3 de ellos miembros del Consejo de Europa. Disponible en:

de Santiago de Compostela de 2015). Todos esos tratados están abiertos a la adhesión de Estados no miembros del CoE, como Australia, Canadá, la Santa Sede, Japón, México o Estados Unidos de América, y organizaciones supranacionales como la UE. El tráfico ilícito de personas con el fin de donación de sus órganos es objeto específico de otro instrumento internacional de Naciones Unidas (Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional⁶) y de un Convenio previo del Consejo de Europea, el Convenio Europeo de Acción contra la Trata de Seres Humanos (Convenio de Varsovia de 2005⁷).

Para fomentar y promover la aplicación de los más altos estándares éticos en el régimen de donación y velar por la integridad de la investigación sobre seres humanos es necesario fortalecer por tanto la capacidad de los Estados europeos para promover la aplicación coherente de estos principios tal como los estructura la Declaración de Helsinki⁸ y el "Código de Conducta Europeo para la Integridad de la Investigación"⁹, de la Fundación Europea de la Ciencia (FEC). Estas acciones incluyen su aplicación efectiva en dos niveles: i) incorporar la ética y la bioética dentro del diseño de la investigación; y ii) actualizar la información del tráfico de órganos, tejidos y células, sin olvidar los aspectos relevantes relacionados con la protección de los derechos fundamentales en la Unión Europea (UE) y en el Derecho Comparado extracomunitario.

1.1 La mercantilización de los órganos y partes corporales (commodification of human parts)

La prevención del tráfico ilegal de órganos, tejidos y células humanas es un problema de proporciones universales que atenta contra los derechos humanos y que representa una amenaza directa para la salud individual y pública. La mercantilización en paralelo del cuerpo humano y sus partes, y su tratamiento por tanto como mercancía objeto de comercio lucrativo, ha atraído la atención creciente de expertos de diferentes campos (Sociología, Ética, Derecho) preocupados por la correcta identificación de estas prácticas moral y legalmente condenables con el objeto de conseguir su más eficaz prevención o erradicación. Entre estas actividades ilícitas no solo pueden enumerarse las que suponen una ganancia económica injusta y desleal a través del comercio de órganos y tejidos humanos y de sus potenciales aplicaciones en los campos de la biotecnología y de la investigación biofarmacéutica (por ejemplo, el uso injusto de células madre embrionarias y de otros tejidos pluripotenciales), sino también todas aquellas prácticas clínicas y terapéuticas de las que deriven la obtención de un beneficio económico indebido en detrimento de la dignidad e integridad humana.

Si bien la "mercantilización" en sí misma ha sido objeto de continuo interés por parte de los investigadores de todo el mundo, incluidos los de países

<https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216>. Último acceso en 20 de mayo de 2017.

⁶ UN Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational organized crime.

⁷ Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings

⁸ Asociación Médica Mundial. Declaración de Helsinki. Esta declaración define los principios éticos que deben orientar a profesionales de la medicina y a otros profesionales que participen en investigación médica con seres humanos. El principal deber en la investigación médica debe ser la protección de la vida, la salud, la privacidad y la dignidad del sujeto humano. Accesible en: <[http://www.who.int/bulletin/archives/79 \(4\) 373.pdf](http://www.who.int/bulletin/archives/79%20(4)%20373.pdf)>. Último acceso, 24 de mayo de 2017.

⁹ Código de Conducta Europeo para la Integridad de la Investigación (ESF y ALLEA, 2011), Disponible en: http://www.esf.org/fileadmin/Public_documents/Publications/Code_Conduct_ResearchIntegrity.pdf

Último acceso en 24 de mayo de 2017.

iberoamericanos¹⁰, se ha prestado poca atención en cambio a otros aspectos de la mercantilización desarrollados en otros ámbitos menos estudiados, como es el caso del denominado turismo de trasplantes, la maternidad subrogada o la obstinación terapéutica que involucra terapias experimentales y ensayos clínicos no reglados en países menos favorecidos. En esta línea, la Organización Mundial de la Salud (OMS) a través de la resolución WHAS 7.18 de 2004, instaba a los Estados a proteger a los grupos más pobres y vulnerables de los resultados dañosos del "turismo de trasplantes" o la venta lucrativa de tejidos y órganos, especialmente en países donde el marco regulatorio era deficiente o insuficiente para proteger los donantes potenciales de la coacción, explotación y de los daños físicos y morales derivados¹¹. La existencia innegable de flujos establecidos por canales esencialmente privados o marginales entre países importadores y exportadores de órganos es otro asunto doctrinal que guarda relación con el turismo de trasplantes¹².

Aunque es cierto que la prohibición de convertir en fuente de ganancias económicas al cuerpo humano y a sus órganos y tejidos está inserta en los principales cuerpos jurídicos constitucionales, el estado actual de esta cuestión frontera, donde se amalgaman política y moral pública con principios éticos, está lejos de resolverse de forma armonizada. Entre otros motivos, se ha señalado que el actual problema de escasez crónica de órganos y tejidos es el principal desafío al que deben hacer frente los responsables institucionales¹³; algunos autores han subrayado incluso, con cierto matiz crítico, que según la legislación de algunos países (Brasil, Italia, Polonia, Suiza, España, Singapur, etc), los órganos se pueden extraer del donante fallecido cuando no medie oposición expresa. Aunque sea altamente cuestionable considerar esta práctica moralmente más reprochable (cuando se realiza con todas las garantías médicas) que la utilización desleal de donantes vivos, la tesis adicional es de que si esas presuntas prácticas de

¹⁰ Santana Fernandes, M.; Silla, L.; Goldim, J.R.; Martins-Costa, J. *Brazilian Legal and bioethical approach about donation of research and patents of human body parts*. Journal Community Genetics (2017) 8; 199-208)

¹¹ World Health Organization. *Resolution WHA57.18 on Human Organ and Tissue Transplantation, May 2004* 57th World Health Assembly was followed by a number of activities and discussions, including the Second Global Consultation on Human Transplantation: Towards a Common Global Attitude to Transplantation, held in Geneva from 28 to 30 March 2007.

¹² Shimazono, Yosuke. *The State of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information*. Bulletin of the World Health Organization. Volume 85, number 12, December 2007, pg. 901-980. De acuerdo con Organ Watch, entre los principales países importadores de órganos se encuentran Canadá, Australia, Israel, Japón, Omán, Arabia Saudita y EE. UU. Los problemas de escasez de órganos están detrás de esas prácticas, en las que los pacientes viajan al exterior en busca de soluciones a cualquier precio, incluso en términos de dignidad humana. Frente a ellos, se ha señalado también a Pakistán, Filipinas, Egipto o India como algunos de los principales países exportadores de órganos.

¹³ Directorate General of Human Rights and Legal Affairs. Council of Europe. *Joint Council of Europe/United Nations Study Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs*. 2009: (traducción libre) "Tratar eficazmente el problema de escasez de órganos requiere el desarrollo de un programa de donación de fallecidos que permita a cada país alcanzar el máximo potencial terapéutico de la utilización de donantes fallecidos. Por lo tanto, la donación en vivo debe considerarse en general como un complemento de la utilización preferente de órganos procedentes de fallecidos (...) A lo largo de los años, varias de las soluciones convencionales propuestas para combatir la escasez de órganos y donantes para trasplantes han demostrado ser de utilidad limitada. Un enfoque práctico implica cambiar el marco legal con respecto al tipo de consentimiento requerido para proceder a la donación de órganos, pasando de un sistema de consentimiento expreso (*opt-in*) a uno tácito (*opt-out*). La idea detrás del modelo de consentimiento expreso es que la persona tiene que expresar su voluntad de donar explícitamente durante su vida. Este enfoque puede modificarse de tal manera que, si el donante no comunicó su oposición en vida, pueda obtenerse el consentimiento de familiares u otras personas que mantuvieron una relación cercana con él."

consentimiento también pueden “dar alegría a los derechos de los más pobres” (Bryst, 2005)¹⁴, tolerando por ejemplo la venta lucrativa de sus órganos.

No es una casualidad que ambos conceptos, moralidad y orden público, sean también los elementos comunes para imponer límites a la mercantilización –al amparo del sistema de derechos de propiedad intelectual- mediante la prohibición de patentabilidad de seres vivos en general y del cuerpo humano en particular. Desde la sentencia, del Tribunal de Justicia de la UE, *Oliver Brüstle vs Greenpeace eV*, las exclusiones de patentabilidad que venían aplicándose al cuerpo humano, sus partes, células y material genético también alcanzan también a la clonación de seres humanos y a los procesos orgánicos esenciales. Señalar que el desarrollo jurisprudencial parte del principio de que el uso de embriones humanos para fines terapéuticos o de diagnóstico aplicables en el campo es patentable, pero no su uso en la investigación científica.

Mientras que la Directiva 98/44/CE consagra el consenso dentro de la Unión Europea de que las intervenciones en la línea germinal humana y la clonación de seres humanos son contrarias al orden público y a la moralidad, esta posición contrasta con la que viene manteniendo la Oficina de Patentes de los Estados Unidos (United States Patent and Trademark Office -USPTO), la orientación de la política de protección de IP del USTR y la propia legislación federal de EE. UU. o la resolución de litigios de TRIPS, etc., a través de la revisión de casos relevantes y doctrinas de política pública: *Parke- Davis & Co. v. H.K. Mulford & Co* (1912), *Diamond v. Chakrabarty* (1980), *Plant Genetic Systems, N.V. & Biogen, Inc v. Dekalb Genetics Corp* (2001) and others) y otros.

2. Visión General de la Bioética

La bioética orienta la investigación y la responsabilidad moral de los profesionales de la salud en relación con la vida y la dignidad de las personas, ofreciendo seguridad a la población y garantizando la protección de los derechos fundamentales. Entre ellos, el derecho a la libre iniciativa, el derecho a la salud y una vida sana, el derecho a la integridad humana y el derecho a la autonomía y la libertad. Tanto la persona humana como la comunidad en la que vive se transforman con el tiempo, agregando nuevos valores éticos y transformando su propia historia. Aristóteles reconoció temprano que “el hombre es un animal político”¹⁵ y, por lo tanto, es un ser dependiente de la ciudad política, la *polis*.

En consecuencia, la persona humana vive en un entorno social desarrollando relaciones entre sí en busca de una vida pacífica y feliz. Como tal, es un ser que necesita el lenguaje para comunicarse y para unirse con otras personas en la construcción de una comunidad, es decir, “la comunidad política sería un requisito para la felicidad y la política de la propia ética”¹⁶. La palabra bioética proviene de los griegos que tenían dos palabras para designar vida: *zoé*, que se refiere a la vida biológica común, y *bíos* que expresa específicamente la vida humana en su dimensión moral y política¹⁷. Bioética es también “el puente del futuro”¹⁸ tomando

¹⁴ Brysk, Alison, *Human Rights and Private Wrongs: Constructing Global Civil Society*, Psychology Press, 2005, pags 105, 106; el autor indica que “muchos doctores brasileños cuestionan el presunto consentimiento del donante por falta de garantías”

¹⁵ Aristóteles. *Política*. Traducción en portugués: Mario da Gama Kury. Brasília: UNB, 1997. 3ª ed. [Título I, Cap. 2], p. 125.

¹⁶ Sá Y Naves. *Manual de Biodireito*. 2ª edición actualizada y ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 1.

¹⁷ Así, la *bios* moral y la *bios* política, que para los griegos eran una realidad pública, se someten a un proceso de privatización, convirtiéndose en contenidos de conciencia subjetiva. La vida física y la vida biológica, por el contrario, frente a las preocupaciones privadas de la familia, se convirtieron en parte del interés público del Estado. Este fenómeno fue definido por Michel Foucault como *biopoder/biopolítica*. Barreto, Vicente de Paulo, en “Biopolítica” (Culleton, Alfredo, coord.) *Diccionario de Filosofía Política*. São Leopoldo: Unisinos, 2010, p. 63.

¹⁸ La bioética es un vínculo entre la ciencia y las humanidades, que permite un paso hacia

en cuenta que las sociedades posmodernas se han vuelto muy complejas¹⁹ en sus relaciones sociales, económicas y políticas. Y como eje director de historia del mundo occidental, especialmente después de la experiencia de la primera y segunda Guerra Mundial, hay una preocupación central en la humanidad: la dignidad de la persona humana²⁰.

3. Tráfico de Órganos, Tejidos y Células

Directamente relacionado con la escasez mundial de órganos disponibles para trasplante, ha aflorado un problema de mayor envergadura, el tráfico ilegal de órganos, prácticamente prohibido en todo el mundo. Algunas de las víctimas de este tráfico se ven forzadas a donar un órgano, otras terminan vendiendo voluntariamente parte de su cuerpo para obtener beneficios económicos y hay casos de personas que son directamente engañadas o eliminadas para el posterior intercambio de órganos humanos. El objetivo correcto de proteger a la sociedad está marcado por la ética y la protección de la dignidad e integridad humana; el derecho condena toda acción que pueda causar lesiones corporales o psíquicas a otra persona o poner en peligro su vida.

Para Bittencourt, la vida en sociedad y las personas humanas son bienes legales que merecen protección constitucional precisamente por su significado social²¹. El bien jurídico en el sentido más amplio, es todo lo que se nos representa como valioso, útil y necesario. Los bienes son cosas reales u objetos ideales dotados de valor incalculable, como objetos materiales o inmateriales. Históricamente, el derecho penal protege el derecho a la vida ya que es el activo legal más valioso y el que necesita mayor protección jurídica, posición que ha llevado a importantes debates doctrinales sobre la verdadera esencia de un estado de derecho democrático respecto a la inviolabilidad de la vida²².

Frente a este aspecto de inviolabilidad de la vida humana, el tráfico de hecho personas con el propósito de extraer órganos ha sido durante mucho tiempo tema de rumores y mitos urbanos en Brasil. (Para un análisis más ampliado del contexto social ver, por ejemplo, Scheper-Hughes²³). Brasil se identifica con frecuencia como uno de los lugares con mayor actividad en tráfico de órganos y lugar de origen de potenciales donantes, de receptores de órganos y de intermediarios activos²⁴. El trasplante de riñón ocupa la primera posición en este

una mejor calidad de vida. (Ver Potter, Van Rensselaer. *Bioética: Ponte para futuro*. Prefácio de Leo Pessini. São Paulo: Edições Loyola, disponible en: <<http://www.pucpr.br/arquivosUpload/1237335091471892398.pdf>>. Último acceso en 30 de abril de 2017).

¹⁹ Morin, Edgar; Le Moigne, Jean-Louis. *La inteligencia de la complejidad*. São Paulo: Petrópolis, 2000, p. 206. "En los tiempos contemporáneos, el pensamiento complejo comienza su desarrollo en la confluencia de dos revoluciones científicas. La primera revolución introdujo la incertidumbre con la termodinámica, la física cuántica y la cosmofísica. Esta revolución científica desató los reflejos epistemológicos de Popper, Kuhn, Holton, Lakatos, Feyerabend, que demostró que la ciencia no era la certeza, sino la hipótesis, de que una teoría comprobada no era definitiva y permanecía "falseable", "(p. 206)" La segunda revolución científica más reciente, aún no detectada, es la revolución sistémica en el ciencias de la tierra y ciencia ecológica. (p.205).

²⁰ El Estado de derecho democrático se basa en una política de protección de la dignidad de la persona humana.

²¹ Bittencourt, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, São Paulo: Imprensa, Saraiva, 2016, p.35.

²² Toledo, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. São Paulo: Imprensa, Saraiva, 1994, p.15.

²³ Scheper-Hughes, N. *Death Without Weeping: The Violence of Everyday Life in Brazil* (University of California Press: Berkeley, 1992), pp. 233–239.

²⁴ Para otros ejemplos, ver: International Committee of The Red Cross. Bellagio Task Force Report on Transplantation, Bodily Integrity, and the International Traffic in Organs, Transplantation Proceedings, 1997; 29:2739-45, D. A. Budiani-Saberi, F. L. Delmonico, "El tráfico de órganos y el turismo de trasplantes: un comentario sobre las realidades globales", *American Journal of Transplantation*, Volumen 8 (5) (2008), pp. 926-927; Presentación de

comercio, que afecta en especial a diferentes países iberoamericanos, entre ellos Bolivia, Perú o Brasil²⁵, donde algunas estimaciones indican que casi el 10% de los órganos de donantes fallecidos se destinan a pacientes foráneos. Cifras similares se han propuesto también para Colombia²⁶.

No obstante, también se destacan los esfuerzos de la ciencia oficial para regular la demanda de riñones para trasplante en el país. Un mejor conocimiento sobre el volumen de la demanda de órganos puede mejorar sin duda la eficacia de los sistemas de control. En este sentido Brasil, que ocupa el "segundo lugar en número absoluto de trasplantes de riñón e hígado en el mundo", cae notablemente a la posición 28 cuando las estadísticas toman en cuenta el porcentaje efectivo de riñones trasplantados que proceden de donantes fallecidos de acuerdo con las mismas fuentes relevantes²⁷.

Lamentablemente, esas diferencias entre donantes vivos y fallecidos no tienen un efecto neutral. (Ver considerando 19 de la Directiva 2010/53/UE, en sección 4.1) Según Shimazono (2007) la motivación de la mayoría de los donantes vivos de riñón es remediar su situación de pobreza, pero el efecto económico del ingreso adicional que puedan recibir por esta tétrica venta se vuelve incluso negativo a medio y largo plazo debido a los efectos adversos sobre la salud del donante, que repercute forzosamente en una merma considerable de su estado físico y en su capacidad de trabajo²⁸. Por ese motivo es esencial fomentar la investigación sobre las herramientas disponibles en análisis de demanda y flujo de órganos, para permitir una mejor orientación de las políticas de salud pública²⁹.

4. Brasil y la Unión Europea (UE): Reglas y desafíos

En términos legales, y como potenciales elementos constitutivos de delito, debemos separar en primer lugar el concepto de tráfico de órganos, tejidos y células respecto de la trata de seres humanos con objeto de la obtención de órganos. En el primer caso, el objeto del delito son los órganos, tejidos y células y las prácticas engañosas sobre los mismos, mientras que en el último caso es la propia persona/donante el objeto del tráfico ilícito.

Al analizar la alineación del actual marco legal de Brasil con el Convenio de Santiago de Compostela sobre Tráfico de Órganos Humanos bajo una perspectiva comparada de Derecho Público, tenemos que analizar la eventual incorporación a la ley interna brasileña de los principios consagrados de autonomía de la voluntad,

Michael Bos en la Sesión ELPAT del 22 ° Congreso de TTS, "Una actualización sobre el tráfico mundial de órganos", Sydney (10-14 de agosto de 2008).

²⁵ Scheper Hughes, N. *Prime numbers: organs without borders*. Foreign Policy 2005, 29-31.

²⁶ Fabregas, L. *Transplant tourism questioned at medical centers in Colombia*. Pittsburg Tribune Review. 2007, 18.

²⁷ Ver Brazilian Association of Organ Transplantation. *Organ transplantation in Brazil, 2006-2013*: El número total de trasplantes renales (5.433) aumentó solo un 0.4% en el periodo, sin alcanzar el objetivo propuesto de 5.700 trasplantes. Se produjo un aumento del 3.8% en el número de trasplantes de órganos de donantes fallecidos, pero una reducción del 8.4% en trasplantes de donantes vivos. Algunos Estados realizaron más de 45 trasplantes de riñón por millón de habitantes-pmp (RS: 50.9 pmp; DF: 49.8 pmp; SP: 46.4 pmp). La tasa media de 7.2 trasplantes de riñón de donante vivo pmp es la más baja registrada durante los últimos 15 años. Solo PR (16.6) y SP (12.6) realizaron más de 10 trasplantes por pmp de donantes vivos. Esta tendencia afectará el objetivo de llegar a 15 trasplantes de riñón de donante vivo pmp en 2017. La tasa de supervivencia a cuatro años de paciente y órgano trasplantado para órganos procedentes de donantes vivos (95% y 88%) y fallecidos (90% y 78%) se han mantenido estables.

²⁸ Shimazono, Y, op. cit. Las tasas estimadas de supervivencia parcial de pacientes y donantes "son considerablemente más bajas que las fijadas por normas internacionalmente aceptadas. (...) "Además, varios estudios de ciencias sociales describen el efecto sobre la salud y el estado económico y el claro deterioro de la salud de los donantes en porcentajes que van del 58% al 86% de los casos notificados.

²⁹ Peres Penteado, A; Molina Cohrs, F; Diniz Hummel, A; Erbs, J; Maciel, RF; Feijó Ortolani, CI; de Aguiar Roza, B; Torres Pisa, I. *Kidney transplantation Process in Brazil represented in Bussiness Process Modeling Notation*. Transplantation Proceedings, 47, 963-966 (2015).

consentimiento informado, donación altruista y anónima y preferencia general por órganos procedentes de donantes fallecidos, que han sido ampliamente recogidos en la legislación nacional de los Estados miembros de la Unión Europea, pero que han quedado desdibujados en el ordenamiento interno de Brasil por las prácticas existentes de hecho³⁰.

Esos principios rigen de forma armónica el régimen de donación general existente en la mayoría de los países europeos, incluidos todos los Estados miembros de la UE, desde la entrada en vigor de la Directiva 2010/53/UE *ad corrigendum*, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio de 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos empleados al trasplante³¹. Evidentemente, Brasil y la UE han abordado el problema desde diferentes enfoques. La dimensión ética y legal se regula en el marco del Consejo de Europa (que reúne a los estados del continente europeo, incluidos países de Europa del Este como la Federación de Rusia) a través de dos instrumentos jurídicos específicos. El primero de ellos es el Convenio Europeo de Derechos Humanos y Biomedicina (Convenio de Oviedo de 1997) y sus cuatro Protocolos adicionales (ver nota 4 *supra*); el último instrumento es la Convención sobre la prevención del tráfico ilícito de órganos humanos (Convenio de la CE de 2015, en vigor a partir de marzo de 2018). Todos esos tratados están abiertos a la adhesión de Estados no miembros, como Australia, Canadá, la Santa Sede, Japón, México, los Estados Unidos de América y organizaciones internacionales como la UE.

El tráfico ilícito de personas con fines de donación de órganos se ha regulado específicamente a través de varias iniciativas de Naciones Unidas (*Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational organized crime*) y del Consejo de Europa (Convenio on *Action against Trafficking in Human Beings* (Convenio de Varsovia, 2005).

El tráfico ilegal de órganos, tejidos y células humanas es un problema global que afecta al núcleo principal de derechos humanos y que representa una amenaza directa para la salud individual y pública. En cualquier caso, las medidas de prevención, y las acciones directas para combatir este tráfico, se alinean necesariamente con las prioridades de política interna de cada Estado en función de sus objetivos legislativos prioritarios. Este es el caso de la oposición de facto de Brasil a la adhesión a los Convenios del Consejo de Europa. El hecho de que las poblaciones marginales puedan quedar desprotegidas respecto a la comercialización ilegal de órganos con el propósito de obtener ganancias económicas, debe volver la atención a las consecuencias adversas que surgen de un amplio mercado de potenciales donantes vivos. A esto se une otras cuestiones de protección de derechos fundamentales como a asistencia financiada con fondos públicos para promover la equidad e igualdad transgénero o la cuestión de la maternidad subrogada.

4.1 La Visión Europea

Respecto a la preferencia por la donación altruista consagrada en el derecho europeo, la Directiva 2010/53/UE señala expresamente en su preámbulo, Considerando 19, lo siguiente "(...) *para garantizar la calidad y seguridad de los órganos, los programas de trasplante de órganos deben basarse en los principios de donación voluntaria y no retribuida. Ello es esencial porque la violación de estos principios puede estar asociada a riesgos inaceptables. Cuando la donación no es voluntaria o se realiza con fines lucrativos, la calidad del proceso de donación podría quedar en entredicho (...); si los donantes buscan un beneficio económico o*

³⁰ Ver D. A. Budiani-Saberi, F. L. Delmonico, "El tráfico de órganos y el turismo de trasplantes: un comentario sobre las realidades globales (op. cit)

³¹ La Directiva fue publicada inicialmente como Directiva 2010/45/UE en el Diario Oficial de la UE L 207, de 6.8.2010. Una versión corregida fue publicada en DOUE L 243, 16.9.2010 con el nuevo título. Disponible en: <[http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32010L0053R\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32010L0053R(01))>. Último acceso en 30 de abril de 2017.

están sometidos a cualquier forma de coerción, puede que la historia clínica obtenida del posible donante vivo o de los familiares del posible donante fallecido carezca de la precisión suficiente por lo que respecta a las condiciones y enfermedades potencialmente transmisibles del donante al receptor.”³²

En estrecha relación, otros principios internacionalmente reconocidos que contempla la legislación europea para garantizar el respeto escrupuloso de derechos humanos en la práctica de la donación incluyen también la obligación de certificación facultativa e la defunción previa a la obtención de órganos de personas fallecidas y la asignación de órganos sobre la base de criterios transparentes, no discriminatorios y científicos.

No menos relevante es la regulación escrupulosa del consentimiento previo a la donación, área donde existen significativas diferencias procedimentales entre estados miembros de la UE. Así, coexisten sistemas en los que el consentimiento debe ser confirmado de forma explícita, junto a otros sistemas nacionales “de exclusión opcional”, en los que se consideran donantes potenciales todos los disponibles salvo que exista prueba fehaciente de oposición a la donación expresada por el donante en vida. Evidentemente, la directiva soslaya dos aspectos fundamentales indisolublemente unidos a esta última opción: la existencia real de un sistema universal de asistencia sanitaria, no excluyente y abierto a terceros no contribuyentes, y la confianza de la población en la igualdad de acceso a los recursos disponibles en un sistema público, universal, gratuito y anónimo. Evidentemente, el grado de solidaridad de la sociedad es esencial para mantener la confianza en el sistema en sistemas altruistas; quien ha recibido un órgano, y ve con ello garantizada su calidad de vida, es más proclive a ofrecer sus órganos en esta cadena altruista.

4.2 Aspectos Relevantes de los Instrumentos de Consejo de Europa (CoE)

Los avances recientes en biomedicina y biotecnología han dado lugar a nuevas modalidades bajo las cuales el cuerpo y tejidos humanos, los órganos y otras partes corporales pueden ser utilizados, modificados, donados o vendidos, alimentando un intenso debate público sobre cuestiones cruciales en interacción con la bioética. En 2002, el Consejo de Europa adoptó un Protocolo adicional al Convenio sobre Derechos Humanos y Biomedicina relativo al trasplante de órganos y tejidos de origen humano (CETS nº 186), orientado a la prevención y lucha contra el tráfico nacional e internacional de órganos y medidas para el cuidado de las víctimas³³.

El Capítulo I, *Propósitos, alcance y uso de conceptos*³⁴ establece que el alcance de la Convención comprende el tráfico de órganos humanos para fines de trasplante y a otras formas de extracción ilícita y de implantación ilícita³⁵. Y el Art. 4, Derecho penal sustantivo, regula la extracción ilícita de órganos humanos: cada Parte de la convención cuenta con la facultad de adoptar medidas legislativas y de índole análoga para tipificar como delito en su derecho interno, cuando se cometa intencionadamente, la extracción de órganos humanos de donantes vivos o fallecidos realizada sin el consentimiento libre, informado y específico del donante

³² Ver Considerando 19 del Preámbulo de la Directiva 2010/53/EU.

³³ Caplan, Arthur; Domínguez-Gil, Beatriz; Matesanz, Rafael; Prior, Carmen. *Trafficking in organs, tissues and cells and trafficking in human beings for the purpose of the removal of organs* - Joint Council of Europe/United Nations study, 2009, w/p.

³⁴ Texto de la Convención - Apéndice 10 (Aprobado por el Comité de Ministros el 9 de julio de 2014 en la 1205ª reunión de los Diputados de Ministros).

³⁵ "Tráfico de órganos humanos" significa cualquier actividad ilícita con respecto a órganos humanos - "órgano humano" define una parte diferenciada del cuerpo humano, formada por diferentes tejidos, que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un nivel significativo de autonomía. Una parte de un órgano también se considera un órgano si su función se va a utilizar con el mismo propósito que el órgano completo en el cuerpo humano, manteniendo los requisitos de estructura y vascularización.

vivo o fallecido, o, en el caso del donante fallecido, sin que la extracción se haya realizado conforme a lo que establezca su legislación nacional para la certificación y acreditación del previo fallecimiento; o cuando se ha ofrecido al donante vivo, o un tercero, o han recibido una ganancia económica o una ventaja comparable o la extracción de órganos de un donante fallecido supone una ganancia económica o una ventaja comparable para un tercero.

4.3 Aspectos Relevantes de la Legislación Brasileña

La Ley nº. 13.344³⁶, de 6 de octubre de 2016 establece medidas de prevención, erradicación y lucha contra la trata nacional e internacional de personas con fines de donación y medidas adicionales para la atención y apoyo a las víctimas de dicho comercio ilícito. En el Capítulo I, Principios y directrices, Art. 2, se establecen los principios de respeto por la dignidad de la persona humana y la garantía de la ciudadanía y los derechos humanos³⁷. El Art. 3 establece medidas de fortalecimiento institucional de las instancias federales y la coordinación entre organizaciones institucionales y representantes de la sociedad a través de la coordinación de políticas y de planes nacionales de lucha contra la trata de personas³⁸. Los artículos 4 y 5, establecen medidas de prevención específicas contra la trata de personas³⁹, reforzando la cooperación entre la Justicia y los sistemas de seguridad pública, nacionales y extranjeros. El Capítulo IV - Protección y asistencia a las víctimas⁴⁰ articula medidas específicas para la protección y

³⁶ Esta ley estipula la trata de personas cometidas en Brasil contra una víctima brasileña o extranjera y en el extranjero contra una víctima brasileña y confrontar la trata de personas incluye la prevención y represión de dicho crimen, así como la atención a sus víctimas, disponible en <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm>. Último acceso en 25 de mayo de 2017.

³⁷ Art. 2. *La lucha contra la trata de personas deberá cumplir con los siguientes principios: I - respeto por la dignidad de la persona humana; II - promoción y garantía de ciudadanía y derechos humanos; III - universalidad, indivisibilidad e interdependencia; IV - no discriminación por motivos de género, orientación sexual, origen étnico o social, origen, nacionalidad, actividad profesional, raza, religión, grupo de edad, estado migratorio u otro estado; V - transversalmente de las dimensiones de género, orientación sexual, origen étnico o social, origen, raza y edad en las políticas públicas; VI - atención completa a las víctimas directas e indirectas, independientemente de su nacionalidad y colaboración en investigaciones o procedimientos legales; VII - protección completa de niños y adolescentes.*

³⁸ Art. 3. *La lucha contra la trata de personas deberá cumplir con los siguientes objetivos: I - fortalecimiento del pacto federativo, mediante la acción conjunta y articulada de las esferas de gobierno dentro de sus competencias respectivas; II - articulación con organizaciones gubernamentales y no gubernamentales nacionales y extranjeras; III - fomentar la participación de la sociedad en casos de control social y de las entidades de clase o profesionales en la discusión de políticas sobre la trata de personas; IV - estructuración de la red para tratar la trata de personas, involucrando a todos los niveles de gobierno y organizaciones de la sociedad civil; V - fortalecimiento de las actividades en áreas o regiones con una mayor incidencia de delitos, como fronteras, puertos, aeropuertos, carreteras y estaciones de ferrocarril y carreteras; VI - estimular la cooperación internacional; VII - incentivo para realizar estudios e investigaciones y compartirlas; VIII - preservación del secreto de los procedimientos administrativos y judiciales, de conformidad con la ley; IX - gestión integrada para la coordinación de políticas y planes nacionales para combatir la trata de personas.*

³⁹ Art. 4. *La lucha contra la trata de personas se realizará mediante: I - implementación de medidas intersectoriales e integradas en las áreas de salud, educación, trabajo, seguridad pública, justicia, turismo, asistencia social, desarrollo rural, deportes, comunicación, cultura y derechos humanos; II - campañas socioeducativas y sensibilización, considerando las diferentes realidades e idiomas; III - fomentar la movilización y la participación de la sociedad civil; y IV - alentar proyectos para prevenir la trata de personas. Y Art. 5. La represión de la trata de personas se realizará mediante: I - la cooperación entre los órganos del sistema de justicia y seguridad, nacionales y extranjeros; II - la integración de políticas y acciones de represión a crímenes relacionados y la rendición de cuentas de sus autores; III - la formación de equipos conjuntos de investigación.*

⁴⁰ Capítulo IV - Protección y asistencia a las víctimas - Artículo 6 *La protección y el cuidado*

atención de las víctimas directas o indirectas de la trata de personas, incluida la preservación de la intimidad e identidad, su reinserción social, la garantía de acceso a la educación, la cultura y la formación profesional y trabajo remunerado y, en el caso de niños y adolescentes, su reintegración en la familia y la comunidad.

La extracción legal de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano con el propósito de trasplante y tratamiento y otras medidas se regula mediante Ley no. 9,434, del 4 de febrero de 1997 y el Decreto no. 2.268, de 30 de junio de 1997⁴¹, que la desarrolla

4.4 Oposición Formal del Brasil a la Declaración de Helsinki

Hasta la fecha, Brasil no ha expresado su adhesión al Convenio de Santiago de Compostela, aunque ha desarrollado un marco legal autónomo en línea con los principios generales recogidos en los convenios del Consejo de Europa y las recomendaciones éticas contenidas en la Declaración de Helsinki. (Ley no. 13344, del 6 de octubre de 2016). Estos principios relevantes, que inspiran los convenios europeos, tales como autonomía de la voluntad (libertad de elección), consentimiento informado, donación altruista, no onerosa y anónima o preferencia por órganos de donantes fallecidos han sido desarrollados en directrices privadas de la Asociación Brasileña de Trasplante de Órganos para trasplantes⁴².

A pesar de este alineamiento de facto, Brasil no ha expresado su intención de adoptar propuestas *Lege ferenda*, debido a que un sector del legislativo considera que las recomendaciones éticas contenidas en la Declaración de Helsinki comprometen los derechos de los más pobres y en general los de la población con menores recursos, que padece graves problemas públicos de salud. Las reformulaciones definitivas del texto, que fue discutido por última vez en la 64 Asamblea de la World Medical Asociación celebrada en Fortaleza, Brasil, en octubre de 2013, han sido consideradas por algunos sectores como una regresión ética y se han propuesto enmiendas alternativas para considerar prioritarias algunas de las conclusiones la enmienda propuesta a la Declaración de Helsinki, algunas cuestiones no tenidas en cuenta en la Declaración.

5. Otras Cuestiones Fronterizas

5.1 Maternidad Subrogada

Como ejemplo de las controversias actuales sobre determinadas prácticas que derivan en una mercantilización de hecho del cuerpo humano, y donde

de las víctimas directas o indirectas de la trata de personas incluyen: I - legal, social, trabajo y empleo y atención de la salud; II - recepción y refugio temporal; III - atención a sus necesidades específicas, especialmente en relación con el género, orientación sexual, origen étnico o social, origen, nacionalidad, raza, religión, grupo de edad, situación migratoria, actividad profesional, diversidad cultural, idioma, vínculos sociales y familiares u otras estado; IV - preservación de la intimidad y la identidad; V - prevención de revictimización en el cuidado y procedimientos investigativos y judiciales; VI - cuidado humanizado; VII - información sobre procedimientos administrativos y judiciales. §1º. La atención a las víctimas será con la interrupción de la situación de explotación o violencia, su reinserción social, la garantía de acceso a la educación, la cultura, la formación profesional y laboral y, en el caso de niños y adolescentes, la búsqueda de su reinserción en la familia y la comunidad. §2º. En el exterior, la asistencia inmediata a las víctimas brasileñas estará a cargo de la red consular de Brasil y se proporcionará independientemente de su estado migratorio, ocupación u otro estado. §3º. El cuidado de salud provisto en el ítem I de este artículo debe comprender los aspectos de la recuperación física y psicológica de la víctima.

⁴¹Ver Decreto no. 2.268, de 30 de junio de 1997 que desarrolla la Ley No. 9.434, de 4 de febrero de 1997, sobre extracción de órganos, tejidos y partes del cuerpo humano para trasplante y tratamiento, y otras medidas.

Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm>. Último acceso 26 de mayo de 2017.

⁴² Disponible en: <http://www.abto.org.br/abtov03_ingles/>. Último acceso 26 de mayo de 2017.

confluyen puntos de vista teóricos y normativos divergentes si no opuestos entre las partes interesadas, lo representa sin duda el debate actual sobre la necesidad de regular la maternidad subrogada y los problemas éticos y normativos que se derivan de esta práctica. A este respecto, y para delimitar los fundamentos teóricos y prácticos que justifican las posiciones a favor y en contra y que marcan el debate actual, pueden resumirse en sus puntos más conflictivos:

- (i) el principio de propiedad sobre el propio cuerpo;
- (ii) el posible impacto en la relación familiar en relación con el bienestar futuro del niño;
- (iii) el estado de los derechos reproductivos en diferentes países y contextos culturales; y
- (iv) los derechos y la protección de los intereses del recién nacido.

Este debate es de plena actualidad en los Estados miembros de la UE. La Asociación Española de Bioética y Ética Médica (AEBI) ha adoptado recientemente, en su Congreso Anual de 2017 y bajo el título de *Maternidad Subrogada: preocupaciones ético-legales*, una postura en contra de la maternidad subrogada como contraria a la dignidad de las mujeres. Siguiendo esta línea, similar postura en contra se ha plasmado también en la posición mantenida por el Comité de Bioética de España⁴³:

(...) Los razonamientos en contra una prohibición universal de la maternidad subrogada internacional la explotación a la que son sometidas las mujeres gestantes es una razón fuerte para que España defienda, en el seno de la comunidad internacional, la adopción de medidas dirigidas a prohibir la celebración de contratos de gestación por sustitución a nivel internacional

5.2 Encarnizamiento terapéutico (therapeutic obstinacy): el caso-estudio de Santiago de Compostela

En 2015, los padres de un niño con problemas neurofisiológicos incompatibles con la vida, solicitaron al Hospital de Santiago de Compostela donde estaba ingresado que cesaran todas las intervenciones de apoyo terapéutico que lo mantenía artificialmente con vida contra natura, en lo que entendían un caso de obstinación terapéutica. Los padres solicitaron la intervención judicial cuando los responsables del Hospital aludido denegaron la solicitud de desconexión del paciente del soporte vital que prolongaba su vida. La novedad del caso es que el juez accedió a la mediación entre padres y hospital en lugar de emitir un auto judicial. La obstinación terapéutica está prohibida en el orden legal.

En Brasil, el "encarnizamiento terapéutico" es habitual en Brasil debido a que la legislación brasileña considera criminal la eutanasia, a falta de disposición explícita en este sentido. Sin embargo, para la tipificación prevista en el artículo

⁴³ Ver Informe del Comité de Bioética de España sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada (Conclusiones) "(...) existen sólidas razones para rechazar la maternidad subrogada. El deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas. La mayoría del Comité entiende que todo contrato de gestación por sustitución entraña una explotación de la mujer y un daño a los intereses superiores del menor y, por tanto, no puede aceptarse por principio. Otros miembros del Comité, aunque aceptan en línea de principio que esta práctica podría regularse de modo que compaginara la satisfacción del deseo de unos de tener un hijo con la garantía de los derechos e intereses de los otros, no alcanzan a ver la fórmula de hacerlo en el contexto actual (...) Disponible en: <http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspecto_s_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf>. Último acceso 26 de mayo de 2017.

121 del Código Penal brasileño, es decir asesinato simple o calificado, es irrelevante que el paciente haya dado su consentimiento al cese de tratamiento para eximir de la calificación legal de esta conducta y de la correspondiente responsabilidad civil y penal. Por tanto, en la hipótesis de prolongación artificial de la vida, dicho consentimiento se considera legalmente irrelevante.

6. Recomendaciones y Conclusiones

Aunque la legislación de Brasil se ajusta en gran medida a los Convenios internacionales y en especial a los del Consejo de Europa que amparan los principios fundamentales de respecto a la integridad y dignidad humana, es recomendable una mayor alineación con estos instrumentos jurídicos, mediante la adopción de medidas específicas. Entre ellas cabe citar:

- (i) proponer un conjunto de acciones conjuntas de aplicación progresiva para identificar, evaluar y resolver las posibles omisiones críticas en la legislación nacional y en las políticas públicas brasileñas existentes sobre los derechos del cuerpo humano, la donación y trasplante o la mercantilización de tejidos humanos y otros materiales biológicos;
- (ii) abordar acciones específicas para mejorar la concienciación de los interesados sobre los derechos de la persona y la ética de la donación en biomedicina.
- (iii) No olvidar el debate siempre abierto sobre las prácticas que suponen una mercantilización de hecho del ser humano.

Este sensible asunto está recibiendo un creciente interés de académicos e investigadores, tanto de instituciones educativas de alto nivel brasileñas como españolas.

7. Referencias

- ARISTÓTELES. Política. Traducción de Mario da Gama Kury. 3º edición. Brasilia: UNB, 1997.
- ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE TRANSPLANTES DE ÓRGÃOS (ABTO), disponible en inglés en: <http://www.abto.org.br/abtov03_ingles/>. Último acceso en 26 de mayo de 2017.
- BARRETO, Vicente de Paulo. (Coord. CULLETON, Alfredo). Dicionario de Filosofia Política. São Leopoldo: Unisinos, 2010.
- BUDIANI-SABERI, A. B.; DELMONICO, F. L. Turismo de trasplante y tráfico de órganos: un comentario sobre las realidades globales, en: American Journal of Transplantation, Volumen 8 (5) (2008), p. 918-929.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal, São Paulo: Imprensa, Saraiva, 2010.
- BOS, M. A. (2008). An update on global organ trafficking. ELPAT Forum, TTS Sydney, 1-22.
- CAPLAN, Arthur; DOMÍNGUEZ-GIL, Beatriz; MATESANZ, Rafael; ANTES, Carmen. Tráfico de órganos, tejidos y células y trata de seres humanos con fines de extracción de órganos - Joint Council of Europe / United Nations Study, 2009.
- CÓDIGO DE CONDUCTA EUROPEO PARA LA INTEGRIDAD DE LA INVESTIGACIÓN (ESF y ALLEA, 2011). Disponible en: <http://www.esf.org/fileadmin/Public_documents/Publications/Code_Conduct_ResearchIntegrity.pdf>. Último acceso en 24 de mayo de 2017.
- CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA CONTRA LA TRATA DE ÓRGANOS HUMANOS (CoE)- Apéndice 10 (Punto 10.3) Convenio Aprobado por el Comité de Ministros el 9 de julio de 2014 en la 1205ª reunión de los Diputados de Ministros.
- CONCLUSIONES DEL CONSEJO SOBRE INTEGRIDAD DE LA INVESTIGACIÓN, 1 de diciembre de 2015, 14853/15 RECH 296 y Convenio del Consejo de Europa

- contra la Trata de Órganos Humanos. CETS No. 216. Disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/216>. Último acceso en 24 de mayo de 2017.
- DECLARACIÓN DE HELSINKI. Asociación Médica Mundial. Disponible en: [http://www.who.int/bulletin/archives/79\(4\)373.pdf](http://www.who.int/bulletin/archives/79(4)373.pdf). Último acceso en 24 de mayo de 2017.
- DIRECTIVA 2010/45/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 7 DE JULIO DE 2010, sobre normas de calidad y seguridad de los órganos humanos destinados a trasplante. Disponible em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=LEGISSUM:sp0008&from=ES>. Último acceso en 30 de Junio de 2017.
- ELPAT, en la Sesión del 22º Congreso de TTS, una actualización sobre el tráfico mundial de órganos, Sydney (10-14 de agosto de 2008) - La Presentación de Michael Bos y ESF y ALLEA - El Código de Conducta Europeo para la Integridad de la Investigación, 2011.
- FABREGAS, L. *Transplant tourism questioned at medical centers in Colombia*. Pittsburg Tribune Review. 2007, 18.
- FONTES, A. *As relações da Biologia com o Direito e seus dois maiores desdobramentos: o Biodireito e a Biopirateria* EDARF
- FREDMAN, S, Intersectional discrimination in EU gender equality and non-discrimination law. Luxembourg 2016. Publications Office of the European Union, ISBN 978-92-79-57950.
- GONZÁLEZ BOTIJA, F., Vaquero Ramiro, S. Trasplante de órganos y Derecho comunitario. Revista Universitaria Europea Nº 22, enero-junio, 2015: 97-136 ISSN: 1139-5796
- INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Bellagio Task Force Report on Transplantation, Bodily Integrity, and the International Traffic in Organs, Transplantation Proceedings, 1997; 29:2739-45.
- MORIN, EDGAR; LE MOIGNE, JEAN-LOUIS. *La inteligencia de la complejidad*. São Paulo: Petrópolis, 2000.
- PERES PENTEADO, A; MOLINA COHRS, F; DINIZ HUMMEL, A; ERBS, J, ; MACIEL, RF; FEIJÓ ORTOLANI, CL; DE AGUIAR ROZA, B; TORRES PISA, I. Kidney transplantation Process in Brazil represented in Bussiness Process Modeling Notation. Transplantation Proceedings, 47, 963-966 (2015)
- POTTER, VAN RENSSLAER. Bioética: Ponte para o futuro. São Paulo: Edições Loyola, available at <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/1237335091471892398.pdf> Access on April, 30th, 2017.
- PODER LEGISLATIVO BRASILEÑO - Ley no. 13,344, del 6 de octubre de 2016. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Lei/L13344.htm. Accesos en los días 25 y 26 de mayo de 2017.
- PODER LEGISLATIVO BRASILEÑO - Ley no. 9, 434, del 6 de febrero de 1997. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9434compilado.htm. Accesos en los días 25 y 26 de mayo de 2017.
- PODER EJECUTIVO BRASILEÑO. Decreto no. 2.268, del 30 de junio de 1997, disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/D2268.htm. Ultimo acceso en 26 de mayo de 2017 POTTER, Van Rensselaer. Bioética: Ponte para futuro. Presentación de Leo Pessini. São Paulo: Edições Loyola. Disponible en <http://www.pucpr.br/arquivosUpload/1237335091471892398.pdf>. Ultimo acceso en 30 de abril de 2017.
- SÁ, Maria De Fátima Freire; NAVES, Bruno Torquato De Oliveira. Manual de Biodireito. 2º ed. Revista, atualizada e ampliada. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

- SANTANA FERNANDES, M.; SILLA, L.; GOLDIM, J.R.; MARTINS-COSTA, J. Brazilian Legal and bioethical approach about donation of research and patentes of human body parts. *Journal Community Genetics* (2017 8; 199-08
- SCHEPER-HUGHES, N. *Death Without Weeping: The Violence of Everyday Life in Brazil* (University of California Press: Berkeley, 1992), pp. 233–239.
- SCHEPER HUGHES, N. Prime numbers: organs without borders. *Foreign Policy* 2005, pg 29-
- SHIMAZONO, YOSUKE. The State of the international organ trade: a provisional picture based on integration of available information. *Bulletin of the World Health Organization*. Volume 85, number 12, December 2007, pg. 901-980.
- TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Imprensa, Saraiva, 1994.
- TORRES PEREIRA. M.V. An attempt for the protection of sexual diversity in Brazilian law PBL - Year 2 - Number 2 - 2014 - pp. 143-165. ISSN 2318-1516 (online)
- WORLD MEDICAL ASSOCIATION. Declaration of Helsinki. Available at: <[http://www.who.int/bulletin/archives/79\(4\)373.pdf](http://www.who.int/bulletin/archives/79(4)373.pdf)>. Last access on May 24th, 2017.

El problema de la Reputación Online y Motores de Búsqueda: Derecho al Olvido

The Problem of Online Reputation and Search Engines: Right to Oblivion

José Ramón Saura

Universidad Rey Juan Carlos (URJC)¹

Pedro Palos

Universidad de Extremadura (UNEX)²

Felipe Debasa Navalpotro

Universidad Rey Juan Carlos (URJC)³

Sumario: 1. Introducción. 2. Uso Motores de Búsqueda en España y la Unión Europea. 3. Reputación Online y Derecho al Olvido. 4. La responsabilidad de los buscadores en Internet 5. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014. 6. Conclusiones.

Resumen: Este artículo fundamenta un análisis del Reglamento Europeo de Protección de Datos aprobado por el Parlamento Europeo que entró en vigor el 25 de mayo de 2016 sobre el Derecho al Olvido. El artículo presenta un análisis de la actual situación de los motores de búsqueda en España y la Unión Europea y, en concreto Google. Analizamos estadísticas de uso y búsquedas a nivel europeo que contrastan la relevancia del sector de los motores de búsqueda con la normativa vigente de tratamiento de datos personales, protección de datos e indexabilidad en Internet.

Abstract: This article is based on an analysis of the European Data Protection Regulation adopted by the European Parliament which entered into force on 25 May 2016 on the Right to Forgetting. The article presents an analysis of the current situation of the search engines in Spain and the European Union and in particular Google. We analyze user statistics and searches at European level that contrast the relevance of the search engine sector with the current legislation on the processing of personal data, data protection and indexability on the Internet.

Palabras clave: Reputación Online, Derecho al Olvido, Motores de Búsqueda, Google, Protección de Datos, Internet

Keywords: Online Reputation, Right to be Forgotten, search engines, Google, Data Protection, Internet

1. Introducción.

¹ Profesor de Marketing en URJC. Secretario Académico del Observatorio de Nuevas Ciencias Sociales y Tecnologías de la URJC. Mentor de Marketing en programas de Google Developer. Doctorando en Economía de la Empresa en URJC.

² Profesor de Economía en la Universidad de Extremadura (UNEX).

³ Felipe Debasa. Profesor de Historia del Mundo Actual URJC. Director del Observatorio de Nuevas Ciencias Sociales y Tecnologías del Conocimiento Transversal del siglo XXI. URJC.

Este artículo tiene su justificación en la importancia del estudio de la normativa vigente en Derecho al Olvido en la Unión Europea en el ámbito del tratamiento de datos personales, protección de datos e indexabilidad de información y contenidos en Internet.

Es importante resaltar cómo en los últimos años el ecosistema de la gestión de la información viene experimentando importantes cambios. En la actualidad, existen numerosas técnicas e instrumentos para que los consumidores o usuarios de Internet obtengan información en entornos digitales. En este sentido nace un fenómeno conocido como Marketing en buscadores o *Search Marketing* que se puede dividir en dos clases (i) orgánico o natural –conocido como posicionamiento SEO (Search Engine Optimization- y (ii) patrocinado o por pago –SEM (Search Engine Marketing)⁴. En gran parte del mundo el motor de búsqueda Google, se posiciona como el buscador más utilizado, en el caso de España, reúne en torno al 97% de las búsquedas realizadas en 2015, según datos de la compañía.

Antes de profundizar en el tema que nos ocupa, es importante poder entender cómo funciona un motor de búsqueda.

Cuando se realiza una consulta en buscadores, estos tratan de ofrecer el mejor resultado, veraz y actualizado posible a los usuarios. El resultado de una consulta conocido como “ranking de resultados” o SEPRs (Search Engine Pages Results) lo elabora el motor de búsqueda de forma automática basándose en cientos de parámetros que su *algoritmo* tiene en cuenta para puntuar el interés de cada sitio web en relación a la búsqueda que se ha realizado ofreciendo únicamente resultados relevantes⁵.

Los parámetros que utiliza el motor de búsqueda Google no son conocidos en su totalidad, hecho que posibilita que los resultados sean interesantes y atraigan a los usuarios ya que, generalmente, no son producto de una estrategia intensiva de *Search Marketing*.

Los “robots” o “arañas” de los buscadores realizan visitas automáticas y recurrentes a las páginas webs y las indexan extrayendo información y datos que son accesibles a través del código fuente de cada página web. De esta forma, una página web que ha sido indexada en la primera página de resultados, está optimizada correctamente en su parte técnica o “back-end”, transmitiendo la información adecuada a los motores de búsqueda con el objetivo de que estos la cataloguen en la categoría correcta como resultado para determinadas consultas⁶.

Un motor de búsqueda o buscador, es un sistema informático que busca archivos almacenados en servidores web gracias a su “Web Crawler” o “Spider”. Un Spider o Web Crawler, es un programa que inspecciona las páginas web de Internet de forma metódica y automatizada. Este algoritmo comienza visitando una lista de URLs, seguidamente identifica los hiperenlaces en dichas páginas y los añade a la lista de URLs a visitar de manera recurrente de acuerdo a un determinado conjunto de reglas. Los motores de búsqueda siguen un grupo asignado de direcciones web, el robot, descarga estas direcciones, analiza las páginas y busca enlaces a páginas nuevas, tras esto, descarga estas páginas, analiza sus enlaces y continúa con el proceso⁷.

⁴ BOYD, D. (2007). “Social network sites: Definition, history, and scholarship”. *Journal of Computer-Mediated Communication*. 13(1), 210-230. doi: 10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x

⁵ MADDEN, MARY; FOX, SUSANNAH., SMITH, AARON; VITAK, JESSICA (2007). Online identity management and search in the age of transparency. Washington, D.C.: Pew Internet & American Life Project.

⁶ ZHUOFAN, Y., SHIB, Y. AND WANG, B. (2015). “Search Engine Marketing, Financing Ability and Firm Performance in E-commerce”. *Journal of Marketing Research*. 55, 1106-1112. doi: 10.1016/j.procs.2015.07.078

⁷ ROYLE, JO., LAING, A. (2014). The DM skills gap: Developing a Digital Marketer Model for the communication industries. *International Journal of Information Management*. 34(2), 65–73. doi: 10.1016/j.ijinfomgt.2013.11.008

Podemos clasificar los buscadores en los siguientes tipos: (i)índices temáticos, (ii)sistemas de búsqueda por temas o (iii)categorías jerarquizados (bases de datos, *directorios* Web, listas categóricas o temas determinados) y (iv)motores de búsqueda a través de sistemas de consulta por palabra clave⁸.

En cuanto al Sistema de recuperación de información, cada uno de los sistemas definidos se subdivide a la vez en otros sub-sistemas, que requieren una mención especial. Los motores de búsqueda, disponen de una tecnología que funciona a modo de “rastreador” teniendo el objetivo de descubrir y descargar páginas web y otros documentos de Internet. De este análisis, se obtendrían nuevas URLs y documentos⁹.

El motor de búsqueda Google está compuesto por un sistema de recuperación de información que está caracterizado por dos indicadores. Un (i)Sistema de indexación que se ocupa del análisis de documentos descargados y de creación de índices que permiten al motor de búsqueda realizar búsquedas, y un sistema de consulta que es la interfaz visible del motor de búsqueda, conocida como la parte con la que interactúan a los usuarios¹⁰.

El sistema de consulta, está basado en un formulario que sirve para enviar la pregunta a otra parte del sistema, esta, comparte los términos de la pregunta con el índice y la filtra. El motor de búsqueda presenta los mejores resultados a través de las *SERPs*¹¹. Finalmente, los resultados se mostrarían en orden significativo y de relevancia. Esta significación se realiza en base a un valor numérico de ciertas variables o indicadores de optimización que no son públicos¹².

En este artículo, tomaremos como modelo el algoritmo del motor de búsqueda Google. Los algoritmos de otros buscadores, son similares en cuanto a las variables que los conforman.

Desde la perspectiva jurídica el problema aparece cuando los motores de búsqueda casan datos cuya responsabilidad de salvaguarda son de un tercero, permitiendo que emerja información que podría no ser considerada adecuada.

2.Uso Motores de Búsqueda en España y la Unión Europea

El buscador Google recibe un total de 4 millones de búsquedas por minuto alrededor del mundo, o lo que es lo mismo, un total de 167 mil millones de búsquedas al mes son realizadas a través del buscador a nivel mundial. Además, el propio buscador indica que por minuto se publican aproximadamente 20.600 anuncios patrocinados en España a través de los resultados de búsqueda.

En un ecosistema en el que el 14% de los españoles pasa más de cinco horas al día en Internet por razones de ocio e información, el motor de búsqueda Google posee una gran relevancia en los hábitos de consumos de los usuarios españoles y europeos.

Si añadimos a este ecosistema que en España el 53% de los españoles suele buscar información en Internet antes de realizar sus compras por Internet, los

⁸ ANON., 2003. *The Influentials: One American in Ten Tells the Other Nine How to Vote, Where to Eat, and What to Buy*. New York: Simon and Schuster.

⁹ MARTÍNEZ-PRADALES, D. (2011). Las marcas y las redes sociales. En: Cuadernos de Comunicación evoca. Identidad y Reputación Online. Número 5. Madrid: Evoca Comunicación e Imagen.

¹⁰ JAYARAM, J, MANRAI, K. Y MANRAI, S., (2015). Effective use of marketing technology in Eastern Europe: Web analytics, social media, customer analytics, digital campaigns and mobile applications. *Journal of economics. Finance and Administrative science*. 20(39), 118-132.

¹¹ Search Engine Pages Results.

¹² CHUNGA, A., ANDREEVA, P., BENYUCEF, M., DUANE, A., O'REILLY, P. (2017). Managing an organisation's social media presence: An empirical stages of growth model. *International Journal of Information Management*. 37(1), 1405–1417. doi: 10.1016/j.ijinfomgt.2016.10.003

resultados del buscador pueden influenciar en las decisiones y opiniones de cada usuario de forma persuasiva¹³.

En un mercado en el que la inversión digital crece 21,47% frente a 2015 y se sitúa en 1.565,6 millones de euros en España, según la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), la relevancia de los buscadores para mostrar información y perturbar las decisiones de compra del consumidor tiene un nivel de influencia muy alto¹⁴.

Si hablamos de España, un mercado en el que el Comercio Electrónico supera en los 6.100 millones de euros 2016 (3er trimestre) con respecto al periodo anterior (16,3%), podemos observar la importancia del sector de las búsquedas que atraen tráfico a estos *Marketplaces*, hecho que incluso ha desarrollado nuevos fenómenos de compra como el conocido como ROPO (*Research On-line, Purchase Off-line*), en el que los usuarios obtienen información en Internet, pero compran físicamente en la tienda¹⁵.

3. Reputación online y Derecho al Olvido

Hoy en día, cualquier establecimiento comercial, empresa, profesional o directivo está expuesto a la crítica de cualquier usuario o consumidor, incluso si no ha sido cliente. El uso permanente de Internet en muchas facetas de la vida del usuario, le ha llevado a consultar al buscador muchos aspectos de la vida cotidiana. El crecimiento exponencial del comercio electrónico ha hecho que los consumidores hayan creado una gran cantidad de información que es fruto de su experiencia de compra. Estas experiencias influyen, indudablemente, en otros consumidores¹⁶.

Internet ha conseguido que el mundo sea la llamada aldea global, en la que todos conocemos la vida de todos gracias a Internet. La vida en la red Internet se construye de nuestras referencias en redes sociales y cualquier web, bien posicionada en el buscador, que haga referencia a la misma. A veces, de manera imprudente y en otras, con la impunidad de quién sabe que este es un fenómeno aún no muy perseguido por la Ley, se divulga una información privada con cualquier intencionalidad. Esto resulta, potencialmente, peligroso para nuestra vida profesional o personal. Estos ataques a la reputación online se han multiplicado de manera exponencial en los momentos de crispación política que ha ocasionado la crisis económica. La reciente judicialización que se vive en España, donde existen más de 3500 diarios digitales, ha contribuido a ello.

Desde la óptica europea partíamos de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y libre circulación de estos datos. Norma vigente por la que han pasado 22 años.

Para la reforma de la referida Directiva, la Comisión Europea remitiría al Parlamento y otras instituciones, un documento en el que se plantearía la necesidad de modernizar la legislación sobre protección de datos.

La actual Directiva sobre protección de datos (1995/46/CE1) recoge aspectos relevantes que deben ser actualizados sobre todo debido a la reciente explosión de las redes sociales, que ha incrementado exponencialmente el tráfico de información en los últimos diez años.

¹³ IAB SPAIN Y PWC (2016). Estudio Anual de Inversión Publicitaria en Medios Digitales con datos de 2016. España. Consultado online.

¹⁴ CNMC, COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. *El comercio electrónico supera en España los 5.900 millones de euros en el segundo trimestre de 2016, un 20,3% más que el año anterior.* (n.d.). Retrieved September 19, 2017, from <https://www.cnmc.es/novedades/2017-01-04-el-comercio-electronico-supera-en-espana-los-5900-millones-de-euros-en-el>

¹⁵ IAB SPAIN (2016). Estudio Anual de eCommerce 2016. España. Consultado online.

¹⁶ BROWN, J.J. Y REINGEN, P.H. (1987), "Social ties and word-of-mouth referral behavior", *Journal of Consumer Research*, Vol. 14, December, pp. 350-62

Algunos de los aspectos que deben ser reformulados de la antigua normativa hacen referencia al derecho a la intimidad con respecto al tratamiento de datos personales (Art. 1); al ámbito de aplicación territorial de la referida Directiva 95/46/CE, que obliga a los Estados miembros a aplicar el Derecho nacional adoptado (Art.4,1); al tratamiento de los datos para el propósito específico para el que se recogen y procesan (Art. 6) respetando el interés legítimo del responsable del tratamiento o de un tercero a quien se divulguen los datos (Art.7). Especialmente relevante es también el derecho de los interesados de acceso, rectificación, supresión o bloqueo de datos personales que no se hayan procesado de conformidad con la Directiva, en particular, cuando sean incompletos o inexactos (Art. 12) y el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos personales en determinadas situaciones (Art. 14).

Además, ante la divergencia de las cambiantes políticas de privacidad de cada país, la Comisión ve necesario adoptar un instrumento aplicable en todos los países de la UE por igual, lo que de paso aliviaría la carga administrativa de las empresas internacionales que manejan una gran cantidad de datos personales.

En el proceso de revisión de la normativa anterior, la primera idea clara de la Comisión Europea sería proteger el derecho que los usuarios de las redes sociales tienen para retirar en cualquier momento sus datos. El nuevo documento es una declaración de dos objetivos de naturaleza contrapuesta para, a partir de ahí, poder legislar en el futuro: 1) Por un lado asegurar la privacidad del usuario, y 2) por otro facilitar el trasvase de datos dentro del mercado común europeo.

Para el primero se proponen varios tipos de medidas: desde la mayor transparencia en la recogida de datos hasta el endurecimiento del marco penal. Para el segundo, la unificación de los protocolos y la clarificación de algunos limbo jurídicos, como las direcciones IP si constituyen o no datos personales las “*huellas virtuales*” acumuladas en ellas o los datos almacenados por las compañías de teléfonos móviles.

Para aquellas personas u organizaciones, que se puedan ver afectados por opiniones negativas que se quedan permanentes y accesibles fácilmente desde buscadores existe el derecho a ser olvidado.

Este derecho en el contexto de la retención de datos se ha propuesto recientemente como un derecho fundamental. Las motivaciones son muy variadas: ya sea por cansancio o por un cambio de ideología o de costumbres, porque se contrajo una deuda que se pagó hace mucho tiempo y aún aparece o simplemente por ser imputado en un Juzgado de Instrucción y, posteriormente, sobreseído por la Fiscalía. La casuística es cada día mayor y la legislación resulta obsoleta a todos los efectos.

4. La responsabilidad de los Buscadores en Internet

El problema que se puede llegar a tener tiene su origen en la fuente original de los datos, pero indudablemente la falta de privacidad se incrementa cuando los buscadores indexan, con o sin sospechas de ello, información que atenta contra el derecho a la privacidad o ha sido conseguida de manera ilícita. Por tanto, la privacidad puede convertirse en el principal problema de los buscadores¹⁷.

Después de las sonadas polémicas por la poca transparencia en la captación y tratamiento de los datos personales, las denuncias apuntan ahora a su principal herramienta: el buscador, que pone al alcance general datos que los interesados preferirían sepultar en el olvido¹⁸.

¹⁷ HENNINGER, M. (2008). The hidden web: finding quality information on the net. California: University of New South Wales Press.

¹⁸ PALOS-SANCHEZ, P.R. (2017): “CLOUD COMPUTING: seguridad, privacidad y reputación

Pero cuando hablamos de los buscadores, ¿cuál es el propósito del almacenamiento de los datos sino precisamente el de estar disponibles para quien los quiera consultar? Por tanto, en las denuncias contra los buscadores se está dirimiendo no solo la legalidad de los mismos, sino también la profunda confianza que están despertando en los usuarios en el manejo de datos personales.

Así, la comunicación de la Comisión Europea constata la creciente falta de confianza del usuario medio de la red. Por ello, sus principales recomendaciones siguen una misma dirección: promover -coercitivamente si es necesario- la transparencia por parte del responsable del tratamiento de los datos.

En aras de esa transparencia, la Comisión propone *“la utilización de un lenguaje claro y sencillo”*, de modo que el usuario sepa en concreto quién recogerá y tratará sus datos, de qué manera, por qué motivos y durante cuánto tiempo, y cuáles son sus derechos a efectos de acceder, rectificar o suprimirlos (Directiva 1995/46/CE).

Otras propuestas van en el mismo camino: elaborar uno o más modelos normalizados europeos de declaraciones de confidencialidad que deberán utilizar los responsables del tratamiento, o garantizar el “principio de minimización de datos”: el tratamiento de los datos debe limitarse únicamente a su propósito y los interesados deben conservar un control efectivo sobre sus propios datos. En este segundo aspecto, el principio de minimización de datos conecta con el denominado “derecho al olvido” (Sentencia TC 292/2000, de 30 de noviembre) poder eliminar el rastro virtual dejado en el uso de la red, por ejemplo, el perfil en una determinada red social.

El vertiginoso avance de las redes sociales se ha encargado de subrayar este mismo peligro. El caso de Facebook es paradigmático: los sucesivos cambios en su política de privacidad dan cuenta de otros tantos problemas relacionados con la capacidad de la empresa para proteger las informaciones de sus usuarios puesto que los datos son almacenados con un propósito distinto al de satisfacer la curiosidad de las empresas comerciales.

De hecho, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha sancionado recientemente a esta red social con una sanción de 1,2 millones de euros por vulnerar la normativa sobre protección de datos personales de los usuarios. La agencia comprobó que la red social recopila, almacena y utiliza información de los usuarios para fines publicitarios, sin contar con la autorización de los mismos¹⁹.

En concreto se hace eco de varias denuncias presentadas por usuarios a quienes se ha impedido recuperar, por ejemplo, fotos personales, con lo que se ha limitado su derecho al acceso, rectificación, bloqueo o supresión de datos propios. La Comisión refrenda así el derecho al olvido, a retirar en cualquier momento el consentimiento al tratamiento de sus datos.

6.Legislación Aplicable en España y la Unión Europea

La AEPD manifiesta que el derecho al olvido aparece cuando a los tradicionales derechos de cancelación y oposición se les suman las nuevas tecnologías, y en concreto los buscadores de Internet.

Cuando no existía Internet, consultar un ejemplar de la hemeroteca de un periódico consumía una importante cantidad de tiempo además de desplazamientos. Era necesario acudir a la hemeroteca física, e ir manipulando uno por uno los ejemplares hasta encontrar el solicitado. Conforme se fueron digitalizando las hemerotecas este tipo de consulta se hicieron más sencillas, pues bastaba sentarse en un ordenador con el material cargado en la memoria, y ponerse a buscar mediante un teclado. Después llegaría Internet, el volcado de las hemerotecas a la red, y por último, los motores de búsqueda o simplemente buscadores.

¹⁹ La AEPD sanciona a Facebook por vulnerar la normativa de protección de datos. (n.d.). Consultado en octubre 05, 2017, en goo.gl/hwkl5

En este escenario nos encontramos la primera Sentencia del Tribunal Supremo de España (STS 545/2015 de 15 de octubre de 2015), que reconoce el derecho al olvido digital. El Supremo considera que el editor de una página web es el responsable del tratamiento de los datos que pueda ofrecer, y debe ponderar entre la libertad de expresión, y derechos al honor y la intimidad.

Señala que hay que valorar el interés público de que una información aparezca vinculada a datos personales de personas afectadas, especialmente si los hechos hubieren ocurrido con mucha anterioridad. En la referida sentencia, el Supremo reconoce el derecho al olvido de un par de personas que fueron condenadas décadas atrás, y que tras cumplir condena habían rehecho sus vidas personal, familiar y profesional. Igualmente se dice que este nuevo derecho no ampara la posibilidad de construirse pasados a medida, y tampoco currículos “ad hoc”, de aquellos que se exponen públicamente.

Numerosas voces señalan que los datos digitales serán “el nuevo petróleo del siglo XXI” y a tal efecto parece necesaria una regulación real y amplia que otorgue a los ciudadanos el poder de control sobre sus propios datos.

Desde la óptica europea partíamos de la Directiva 1995/46/CE de un tiempo en el que no había Internet, y por eso era necesario un nuevo marco jurídico. Así nos encontramos con el Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 1995/46/CE.

El Parlamento Europeo señala que para la referida reforma han sido necesarios más de 4 años de trabajo, y que el objetivo es “*el de ofrecer un nivel uniforme de protección en toda la UE, ofrecer claridad a las empresas con la unificación, reforzar la confianza y la seguridad jurídica, e impulsar la competencia*”. Las nuevas reglas incluyen: El derecho al olvido, el consentimiento de la persona afirmativo para el tratamiento de los datos, el derecho del dueño a trasladar sus datos de operador, el derecho a ser informado si los datos personales han sufrido ataques piratas y la obligación de informar a los usuarios mediante un lenguaje claro y comprensible.

Asimismo, en caso de infracción, se prevén sanciones que podrían llegar al 4% de la facturación global. La disposición entrará en vigor dos años después de la publicación para que los Estados miembros de la Unión Europea puedan adecuar las legislaciones nacionales.

7. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 13 de mayo de 2014 fue considerada una novedad relevante por reconocer explícitamente el derecho al olvido. Califica la actividad de los buscadores como “tratamiento de datos personales” y considera responsable de este tratamiento al gestor del motor de búsqueda, pues es “quien determina los fines y los medios”.

En la referida Sentencia se analiza expresamente a Google y se expone lo siguiente. La información suministrada por un buscador podría afectar a los derechos fundamentales de un individuo en relación con su vida privada. El papel de los motores de búsqueda es decisivo, buscadores cuyos mecanismos han sido descritos en el presente artículo. Cuando los datos dejan de ser necesarios según el fin para el que se recogieron, podrían pasar a ser anacrónicos teniendo en cuenta además el tiempo transcurrido desde la recepción. En tales casos, a petición del interesado, los datos deben desaparecer. Por tanto, aparece de manera explícita el derecho al olvido.

No obstante, se dice igualmente que podrían existir situaciones en las que los datos deban estar más tiempo a disposición de los motores de búsqueda como es el caso de escenarios “históricos, estadísticos o científicos”.

8. Conclusiones

El derecho al olvido apenas tiene un par de años. Podría existir una dificultad para definirlo claramente. Existen posiciones enfrentadas en cuanto al ejercicio del mismo. Hay quienes sostienen que debe primar el “derecho a conocer” sobre el derecho al olvido.

Dualidad en el comportamiento humano: por un lado, se comparte gran cantidad de información, por ejemplo, en redes sociales; y, por otra parte, se pide que se proteja la intimidad. El derecho al olvido surge como una necesidad de protección frente a los escenarios tecnológicos de almacenaje masivo de información.

Hace años, en el mundo, se producía una cantidad notable de información, pero ésta apenas se almacenaba. Sirva como ejemplo que las fotografías de toda una vida de nuestros antepasados cabían en un par de carpetas, y ahora cada pocos meses, almacenamos en los smartphones miles y miles de fotografías²⁰.

El esfuerzo legislativo regulatorio de las Instituciones Europeas por abordar los desafíos del futuro inmediato del mundo actual, sobre todo en cuestiones tecnológicas, deberá ser sólido y contundente, utilizando un lenguaje preciso y claro debido a la complejidad del funcionamiento de los algoritmos que componen la estructura interna de los buscadores.

Bibliografía

ANON. (2003). *The Influentials: One American in Ten Tells the Other Nine How to Vote, Where to Eat, and What to Buy*. New York: Simon and Schuster.

BOYD, D. (2007). *Social network sites: Definition, history, and scholarship*. *Journal of Computer-Mediated Communication*. 13(1), 210-230. doi: 10.1111/j.1083-6101.2007.00393.x

BROWN, J.J. Y REINGEN, P.H. (1987), *Social ties and word-of-mouth referral behavior*, *Journal of Consumer Research*, Vol. 14, December, pp. 350-62

CHUNGA, A., ANDREEVA, P., BENYOUCEF, M., DUANE, A., O'REILLY, P. (2017). *Managing an organisation's social media presence: An empirical stages of growth model*. *International Journal of Information Management*. 37(1), 1405-1417. doi: 10.1016/j.ijinfomgt.2016.10.003

CNMC, COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA. *El comercio electrónico supera en España los 5.900 millones de euros en el segundo trimestre de 2016, un 20,3% más que el año anterior*. (n.d.). Retrieved September 19, 2017, from <https://www.cnmc.es/novedades/2017-01-04-el-comercio-electronico-supera-en-espana-los-5900-millones-de-euros-en-el>

DELLAROCAS, C. (2000). *Immunizing online reputation reporting systems against unfair ratings and discriminatory behaviour*. Proceedings of the 2nd ACM Conference on Electronic Commerce, Association for Computing Machinery, Minneapolis, MN, pp. 150-6.

GODES, D. Y MAYZLIN, D. (2004). *Using online conversations to study word-of-mouth communication*. *Marketing Science*, Vol. 23 No. 4, pp. 545-60.

HENNINGER, MAUREEN (2008). *The hidden web: finding quality information on the net*. California: University of New South Wales Press.

<http://www.eumed.net/rev/curydes/22/cloud-computing.html>

IAB SPAIN (2016). *Estudio Anual de eCommerce 2016*. España. Consultado online.

IAB SPAIN Y PWC (2016). *Estudio Anual de Inversión Publicitaria en Medios Digitales con datos de 2016*. España. Consultado online.

JAYARAM, J, MANRAI, K. Y MANRAI, S., (2015). *Effective use of marketing technology in Eastern Europe: Web analytics, social media, customer analytics, digital campaigns and mobile applications*. *Journal of economics. Finance and Administrative science*. 20(39), 118-132.

La AEPD sanciona a Facebook por vulnerar la normativa de protección de datos. (n.d.). Consultado el 05 de octubre de 2017, en <https://goo.gl/ctQ67a>

Madden, Mary; Fox, Susannah., Smith, Aaron; Vitak, Jessica (2007). *Online identity management and search in the age of transparency*. Washington, D.C.: Pew Internet & American Life Project.

²⁰ HENNINGER, M. (2008). *The hidden web: finding quality information on the net*. California: University of New South Wales Press.

MARTÍNEZ PRADALES, DAVID (2011). *Las marcas y las redes sociales. En: Cuadernos de Comunicación evoca. Identidad y Reputación Online*. Número 5. Madrid: Evoca Comunicación e Imagen online del sector empresarial turístico, Revista Turydes: Turismo y Desarrollo, n. 22. En línea:

PALOS-SANCHEZ, P.R. (2017): *CLOUD COMPUTING: seguridad, privacidad y reputación*.

ROYLE, JO., LAING, A. (2014). *The DM skills gap: Developing a Digital Marketer Model for the communication industries. International Journal of Information Management*. 34(2), 65–73. doi: 10.1016/j.ijinfomgt.2013.11.008

ZHUOFAN, Y., SHIB, Y. AND WANG, B. (2015). *Search Engine Marketing, Financing Ability and Firm Performance in E-commerce. Journal of Marketing Research*. 55, 1106-1112. doi: 10.1016/j.procs.2015.07.078

A epistemologia do garantismo penal e sua validade teórica: uma discussão sobre a crise da violência

The epistemology of penal warranty and its theoretical validity: a discussion on the crisis of violence

Sérgio William Domingues Teixeira¹

Arlen José Silva de Souza²

Tribunal de Justiça de Rondônia

Sumário: Introdução; 1. O processo de expansão do Direito Penal; 2. Direito Penal e Política Criminal; 3. Direito Penal Máximo – O Movimento Lei e Ordem e o Direito Penal do Inimigo; 4. O garantismo penal e as principais correntes criminológicas contemporâneas; Conclusão; Referências Bibliográficas

Resumo: A ausência de políticas públicas sociais que para atender as relações mínima de convivência em que problemas como a fome, a falta de acesso a educação, carência de programas que importem em emprego e renda, infraestrutura sanitária deficiente ou inexistente, entre outras, são elementos que potencializam a violência. A utilização massiva do Direito Penal como política pública para solucionar esses problemas, tem se mostrado ineficaz, por seu aspecto punitivo encarcerador. Assim, o Direito Penal de Garantia vem em busca da estrita legalidade e proteção do cidadão contra a ânsia desmedida do Estado em punir para resolver problemas sociais. Este trabalho discutirá as correntes de pensamento criminológica, com vistas a entender a importância da proteção desses institutos no sistema penal brasileiro.

Palavras-chaves: políticas públicas; violência; Direito Penal de Garantia; sistema penal brasileiro.

Abstract: The absence of social public policies to meet the minimum relations of coexistence in which problems such as hunger, lack of access to education, lack of programs that matter in employment and income, poor or nonexistent health infrastructure, among others, are elements that Violence. The massive use of criminal law as a public policy to solve these problems has proved to be ineffective

¹ Juiz de Direito do TJRO; Professor da Universidade Federal de Rondônia - UNIR; Professor da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON; Especialista em Direito Penal - UFMG; MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas - FGV e Doutorando em Ciências Políticas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS.

² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Rondônia - TJRO. Professor da Universidade Europea de Madrid - UEM; Professor da Universidade Federal de Rondônia e da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON. Coordenador da Pós-Graduação em Gestão Cartorária Judicial da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON. Doutorando em Ciências Políticas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS; Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; Especialização em Direito Penal pela Universidade Federal de Rondônia/Universidade Federal de Minas Gerais e graduação em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Com atuação profissional na área de docência no ensino superior nas disciplinas: Direito Penal, Direito Processual Penal, Execução Penal, Direito Eleitoral, Métodos Alternativos de Solução de Conflito e Prática Cartorária.

because of its punitive incarcerating aspect. Thus, the Criminal Law of Guarantee comes in search of the strict legality and protection of the citizen against the excessive eagerness of the State to punish to solve social problems. This paper will discuss the currents of criminological thought, in order to understand the importance of protecting these institutes in the Brazilian penal system.

Keywords: public policy; violence; Criminal Law of Guarantee; Brazilian criminal system.

Introdução

A violência tem tido, infelizmente, um papel de destaque na sociedade. As políticas públicas utilizadas para enfrentar tal mazela têm se mostrado incapazes de controlar o aumento da criminalidade ou, pelo menos, deixa-la em níveis toleráveis.

O contexto excludente da sociedade liberal, em especial na ausência de políticas públicas de infraestrutura significativa, encontra nas misérias sociais, a fome, a carência de educação de qualidade, os programas de saúde e sanitários pífios ou inexistentes, a ausência de políticas públicas de emprego e renda, entre outras enfermidades sociais, são fatores de influência que potencializam a violência nas cidades e na área rural do Brasil.

Este trabalho identifica como problema o uso da pena privativa de liberdade como política pública para redução da criminalidade.

A primeira seção analisa a expansão do Direito Penal e seus reflexos sociais e na identificação das causas criminais e ânsia legiferante para a resolução do problema da violência.

A dicotomia existente entre Direito Penal e Política Criminal será objeto de crítica na segunda seção, analisando os aspectos de política pública que envolvem ambos institutos e suas implicações na sociedade.

A histeria gerada pela chamada supercriminalização invoca a discussão a respeito do Direito Penal Máximo – O Movimento Lei e Ordem e o Direito Penal do Inimigo, na terceira seção, de modo a ser apreciado a aplicação do direito penal com o rigor que implica no endurecimento das penas aplicadas.

O garantismo penal e as principais teorias criminológicas serão objeto da quarta seção, que discorrerá sobre as questões epistêmicas e axiológicas dessas teorias e sua aplicabilidade em nossos tempos.

Na conclusão este trabalho concebe uma análise crítica da realidade contemporânea, de modo a discutir a necessidade de termos um Estado punitivo, ou não, como resposta as crises de violência que enfrenta a sociedade moderna, em especial a brasileira.

1. O processo de expansão do Direito Penal

Apesar dos avanços no campo da ciência penal, muito se tem discutido sobre a crise do Direito Penal no Brasil e no mundo, e a discussão sobre esse tema funda-se na necessidade de rever o instituto da pena privativa de liberdade e das práticas punitivas, em sentido amplo.

A pena, desde a sua origem, sempre teve o caráter predominantemente de retribuição, de castigo, de imposição de um “mal”. Trata-se, na verdade, não de um simples “mal”, como sustentam os defensores das teorias retribucionistas, mas, sim, de uma grave e imprescindível necessidade social a que recorre o Estado, quando necessário, para tornar possível a convivência entre os homens.

Várias teorias foram elaboradas para fundamentá-la, reconhecendo-se, além da finalidade retributiva, - já que pena, por definição direta, sempre será um castigo imposto a quem erra - fins preventivos, gerais e especiais, sendo hoje, quase unânime, no mundo da ciência do Direito Penal, a afirmação de que a pena, ainda com todos os seus males, justifica-se por sua necessidade.

Muñoz Conde *apud* Bitencourt (1999)³, afirma que sem a pena não seria possível a convivência na sociedade de hoje em dia.

De fato, vivemos dias conturbados, onde crime e violência passaram a ser temas rotineiros, banalizados nos telejornais e nos filmes que infestaram o cinema nacional e estrangeiro, mostrando de forma parcial e distorcida a violência, inclusive a que ocorre nos presídios.⁴

Não bastassem as velhas mazelas sociais: fome, miséria, falta de educação e de saúde, além de indigência sócio-econômica, fatos por si só suficientes para incrementar a violência, há, ainda, todo um caldo de cultura criminógena que a eleva a níveis inaceitáveis. Com efeito, a ostentação agressiva de poder e opulência, as frustrações do competitivo mundo globalizado, a influência cada vez maior de modelos agressivos, o efeito modelador da permissividade do caráter, sobretudo nos meios de comunicação e na própria família, o relativismo moral, advindo com a “Lei de Gerson”⁵, onde sempre e em tudo se tem que levar vantagem, corrompendo nossos valores éticos e sociais, levam-nos a um incremento maior da violência e do crime que, então, crescem de forma exponencial.

O crime, como se sabe, não é fruto da atualidade, sempre existiu e certamente sempre existirá, uma vez que não encontra óbices de nenhum caráter, ocorrendo em todas as camadas sociais e em todas as nações, ricas ou pobres. É por isso mesmo que, diante da impossibilidade de se extingui-lo, impõe-se o seu controle a níveis toleráveis e que viabilizem a vida em sociedade, tornando-se de grande relevância o estudo e a aplicação da pena.

Embora o crime e a violência façam parte do cotidiano humano, lembrando que para muitos a violência é característica instintiva do homem, vivemos em um mundo já civilizado. Isso significa que o homem deve ser capaz de conviver em harmonia com outro ser humano, dentro de um grupo social. Por outro lado, dentro do ponto de vista da aprovação social, para os seres humanos incapazes de convivência social harmoniosa, criou-se a segregação, ou, melhor dizendo, a separação destes dos demais, privando-os coercitivamente de sua liberdade.

Vale ressaltar que sendo o homem um ser livre, não há como obrigá-lo a não errar. Contudo, ao errar, em nome da estabilidade social, a sua liberdade, como forma de castigo, fim precípua da pena, poderá ser restrita.

Portanto, o sistema de privação da liberdade passou a ser uma alternativa desenvolvida pela civilização moderna como forma de punir aquele que, por opção, patologia ou paixão, pratica ação que contraria o princípio legal estabelecido.

Conforme Amaral⁶, hodiernamente, classifica-se o crime em três tipos básicos: **crimes patológicos**, ou seja, aqueles que derivam de doenças do corpo ou da mente, ou de ambos; **crimes passionais**, onde uma forte e violenta tensão pressiona o agir do criminoso; e **crimes por opção**, aqueles que decorrem da franca falência do poder intimidatório do Direito Penal, eis que o agente, voluntariamente, elege a alternativa da infringência das regras penais. Sem dúvida

³ BITENCOURT, C. R. Manual de Direito Penal - Parte Geral. pg. 97

⁴ Conforme Nilo Batista, em palestra proferida em 8 de maio de 2003, sobre Novas Tendências do Direito Penal, no Centro de Estudos Judiciários do STJ, o discurso político-criminal e criminológico da mídia se impôs sobre o da Universidade. Assim, duas caretas de um âncora de televisão, chamado de oráculo pós-moderno, influenciam muito mais que a obra completa dos melhores penalistas e criminólogos do país.

⁵ “Refere-se a ‘Lei de Gerson’ a pessoa que ‘gosta de levar vantagem em tudo’, no sentido negativo de se aproveitar de todas as situações em benefício próprio, sem se importar com a ética. A expressão originou-se em uma propaganda, de 1976, para os cigarros Vila Rica, na qual o meia armador Gérson da Seleção Brasileira de Futebol era o protagonista. A propaganda informava que esta marca de cigarro era vantajosa por ser melhor e mais barata que as outras, e Gérson dizia ao final: ‘Gosto de levar vantagem em tudo, certo? Leve vantagem você também.’ Mais tarde o jogador anunciou o arrependimento de ter associado sua imagem ao reclame, visto que qualquer comportamento pouco ético foi sendo aliado ao seu nome. Associa-se a valorização e mitificação desta ‘Lei’ ao conceito de malandragem” (wikipédia)

AMARAL, Luís Otávio Oliveira. Violência e Crime, Sociedade e Estado. in <http://www.jus.com.Br\doutrina/texto.asp?id=4945>

alguma, é nesta última categoria de crimes que se encontra a grande maioria dos delitos que nos assustam nos dias correntes.

É nesse contexto que o Direito Penal e a própria pena são colocados como solução para o crime e para a violência desenfreada, completando, desta forma, o indesejável ciclo vicioso do delírio legiferante de nossos dias. Assim, a população alarmada pela onda crescente de crimes e de violência, cobra providências do Estado. Este, por sua vez, acuado e sem expectativas de implantação de mudanças sociais imediatas, responde editando novas leis cada vez mais ameaçadoras, mas que não evitam a prática criminosa.

Vale lembrar que a pena, conceitualmente, conforme ensina Luiz Vicente Cernicchiaro *apud* Mirabete⁷, pode ser encarada sobre três aspectos: substancialmente consiste na perda ou privação de exercício de direito relativo a um objeto jurídico; formalmente está vinculada ao princípio da reserva legal e somente é aplicada pelo Poder Judiciário, respeitado o princípio do contraditório e da ampla defesa; e teleologicamente mostra-se, concomitantemente, castigo e defesa social.

Assim, além de ser encarada como simples forma de retribuir o mal causado, a pena tem, também, a finalidade de reeducar o preso para que ele possa voltar ao meio social regenerado. Para alguns estudiosos como Everardo da Cunha Lima, a retribuição e a prevenção são faces da mesma moeda, pois, a retribuição, sem a prevenção, é vingança e a prevenção, sem a retribuição, é desonra.

Também, não se pode olvidar o caráter de intimidação da pena, servindo, esta, para desestimular as condutas criminosas no meio social. É a ideia, ao menos em tese, de que, se cometer um crime ou voltar a delinquir será preso e isso não é bom.

Oportuno lembrar aqui as principais teorias que explicam a pena.

Para a Teoria Absoluta, já de muito superada, a pena é simplesmente exigência de justiça como consequência do delito. Nela, não se questionam sobre os seus fins utilitários. Ao errar, pune-se. Só isso.

Para a Teoria Relativa, mais atualizada, a pena repousa na ideia de necessidade social, dirigindo-se aos delinquentes e aos delinquentes em potencial, procurando, portanto, um fim utilitário para a pena. É o que se convencionou chamar prevenção geral e prevenção especial. Puig⁸, afirma que prevenção geral e prevenção especial são distintos aspectos de um mesmo e complexo fenômeno que é a pena. Prevenção geral, segundo cátedra de Bitencourt⁹, fundamenta-se em duas ideias básicas: a ideia da intimidação ou da utilização do medo e a ponderação da racionalidade do homem. Assim, a ameaça da pena produz no indivíduo racional uma espécie de motivação para não cometer delitos. A teoria da prevenção especial, por sua vez, procura também evitar o delito, contudo, ao contrário da prevenção geral, dirige-se exclusivamente ao delincente em particular, objetivando que este não volte a delinquir.

Para a Teoria Mista, a pena passa a ter finalidade utilitária e retributiva, além de contribuir para a intimidação geral. Assim, pune-se pelo mal praticado (retribuição); busca-se, pelo cumprimento da pena, trabalhar o preso para reinseri-lo na sociedade já ajustado (reeducação ou, melhor dizendo, readaptação social) e dirige-se aos demais sujeitos, orientando-os a não errar, não cometer crimes, pois, se assim agirem, serão presos e terão o direito de liberdade cerceado (prevenção).

A pena, segundo a cátedra de Noronha¹⁰, fundamentada no princípio da legalidade, apresenta características especiais, tais como: proporcionalidade,

MIRABETE, Júlio Fabbrini. Ob. cit. pg. 236

PUIG, Mir *La función de la pena*. Barcelona, PPU, 1985. pg. 70.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Ob. cit. pg. 117

LEAL, César Barros. *Prisão: Crepúsculo de uma Era*.

¹⁰ NORONHA, Edgard Magalhães. *Direito Penal* - V. 1. pg. 222/3.

individualização, personalidade, igualdade, inderrogabilidade, moralidade e humanidade.

Diante do princípio da legalidade, trava-se o clássico conflito entre o direito individual de liberdade do homem contra o poder estatal de punir, restando claro, até mesmo em nível constitucional, que não há pena sem a existência de lei (*nulla poena sine lege*).

Ante o princípio da proporcionalidade, vinculado ao fundamento retributivo, a pena deve ser aplicada nos limites da culpabilidade de quem praticou o delito. Além disso, quanto mais grave o crime, maior será a pena. Esse princípio acabou sendo mitigado pelo art. 59 do Código Penal, que, por exemplo, passou a levar em conta para a aplicação da pena, aspectos objetivos e subjetivos, alguns fora do próprio crime, como é o caso dos antecedentes e também da reincidência.

Para o princípio da personalidade, vinculado à finalidade retributiva da pena, o “mal” deve recair sobre quem o praticou, sendo certo que nenhuma pena passará da pessoa do condenado.

Assume, hoje, no entanto, grande destaque na doutrina a inderrogabilidade da pena, ou seja, mais importante que a sua severidade será a certeza da punição. Diante desta certeza é que se alcançaria a finalidade de intimidação geral da pena, diminuindo, destarte, a violência e a criminalidade.

Outras características, como moralidade e humanidade da pena passam a ganhar destaque entre os estudiosos, principalmente diante do quadro de excessiva violência nos presídios e da grande reincidência criminal.

Infelizmente, o que se aponta é que a pena vem cumprindo apenas o seu caráter retributivo. Quanto ao aspecto reeducador e de prevenção geral, tem falhado muito. Falha muito também, quando trata do aspecto humanizador.

De fato, muitos estabelecimentos penais, ante a omissão do Estado, transformaram-se em depósitos de detritos sociais, uma vez que o sistema penitenciário, de forma velada, e o preso, de forma explícita, não se apresentam como prioridades das políticas públicas.

Embora se critique a pena de prisão e mesmo levando em conta todas as suas falhas, não há, por ora, outro mecanismo que permita separar dos ditos civilizados, aqueles indivíduos que afrontam, de forma grave, o meio social.

Portanto, como diz Soler¹¹ “a pena é um mal, primeiramente ameaçado e, depois, imposto ao violador de um preceito legal, como retribuição consistente na diminuição de um bem jurídico e cujo fim, precípua, é evitar os delitos”, sendo certo que após a finalidade retributiva é que se busca a reeducadora e a de prevenção geral ou especial.

Contrasta-se, então, o sagrado direito de liberdade do homem com a segregação imposta pela sociedade em nome da convivência social pacífica e harmoniosa. Neste quadrante, embora aceitável a pena cerceando um direito fundamental do homem, não se pode perder de vista a irrestrita observância de um outro princípio, qual seja, o da dignidade humana.

Tira-se a liberdade em nome de um bem maior, a estabilidade social. Contudo, o Estado, único responsável pela aplicação e controle da pena, não pode admitir qualquer restrição ou afronta à dignidade do preso, sob pena de falência de todo o sistema prisional. A despeito disso, vê-se, infelizmente, que a sociedade se contenta em encarcerar o autor da violência, como se este não fosse mais retornar à sociedade, como se condená-lo a uma subvida, tal qual besta enjaulada, fosse nos livrar para sempre de seu potencial agressivo. A agressividade do preso violado em seus direitos, entretanto, remanesce, aflorando, certamente, em novo momento, quando já em liberdade. Esse egresso do sistema prisional, não regenerado pela violência a que foi submetido, certamente vingará dessa mesma sociedade, agindo com mais violência.

¹¹ SOLER, Sebastian. *Derecho penal argentino*. pg. 342.

É certo, portanto, que a idéia de Direito Penal de algum modo está ligada à de violência, uma vez que está se faz presente nas relações humanas, exigindo normas que regulamentem a vida social. Assim, em face da utilização de forma desmedida do Direito Penal, surgiram inúmeras propostas que buscam justificar a sua utilização como instrumento de defesa da segurança social e dos interesses comuns.

Apesar de tudo isso, em contraposição às teorias que defendem a utilização do direito como solução para todos os males sociais, verificamos, hoje em dia, uma oscilação entre tendências descriminalizantes (Lei dos Juizados Especiais Criminais, como exemplo) e de neo-criminalização (Lei dos Crimes Ambientais, introduzindo em nosso Direito a figura da Pessoa Jurídica como autor de crime), além de teorias que sustentam a desnecessidade do Direito Penal, tal como o abolicionismo penal.

Importante, então, analisar as principais teorias que fundamentam a idéia atual de Direito Penal.

2. Direito Penal e Política Criminal

Entende-se por Direito Penal um conjunto de princípios e normas jurídicas que visam determinar os comportamentos humanos que constituem infrações de natureza penal e as suas respectivas sanções, possibilitando a convivência humana pacífica. Sua justificação se dá na medida em que as garantias penais e processuais penais são observadas, assegurando, assim, a minimização da violência punitiva e a ampliação ao máximo da tutela dos direitos.

Doutrinariamente, com a expressão Direito Penal designa-se, conjunta ou separadamente, duas coisas distintas: primeiro um conjunto de leis penais, isto é, a legislação penal; segundo, o sistema de interpretação dessa legislação, ou seja, o saber do Direito Penal¹². Esse saber jurídico pode ser influenciado de diferentes formas, em especial, dada a produção legislativa excessiva em nosso país, marcadamente deficiente em termos técnicos, pela adoção entre os operadores do Direito de uma visão excessivamente crítica e valorativa. Isso, por sua vez, possibilita uma variedade de interpretações díspares para uma mesma norma, com consequências jurídicas também díspares, o que, em última análise, pode representar perigosa e indesejável insegurança jurídica.¹³

Além disso, o discurso dogmático do Direito Penal vem sofrendo sérias rupturas, ora oscilando para teorias de cunho absoluto, defendendo o Direito Penal Máximo, como exemplo o Movimento da Lei e da Ordem, ou, ao contrário, pelo Direito Penal Mínimo, valendo citar o Garantismo Penal, havendo, inclusive, quem sustente a abolição do Direito Penal e do próprio sistema judiciário penal.

O quadro histórico em que vivemos não é o mais salutar para discussão de teorias abolicionistas do Direito Penal. Bem ao contrário disso. Na verdade, em tempos de violência incontida – crimes bárbaros, atentados terroristas, etc – com uma sociedade cada vez mais aterrorizada e insegura - e não sem razão - por influência da mídia e do próprio poder instituído, se finda por esperar do sistema penal soluções drásticas e severas contra os responsáveis pela criminalidade aparente, legitimando um Direito Penal Máximo que implementa uma luta sem freios contra o crime, exigindo a punição dos culpados a qualquer preço para restaurar a tão almejada paz social, mesmo que para isso, pasme-se, seja

¹² ZAFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal Brasileiro – parte geral*. pg. 156.

¹³ A título de exemplo, verifica-se que até pouco tempo atrás, por força da Lei 8.072/90, não se admitia progressão de regime de pena para os crimes hediondos. A despeito disso, a jurisprudência pátria oscilava entre a confirmação da norma, negando progressão, e o reconhecimento de sua inconstitucionalidade (o que finalmente se deu no HC 82.959, tendo como paciente Ozéias de Campos), permitindo a progressão de regime. Embora a divergência jurisprudencial seja salutar, no caso em comento, o prejuízo era evidente, posto que não havia como explicar para o preso não beneficiado (e que convivia no cárcere com outro preso que teria alcançado direito a progressão, mesmo tendo cometido crime hediondo) que a divergência de posição é algo comum no meio judiciário. Tal divergência trouxe caos e confusão para dentro dos presídios, porém, felizmente, já é caso superado.

necessário flexibilizar direitos e garantias do cidadão, como ocorre hoje em dia em prisões americanas, como a de Guantânamo.

É a opção pelo Direito Penal de Emergência, onde o Direito Penal passa a ser visto como meio de controle social, na medida em que a sociedade, abalada em razão de uma histeria coletiva generalizada, catapultada pela manipulação distorcida da informação pela mídia, elege a norma penal como solução imediata para todos os problemas.

Também não se pode olvidar da ação do legislador penal, que, desidioso ou astuto - não se sabe qual a sua verdadeira intenção - desobrigado de atentar para qualquer regramento de política criminal, cede à tentação populista de oferecer o Direito Penal à sociedade como panaceia para todos os males que a afligem.

O Direito, então, assume uma função simbólica, alargando-se os limites opressivos, reduzindo-se o Direito Penal aos seus fins meramente punitivos.

Como sustenta Leonardo Sica:¹⁴

O terreno fértil para o desenvolvimento de um Direito Penal simbólico é uma sociedade amedrontada, acuada pela insegurança, pela criminalidade e pela violência urbana. Não é necessária estatística para afirmar que a maioria das sociedades modernas, e do Brasil dramaticamente, vive sob o signo da insegurança [...] este estado de catarse psicossocial, fruto da proliferação da ideia de violência, põe todos em estado de beligerância. Todos contra o 'inimigo' [...] O quadro de pânico, de fobia, vitimiza a sociedade: 'a expectativa do perigo iminente faz com que as vítimas potenciais aceitem mais facilmente a sugestão ou prática da punição ou do extermínio preventivo dos supostos agressores potenciais.

O caráter simbólico do Direito Penal consiste justamente em vê-lo como um mecanismo de representação e distorção da realidade, através de interpretações contraditórias, que ora defendem contundentemente a sua aplicação e ora o ridicularizam, baseados na sua inoperância e ineficiência, conduzindo-o a deslegitimação.

É bom lembrar que não há provas de que o aumento da tipologia penal ou da exacerbação das penas corresponda a uma redução eficaz da violência ou da criminalidade. Deve-se ainda analisar que a opção pelo Direito Penal como instrumento de contenção da criminalidade e de resposta emergencial à sensação de insegurança social pode atuar como fato gerador de mais violência. Neste caso, uma resposta violenta do Estado a um ato violento do indivíduo pode distanciar o Direito Penal de suas legítimas funções.

Essa concessão de emergência outra coisa não é que a ideia do primado da *razão do Estado* sobre a *razão jurídica* como critério informador do direito penal e do processo penal. Ela equivale a um princípio normativo de legitimação da intervenção punitiva: não mais jurídica, mas imediatamente política; não mais subordinada à lei enquanto sistema de vínculos e de garantias, mas a esta supraordenada, conforme leciona Ferrajoli¹⁵.

O Estado de Direito tem por função específica a jurisdição penal, a qual busca a verdade formal, obedecendo aos princípios e garantias individuais assegurados constitucionalmente, ainda que venham a prejudicar a materialização da justiça, enquanto a Razão de Estado ou de Emergência persegue a verdade substancial mediante a qualquer meio, fato que torna ainda maior a contradição entre seu conceito e o de Estado de Direito. Além disso, a Razão de Estado, por princípio, é guiada pela lógica do amigo\inimigo, incompatível com a natureza da jurisdição, que tem como corolário a imparcialidade do órgão judicante e sua indiferença a qualquer fim ou valor estranhos ao juízo.

Por outro lado, temos a Política Criminal que se compõe de um conjunto de princípios e recomendações que atuam na manutenção, reforma ou transformação da legislação criminal e dos órgãos que a aplicam através de movimentos que se

¹⁴ SICA, Leonardo. *Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão*. pg. 77\78.

¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: Teoria do Garantismo Penal*. pg. 746.

ocupam da política de ação do Estado contra a criminalidade, como o Direito Penal Liberal e Garantista, representado pelo Direito Penal Mínimo, o Abolicionismo Penal, o Movimento Lei e Ordem etc.

É através da opção política do Estado que o Direito Penal ganha os seus contornos e ao observarmos o modelo de política criminal por ele utilizado, é possível identificar qual movimento encontra-se atuando ou, ao menos, predominando.

Hodiernamente, a Política Criminal, que, em geral, vem sendo implementada pelos Estados modernos, resume-se apenas a uma Política Penal, que é dentre todos os meios possíveis, na opinião de Alessandro Baratta, o mais inadequado para conter a violência. Segundo este autor¹⁶:

Impõe-se, assim, a necessária distinção programática entre política penal e política criminal, entendendo-se a primeira como resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança), e entendendo-se a segunda, em sentido amplo, como política de transformação social e institucional. Uma política criminal alternativa é a que escolhe decididamente esta segunda estratégia, extraíndo todas as consequências da consciência, cada vez mais clara, dos limites do instrumento penal. Entre todos os instrumentos de política criminal o direito penal é, em última análise, o mais inadequado.

Melhor seria acreditar – mas não só acreditar, ou seja, adotar como princípio fundamental – na célebre afirmação de Franz Von Liszt, de que a melhor política criminal ainda é uma boa política social.

3. Direito Penal Máximo – O Movimento Lei e Ordem e o Direito Penal do Inimigo

Direito Penal Máximo é aquele que tutela todo e qualquer bem, não importando o seu valor. Defende que a pena deve ser usada como *prima ratio* e não como *ultima ratio* da intervenção do Estado perante os cidadãos, vinculando ao Direito Penal, além da função repressora, papel pedagógico, educador, permitindo que as condutas intoleráveis sejam reprimidas, qualquer que seja o bem atacado.

No modelo de Direito Penal Máximo, é inegável a aspiração totalitária de que nenhum culpado fique impune à custa da incerteza de que algum inocente possa ser punido, mitigando a ideia de que o Direito Penal constitui a mais violenta expressão do poder estatal sobre a liberdade individual e que deve ser ativado somente quando caracterizada a sua imperiosa necessidade.

Como foi dito, já há algum tempo imperam os discursos de supercriminalização e terrorismo, gerando na sociedade uma sensação de incerteza que aumenta ainda mais em decorrência das tensões sociais contemporâneas. Some-se a isso o quadro de transição histórica em que vivemos, onde o empreendimento neoliberal implicou no sucateamento de considerável parcela do parque industrial nacional, gerando desemprego massivo, concentração de renda, incremento da pobreza e da miséria, obrigando a classe proletária a se agarrar a subempregos ou buscar sobrevivência na economia informal.

Nesta esteira, o Estado que devia se limitar às ações básicas como saúde, educação, segurança, transporte, etc, para manter o controle interno, acaba assumindo poderes titânicos, convertendo-se em Estado Máximo, ao menos em matéria penal, criando, de forma desenfreada, novos tipos penais e agravando os já existentes, como se isso fosse solucionar o problema da sociedade, transformando o Direito Penal em direito meramente simbólico.

Com tudo isso, sob o argumento da emergência, busca-se legitimar uma legislação de exceção e uma interpretação constitucional flexibilizada, onde os fins

¹⁶ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*. pg. 201.

justificam os meios, aumentando o poder estatal e diminuindo as garantias individuais.

Assim, o Direito Penal Máximo alia o discurso do terror e da emergência ao discurso da guerra, transformando a tarefa do Estado de promover e garantir segurança e controlar a criminalidade em verdadeiro ato de guerra, na qual os supostos agentes criminosos passam a ser vistos não como cidadãos, mas como inimigos.

Dentro dessa corrente, destaca-se o Movimento da Lei e da Ordem, surgido nos Estados Unidos da América, tendo encontrado solo fértil na América Latina.

Esse Movimento - Lei e Ordem - dispõe que todas as ações ou omissões ilícitas, por mais insignificantes que sejam, merecem ser criminalizadas e, por consequência, penalizadas exemplarmente, incutindo na sociedade o ideário de um Direito Penal solucionador de todos os males. É a aplicação concreta da doutrina conhecida como "Tolerância Zero". Wacquant¹⁷, dissertando sobre o tema, afirma:

De Nova York, a doutrina da 'Tolerância Zero', instrumento de legitimação da gestão policial e judiciária da pobreza – a que se vê, a que causa incidentes e desordens no espaço público, alimentando, por conseguinte, uma difusa sensação de insegurança, ou simplesmente, de incômodo tenaz e de inconveniência -, propagou-se através do globo a uma velocidade alucinante. E com ela a retórica militar da 'guerra ao crime e da 'reconquista' do espaço público.

Vê-se, então, que se procura educar a sociedade sob a ótica do Direito Penal, chegando a submeter comportamentos de pouca ou nenhuma lesividade às graves consequências que emanam da pena de prisão, acreditando, ingênua ou inescrupulosamente, que ao se punir todas as condutas ter-se-ia a diminuição da criminalidade.

Cria-se uma ilusão.

De fato, ao supervalorizar o uso do Direito Penal, gera-se como consequência um direito meramente simbólico, impossível de ser praticado, que, a médio e longo prazo, irá se encaminhar para uma situação ainda mais tensa, onde haverá uma exigência crescente pela penalização, que, ao fim, não resolverá o problema social.

Tipificando condutas em excesso, o Estado, decerto, não conseguirá movimentar a máquina judicial todas as vezes que uma infração for cometida, deixando impune uma infinidade delas, o que contribuirá muito mais para o descrédito do Direito Penal e para insegurança do meio social.

Portanto, o discurso do Movimento Lei e Ordem retira o Direito Penal de seu centro de gravidade, desequilibrando-o, uma vez que o afasta de sua verdadeira finalidade que é a punição de infrações de maior potencial ofensivo, que atingem os bens mais importantes e caros ao convívio social, desperdiçando o seu tempo com questões de menor importância, sem efetiva lesividade.

Também não se pode olvidar que a punição em excesso leva à prisão em excesso, lembrando que a prisão é uma instituição cara, extremamente onerosa, que deixa sequelas às vezes insuperáveis e quem a sustenta são os contribuintes, os cidadãos que pagam os tributos. Portanto, usá-la desnecessariamente é contraproducente, antieconômico e anti-social.

Roxin¹⁸ preconiza o fim da pena privativa de liberdade e sua substituição por penas alternativas, pois com o aumento da criminalidade e dos dispositivos penais se chegará a um ponto em que sua manutenção pelo Estado será inviável econômica e politicamente. Para Roxin, o Estado demonstra sua reprovação ao crime não pela intensidade da pena, mas sim pela prevenção, afirmando, ainda, que ultimamente, na Alemanha, a pena de multa vem sendo aplicada com mais intensidade, em detrimento da pena de prisão.

¹⁷WACQUANT, Loïc. *As prisões da miséria*. pg. 30.

¹⁸ROXIN, Claus. *Tem futuro o Direito Penal?* pg. 468/9.

Hoje, por outro lado, com as ideias de aplicação de penas maiores, de evitar sempre que possível a progressão de regime ou a concessão de benefícios despenalizadores ou de abrandamento da reprimenda imposta, mantendo-se o criminoso recolhido por mais tempo, já se sustenta entre os defensores do Direito Penal Máximo uma finalidade para a pena, até então não conhecida no Brasil. Fala-se na finalidade de incapacitação¹⁹.

A pena, sob a ótica da incapacitação, não se voltaria para fins preventivos ou ressocializadores, limitando-se à idéia de manter o criminoso afastado do meio social, incapacitando-o para a prática de ações criminosas, mesmo de dentro dos presídios. Com isso, a sociedade se veria protegida pelo simples fato de se recolher e evitar a fuga de um criminoso, inexistindo qualquer preocupação com sua educação ou ressocialização.

Avilta-se o princípio da dignidade da pessoa humana e, além disso, gasta-se demais para manter a simples contenção do preso que poderá voltar ao meio social ainda mais perigoso e violento, o que é antieconômico e anti-social.

Outra importante teoria, de viés absoluto como é o Direito Penal Máximo, vem da Alemanha, conhecida como Direito Penal do Inimigo, sendo o seu arauto Günter Jakobs.

Antes de discuti-la, porém, é interessante abordar a teoria de Silva Sanches sobre as velocidades do Direito Penal.

Para ele, existem três velocidades para o Direito Penal.

O direito penal de primeira velocidade seria aquele modelo de Direito Penal clássico, que se utiliza preferencialmente das penas privativas de liberdade, mas se funda em garantias individuais inarredáveis. As regras são rígidas e todas as garantias legais devem ser proporcionadas ao acusado, como o contraditório e a ampla defesa, rejeitando, por exemplo, a aceitação de provas obtidas por meio ilícito.

O direito penal de segunda velocidade incorpora duas tendências aparentemente antagônicas, quais sejam, a flexibilização de determinadas garantias penais e processuais aliada à adoção das medidas alternativas à prisão. O exemplo mais apropriado dessa “velocidade do Direito Penal” em nosso ordenamento jurídico nos é dado pela Lei dos Juizados Criminais, que cria a figura do crime de pequeno potencial ofensivo, prevê institutos como a transação penal, a suspensão condicional do processo e dá preferência à aplicação de pena restritiva de direitos em detrimento das penas privativas de liberdade. Vale destacar que a flexibilização de regras do Direito Penal – desformalização e redução de garantias - ocorre sempre em favor do suposto infrator, com o escopo de agilizar a aplicação da lei penal.

A terceira velocidade do direito penal dirige-se aos crimes mais graves, com previsão de penas mais rigorosas. Refere-se a uma mescla das duas velocidades acima mencionadas, ou seja, utiliza-se preferencialmente da pena privativa de liberdade, como faz o direito de primeira velocidade, permitindo, por outro lado, flexibilização de garantias materiais e processuais, o que ocorre no direito de segunda velocidade, entretanto, a flexibilização pode se dar em desalinho aos interesses do suposto infrator. Exemplo disso pôde ser visto na Lei dos Crimes Hediondos, que impôs pena mais severa e ainda tentou suprimir garantias dadas ao preso, como a possibilidade de concessão de liberdade provisória e de progressão de regime prisional. Em resumo, prevalecem as penas privativas de liberdade (primeira velocidade), com minimização das garantias necessárias a esse fim (segunda velocidade).

O Direito Penal do Inimigo, sob a ótica da expansão do Direito Penal, encaixa-se no que hoje se reconhece como terceira velocidade do Direito Penal.

¹⁹ Termo utilizado por Elias Carranza, no “Seminário Internacional sobre Sistemas Penitenciários e Direitos Fundamentais”, ocorrido entre os dias 16 a 18 de abril de 2008, em Brasília-DF, no Auditório Tancredo Neves, no Ministério da Justiça, promovido pelo Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN) em parceria com o Instituto Latino Americano das Nações Unidas para Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (ILANUD) e Instituto de Direitos Humanos Raoul Wallenberg (RW).

Essa teoria tem no professor Alemão Günter Jakobs, catedrático emérito de Direito Penal e Filosofia do Direito da Universidade de Bonn, seu maior expoente.

Vale salientar que foi em 1985, que Jakobs, em tom crítico durante uma palestra em Frankfurt, introduziu ao mundo jurídico o conceito de Direito Penal do Inimigo, afirmando ser possível caracterizar o direito penal segundo a imagem de autor do qual ele parte, se inimigo ou cidadão. Assim, o direito penal pode ver no autor um cidadão, no qual o direito só estaria autorizado a intervir quando o seu comportamento representasse uma perturbação exterior. De outro lado, pode o direito penal enxergar no autor um inimigo, isto é, uma fonte de perigo para os bens a serem protegidos, podendo ser responsabilizado até mesmo por seus mais íntimos pensamentos.

De início, não houve grande interesse pelo tema, contudo, a partir da década de 1990, essa corrente reforçou suas bases teórica e filosófica. Assim, em 1999, na Conferência do Milênio em Berlim, a teoria do Direito Penal do Inimigo foi reapresentada e causou grande motivação, destacando que, à época, Jakobs deixou de lado o tom crítico e a defendeu avidamente.

O pressuposto dessa corrente consiste em tratar um indivíduo como inimigo e não como pessoa, como cidadão cercado de direitos e obrigações e, nesse sentido, Jakobs inspirou-se em autores que elaboraram uma fundamentação contratualista do Estado, em especial Hobbes e Kant.

Foi em Hobbes²⁰ que a doutrina jakobiana melhor se identificou.

Hobbes entendia que inimigo é aquele indivíduo que rompe com a sociedade civil e volta a viver em estado de natureza e, por estado de natureza, entendia a liberdade que cada homem possui de usar seu próprio poder, da maneira que quiser, para preservação de sua própria natureza, ou seja, de sua vida.²¹ Este mesmo autor ainda informa que o estado natural dos homens é o estado de guerra, onde todos são inimigos uns dos outros, e um homem pode tudo contra seus inimigos, pois na guerra não há lei e onde não há lei, não há justo ou injusto, nem bem nem mal.²²

Abandonando o estado de natureza ou de guerra, os homens passam a viver em sociedade, instituindo o Estado, orientados pelo medo de viver só e pela busca por uma vida segura e pela paz duradoura. Para tanto, os homens renunciam uns aos outros de parte de seus direitos em favor do Estado, tornando-se cidadãos e as leis civis seriam feitas para eles. Já os que renegam o poder do Estado, os inimigos, não podem ser punidos pela lei civil, e sim pela lei natural, isto é, não como súditos civis, porém como inimigos do governo, não pelo direito de soberania, mas pelo de guerra.²³

Hobbes entende que aquele que rompe com o Estado, perde todos os direitos de cidadão e de ser humano e passa ao estado de ausência total de direitos, sustentando, ainda, que a execução de um indivíduo pela sua personalidade não é pena, mas medida de segurança, isto é, o direito do Estado de se proteger contra o inimigo.

Kant, por sua vez, admitia reações hostis contra seres humanos que, de modo persistente, se recusassem a participar da vida comunitário-legal, pois, nesse caso, não poderia ser considerado como pessoa o indivíduo que ameaça alguém constantemente.

²⁰Hobbes classificava como traidor aquele súdito que se voltava contra seu soberano ou contra a sua cidade, declarando não mais obedecê-lo total ou parcialmente. Considerava também traidor o que pegasse em armas contra a cidade, que debandasse para o lado do inimigo durante a guerra ou que cometesse algum ato de violência contra o soberano. Hobbes também afirmava que a traição era uma violação não das leis civis, mas das leis naturais e, por conta disso, concluía que os traidores deveriam ser punidos não pelo direito civil, dos homens, mas pelo direito natural, o seja, pelo direito de guerra (*in Do Cidadão*. Pg 22-26)

²¹ HOBBS, Thomas. *Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil*. pg. 110

²² HOBBS, Thomas. Ob. cit. pg. 109 e 110.

²³ HOBBS, Thomas. *Do Cidadão*. não paginado.

Segundo Kant²⁴, o estado de natureza é o estado de guerra e a paz só é possível através do estado civil. Para ele, ao ingressar no estado civil, um homem dá aos demais garantia de não os hostilizar. Por outro lado, se o homem permanece em estado de natureza, torna-se inimigo, sendo legítima qualquer hostilidade contra ele, lembrando que não é necessário que ele cometa delitos, pois estando fora do estado civil, ameaça constantemente a paz.

Portanto, com lastro em Kant e Hobbes, conforme visto, Jakobs propôs a coexistência de um Direito Penal cercado de garantias, tal como é hoje formatado, destinado exclusivamente aos cidadãos concebidos como sujeitos de direito, e um Direito Penal rigoroso, destinado aos que, segundo afirma, não se comportam como cidadãos (mas como verdadeiros inimigos do Estado) e, portanto, não podem usufruir do Direito Penal tradicional.

Para Jakobs, inimigo é todo aquele que reincide persistentemente na prática de delitos ou que comete crimes que ponham em risco a própria existência do Estado, citando como exemplos o terrorista e o criminoso vinculado às organizações criminosas.

Destaca-se como a principal característica dessa corrente, segundo Jakobs, o fato de que seu objetivo não é a garantia da vigência da norma, mas a eliminação de um perigo e, para tanto, a punibilidade avança em boa parte para a incriminação de atos preparatórios. A sanção penal, em regra baseada numa reação a um fato passado, projeta-se também no sentido da segurança contra atos futuros, o que importa aumento de penas e utilização de medidas de segurança. No campo processual, a prisão preventiva, usada como exceção, passa a ter utilização muito mais intensa, permitindo-se ainda o incremento de medidas restritivas de liberdades fundamentais, como a interceptação das comunicações telefônicas, gravação ambiental e decretação da incomunicabilidade de presos perigosos.

Várias são as críticas endereçadas a essa corrente, afirmando ser ela racista, preconceituosa e nazista. Cancio Meliá²⁵, por exemplo, informa que o Direito Penal do Inimigo ofende a Constituição, uma vez que, por princípio, não se admite que alguém seja despido de sua condição de pessoa ou de sujeito de direitos. Além disso, o modelo não cumpre a sua promessa de eficácia, posto que não reduz a criminalidade. Por fim, o Direito Penal do Inimigo, ao retroceder excessivamente na punição de determinados comportamentos, contraria um dos princípios basilares do Direito Penal: o princípio do Direito Penal do fato – que se contrapõe ao Direito Penal de autor -, segundo o qual não podem ser incriminados simples pensamentos ou a atitude interna do autor.

De fato, um dos grandes riscos dessa corrente está na identificação de um infrator como inimigo, por parte do ordenamento penal. Essa identificação, infelizmente, pode acabar funcionando como uma espécie de demonização do infrator²⁶, e o que é pior, em termos gerais, ninguém estaria imune ao arbítrio desse etiquetamento.

Interessante como a teoria do etiquetamento (*labeling approach*) muito se aproxima do criticado Direito Penal do Inimigo, posto que este tem por escopo grudar a etiqueta de inimigo em alguns indivíduos. Segundo Winfried Hassemer²⁷, pela abordagem do etiquetamento, os etiquetados são aqueles que não conseguem escapar da justiça penal e, por conseguinte, são por ela punidos.

²⁴ KANT, Emmanuel. *A paz perpétua*. pg. 45.

²⁵ JAKOBS, Günter. & CANCIO MELIÁ, Manuel. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*. pg. 42

²⁶ Interessante não se esquecer das caçadas comandadas pelo governo norte-americano pelas cabeças de Osama Bin Laden e Saddam Hussein, após os atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, iniciando uma política externa de guerras contra o que chamaram de “eixo do mal”. Nisso, forjaram provas sobre a existência de armas de destruição em massa no Iraque, e, burlando recomendações das Organizações da Nações Unidas, invadiram o país e destruíram-no, matando milhares de civis, pairando a versão de que a verdadeira intenção da invasão seria a ambição expansionista bushiana, em especial no interesse da indústria do petróleo. Daí, também, o risco de novas cruzadas para eliminar os infiéis, ou ainda para eliminar judeus, homossexuais etc, ou de outros possíveis etiquetados como inimigos.

²⁷ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoría de la imputación en derecho penal*. pg. 95.

Alessandro Baratta, ao se referir à abordagem do etiquetamento afirma que a criminalidade não é um comportamento de uma restrita minoria, mas, ao contrário, é o comportamento de largos estratos ou mesmo da maioria dos membros de nossa sociedade.

O Direito Penal do Inimigo aponta como Direito Penal do Autor, em contraposição do Direito Penal do Fato, este aplicável em nosso ordenamento jurídico. Aquele, representa, no campo dogmático, uma atuação espúria do Direito Penal, uma espécie de penalização do pensamento, uma vez que volta suas atenções para o autor e não para o fato, sendo o fiel da balança a condição de cidadão ou de inimigo, por aquilo que ele é, não pelo que fez.

É de se lembrar que Hobbes apontava quem era o inimigo²⁸, o que não ocorre com o Direito Penal do Inimigo, ficando a sua caracterização ao arbítrio do poder dominante, o que, decerto, é extremamente perigoso²⁹.

Não bastasse tudo isso, parece que o Direito Penal do Inimigo resulta da incorporação do Punitivismo³⁰ e do Direito Penal Simbólico³¹, ambos de caráter populista e de eficiência contestável.

De outro lado, contrariando todas as críticas, diversos autores sustentam que não seria justo acusar Jakobs de pretensões autoritárias e de formular uma teorização justificadora do arbítrio e da crueldade penais. Sustentam que o Direito Penal vem sendo permeado insidiosamente pela redução das garantias e formalidades, e que para não ser totalmente contaminado é que Jakobs teria lançado mão da teoria do Direito Penal do Inimigo, garantindo-se o regramento penal clássico à expressiva parcela da população e reservando um direito de exceção apenas para a tal minoria que “rompesse o contrato” com a sociedade.

Sem olvidar das acertadas críticas dirigidas a essa corrente, não se pode perder de vista que a sociedade mudou e, por isso mesmo, o Direito também precisa mudar, adaptando-se à nova realidade. Sendo assim, ao menos sob essa ótica, é incontestável que o Direito Penal do Inimigo representa um avanço, pois chama ao centro das discussões a necessidade de mudanças, de enfrentamento da moderna criminalidade por um Direito Penal atualizado.

Canotilho³², comparando Direito Constitucional e Direito Penal, deixa transparecer a sua preocupação com o problema da segurança nas sociedades modernas, admitindo a abertura do Direito Constitucional e do Direito Penal a novos paradigmas, desde que estes paradigmas orientem uma transformação racional de suas normas.

Como ensina Miguel Reale³³, onde quer que haja um fenômeno jurídico, há sempre e necessariamente um fato subjacente (econômico, geográfico etc) que confere determinada valoração a esse fato e finalmente uma regra ou norma que representa a relação ou medida que integra um daqueles elementos ao outro, o fato ao valor. Prosseguindo, informa que fato, valor e norma não existem

²⁸Ver nota 77.

²⁹BARATTA, Alessandro. Ob. cit. pg. 103

³⁰Idéia de que o aumento da pena é a solução para conter a criminalidade.

³¹Corrente que sustenta que a tipificação penal atua como mecanismo para criação de uma identidade social.

³²Conforme Canotilho, insiste-se na absolutização dos direitos dos réus culpados quando eles extravasam da tutela da inocência ou da aquisição da verdade e se traduzem, em último termo, na infra-valorização da tutela primária das vítimas.[...] O “direito penal contra o inimigo” que hoje exerce profunda influência sobre alguns sistemas penais, designadamente o norte-americano e o europeu, tem testado o acerto das suas propostas constitucionais e penais em três setores das políticas e legislações criminais – a legislação anti-terrorista, a criminalidade organizada e a delinquência sexual [...] O “inimigo” nega-se a si próprio como pessoa, aniquila a sua existência como cidadão, exclui-se de forma voluntária e a título permanente da sua comunidade e do sistema jurídico que a regula. Mas não só isto. Agora, o fim da pena já não é o de uma função geral preventiva socialmente integradora mas sim o da repressão expiatória através da segregação e neutralização do criminoso que, pelo seu comportamento, desestabilizou as expectativas normativas compartilhadas pelos cidadãos, colocando-se em guerra contra o Estado e a comunidade. [...] A pressão recai sobre as Constituições obrigando-as a rever os respectivos textos sobretudo no âmbito das liberdades e das garantias, transformando as regras em exceções e as exceções em regras [...] O Estado de Direito democrático-constitucional volta a albergar o estado de exceção como estado de necessidade sem as restrições do “direito de necessidade”. (in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. nº 58. pg. 330\334.)

³³REALE, Miguel. *Lições Preliminares de Direito*.pg. 65-67.

separados uns dos outros, coexistindo em uma unidade concreta, de tal modo que a vida do Direito resulta da interação dinâmica e dialética dos três elementos que a integram.

Portanto, sendo o Direito: fato, valor e norma, conforme a Teoria Tridimensional de Miguel Reale, nada mais natural do que, sempre que surja um novo comportamento humano ou que recrudesça determinado comportamento de forma recorrente, a ponto de despertar o interesse do direito penal, possa a sociedade reagir. Na verdade, passa a ser lícito e até recomendável que tais comportamentos sejam, novamente, valorados pela norma penal, tipificando o comportamento como crime ou, ainda, se for necessário, revendo a reprimenda imposta na norma penal anterior, com o fito de que a pena atenda a sua função de prevenção geral negativa.

Na lição de Carrara³⁴:

O fim da pena não é que se faça justiça, nem que seja vingado o ofendido, nem que seja ressarcido o dano por ele sofrido; ou que se amedrontem os cidadãos, expie o delinquente o seu crime, ou obtenha a sua correção. Podem, todas essas, ser consequências acessórias da pena, algumas delas desejáveis; mas a pena permanecerá como ato inatacável mesmo quando faltassem todos esses resultados.

Não chegamos ao rigor de Carrara, porém, é certo que a pena é necessária e o seu fim precípua é o restabelecimento da ordem externa na sociedade e, reflexamente, reforçar a idéia de justiça social que deve reinar entre os homens, sob pena de instalação do caos.

Também não se pode perder de vista que a pena, por essência, é castigo e certamente não pode ser eleita como meio educativo da sociedade, pois quando utilizada é porque já se caracterizou uma falha dessa mesma sociedade. Sendo assim, após a sua efetivação – julgamento e condenação transitada em julgado ou execução provisória – com a aplicação do castigo, é que se buscará, como finalidade reflexa da pena, o ajustamento social do condenado, facultando-lhe no cárcere meios educativos e socializantes, como forma de resgate.

A despeito disso, infelizmente, pela realidade observada nos presídios do país, parece que a preocupação se dá apenas na questão do castigo, da retribuição, da contenção ou, como recentemente apontado pelos estudiosos, pela incapacitação do preso. As finalidades de prevenção geral e especial e de ressocialização ou reeducação ficam relegadas a plano inferior ou sequer são levadas em conta. Falha a prevenção geral porque não provoca a necessária intimidação na população, principalmente devido à impressão reinante de impunidade. Impunidade, diga-se, que ocorre por força da cifra negra³⁵, da lentidão do judiciário, principalmente em face da anacrônica legislação processual do país e também pela própria fragilidade da pena aplicada, às vezes, de forma extremamente branda.

Sobre a fragilidade da pena relacionada à ideia de impunidade, basta analisar a situação do crime de roubo, agravado pelo concurso de agentes e emprego de arma, tipificado no art. 157, § 2º, inc. I e II do Código Penal Brasileiro, talvez o crime praticado com maior frequência em nossa sociedade. A pena para o crime de roubo oscila entre 4 a 10 anos de reclusão e multa e, em face das agravantes, pode ser aumentada de um terço (1\3) até metade (1\2). Assim, cometido um grave crime de assalto a mão armada, trazendo significativos traumas familiares e insegurança social, finda-se por punir o infrator com uma pena a partir de cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão e multa, ressalvando que nos tribunais, invariavelmente, sendo primário o infrator, elege-se a pena mínima como a mais adequada. Nisto, fixada a pena em cinco (5) anos e quatro (4) meses de reclusão, o regime prisional a ser imposto, em regra, seria o semiaberto, cumprido em colônia penal industrial ou agrícola ou, na pior das hipóteses, em regime

³⁴ CARRARA, Francesco. *Programa do curso de direito penal: parte geral: volume 2*. pg. 78.

³⁵ Ver nota 59.

fechado, em um presídio. Em qualquer dos casos, cumprido um sexto (1\6) da pena, ou seja, 16,66 % do total imputado, cerca de dez (10) meses e vinte (20) dias, obter-se-ia progressão para o regime mais brando, aberto ou semiaberto.

Em vista do acima exposto, a pena perde o seu caráter intimidatório e deixa transparecer, mesmo quando aplicada, a ideia de impunidade, de que o infrator não foi punido devidamente, contribuindo para a revolta da sociedade e para a insegurança social.

No tocante a prevenção especial, uma vez mais a impunidade e a pena muito branda a inviabiliza. Ao criminoso, passa-se a ideia de que o crime compensa.

Por fim, no tocante ao aspecto ressocializador ou reeducador talvez seja onde a pena mais deixe a desejar, posto que, quase em sua totalidade, os presídios brasileiros, hiperlotados, nem de longe se preocupam em atingir essa finalidade.

No próximo capítulo, será analisada a realidade do sistema prisional brasileiro e rondoniense e, em especial, o de Porto Velho.

4. O garantismo penal e as principais correntes criminológicas contemporâneas

Vários foram os motivos que levaram diversos estudiosos do Direito a defenderem a tese abolicionista, cuja origem é atribuída a Fillipo Gramática, destacando a crueldade do Direito Penal, a sua natureza seletiva, a incapacidade de cumprir as funções de ressocialização e prevenção atribuídas às penas, a característica estigmatizante da pena, a cifra negra³⁶, a dúvida sobre o que deve ou não ser considerado como infração penal e, em especial, a possibilidade real dos cidadãos resolverem, através de outros ramos do direito, os seus conflitos interindividuais.

O abolicionismo penal não é único, de forma que existem diferentes e diversas versões abolicionistas penais, ora representadas pelos movimentos de abolição da pena de prisão ou de extinção da pena de morte, até a mais radical delas, a que propõe a abolição de todo o sistema de justiça criminal.

Nilo Batista, Zaffaroni, Alagia e Slokar³⁷, afirmam que:

O abolicionismo é um movimento impulsionado por autores do norte da Europa, embora com considerável repercussão no Canadá, Estados Unidos e na América Latina. Partindo da deslegitimação do poder punitivo e de sua incapacidade para resolver conflitos, postula o desaparecimento do sistema penal e sua substituição por modelos de solução de conflitos alternativos, preferencialmente informais. Seus mentores partem de diversas bases ideológicas, podendo ser assinaladas de modo prevalentemente a fenomenológica, de Louk Hulsman, a marxista, da primeira fase de Thomas Mathiesen, a fenomenológica-histórica, de Nils Christie e, embora não tenha formalmente integrado o movimento, não parece temerário incluir neste a estruturalista, de Michel Foucault.

Para Zaffaroni³⁸ o abolicionismo representa a mais original e radical proposta político-criminal dos últimos anos, a ponto de ter seu mérito reconhecido até mesmo por seus mais severos críticos.

Louk Hulsman pauta-se no entendimento de que o sistema penal se caracteriza como um problema em si mesmo, mostrando-se de total ineficácia para resolver os conflitos existentes na convivência civil. Diante disso, propõe a abolição total do sistema penal³⁹.

³⁶ Cifra negra representa a afirmação de que a maioria dos delitos passa despercebida pela sociedade e não faz parte dos registros e da estatística policial. É bem por isso que os dados estatísticos existentes não podem fazer, ainda que aproximadamente, uma correlação confiável entre a expansão do Direito Penal e a diminuição da criminalidade, posto que não analisam a real criminalidade a que a sociedade está submetida.

³⁷ BATISTA, Nilo et alii. *Direito Penal Brasileiro* – V. 1. pg. 648.

³⁸ ZAFFARONI, Eugênio Raúl. Ob. cit. pg. 98

³⁹ Para Hulsman, o sistema penal é um sistema que causa sofrimentos desnecessários e, mais ainda, numa distribuição socialmente injusta; acarreta diversos efeitos negativos sobre as pessoas “recrutadas” pelo sistema e apresenta uma ausência total de controle por parte de seu gestor.

Mathiesen amparou-se no simples estudo esquemático do marxismo para propor a eliminação não apenas do sistema penal, mas também de todo e qualquer processo de repressão existente na sociedade. Foi apontado como um dos expoentes dessa corrente.

Nils Christie, por sua vez, prefere a análise histórica da sociedade para fundamentar a ideia de abolicionismo, enxergando na verticalização do poder uma maneira destrutiva das relações coletivas entre os entes do ambiente social.

Foucault, embora não seja considerado efetivamente um abolicionista, com os seus estudos críticos sobre o conceito moderno de justiça penal, deixa claro que o próprio Estado fica debilitado ao fazer uso da violência, que é a prisão.

Contrariando os defensores do abolicionismo, muitos o veem como uma teoria utópica e perigosa, quase infantil, baseada na ideia de uma sociedade justa, equilibrada, formada por homens bons.⁴⁰ Além disso, ante a inexistência de um sistema de justiça, entendem que enfrentaríamos sério retrocesso, voltando ao período da vingança privada, prevalecendo novamente a lei do mais forte.

Assim, por mais digno que se mostre o raciocínio abolicionista, não parece que o mesmo deva prosperar, salvo no que tange a busca constante pela redução da repressividade do sistema penal⁴¹. Contudo, existem determinadas situações em nossa sociedade, onde crimes violentos e atentados terroristas se tornam rotineiros, que não nos permitem vislumbrar outra alternativa a não ser a aplicação do Direito Penal, sendo de fato pueril a ideia de que todos os nossos conflitos podem ser resolvidos sem a utilização de um mecanismo punitivo.

Curiosa também a afirmação de Alessandro Baratta⁴² asseverando que “substituir o direito penal por qualquer coisa melhor somente poderá acontecer quando substituirmos a nossa sociedade por uma sociedade melhor. ”

O abolicionismo, decerto, desenvolveu-se a partir da percepção de que o sistema penal perdeu sua legitimidade como instrumento de controle social, embora tenha significado enorme avanço para a humanidade contra a ignomínia da pena de morte, dos rituais macabros e das torturas. Apesar disso, o movimento abolicionista, ao denunciar essa perda de legitimidade, não conseguiu propor um método seguro para possibilitar a abolição imediata do sistema penal. Diante de tal impasse, o princípio da intervenção mínima conquistou rapidamente ampla adesão da maioria da doutrina, inclusive de abolicionistas que passaram a enxergar nele um estágio em direção à abolição da pena.

Com relação ao Direito Penal Garantista, pode-se defini-lo como um modelo de estrita legalidade, próprio do Estado de Direito, caracterizando-se, no plano epistemológico como um sistema cognitivo ou de poder mínimo, no plano político, como um método de proteção eficaz para reduzir a violência e ampliar a liberdade e, sob o plano jurídico, como um conjunto de restrições que devem ser adotadas, para que o Estado possa exercer sua função punitiva, assegurando a garantia dos direitos dos cidadãos.

Zaffaroni & Pierangeli⁴³ assim conceituam o Direito Garantista ou Direito Penal Liberal:

Deve ficar claro que o direito penal do Estado de Direito ou direito penal de Direitos Humanos ('direito penal liberal' em sentido técnico), tem entre suas principais características o respeito à autonomia ética, a delimitação bastante precisa do poder público, a seleção racional dos bens jurídicos penalmente tuteláveis, a

⁴⁰ Ferrajoli afirma que o abolicionismo penal configura-se como uma utopia regressiva que projeta sobre os pressupostos ilusórios de uma sociedade boa ou de um Estado bom, modelos completamente desregulados ou auto-reguláveis de vigilância e ou punição, em relação aos quais é exatamente o direito penal, com toda a sua complexidade e precariedade, que constitui, histórica e axiologicamente, uma alternativa progressista. (*in Teoria do Garantismo Penal*)

⁴¹ Abolição da pena de morte e da prisão perpétua; substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos etc.

⁴² BARATTA, Alessandro. Criminologia crítica e crítica ao direito penal: introdução à sociologia do direito penal. pg. 207.

⁴³ ZAFFARONI, Eugênio Raúl & PIERANGELI, José Henrique. Op. cit. pg. 316.

previsibilidade das soluções, a racionalidade, humanidade e legalidade das penas etc.

Um direito penal fundamentado no garantismo deve ter como pressuposto a redefinição dos pontos que norteiam a legislação e a própria jurisdição. Deve servir de fonte de legitimação do Direito Penal e os legisladores devem utilizá-lo como guia tanto do ponto de vista jurídico ou interno da constituição, ou seja, os princípios e os direitos fundamentais contidos nela como parâmetros normativos de validade, quanto do ponto de vista ético-político ou externo da sociedade, ou seja, dos sujeitos titulares dos direitos fundamentais violados ou não satisfeitos pelo efetivo funcionamento do ordenamento e com referência aos quais pode ser valorada a justiça.

Conforme leciona Bitencourt⁴⁴:

A formalização do direito penal tem lugar por meio da vinculação com as normas e objetiva limitar a intervenção jurídico-penal do Estado em atenção aos direitos individuais do cidadão. O Estado não pode – a não ser que se trate de um Estado totalitário – invadir a esfera dos direitos individuais do cidadão, ainda e quando haja praticado algum delito. Ao contrário, os limites em que o Estado deve atuar punitivamente devem ser uma realidade concreta. Esses limites referidos materializam-se através dos princípios da intervenção mínima, da proporcionalidade, da ressocialização, da culpabilidade etc. Assim, o conceito de prevenção geral positiva será legítimo ‘desde que’ compreenda que deve integrar todos estes limites, harmonizando-se suas eventuais contradições recíprocas: compreender que uma razoável afirmação do Direito Penal em um Estado social e democrático de Direito exige respeito às referidas limitações.

Assim, para o Garantismo Penal, a pena deve ser mantida dentro dos limites do Direito Penal e deve ser proporcional à infração cometida, sendo certo que a sua imposição deve se dar através de um procedimento cercado de todas as garantias jurídico-constitucionais.

Portanto, para essa corrente, a intervenção jurídico-penal somente se justifica e se legitima quando o Estado não disponha de outros meios de controle social, quando estes já tiverem sido esgotados ou quando se mostrarem ineficazes para trazer acomodação e tranquilidade social. Mesmo assim, essa intervenção dar-se-á somente nos ataques mais violentos contra os bens de maior relevância, funcionando a norma penal como última *ratio*.

De lembrar que o Direito Penal Mínimo - e Garantista - não é contrário à manutenção do sistema penal, e muito menos defende a sua extinção, como querem os abolicionistas. Apenas sustenta que o Direito Penal deve se constituir em um arcabouço de garantias individuais e fundamentais.

Conforme assenta Ferrajoli⁴⁵:

Garantismo, com efeito, significa precisamente a tutela daqueles valores ou direitos fundamentais, cuja satisfação, mesmo contra os interesses da maioria, constitui o objetivo justificante do direito penal, vale dizer, a impunidade dos cidadãos contra a arbitrariedade das proibições e das punições, a defesa dos fracos mediante regras do jogo iguais para todos, a dignidade da pessoa do imputado, e, conseqüente, a garantia da sua liberdade, inclusive por meio do respeito à sua verdade. É precisamente a garantia desses direitos fundamentais que torna aceitável por todos, inclusive pela minoria formada pelos réus imputados, o direito penal e o próprio princípio majoritário.

A opção por um Estado Democrático e Social de Direito representa aceitar que se aplica ao Direito Penal uma série de limites impostos por esse modelo de Estado, os quais se materializam em um conjunto de princípios. Tais princípios,

⁴⁴ BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal – parte geral*. pg. 773-774.

⁴⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Op. cit.* pg. 312.

ordenados sistematicamente, acabam por definir o modelo de Direito Garantista, tornando evidentes os limites para aplicação da pena e para a responsabilização social.

Na corrente garantista, o homem é visto como o centro das atenções do Estado, que, na busca pela paz social, deve reprimir apenas comportamentos intoleráveis, que causem danos sociais, atingindo os bens mais importantes. É bem por isso que o uso de proibições e imposição de comportamentos, como meio de proteger os bens jurídicos, não deve se sobrepor aos princípios que garantam a dignidade da pessoa humana.

O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é, na verdade, um dos maiores entraves contra a adoção de penas cruéis, como a pena de morte, prisão perpétua e inexistência de progressão de regime prisional etc. Também orienta que o Estado, mesmo sendo detentor de poder punitivo, não pode aplicar sanções que venham a atingir esse princípio ou lesionar os condenados, impondo uma limitação fundamental em relação à qualidade e quantidade de pena aplicada.

A pena, sob qualquer pretexto, não pode, jamais, desconhecer no preso a condição de pessoa humana. Cada homem e cada condenado, por sua vez, não podem ser tratados como uma coisa, mas sim como pessoas, sendo imperioso que o princípio da humanidade esteja presente na cominação, aplicação e execução da pena.

Assim, a proibição de penas cruéis e infames, da tortura, dos maus-tratos em toda a fase inquisitória e acusatória do processo, a obrigatoriedade do Estado em adotar uma infra-estrutura carcerária provida de recursos que impossibilitem a degradação e a dessocialização dos condenados resultam da adoção do princípio da dignidade da pessoa humana que, em última análise, postula que a pena deve orientar-se pela racionalidade e proporcionalidade, pois, ao contrário, será assemelhada à vingança privada, desconsiderando a condição humana do delinquente.

A vinculação à idéia de princípios, diga-se, não é nova e nem é exclusividade do garantismo penal, originando-se no pensamento jusnaturalista dos séculos XVII e XVIII, que impôs limitação ao poder penal “absoluto”, apresentando o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como princípio geral, orientador de todos os outros (intervenção penal mínima, fragmentariedade, subsidiariedade, lesividade, adequação social, insignificância, individualização da pena, proporcionalidade, culpabilidade e legalidade).

O princípio da intervenção penal mínima é também um dos pilares sobre o qual se ergueu a teoria do Direito Penal Mínimo. Conforme assinala Nilo Batista⁴⁶ surgiu com a ascensão da burguesia, em reação ao sistema penal absolutista.⁴⁷

De acordo com o princípio da intervenção penal mínima, o Direito Penal é apenas um dentre os vários meios de que o Estado dispõe para controlar os problemas que ameaçam a paz social. Em face da violência que lhe é peculiar e do desrespeito às garantias e liberdades individuais, o Direito Penal deve ser visto como *ultima ratio*, ou seja, o último recurso de que dispõe o Estado para conter a criminalidade. Na verdade, funciona como fator limitador do poder incriminador do Estado, instituindo que a criminalização de determinadas condutas só estará legitimada se constituírem o único meio eficaz para proteger determinados bens jurídicos. Existindo outras possibilidades para solução do problema, como a utilização de medida alternativa, civil ou administrativa, estas deverão ser empregadas, não havendo porque lançar mão do meio mais danoso.

⁴⁶ BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. pg. 84.

⁴⁷ Montesquieu afirmava que “quando um povo é virtuoso, bastam poucas penas” (*in* O Espírito das Leis, 1962, pg. 109. Beccaria ressaltou que proibir uma enorme quantidade de ações indiferentes não é prevenir os crimes que dela possa resultar, mas criar outros novos (*in* Dos Delitos e das Penas, 2001, pg. 307). Por fim, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em seu art. VIII, prescreve que a lei não estabelecesse senão penas estrita e, evidentemente, necessárias.

Correto, portanto, o entendimento de que o Direito Penal só deve atuar quando os demais ramos do Direito forem insuficientes para proteger os bens relevantes aos indivíduos e à sociedade.

O princípio da intervenção mínima é corolário de duas características do Direito Penal: a fragmentariedade⁴⁸ e a subsidiariedade. Pela primeira, entende-se que nem todas as ações lesivas a bens jurídicos devem ser proibidas pelo Direito Penal, e nem todos os bens jurídicos encontram-se sob sua proteção. Assim, o caráter fragmentário do Direito Penal resulta na submissão à sanção penal das condutas mais graves e atentatórias aos bens mais importantes. Pela segunda, há que se entender o Direito Penal como medida extrema e, por isso, a sua atuação só é legítima quando outros meios de controle social se tornem ineficazes ou forem inexistentes. Sob esta ótica, o Direito Penal não pode ser visto como *prima, sola* ou *única ratio*, pois só deve atuar subsidiariamente, quando não houver outros meios de tutelar os bens jurídicos.

Exemplo de violação ao princípio da subsidiariedade é encontrado na Lei dos Crimes Ambientais, onde, equivocadamente e enfraquecendo a norma penal, admite-se a prática de delito por pessoa jurídica.

Apesar da importância do bem jurídico tutelado, o meio ambiente, é importante ressaltar que o Direito Administrativo, utilizando o poder de polícia nele previsto, já seria adequado e suficiente para solução dos problemas ambientais, lembrando que o poder de polícia, como espécie do gênero ato administrativo, possui atributos de presunção de legitimidade, imperatividade, exigibilidade e executoriedade.

Por executoriedade, entende-se a qualidade pela qual o Poder Público compele materialmente o administrado, sem necessidade de buscar as vias judiciais, ao cumprimento da obrigação que impôs e exigiu. Portanto, se bem utilizado, fazendo uso de multas, interdição de atividades, etc. O Direito Administrativo, certamente, seria mais eficaz que o próprio Direito Penal, reservando este último àqueles casos em que foram esgotados os meios de solução ou quando os mecanismos adotados forem efetivamente ineficientes ou, por último, quando inexisterem outras formas de solução.

Outro importante princípio, o da lesividade, estabelece que somente podem ser tipificadas penalmente as condutas atentatórias a bens jurídicos indispensáveis à coletividade ou a terceiros. Assim, tal princípio impede a tipificação de condutas internas e, uma vez exteriorizadas, afastam-se aquelas apontadas como simplesmente contrárias à moral, os atos imorais, posto que estes não se coadunam com a ofensividade que é primordial à legitimação da intervenção penal. Portanto, só se utiliza o Direito Penal para aqueles comportamentos que lesionem direitos de outras pessoas e que não representem simplesmente um comportamento imoral ou mesmo pecaminoso.

Nilo Batista⁴⁹ admite quatro principais funções ao princípio da lesividade: proibir a incriminação de atitudes internas do agente; proibir a incriminação de condutas que não excedam o âmbito do próprio autor; proibir a incriminação de simples estados ou condições existenciais e proibir a incriminação de condutas desviadas que não cheguem a afetar qualquer bem jurídico. Essas funções enumeradas por Nilo Batista nada mais são do que garantias das quais o cidadão pode lançar mão contra possíveis excessos que o Estado venha a cometer em nome do Direito Penal.

Evidente, portanto, que ao legislador cabe utilizar-se dos princípios da intervenção mínima, da adequação social e da lesividade, tanto para criar como para revogar tipos penais.

A adequação social, princípio que é atribuído ao alemão Hans Welzel, informa que o legislador deve orientar-se conforme a realidade social em que a

⁴⁸ Quem registrou pela primeira vez o caráter fragmentário do Direito Penal foi Binding, em seu Tratado de Direito Penal Alemão Comum – Parte Especial (1896) e, desde então, esse tema sempre se faz presente na introdução ao estudo da parte especial do código penal (in BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. pg. 86)

⁴⁹ BATISTA, Nilo. Ob. cit. pg. 91.

norma será aplicada. Para Welzel⁵⁰ o Direito Penal tipifica somente condutas que tenham certa relevância social; caso contrário, não poderiam ser delitos. Deduz-se, consequentemente, que há condutas que por sua “adequação social” não podem ser consideradas criminosas e, como tal, não podem constituir delitos e, por isso mesmo, não se revestem de tipicidade.

Esse princípio da adequação social está intimamente ligado à ideia de costume, o qual se relaciona com o comportamento. Neste sentido, o julgador deve levar em consideração os costumes presentes na sociedade no momento da aplicação da lei, verificando se as ações proibidas ou impostas pela norma estão adequadas ao sentimento local, representando condição especial para impedir a criação, imposição ou manutenção de tipos penais social e moralmente aceitos pela sociedade.

Vale aqui o exemplo do crime tipificado no art. 233 do Código Penal, denominado ato obsceno, pois, em 1940, quando da edição do Código Penal Brasileiro, os padrões sociais eram bem diferentes dos dias de hoje. Assim, um beijo fugaz entre um casal de namorados, em praça pública, em 1940, poderia configurar tal crime, o que, convenhamos, nos dias de hoje, não haveria o menor sentido puni-lo, posto que ato corriqueiro, comum, socialmente ajustado.

Quanto ao princípio da insignificância, ele permite excluir, da maioria dos tipos penais, as condutas que venham a causar danos de pouca importância. Esse princípio já vigorava no Direito Romano, onde se dizia que o pretor não cuidava, de modo geral, de causas ou delitos de bagatela – daí o brocardo: “*minima non curat pretor*”⁵¹. De outro lado, o princípio da insignificância, também chamado pelos alemães como criminalidade de bagatela, ressurge na Europa como problema de índole geral e progressivamente crescente a partir da primeira guerra mundial e, de forma mais acentuada, após o término da segunda guerra mundial, em 1945, ocasião em que, em razão de circunstâncias socioeconômicas notoriamente conhecidas, houve significativo incremento de subtrações de pequena relevância, reconhecendo-se, na espécie, a criminalidade de bagatela.

Conclui-se, então, que diante do caráter geral e abstrato da norma penal, é possível que o legislador, objetivando criminalizar apenas as condutas que atinjam os bens jurídicos mais importantes, acabe por englobar formalmente, no caso concreto, aquelas ações irrelevantes ao direito penal. Nestes casos, compete ao exegeta verificar se a ação é formal e materialmente típica, sabendo, contudo, que algumas ações, apesar de formalmente típicas, não contam com a tipicidade material, ou seja, a conduta amolda-se à descrição abstrata prevista em lei penal, porém a ameaça de lesão ou perigo ao bem jurídico tutelado é irrelevante, casos em que se torna possível lançar mão do princípio da insignificância.

É de se entender a tipicidade penal como função da tipicidade formal com a tipicidade conglobante. Quando se fala em tipicidade conglobante⁵², deve-se ter em mente que o intérprete verificou a tipicidade material da conduta, uma vez que analisou a possível aplicação do princípio da insignificância e concluiu que a ação, além de formalmente típica, é antijurídica ou antinormativa.

Pode-se, então, afirmar que o princípio da insignificância tem por fim afastar a tipicidade do fato (pelo menos a tipicidade material), uma vez que o Direito Penal se volta a criminalizar apenas as condutas mais graves, que ataquem os bens jurídicos mais importantes.

Outro princípio destacado em nosso estudo, refere-se à individualização da pena, efetivada em três etapas distintas: na fase legislativa, no julgamento judicial e, por fim, na execução da pena.

O princípio da individualização da pena tem por fim, em uma primeira etapa, orientar o legislador na determinação abstrata das sanções correspondentes

⁵⁰ WELZEN, Hans. *Derecho Penal Alemán*. pg. 83

⁵¹ O encarregado da justiça não cuida de coisas insignificantes.

⁵² Para Zaffaroni a tipicidade conglobante requer a lesão ou colocação em perigo do bem jurídico tutelado mediante a comprovação da antinormatividade pela contradição da conduta com a norma, conglobada com as restantes do ordenamento que integra.

aos tipos penais. Após determinar o bem jurídico que deve ser penalmente protegido, o legislador deverá buscar uma pena cujo valor será compatível ao dano causado pela infração da norma, valorando o bem e o dano que a pena causará na pessoa do condenado. Logo, para isso ele estabelece um limite mínimo e um máximo, no qual o julgador deverá andar, conforme o caso concreto. Em uma segunda etapa, o juízo competente, analisando detalhadamente o caso que lhe é posto, optando pela condenação, decidirá, fundamentadamente, pelo limite concreto de pena a ser aplicado ao crime⁵³ (é o momento da concretização da sanção penal na sentença condenatória). Por fim, em última etapa, vem a execução da pena, aplicada em estágios, passando de um regime de pena mais rigoroso para um mais brando, até a liberdade total, sem desvios ou excesso.

Outro princípio informador do direito penal mínimo ou garantista é o da proporcionalidade, que não pode ser entendido como um simples instrumento de interpretação, mas sim como uma garantia legitimadora e limitadora de todo ordenamento jurídico penal.

Assim, se o julgador, no caso concreto, entender que a pena privativa de liberdade não é necessária, sendo suficiente a aplicação de pena de natureza diversa, como são as penas alternativas, estas, e somente estas, deverão ser aplicadas.

Levando em conta que o afastamento completo de punição é medida inovadora e excepcional, o que deve ser feito é conjugar o princípio da proporcionalidade com o princípio da suficiência da pena, aplicando somente a pena necessária (qualidade da pena) e suficiente (quantidade da pena) para evitar e prevenir o delito, acolhendo a máxima de Von Liszt “só a pena necessária é justa”.

O princípio da culpabilidade pode ser entendido como fundamento da pena, como elemento de determinação ou mediação da pena e como conceito negativo à responsabilidade objetiva. Todavia, para o presente estudo, interessa mais o conceito de culpa como elemento de medição da pena.

⁵³A pena é fixada em três fases, conforme dispõe o art. 68 do CP (*há quem diga, não sem fundamento, que são quatro fases, e a última delas seria a redução em face do reconhecimento da forma tentada do delito*). I - Pena-base; II - Aplicação das Agravantes e das Atenuantes; III - Aplicação das Causas de Aumento e de Diminuição da Pena; **I - Primeira fase:** Fixa-se, primeiro, a pena-base, com os olhos voltados para o art. 59 do CP.: a) Culpabilidade: Leva em conta o grau de censura à ação ou omissão do réu; b) Antecedentes: São os fatos anteriores da vida do agente, que podem ser bons ou maus, lembrando que bons antecedentes não se confundem com primariedade; c) Conduta Social: Abrange o comportamento do réu no trabalho e na vida familiar, bem como na comunidade onde vive; d) Personalidade do Agente: Leva em conta a índole do acusado, a sua maneira de agir e sentir, examinando o seu caráter e a sua estrutura psicológica; e) Motivos do Crime: Todos os fatos que levaram o réu a cometer o delito, lembrando que o motivo é antecedente psicológico do ato volitivo que levou ao crime; f) Circunstâncias do Crime: São os elementos que não compõem o crime, todavia influem sobre a sua gravidade, como o estado de ânimo do réu, as condições de tempo, lugar, ocasião, maneira de agir; g) Consequências do crime: Leva em conta o maior ou menor dano para os familiares da vítima e para a coletividade. h) Comportamento da vítima: É a verificação do grau de colaboração, negligência ou provocação da vítima. **II - Segunda Fase:** Levam-se em conta as circunstâncias atenuantes e agravantes, previstas no Código Penal (agravantes: 61 e 62; atenuantes 65 e 66, todos do CP) havendo concurso entre agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pela circunstância que for preponderante (motivos determinantes do crime, personalidade do agente e reincidência). A diferença entre agravante e qualificadora - as qualificadoras alteram a pena-base prevista para o crime e são encontradas na parte especial do CP. Já as agravantes são encontradas na parte geral do CP. Havendo concurso entre qualificadoras, uma delas serve como qualificadora propriamente dita, enquanto que as demais são consideradas como circunstâncias judiciais agravantes, analisadas, portanto, na primeira fase da dosimetria da pena. **III - Terceira Fase:** Levam-se em conta as causas de aumento e de diminuição da pena que podem ser encontradas tanto na parte geral como na especial do CP; se na parte geral, podem alcançar todos os delitos, como é o caso do art. 14, II do CP (forma tentada do delito), porém, quando encontradas na parte especial, referem-se ao tipo penal em específico (privilégio da violenta emoção logo após injusta provocação da vítima). A mesma circunstância não pode ser computada duas vezes, sob pena de *bis in idem*. Apresentam valor expressamente fixado, podendo variar dentro da fração proposta. O juiz aplica primeiro as causas de aumento e depois as de diminuição, sendo inadequada a compensação. Importante é ressaltar que a última operação a ser feita, vai ser sempre em relação à forma tentada do delito, quando do reconhecimento do art. 14, II do CP.

Na ótica da culpabilidade, o magistrado irá concretizar o juízo de censurabilidade da conduta do agente, impondo-lhe a pena que seja a mais ajustada ao crime e à forma e circunstâncias em que ele foi praticado.

Por fim, o princípio da legalidade estabelece que apenas a lei deve conter normas incriminadoras, sem a qual nenhum fato pode ser considerado criminoso e nenhuma pena pode ser aplicada. Este princípio encontra-se insculpido em nossa Carta Magna, em seu art. 5º, inc. XXXIX e, também, no Código Penal, em seu art. 1º, constatando-se que: “Não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

O princípio da legalidade visa limitar o poder punitivo do Estado, garantindo a segurança do ordenamento jurídico, tanto através da previsibilidade da intervenção do poder punitivo do Estado, quanto por meio da perspectiva subjetiva do sentimento de segurança jurídica. Garante-se, assim, a possibilidade de prévio conhecimento das condutas penalmente reprováveis e das penas impostas, assegurando ao cidadão que ele não será submetido à sanção penal diferenciada da prevista em lei, abrangendo a pena abstrata prevista pelo legislador, a pena aplicada concretamente pelo juiz e a sua execução pela via administrativa-jurisdicional.

O princípio da legalidade ampara-se em outros quatro princípios, que são: *nullum crimen nulla poena sine lege praevia* (impede a retroatividade da lei penal incriminadora, que somente deve ser aplicada a fatos futuros, salvo quando beneficiem o réu); *nullum crimen nulla poena sine lege scripta* (a lei penal incriminadora deve ser escrita, não sendo admitida a figura de tipo penal incriminador derivado de regra de costume); *nullum crimen nulla poena sine lege stricta* (veda o uso de analogia para fundamentar a proibição de condutas ou tornar a pena mais gravosa. Afasta-se, portanto, a utilização da analogia *in malam partem*, admitindo, por outro lado, analogia *in bonam partem*); *nullum crimen nulla poena sine lege certa* (a lei penal, por força do próprio princípio da legalidade, deve ser certa, clara e precisa, evitando interpretações dúbias. Com isso, busca-se afastar os abusos que podem ser cometidos em face de redações legais imprecisas e da própria flexibilização e enfraquecimento do direito penal).

Diante do que foi exposto, razoável, portanto, é o entendimento de que a opção por um modelo de Direito Penal Garantista, entendido como meio termo entre dois extremos – abolicionismo penal e direito penal máximo – bem se ajusta aos anseios de racionalidade que devem nortear a vida em sociedade, servindo para informar a atuação do Estado, permitindo, inclusive, alcançar, efetivamente, justiça social.

Conclusão

O Direito Penal na medida que é visto socialmente como a panaceia para a resolução de conflitos, de algum está vinculado a violência. As interações humanas estabelecidas na sociedade contemporânea se ancoram no Direito Penal, em face da normatização desses quando das condutas que ferem o regramento social. Assim, diversas propositura sugerem o uso do Direito Penal como política pública, em especial na área de segurança pública, o que banaliza o Direito em si e coloca em risco os interesses e garantias do cidadão, pois o sentido da punição com cárcere passa a ser exacerbado.

Não obstante as teorias que punitivas, novos discursos teóricos têm surgido para divergirem o punitivismo como solução para as enfermidades sociais, como é o caso do Abolicionismo Penal. Outras vertentes descriminalizantes ou são descritas nas leis em dão guarida aos crimes de menor potencial ofensivo, que preferem a educação como forma de reparação do dano ao cárcere.

Destarte, a Política Criminal, que é composta por princípios que atuam como mantenedores da legislação penal, bem como possibilitam sua alteração e incremento dos órgãos de aplicação da lei. Assim, as ações estatais voltadas ao enfrentamento da criminalidade estão expressas pelas principais correntes de pensamento, a saber: Direito Penal Liberal e Garantista, representado pelo Direito

Penal Mínimo, o Abolicionismo Penal, o Movimento Lei e Ordem. Por óbvio, este rol não é taxativo, uma vez que a dinâmica social impõe discussões para o aprimoramento das políticas criminais.

Nesta esteira, ao conhecermos a política pública adotada pelo Estado, nos é possível descrever qual a corrente criminológica foi colocada como prioridade para o combate as mazelas criminosas. Em boa parte, as políticas públicas sociais têm sido substituídas por políticas criminais, o que tem se mostrado ineficaz no âmbito da segurança dos cidadãos. Ensina Baratta ⁵⁴:

“Impõe-se, assim, a necessária distinção programática entre política penal e política criminal, entendendo-se a primeira como resposta à questão criminal circunscrita ao âmbito do exercício da função punitiva do Estado (lei penal e sua aplicação, execução da pena e das medidas de segurança), e entendendo-se a segunda, em sentido amplo, como política de transformação social e institucional. Uma política criminal alternativa é a que escolhe decididamente esta segunda estratégia, extraíndo todas as consequências da consciência, cada vez mais clara, dos limites do instrumento penal. Entre todos os instrumentos de política criminal o direito penal é, em última análise, o mais inadequado. ”

Não se perde de vista que as políticas sociais não podem e não devem ser substituídas por políticas criminais punitivas. O Estado que deve se interessar em adequar os serviços que prestar em consonância com as carências de seus cidadãos. Afastando-se de premissas punitivas por meio de políticas sociais que afastem os administrados da exclusão social trazida pelo cárcere.

Sobre resta apreciar as condições prisionais brasileiras. No sistema prisional apenas atua por força da teoria absoluta da pena, que utiliza o encarceramento com castigo, quiçá vingança estatal. Sem a preocupação em reintegrar com dignidade aquele que foi recolhida a cadeia por ter cometido um ilícito. Apesar de a legislação regulamentar a prevenção geral e especial da pena, estas estão à margem da realidade fática, ou seja, apenas e tão somente se colocam como ficção jurídica. A violência prospera e o fator reincidência é um dos motores que aceleram esse avanço.

O caráter intimidatório é banalizado, seja em virtude da aplicação banal da penal, seja em virtude de cumprimento de pena sem em razão de um sistema progressivo que é flexibilizado a todo instante, em virtude de dispositivos legais ou jurisprudenciais que geram a sensação de impunida. Pior quem cumpre afirma que saiu pior do entrou no sistema prisional, e, a sociedade, não acredita que penas que foram fixadas proporcionalmente ao ilícito perpetrado não são cumpridas na integralidade que se espera. O Estado corre o risco de deixar transparecer que o crime compensa.

Ao final, a carência do princípio reintegrador para o apenado é o que mais padece de atendimento. Com as políticas punitivas retributivas se cria mais pessoas etiquetadas e menos cidadãos são capazes de retornar ao meio social e começar de novo, em busca de um futuro melhor.

Referências Bibliográficas

ALBERGARIA, Jason. Das Penas e da Execução Penal. Belo Horizonte, Del Rey, 1996.

_____. Noções de Criminologia . Belo Horizonte, Mandamentos, 1999.

ALMEIDA, Dayse Coelho de. O desafio da violência à sociedade brasileira.

Jus Navigandi, Teresina, a. 8, nº 158, de 11 de dez de 2003. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?Id=4611> >

AMARAL, Luis Otávio O. Violência e Crime, Sociedade e Estado

. Jus Navigandi. Teresina, a. 3, n. 27, dez de 1998. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?Id=4945> >

⁵⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica ao Direito Penal*. pg. 201.

- BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal. Rio de Janeiro, Freitas Bastos, 1999.
- BARRETO, Fabiana Costa Oliveira. Flagrante e Prisão Provisória em Casos de Furto: da presunção de inocência à antecipação de pena. São Paulo, IBCCRIM, 2007.
- BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 8ª. Rio de Janeiro, Revan, 2002.
- _____. Novas Tendências do Direito Penal. Rio de Janeiro, Revan, 2004.
- BATISTA, Nilo. ZAFFARONI, Eugênio Raul. ALAGIA, Alejandro & SLOKAR, Alejandro. Direito Penal Brasileiro. Primeiro Volume. Rio de Janeiro, Revan, 2003.
- BECCARIA, Cesare. Dos Delitos e das Penas. São Paulo, Editora Jurídica Gaetano Dibenedetto Ltda, 1996.
- BENETI, Sidney Augustinho. Execução Penal. São Paulo, Saraiva, 1996.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Manual de Direito Penal - Parte Geral. São Paulo, RT, 1999.
- _____. Falência da Pena de Prisão - Causas e Alternativas. São Paulo, Saraiva, 2001.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil: texto consolidado até a emenda nº, de 00.00.2007. Senado Federal, 2008. Disponível em <http://www.senado.gov.br/sf/legislacao/const/> . Acesso em 20.07.2008
- _____. Lei 7.210/84. Lei de Execução Penal. Disponível em <http://www.senado.gov.br/bdcoi/legbra/legbra.htm>.
- _____. Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil – Brasília: Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, 1995.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal – Parte Geral. 2ª. Rio de Janeiro, Forense, 1977.
- BRAZ, Mirele Alves. Reflexões sobre a violência e a participação da sociedade nos novos rumos da segurança pública. Jus Navigandi. Teresina, a. 5, n. 51, out de 2001. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?Id=2269> >
- CABRAL, Sandro. “Além das Grades”: uma análise comparada das modalidades de gestão do sistema prisional. Escola de Administração. Universidade Federal da Bahia. 2006. (Tese de Doutorado).
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Justiça Constitucional e Justiça Penal. in Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 58. São Paulo, RT, 2006.
- CAPELA, Fábio Bergamin. Pseudo-evolução do Direito Penal. Jus Navigandi. Teresina, a. 3, n. 27, dez de 1998. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?Id=2795> >
- CAPEZ, Fernando. Execução Penal. São Paulo, Paloma, 2000.
- CARNELUTTI, Francesco. As Misérias do Processo Penal. São Paulo, Conan, 1995.
- CARRARA, Francesco. Programa do curso de direito penal: parte geral: volume 2. Campinas\SP, LZN, 2002.
- CERVINI, Raúl. Os Processos de Discriminização. 2ª. São Paulo, RT, 1995.
- COGAN, Arthur. Prisão Especial. São Paulo, Saraiva, 1996.
- DOTTI, Rene Ariel. Bases e alternativas para o sistema de penas. São Paulo, RT, 1998.
- DOTTI, Rene Ariel et alii. Penas Restritivas de Direitos. São Paulo, RT, 1999.
- D'URSO, Luiz Flávio Borges. A Privatização dos Presídios (Terceirização) USP, 1996, (Dissertação de Mestrado).
- FERRAJOLI, Luigi. Direito e razão - teoria do garantismo penal. São Paulo, RT, 2002.
- FERREIRA, Carlos Lélío Lauria & VALOIS, Luis Carlos. Sistema Penitenciário do Amazonas – História – Evolução – Contexto Atual. Curitiba, Juruá, 2006.
- FERREIRA, Carlos Lélío Lauria & MESQUITA NETO, Teófilo Narciso de. Manual de Conduta do Preso. Rio de Janeiro, Forense, 2004.
- FERRI, Enrico. Princípios de Direito Criminal: o criminoso e o crime. 2ª. Campinas, Bookseller, 1998. p. 33. 35. FEU ROSA, Antônio José Miguel.

- Execução Penal. São Paulo, RT, 1995.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir. Petrópolis, Vozes, 2002.
- FURTADO, Sebastião Renato. Evolução do Direito Penal. Jus Navigandi. Teresina, a. 3, n. 27, dez de 1998. Disponível em <http://www.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=1578> >
- GARCÉS, Walter de Abreu. Curso Básico de Direito Penal: parte geral. São Paulo, José Bushatsky, 1972.
- GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal – vol 1 – tomo I – 4ª. São Paulo, Max Limonad, 1975.
- GOMES, Luiz Flávio. Penas e Medidas Alternativas. São Paulo, RT, 1999.
- _____. Estudos de Direito Penal e Processual Penal. São Paulo, RT, 1999.
- GOMES, Geder Luiz Rocha. A Substituição da Prisão – Alternativas Penais: Legitimidade e Adequação. Salvador, Podivm, 2008.
- GRAZIANO SOBRINHO, Sérgio Francisco Carlos. A Progressão de Regime no Sistema Prisional do Brasil: A Interpretação Restritiva e a Vedação Legal nos Crimes Hediondos como Elementos de Estigmatização do Condenado. Rio de Janeiro, Lumen Júris, 2007.
- GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal. Rio de Janeiro, Impetus, 2006.
- GUZMAN, Luís Garrido. Manual da Ciência Penitenciária. Madri, Edersa, 1983. pg. 204
- HASSEMER, Winfried. Persona, mundo y responsabilidad: bases para una teoria de la imputacion en derecho penal. Santa Fé de Bogotá, Temis, 1999. pg. 95.
- HERKENHOFF, João Batista. Crime: Tratamento Sem Prisão. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998.
- HOBBS, Thomas. Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil. São Paulo, Nova Cultural, 1997.
- HOBBS, Thomas. Do Cidadão. São Paulo, Martin Claret, 2004.
- JAKOBS, Günter. & CANCIO MELIÁ, Manuel. Direito Penal do Inimigo: noções e críticas. Porto Alegre, Livraria dos Advogados, 2005.
- JESUS, Damásio Evangelista. Direito Penal. 1º vol. 12ª. São Paulo, Saraiva, 1990.
- KANT, Emmanuel. A paz perpétua. São Paulo, Brasil, 1936.
- KARAN, Maria Lúcia. Utopia transformadora e abolição do sistema penal. Conversações abolicionistas - Uma crítica do sistema penal e da sociedade punitiva. V. 4. São Paulo, IBCCRIM, 1997.
- KUEHNE, Maurício. Execução Penal. Curitiba, Juruá, 2001. 126 p.
- _____. Doutrina e Prática da Execução Penal. Curitiba, Juruá, 1995.
- LAURELLI, Laércio. Da Impunidade. São Paulo, Iglu, 2000.
- LEAL, César Barros. A Prisão em uma perspectiva histórica e o desafio atual dos Direitos Humanos dos Presos. In Revista do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária. Brasília, vol. 1, nº 6, jul\dez 1995.
- _____. Prisão: Crepúsculo de Uma Era. 2ª. Belo Horizonte, Del Rey, 2001.
- LINS E SILVA, Evandro. De Beccaria a Filippo Gramática. 1991.
- MAGALHÃES, Carlos Augusto Teixeira. Crime, Sociologia e Políticas Públicas. Belo Horizonte, Newton Paiva, 2004.
- MARCÃO, Renato Flávio. Curso de Execução Penal. São Paulo, Saraiva, 2007.
- MÉDICI, Sérgio de Oliveira. Teoria dos Tipos Penais. São Paulo, RT, 2004.
- MIRABETE, Júlio Fabbrini. Execução Penal – Comentários à Lei de nº 7.210, de 11-07-1984. São Paulo, Atlas, 2000.
- _____. Manual de Direito Penal – parte geral – arts. 1º a 120 do CP. 7ª. São Paulo, Atlas, 1992.
- NORONHA, Edgard Magalhães. Direito Penal – vol 1. São Paulo, Saraiva, 1997.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 3ª. São Paulo, Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2006.

- ONOFRE, Elenice Maria Cammarosano. Educação Escolar entre as grades. São Carlos, EDUFSCAR, 2007.
- PIMENTEL, Manuel Pedro. O crime e a pena na atualidade. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1993.
- PORTO, Roberto. Crime organizado e Sistema Prisional. São Paulo, Atlas, 2007.
- PUIG, Manoel. La función de la pena. Barcelona, PPU, 1985.
- RADBRUCH, Gustav. Arbitrariedad Legal Y Derecho Supralegal. Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1962.
- REALE, Miguel. Lições Preliminares de Direito. São Paulo, Saraiva, 1987.
- RONDÔNIA. Secretaria de Estado de Administração Penitenciária. Cartilha – Direitos e Deveres do Preso. 2006
- ROXIN, Claus. Problemas fundamentais de Direito Penal. Lisboa, Veja, 1993.
- _____. Tem futuro o Direito Penal? – Doutrina Penal – primeira seção. Revista dos Tribunais. nº 790. agosto de 2001, ano 90. pg. 468-9.
- SALEILLES, Raymond. A Individualização da Pena. São Paulo, Rideel, 2006 (Biblioteca Clássica).
- SÃO PAULO. Secretaria de Estado da Administração Penitenciária. Dicas – o guia que você precisa para ficar livre de vez. 2006.
- SICA, Leonardo. Direito Penal de Emergência e Alternativas à Prisão. São Paulo, RT, 2002.
- SOBRINHO, S. F. C. G. A Progressão de Regime no Sistema Prisional do Brasil. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.
- SOLER, Sebastián. Derecho Penal Argentino. V. 2. Buenos Aires, Tipografía Editora Argentina, 1970.
- THOMPSON, Augusto Frederico Gaffrè. A questão penitenciária. Petrópolis, Vozes, 1976.
- WACQUANT, Loïc. As prisões da miséria. Rio de Janeiro, Zahar, 2001.
- WELZEL, Hans. Derecho Penal Alemán. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul & PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro - parte geral. São Paulo, RT, 1999.
- ZAFFARONI, Eugênio Raul. Em busca das penas perdidas. Rio de Janeiro, Revan, 2001

El pensamiento de Aristóteles, Hobbes y Marx en las teorías criminalísticas contemporáneas.

Aristotle, Hobbes and Marx thought in the contemporary criminal theories.

Matías Alejandro Caro¹

CONICET – Universidad Católica de Córdoba (Argentina)

Sumario: 1. Introducción. 2. Aristóteles: La educación como prevención. 3. Hobbes: El castigo como disuasión. 4. Marx: El crimen como fruto del derecho burgués. 5. Conclusiones. Referencias bibliográficas.

Resumen: La seguridad ciudadana y el crimen han sido problemas siempre presentes a lo largo del tiempo, el rol primordial de la temática en la actualidad, y la diversidad de los paradigmas en pugna nos lleva a indagar las concepciones de tres autores clásicos – Aristóteles, Hobbes y Marx – sobre la temática, viendo sus caracteres fundamentales y puntos de coincidencia con las teorías criminológicas actuales.

Palabras-Clave: Seguridad Ciudadana; Crimen; Aristóteles; Hobbes; Marx.

Abstract: Citizen Security and crime have been problems always present across time, the contemporary main role of the subject, and the diversity of paradigms in dispute, make us research conceptions of three classical authors – Aristotle, Hobbes and Marx – showing their fundamental characters and point of coincidence with contemporary crime theories.

Keywords: Citizen Security; Crime; Aristotle; Hobbes; Marx.

1. Introducción

La criminología contemporánea nace en el siglo XIX teniendo como antecesor directo la obra “De los delitos y de las penas” de Cesare Beccaria. Sin embargo el interés por la desviación y el crimen puede rastrearse hasta los ordenamientos jurídicos más antiguos, esta preocupación que parece eminentemente jurídica forma parte, algunas veces de manera accesorio, en tanto que otras de manera fundamental de pensadores políticos clásicos.

Es por ello que en el presente trabajo hemos seleccionado tres autores clásicos, los mismos se caracterizan por la relevancia y lo prolífero de su obra, en tanto que por otro lado cada autor piensa una forma diferente de entender la lucha contra la criminalidad o búsqueda de la seguridad ciudadana. Para Aristóteles la solución parecería asociarse a la educación, para Hobbes el castigo generaría disuasión para futuros crímenes, en tanto que para Marx el crimen sería solo una categoría del derecho que crean los propietarios de los medios de producción.

Veremos también como tales autores preanuncian muchos de los elementos que tomaran las teorías de la criminalidad contemporáneas, y nuevamente es allí donde reside su relevancia para nuestro análisis.

¹ Profesor Adjunto de Derecho Político. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Becario Doctoral. Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET)-Universidad Católica de Córdoba.

2. Aristóteles: La educación como prevención

El primer autor que trataremos en nuestro análisis histórico-filosófico, de elementos teóricos sobre la seguridad y el crimen, es Aristóteles. La obra de Aristóteles se caracteriza por el análisis de los más diversos contenidos, abordando también el problema de la criminalidad.

En primer lugar vemos que en el capítulo IV, de su obra "Política", examina la constitución propuesta por Faleas de Calcedonia. En el análisis de la propuesta de Faleas, detalla como el mismo propone la igualdad de propiedad para los ciudadanos de Calcedonia, a los fines de evitar el crimen y la revolución. Sin embargo Aristóteles ve esto como necesario, pero insuficiente, puesto que el crimen estaría motivado también por un desequilibrio de deseos individuales, de esta manera afirma:

"Esto consiste en que los hombres se ven arrastrados al crimen no sólo por carecer de lo necesario, lo cual Faleas cree evitar por medio de la igualdad de bienes, medio excelente, en su opinión, de impedir que un hombre robe a otro hombre para no morir de frío o de hambre, sino que se ven arrastrados también por la necesidad de dar amplitud a su deseo de gozar en todos sentidos. Si estos deseos son desordenados, los hombres apelarán al crimen para curar el mal que los atormenta; y yo añado que no sólo por esta razón se precipitarán por semejante camino, sino que lo harán también si el capricho se lo sugiere, por el simple motivo de no ser perturbado en sus goces." ²

Vemos entonces que para Aristóteles el crimen es fruto de la desigualdad y la desposesión, pero la explicación más significativa estaría dada por la condición moral de los individuos. Esta distinción se hace patente al sostener que "lo superfluo, y no lo necesario, es lo que hace que se cometan los grandes crímenes. No se usurpa la tiranía para librarse de la intemperie, y por el mismo motivo las grandes distinciones están reservadas, no para el que mata a un ladrón, sino para el homicida de un tirano." ³

Las intenciones de buscar las raíces, de las explicaciones del crimen basadas en la desigualdad, en Aristóteles, se ven aún más trucas, si tenemos en cuenta como cierra el análisis de esta sección, de la propuesta de constitución para Calcedonia al afirmar tajantemente que "el expediente político propuesto por Faleas sólo es una garantía contra los crímenes de poca importancia." ⁴

En este sentido quizás pueden pensarse más cercanas al análisis aristotélico las propuestas criminológicas de cuño psicológico, que relacionan la criminalidad con el desarrollo moral de los sujetos⁵ y las de cuño sociológico con énfasis en el proceso de socialización, que aquellas que inscribimos en el paradigma de la desigualdad, las cuales asocian la criminalidad a problemas estructurales de la sociedad.

3. Hobbes: El castigo como disuasión

Hobbes brinda en sus obras "Los elementos de la ley: natural y política" y "Del ciudadano" las bases de su pensamiento político, que serán luego pulidas y completadas en "Leviatán". En las mismas Hobbes sostiene una visión egoísta del hombre, el mismo es motivado en su accionar, es decir en su voluntad o mociones, por el deseo de un bien o la aversión hacia algo que se presume perjudicial.

Por el miedo y la razón es que los individuos pactan para salir del "estado de naturaleza", un estado de radical igualdad en el que todos tienen derecho a todas las cosas, y decimos radical igualdad dado que:

² ARISTÓTELES. *Política*. Ed. Gredos, 1988, p. 113.

³ ARISTÓTELES. *Política*. Ed. Gredos, 1988, pp.113-114

⁴ ARISTÓTELES. *Política*. Ed. Gredos, 1988, p.114.

⁵ KOHLBERG, L. *Psicología del desarrollo moral*. Ed. Bilbao, 1992; PIAGET, J. *El criterio moral en el niño*. Ed. Fontanella, 1983.

“La Naturaleza ha hecho a los hombres tan iguales en las facultades del cuerpo y del espíritu que, si bien un hombre es, a veces, evidentemente, más fuerte de cuerpo o más sagaz de entendimiento que otro, cuando se considera en conjunto, la diferencia entre hombre y hombre no es tan importante que uno pueda reclamar, a base de ella, para sí mismo, un beneficio cualquiera al que otro no pueda aspirar como él. En efecto, por lo que respecta a la fuerza corporal, el más débil tiene bastante fuerza para matar al más fuerte, ya sea mediante secretas maquinaciones o confederándose con otro que se halle en el mismo peligro que él se encuentra.”⁶

Así Hobbes entiende que son iguales quienes pueden las mismas cosas, y dado que en el estado de naturaleza, cualquiera puede tomar la vida de otro, y quien puede lo más, puede lo menos, todos los hombres son radicalmente iguales. Pero de esta equivalencia surge la desconfianza natural puesto que “de esta igualdad en cuanto a la capacidad se deriva la igualdad de esperanza respecto a la consecución de nuestros fines. Esta es la causa de que si dos hombres desean la misma cosa, y en modo alguno pueden disfrutarla ambos, se vuelven enemigos, y en el camino que conduce al fin (que es, principalmente, su propia conservación, y a veces su delectación tan sólo) tratan de aniquilarse o sojuzgarse uno a otro. De aquí que un agresor no teme otra cosa que el poder singular de otro hombre; si alguien planta, siembra, construye o posee un lugar conveniente, cabe probablemente esperar que vengan otros, con sus fuerzas unidas, para desposeerle y privarle, no sólo del fruto de su trabajo, sino también de su vida o de su libertad. Y el invasor, a su vez, se encuentra en el mismo peligro con respecto a otros.”⁷

Se da así la guerra común de todos contra todos, la cual para Hobbes es la peor de las situaciones, la cual los hombres deben desesperadamente abandonar puesto que “En una situación semejante no existe oportunidad para la industria, ya que su fruto es incierto; por consiguiente no hay cultivo de la tierra, ni navegación, ni uso de los artículos que pueden ser importados por mar, ni construcciones confortables, ni instrumentos para mover y remover las cosas que requieren mucha fuerza, ni conocimiento de la faz de la tierra, ni cómputo del tiempo, ni artes, ni letras, ni sociedad; y lo que es peor de todo, existe continuo temor y peligro de muerte violenta; y la vida del hombre es solitaria, pobre, tosca, embrutecida y breve.”⁸

La salida se da mediante un pacto de sujeción-unión, en el cual los hombres de común acuerdo renuncian a su derecho sobre todas las cosas y ceden su capacidad de castigo a un poder común: el soberano o leviatán. Vemos así, como afirma Bührle⁹, que toda la teoría política de Hobbes se funda sobre el miedo y el deseo humano de seguridad.

Al igual que Aristóteles, Hobbes piensa que el crimen está motivado no tanto en la desigualdad, sino por una desviación de los deseos individuales, que lleva a los hombres a actuar contra las leyes que ha dado el soberano. Sin embargo se diferencia del estagirita, puesto que considera que la forma de revertir esto, no es la educación y en última instancia el acuerdo sobre lo que debemos desear, sino la punición. Es el castigo, o la amenaza del mismo, del soberano, el que no solo combate, sino que también previene el crimen, puesto que Hobbes considera que los acuerdos sin la espada, no son más que palabras.

Otro concepto importante defendido por Hobbes, es la idea de positivismo jurídico, es decir la plena identificación de los que es justo con la ley positiva emanada del soberano. En base a esto considera sediciosa toda doctrina que enseñe la existencia de un patrón de justicia por fuera de la ley civil, de modo que en su noción de seguridad la transgresión a las leyes no tiene casi ninguna justificación luego de que el soberano se haya encargado de darlas a conocer.

⁶ HOBBS, T. *Leviathan*. Ed. A&C Black, 2006, p. 51.

⁷ HOBBS, T. *Leviathan*. Ed. A&C Black, 2006, p. 51.

⁸ HOBBS, T. *Leviathan*. Ed. A&C Black, 2006, p. 52.

⁹ BÜHRLE, C. “Thomas Hobbes: Sobre el miedo”. *Revista de filosofía y teoría política*, 35, 2013, pp. 25-37.

Vemos también que en Hobbes el castigo juega un papel central “Por ejemplo, supongamos que la ley prohibiese, bajo pena de muerte, el robar, y hubiese un hombre que, por la fuerza de su tentación fuese necesitado a robar y es, por ello, condenado a muerte; ¿no detiene su castigo a otros? ¿No es causa de que otros no roben? ¿No ordena y dirige sus voluntades hacia la justicia? Crear tal ley es, consiguientemente, crear una causa de justicia y necesitar la justicia; y, consiguientemente, no es injusticia crear tal ley”. La idea del castigo como disuasorio es uno de los principales elementos en los que coinciden Hobbes y las teorías del crimen centradas en la punición o paradigma punitivo.

Sin embargo el castigo si reconoce limitaciones, este para Hobbes debe ser proporcional a la ofensa cometida. En tanto que eximen de la pena, el desconocimiento de la ley por falta o falla de publicidad del soberano, por haber cometido el acto de manera previa a la sanción de la ley, a la vez que nadie puede recibir un castigo mayor, con posterioridad al hecho, con respecto al que marcaba la ley al momento de ser infringida.¹⁰

Y por supuesto que para Hobbes el poder absoluto no implica arbitrariedad en el castigo, tal como podría suceder con los inocentes en tanto considera que “el castigo de súbditos inocentes es contrario a la ley de naturaleza. Todas las penas recaídas en seres inocentes, ya sean grandes o pequeñas, van contra la ley de naturaleza, porque la pena se impone solamente por transgresión de la ley, y, por tanto, no debe existir castigo para el inocente.”¹¹

Pero más sorprendente aún es reconocer que un férreo defensor del absolutismo y la ley civil reconoce que en las situaciones de necesidad vital, prima la ley natural de conservación, y los hombres deben ser eximidos del castigo, ya que “cuando un hombre está desprovisto de alimento o de otra cosa necesaria para su vida, y no puede protegerse a sí mismo de ningún otro modo sino realizando algún acto contra la ley, como, por ejemplo, cuando en períodos de gran escasez toma el alimento por la fuerza, o roba lo que no puede obtener por dinero o por caridad, o en defensa de su vida arrebatada la espada de manos de otro hombre, queda totalmente eximido por la razón que antes alegamos”¹²

Vemos entonces en el pensamiento hobbesiano, un poder que si bien es absoluto, debe reconocer ciertas garantías a la hora de administrar los castigos. Las teorías de la seguridad ciudadana, que se centran en la punición, reconocen la necesidad del respeto de la ley y las garantías en la lucha contra el crimen. El problema es que en la aplicación práctica, muchas veces se olvida tal aspecto, al fomentar directa o indirectamente desde el Estado, la creación de grupos parapoliciales que luchan contra las organizaciones criminales, fuera del marco legal.

Existen también autores como Isler Soto¹³ que ligan la tradición hobbesiana a las teorías económicas de la seguridad, puesto que entre otras afirmaciones Hobbes sostiene que el “si el daño infligido es menor que el beneficio de la satisfacción que naturalmente sigue al delito cometido, este daño no queda comprendido en tal definición, y es más bien el precio o redención y no la pena señalada a un delito. En efecto, es consustancial a la pena tener como fin la disposición de los hombres a obedecer la ley, fin que (si es menor que el beneficio de la transgresión) no se alcanza; antes bien, se aleja uno en sentido contrario.”¹⁴

En línea con lo anterior pueden afirmarse, como sostiene Isler Soto¹⁵ el paralelismo de Hobbes con autores que aplican la “elección racional” al estudio del

¹⁰ HOBBS, T. *Leviathan*. Ed. A&C Black, 2006, pp. 119-120.

¹¹ HOBBS, T. *Leviathan*. Ed. A&C Black, 2006, p. 129.

¹² HOBBS, T. *Leviathan*. Ed. A&C Black, 2006, p. 123.

¹³ ISLER SOTO, C. “Las bases filosóficas de la doctrina penal de Thomas Hobbes”. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 35, 2013, pp. 681-706.

¹⁴ HOBBS, T. *Leviathan*. Ed. A&C Black, 2006, p. 126-127.

¹⁵ ISLER SOTO, C. “Las bases filosóficas de la doctrina penal de Thomas Hobbes”. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 35, 2013, pp. 681-706.

crimen¹⁶, puesto que el mismo sería fruto de un cálculo entre costos y beneficios de la acción, entendiendo al castigo como costos, es decir que si el castigo no es superior a los beneficios de la acción, pierde su poder disuasivo, puesto que pasa a ser más que el motivo de la abstención, el precio de la acción.

Hobbes y Becker coinciden también en la idea de que cualquier individuo puede convertirse en criminal, solo le basta sopesar los costos y beneficios de su acción para decidirse o no a transgredir la ley. Lejos están de las teorías que vinculan la criminalidad a condiciones estructurales (como pobreza, exclusión o clase) y más aún de posturas como las de Marx y los demás teóricos marxistas, que entienden al crimen como la catalogación que se les da a las conductas de los proletarios que atenten contra el mantenimiento del sistema capitalista.

Otro punto muy relevante de similitud entre ambas teorías, es la variable institucional. La propuesta de Becker entiende que el análisis de la acción criminal, no implica solamente una mera contrastación de costos y beneficios, sino también el sopesar la posibilidad de realmente incurrir en tales costos y de obtener los beneficios. Esto es lo que denominamos el factor institucional, es decir la probabilidad de que los hombres sean efectivamente penados por sus acciones contra la ley, implica una verdadera superación del simple paradigma punitivo, puesto que, por mayores que sean las penas, si los individuos creen poder evitar las mismas mediante prácticas fraudulentas con las instituciones encargadas de perseguirlos, aprehenderlos, juzgarlos y/o castigarlos, el costo de la acción deja de ser la pena y pasa a ser los costos de cooptación de las citadas instancias institucionales.

Este elemento institucional, central en el cálculo racional individual, ya había sido advertido por Hobbes, al afirmar que “La ambición y la codicia son, también, pasiones absorbentes y opresoras, y, en cambio, la razón no siempre actúa para resistirlas; por tanto, en cuanto la esperanza de impunidad aparece, se manifiestan sus efectos.”¹⁷ Es decir nuevamente que cuando el individuo acredita que puede ser impune, deja guiar su acción por la codicia y avaricia en búsqueda del beneficio individual. Vemos nuevamente que la teoría no hace la más mínima alusión a factores estructurales que puedan condicionar la voluntad de los individuos.

Podemos además abonar la faz institucional de la teoría hobbesiana, dada la vehemente negación a la justicia por mano propia, recordemos que para Hobbes, en el estado de sociedad, los hombres ceden su derecho de castigar al soberano, por tanto que castigar a los demás pudiendo recurrir al mismo, es ofensa grave contra el soberano. Con la salvedad de casos de legítima defensa, donde no se puede acudir a soberano por la premura de la acción, recordando que para Hobbes, aún en sociedad civil, la desconfianza recíproca resiste “Haced, pues, que se considere a sí mismo; cuando emprende una jornada, se procura armas y trata de ir bien acompañado; cuando va a dormir cierra las puertas; cuando se halla en su propia casa, echa la llave a sus arcas; y todo esto aun sabiendo que existen leyes y funcionarios públicos armados para vengar todos los daños que le hagan.”¹⁸

Sin embargo Isler Soto¹⁹ también plantea diferencias para con el paradigma de la elección racional propuesto por Gary Becker, es que mientras para Hobbes la centralidad de la pena está en la disuasión de las transgresiones, Becker “sostiene que la determinación de la pena debe ser función de muchas variables, tales como

¹⁶ Es el caso de BECKER, G. S. “Crime and punishment: An economic approach”, en VV.AA (Fielding, N. G., Clarke, A., & Witt, R. coord.), *The economic dimensions of crime*, Ed. Macmillan, 1968, pp. 13-68.

¹⁷ HOBBS, T. *Leviathan*. Ed. A&C Black, 2006, p. 121.

¹⁸ HOBBS, T. *Leviathan*. Ed. A&C Black, 2006. P. 52.

¹⁹ ISLER SOTO, C. “Las bases filosóficas de la doctrina penal de Thomas Hobbes”. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 35, 2013, pp. 681-706.

los costos del delito mismo, de la mantención del sujeto en la cárcel, del juicio y del arresto".²⁰

Mas a pesar de las diferencias citadas anteriormente, es interesante ver como Hobbes pareciera tener muchos más puntos de contacto con el paradigma de la elección racional de Becker y su variable institucional, que con el paradigma punitivo centrado en el eje castigo-disuasión, de todas formas son estas las corrientes teóricas de la seguridad ciudadana más relacionadas al pensamiento del autor.

Además de Gary Becker y demás teóricos de la escuela económica de la criminalidad, la corriente hobbesiana continua actualmente en numerosos trabajos empíricos podemos citar el trabajo de Tittle²¹ en el que ofrece evidencia de que el miedo a las sanciones, cumple un rol positivo en la disuasión de conductas criminales o desviadas.

En la misma línea Levitt²² sostiene que la disminución del crimen en la década de los noventa en Estados Unidos, no se debió a factores tales como el mejoramiento del ingreso per cápita y de las condiciones socio-económicas, sino a otros factores como el aumento del número de policías y el incremento del número de prisioneros de las cárceles de Estados Unidos.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar el trabajo de Ehrlich²³ en el que analiza el potencial disuasorio que posee la pena de muerte para crímenes graves. Estos trabajos entre muchos otros parecen demostrar la vitalidad de la corriente hobbesiana en la actualidad.

4. Marx: El crimen como fruto del derecho burgués

Marx coincide con Hobbes en un punto esencial, para ambos el derecho es fruto del poder, así finalizado un análisis del derecho de Stirner, ejemplificado por la pelea entre un hombre y un tigre Marx afirma "Con esto termina la crítica del derecho. Cuando ya sabíamos por cien autores anteriores, desde hace largo tiempo, que el derecho es un producto del poder."²⁴

Sabemos también que muchas de las principales tesis de Marx sobre el materialismo histórico se desarrollan en "La ideología alemana" en este libro se explica claramente la relación entre la estructura material y la superestructura, siendo el derecho solamente el fruto del poder basado en la propiedad del capital, es así que dentro de la crítica a Stirner, se sostiene que:

"En la historia real, los teóricos que consideraban el poder como el fundamento del derecho, se hallan en oposición directa frente a los que veían la base del derecho en la voluntad...Si ve en el poder el fundamento del derecho, como lo hacen Hobbes, etc., tendremos que el derecho, la ley, etc. Son solamente el signo, la manifestación de otras relaciones, sobre las que descansa el poder del Estado. La vida material de los individuos, que en modo alguno depende de la simple "voluntad", su modo de producción y la forma de intercambio, que se condicionan mutuamente, constituyen la base real del Estado y se mantienen como tales en todas las fases en que siguen siendo necesarias la división del trabajo y la propiedad privada, con absoluta independencia de la voluntad de los individuos, y en estas relaciones reales, lejos de ser creadas por el poder del Estado, son, por el contrario, el poder que crea al Estado. Los individuos que dominan bajo estas

²⁰ ISLER SOTO, C. "Las bases filosóficas de la doctrina penal de Thomas Hobbes". *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 35, 2013, p. 699.

²¹ TITTLE, Charles R. *Sanctions and Social Deviance: The Question of Deterrence*. Praeger Publishers, 1980.

²² LEVITT, S. D. "Understanding why crime fell in the 1990s: Four factors that explain the decline and six that do not". *The Journal of Economic Perspectives*, 18(1), 2004, pp. 163-190.

²³ EHRLICH, I. "The deterrent effect of capital punishment: A question of life and death". *The American Economic Review*, 65(3), 1975, pp. 397-417.

²⁴ MARX, K. *La ideología alemana*. Ed. Pueblos Unidos, 1974, p. 384.

relaciones tienen, independientemente de que su poder deba constituirse como Estado, que dar necesariamente a su voluntad, condicionada por dichas determinadas.”²⁵

De esta manera Marx ve al derecho como el fruto de la ideología de las clases dominantes, que imponen su voluntad como una especie de voluntad general dotada de propia existencia y subjetividad, cuando en realidad el Estado al igual que el derecho “no existe, pues, por obra de la voluntad general, sino que el Estado, al surgir como resultante del modo material de vida de los individuos, adopta también la forma de la voluntad dominante”²⁶

Frente a esto Marx ligará la criminalidad fuertemente a la existencia del sistema capitalista, para él “ha de haber algo putrefacto en la médula misma de un sistema social que aumenta su opulencia sin reducir su miseria, y aumenta en crímenes aún más rápidamente que en números.”²⁷ Según esta línea de pensamiento para Marx el crimen parecería ser un efecto de la miseria, es decir una salida de los oprimidos, frente a un sistema que los empobrece cada vez más.

Sin embargo la idea antes citada queda en segundo plano frente a lo que parece ser el verdadero motivo del crimen, este para Marx, no es algo objetivo propio de la necesidad sino, la mera definición burguesa de acciones que atentan contra la propiedad o el sistema económico, así “Las violaciones de la ley son generalmente el estallido de factores económicos que están fuera del control del legislador, pero, como lo testimonia el funcionamiento de la ley sobre delincuentes juveniles, depende en cierta medida de la sociedad oficial el catalogar ciertas violaciones de sus reglas como crímenes y otras como meras faltas. Esta diferencia de nomenclatura, lejos de ser indiferente, decide el destino de miles de hombres, y el tono moral de la sociedad. La ley misma puede no sólo castigar el delito, sino también improvisarlo.”²⁸

Es frente a esto, que a diferencia de Hobbes, para Marx el criminal ya no es aquel que hace peligrar la sociedad, transgrediendo las leyes del soberano, sino que hasta posee una función beneficiosa, principalmente por dos razones. La primera en tanto “el crimen descarga al mercado de trabajo de una parte de la superpoblación sobrante, reduciendo así la competencia entre los trabajadores y poniendo coto hasta cierto punto a la baja del salario y, al mismo tiempo, la lucha contra la delincuencia absorbe a otra parte de la misma población. Por todas estas razones, el delincuente actúa como una de esas “compensaciones” naturales que contribuyen a restablecer el equilibrio adecuado y abren toda una perspectiva de ramas “útiles” de trabajo.”²⁹ Vemos que en primer lugar el crimen favorecería la condición de los trabajadores, al disminuir la competencia entre trabajadores y frenando la caída de los salarios.

En segundo orden la lucha contra la criminalidad favorecería la innovación tecnológica, ya que para Marx “Se pueden mostrar en detalle los efectos del delincuente sobre el desarrollo de la capacidad productiva. ¿Las cerraduras hubiesen llegado alguna vez a su actual grado de excelencia, si no hubiesen existido ladrones? ¿La fabricación de billetes de banco habría llegado a su perfección actual si no hubiese habido falsificadores? ¿El microscopio se habría abierto paso en la esfera del comercio común, a no ser por los fraudes comerciales? ¿Acaso la química práctica no debe tanto a la adulteración de las mercancías y los esfuerzos por descubrirla, como al honesto celo por la producción? El crimen, gracias a sus métodos permanentemente renovados de ataque contra la propiedad, procrea constantemente nuevos métodos de defensa, con lo cual es tan productivo como las huelgas para la invención de las máquinas.”³⁰

²⁵ MARX, K. *La ideología alemana*. Ed. Pueblos Unidos, 1974, p. 391.

²⁶ MARX, K. *La ideología alemana*. Ed. Pueblos Unidos, 1974, p. 391.

²⁷ MARX, K. *Elogio del crimen*. Ed. Sequitur, 2008, p. 39.

²⁸ MARX, K. *Elogio del crimen*. Ed. Sequitur, 2008, p. 40.

²⁹ MARX, K. *La ideología alemana*. Ed. Pueblos Unidos, 1974, p. 360.

³⁰ MARX, K. *La ideología alemana*. Ed. Pueblos Unidos, 1974, pp. 360-361.

Nuestro análisis de la literatura de Marx, no ha encontrado tratamientos negativos, sobre el crimen, esto nos parece lógico, dado que como hemos expuesto para Marx el crimen no es un hecho objetivo y perjudicial, sino la simple categorización de conductas anticapitalistas del derecho burgués. Lejos de ello y en el marco de su característica ironía sostiene los beneficios del mismo.

Así si bien el pensamiento de Marx en torno al crimen tiene un heredero directo en Spitzer³¹. Podemos ver a su pensamiento como precursor, de cierta forma de una línea de pensamiento de autores entre los que podemos citar a Foucault³² con su clásico *Vigilar y Castigar*, en el que relata cómo las sociedades modernas se han ido transformando hasta convertirse en sociedades disciplinarias, en las cuales las instituciones se diseñan y se orientan con el objetivo de obtener cuerpos dóciles. La idea de cuerpos dóciles implica que estos pueden ser sometidos, utilizados y perfeccionados, conformes a las necesidades del sistema.

Otro representante de tal corriente es Loïc Waquant, uno de los autores contemporáneos que más ha analizado la relación entre desigualdad e inseguridad desde la perspectiva del castigo, segregación y estigmatización³³. La teoría de este autor termina de explicitar la posición de la mayoría de los teóricos de esta corriente, a saber, no es la desigualdad y la pobreza per se lo que lleva a los sujetos a la criminalidad o desviación social, sino su pertenencia a sectores excluidos lo que hace que sus actos sean catalogados de anti-sociales.

La corriente posee también referentes empíricos, que presentan correlaciones entre desigualdad socio-económica e inseguridad³⁴. Así en otra contribución empírica a esta teoría, Wilkinson, y Pickett³⁵ ofrecen evidencias acerca de cómo la desigualdad socio-económica está relacionada con el aumento de numerosas problemáticas sociales, entre ellas, la inseguridad, demostrando que en países desarrollados existe una correlación positiva entre desigualdad socio-económica y población carcelaria.

En la misma línea, otros trabajos han sugerido la existencia de correlaciones entre desigualdad socio-económica y criminalidad. Así la correlación queda explicitada entre desigualdad y crimen en el trabajo Hagan³⁶ y entre desigualdad y crímenes violentos u homicidios.³⁷

5. Conclusiones

Finalizando nuestro análisis, sin buscar nunca agotar la presentación de corrientes criminológicas, podemos concluir que efectivamente los autores tienen conceptos que difieren sobre la criminalidad y la lucha contra la misma. A la vez que cada autor presenta antecedentes de lo que serán las teorías de la criminalidad contemporáneas. Aristóteles ligado a teorías psicológicas de la criminalidad. Hobbes ligado a teorías punitivas y de elección racional y Marx precediendo a la criminología crítica.

A pesar de la apreciable distancia, teórica y temporal, existente entre las teorías, puede afirmarse que las mismas coinciden al alejarse de las posturas biologicistas que afirman la existencia de determinantes biológicos-naturales del

³¹ SPITZER, S. "Toward a Marxian theory of deviance". *Social problems*, 22(5), 1975, pp. 638-651.

³² FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Siglo XXI, 1990.

³³ WACQUANT, L. *Castigar los Pobres: El Gobierno Neoliberal de Inseguridad Social*. Ed. Gedisa, 2009; WACQUANT, L. *Los condenados de la ciudad. Gueto, periferias y Estado*. Ed. Siglo XXI, 2013; WACQUANT, L. *Las dos caras de un gueto. Ensayos sobre marginalización y penalización*. Ed. Siglo XXI, 2015.

³⁴ SOARES, G. A. D. *Não matarás: desenvolvimento, desigualdade e homicídios*. FGV Editora, 2008.

³⁵ WILKINSON, R. G., & Pickett, K. E. "Income inequality and social dysfunction". *Annual Review of Sociology*, 35, 2009, pp. 493-511; WILKINSON, R., & PICKETT, K. *The spirit level. Why equality is better for*. Penguin, 2010.

³⁶ HAGAN, J. *Crime and inequality*. Stanford University Press, 1995.

³⁷ FAJNZLBER, P., LEDERMAN, D., & LOAYZA, N. "Inequality and violent crime". *Journal of Law & Economics*, 45, 2002, p. 1.

crimen y de aquellas que consideran a la desviación y el crimen, en sentido manifiesto, como algo natural de las sociedades como es el caso de Durkheim³⁸. Decimos en sentido manifiesto puesto que podemos afirmar que siguiendo a los autores de aplicarse las soluciones que proponen, el mismo más que dejar de existir, permanecería de manera latente.

El contraste existente entre Hobbes y Marx, en torno al crimen, es fiel reflejo de su visión de la sociedad burguesa, para el primero el mantenimiento de la misma es de radical importancia para evitar caer en una anarquía destructiva, en tanto que para el segundo la raíz del problema está en la naturalización de tal orden social como el único legítimo. Vemos que estas teorías hoy en día continúan pugnando, en sus variantes, acerca de la explicación del fenómeno del crimen, aunque más que pugna nos preguntamos si no son más que explicaciones complementarias de un fenómeno multi-causal.

Referencias Bibliográficas

- ARISTÓTELES. *Política*. Ed. Gredos, 1988.
- BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*. Ed. Fondo de Cultura Económica, 2011.
- BECKER, G. S. "Crime and punishment: An economic approach", en VV.AA (Fielding, N. G., Clarke, A., & Witt, R. coord.), *The economic dimensions of crime*, Ed. Macmillan, 1968, pp. 13-68.
- BÜHRLE, C. "Thomas Hobbes: Sobre el miedo". *Revista de filosofía y teoría política*, 35, 2013, pp. 25-37.
- DURKHEIM, E. *Las reglas del método sociológico*. Ed. Akal, 1997.
- EHRLICH, I. "The deterrent effect of capital punishment: A question of life and death". *The American Economic Review*, 65(3), 1975, pp. 397-417.
- FAJNZLBER, P., LEDERMAN, D., & LOAYZA, N. "Inequality and violent crime". *Journal of Law & Economics*, 45, 2002, p. 1.
- FOUCAULT, M. *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*. Ed. Siglo XXI, 1990.
- HAGAN, J. *Crime and inequality*. Ed. Stanford University Press, 1995.
- HOBBS, T. *De cive*. Ed. Alianza, 2000.
- HOBBS, T. *Leviathan*. Ed. A&C Black, 2006.
- HOBBS, T. *Elements of law, natural and political*. Ed. Routledge, 2003.
- ISLER SOTO, C. "Las bases filosóficas de la doctrina penal de Thomas Hobbes". *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 35, 2013, pp. 681-706.
- KOHLBERG, L. *Psicología del desarrollo moral*. Ed. Bilbao, 1992.
- LEVITT, S. D. "Understanding why crime fell in the 1990s: Four factors that explain the decline and six that do not". *The Journal of Economic Perspectives*, 18(1), 2004, pp. 163-190.
- MARX, K. *La ideología alemana*. Ed. Pueblos Unidos, 1974.
- MARX, K. *Teorías sobre la plusvalía I*. Ed. Fondo de Cultura Económica, 1980.
- MARX, K. *Elogio del crimen*. Ed. Sequitur, 2008.
- PIAGET, J. *El criterio moral en el niño*. Ed. Fontanella, 1983.
- SOARES, G. A. D. *Não matarás: desenvolvimento, desigualdade e homicídios*. Ed. FGV Editora, 2008.
- SPITZER, S. "Toward a Marxian theory of deviance". *Social problems*, 22(5), 1975, pp. 638-651.
- TITTLE, C. R. *Sanctions and Social Deviance: The Question of Deterrence*. Ed. Praeger Publishers, 1980.
- WACQUANT, L. *Castigar los Pobres: El Gobierno Neoliberal de Inseguridad Social*. Ed. Gedisa, 2009.
- WACQUANT, L. *Los condenados de la ciudad. Gueto, periferias y Estado*. Ed. Siglo XXI, 2013.
- WACQUANT, L. *Las dos caras de un gueto. Ensayos sobre marginalización y penalización*. Ed. Siglo XXI, 2015.

³⁸ DURKHEIM, E. *Las reglas del método sociológico*. Ediciones Akal, 1997.

WILKINSON, R. G., & PICKETT, K. "Income inequality and social dysfunction". *Annual Review of Sociology*, 35, 2009, pp. 493-511.

WILKINSON, R., & PICKETT, K. *The spirit level. Why equality is better for*. Penguin, 2010.

Breves considerações sobre o consentimento informado na procriação medicamente assistida e a sua repercussão no direito processual civil português

Brief considerations on informed consent in medically assisted procreation and its repercussion on Portuguese civil procedural law

Diana Coutinho¹

Universidade do Minho, Portugal

Sumário: Introdução I. A Procriação Medicamente Assistida (PMA) e a repercussão no direito processual civil: considerações gerais II. O Consentimento 1. O regime no direito civil: noções gerais 2. As especificidades do consentimento no âmbito da PMA III. Os reflexos práticos do consentimento no direito processual civil 1. O ónus de prova do consentimento na PMA 2. Os meios de prova do consentimento na PMA 3. Prova Difícil: será o consentimento uma prova difícil? 4. A escassez de jurisprudência (nacional) sobre o consentimento informado Conclusão

Resumo: O consentimento informado é requisito prévio e essencial do acesso à Procriação Medicamente Assistida (PMA). O consentimento prestado pelos beneficiários legitima o acesso ao tratamento com recurso às técnicas de PMA, estabelece os limites e sustenta a relação entre o (s) beneficiário(s) e o médico. Não ignorando a discussão suscitada pela temática da reprodução assistida (a nível ético, moral, jurídico), a realidade é que os nascimentos através das técnicas de PMA são cada vez mais frequentes. Tal circunstância suscita a especial atenção que deve ser dada à matéria do consentimento informado. Uma incorreta prestação do consentimento, uma atuação sem o consentimento dos beneficiários pode originar ações de responsabilidade civil médica, ações de impugnação da paternidade. A dificuldade em perceber a figura do consentimento, o seu conteúdo e alcance é ainda um trabalho em construção. A experiência nos tribunais é escassa, a classe médica é demasiado protetora dos seus membros e os pacientes são os menos informados. Os problemas do consentimento não são meras preocupações teóricas: a PMA está à porta dos tribunais e as consequências repercutem-se ao nível do direito adjetivo: na discussão do ónus de prova, de uma ideia de prova difícil e do recurso aos meios de prova.

Palavras-Chave: consentimento – procriação – ações judiciais - ónus – prova

Abstract: Informed consent is an essential prerequisite to access Medically Assisted Procreation (PMA). The consent of the beneficiaries legitimizes access to treatment using PMA techniques, establishes the limits and supports the relationship between the beneficiary (s) and the doctor. Notwithstanding the discussion raised by assisted reproduction theme (ethical, moral, legal), the reality is that births through the techniques of PMA are increasingly frequent. This gives rise to particular attention to the subject of informed consent. The incorrect

¹ Licenciada em Direito pela Escola de Direito da Universidade do Minho (EDUM); Mestre em Direito dos Contratos e das Empresas pela EDUM; Doutoranda em Ciências Jurídicas Privativísticas na EDUM; Assistente Convidada da EDUM; Investigadora Colaboradora no DH- CII da EDUM; Advogada.

consent, an action without the consent of the beneficiaries may originate actions of medical civil liability, actions of impugnation of paternity. The difficulty in perceiving the figure of consent, its content and scope is still a work under construction. Experience in the courts is scarce, the medical class is too protective of its members and patients are the least informed. The problems of consent are not merely theoretical concerns: the PMA is at the door of the courts and the consequences have repercussions at the adjective law level: the discussion of the burden of proof, an idea of difficult evidence and the use of evidence.

Key words: consent – procreation – judicial actions - ónus – evidence

Introdução

O nosso artigo versa sobre o consentimento informado na procriação medicamente assistida, em específico pretendemos fazer uma análise teórico-prática do consentimento prestado no âmbito da PMA à luz do direito processual civil.

A figura do consentimento assume uma importância fulcral ao nível da reprodução assistida: o consentimento é requisito prévio e essencial para o acesso às técnicas de PMA, conforme decorre do art. 14.º da Lei da Procriação Medicamente Assistida². Na reprodução assistida a relação estabelecida entre os beneficiários e a clínica/profissionais de saúde configura uma relação entre paciente/médico (com especificidades próprias da reprodução assistida). No entanto, é certo que os beneficiários das técnicas são pacientes com direitos e deveres que devem ser assegurados e cumpridos. A violação desses direitos e deveres pode ter consequências legais, a saber, a responsabilidade médica (responsabilidade disciplinar, civil e/ou penal). Nos direitos e deveres intrínsecos à relação médico-paciente encontra-se o dever de o médico informar o paciente (de modo esclarecido), para que aquele possa (conscientemente e com conhecimento de causa) consentir na prática de qualquer ato médico (tratamento, intervenção cirúrgica, etc). Para que o consentimento seja considerado informado, e por conseguinte válido e eficaz é necessário cumprir certos requisitos: a capacidade para consentir, a liberdade de decisão (a voluntariedade) e a informação deve ser clara e completa de modo a permitir (e garantir) que o beneficiário esteja plenamente informado. Só naquelas condições o paciente pode consentir esclarecidamente (n)a prática de qualquer ato médico.

As regras gerais da matéria do consentimento informado são aplicadas ao consentimento no âmbito da procriação medicamente assistida, com algumas especificidades relativas à natureza da procriação medicamente assistida. O consentimento é exigido para acesso às técnicas de PMA e à gestação de substituição, além disso, será sempre exigido o consentimento para a realização de exames médicos desde o diagnóstico de infertilidade até à recolha de material genético. Exige-se o consentimento não só dos beneficiários das técnicas, mas também dos dadores de gâmetas, de embriões e da gestante de substituição. O consentimento na PMA tem ainda implicações ao nível do estabelecimento da filiação.

Não é nossa pretensão fazer um estudo sobre o consentimento (informado), mas tão só analisar as principais repercussões no direito processual civil. Todavia, para se entender a figura do consentimento, determinar os principais problemas que podem surgir nas salas de audiência dos nossos tribunais faremos uma breve referência ao regime geral do consentimento no direito civil. De seguida, analisaremos as especificidades do consentimento no âmbito da procriação medicamente assistida. Veremos que os principais problemas suscitam-se ao nível do ónus de prova, dos meios de prova e do conceito de prova difícil. Sobre quem recai o ónus de prova da falta de prestação de consentimento ou do consentimento

² Doravante designada de LPMA.

ineficaz? Sobre os beneficiários das técnicas de PMA? Ou sobre o responsável médico? Será que o documento assinado pelos beneficiários, autorizando o procedimento médico, é suficiente para se provar que o responsável médico cumpriu o dever de informação? A prova do consentimento informada é uma prova difícil ou impossível? Qual será o meio de prova mais utilizado? Por último, caberá fazer uma reflexão sobre o panorama do consentimento informado na jurisprudência nacional.

I. A Procriação Medicamente Assistida e a repercussão no direito processual civil: considerações gerais

A procriação medicamente assistida insere-se no âmbito do direito da medicina da reprodução. A medicina de reprodução é uma área de especialização da medicina que se dedica ao estudo, diagnóstico e tratamento da infertilidade. A infertilidade é reconhecida como uma doença pela Organização Mundial de Saúde, definindo-se como a impossibilidade de um casal conceber ao fim de um ano de atividade sexual regular e sem uso de métodos contraceptivos³. Os avanços da biomedicina e da reprodução humana concederam uma nova esperança aos casais inférteis permitindo-lhes concretizar o sonho de serem pais. As técnicas de reprodução assistida têm como finalidade ajudar a ultrapassar as dificuldades verificadas nas fases do processo natural de reprodução. No entanto, importa salientar que estas técnicas não são a cura ou solução para a infertilidade, são meros auxiliares no combate à infertilidade.

Na ordem jurídica portuguesa, a PMA encontra-se regulada pela Lei n.º 32/2006, de 26 de Junho⁴, consagrando como técnicas de PMA (art. 2.º n.º1): a inseminação artificial, a fertilização *in vitro* (fertilização *in vitro* “clássica” e a injeção intracitoplasmática de espermatozoide (ICSI)), diagnóstico genético pré-implantação (DGPI); a transferência de embriões, gâmetas ou zigotos e outras técnicas de manipulação de gâmetas e embriões equivalentes ou subsidiárias⁵. O recurso à PMA tem que respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana (art. 3.º da LPMA) e tem carácter subsidiário face à reprodução natural (art. 4.º n.º 1 da LPMA). O acesso à PMA ocorre em virtude de diagnóstico de infertilidade, tratamento de doença grave ou ainda de “risco de transmissão de doenças de origem genética, infecciosa ou outras” (crf. n.º 2 do art. 4.º da LPMA), com ressalva da utilização das técnicas de PMA por “todas as mulheres independentemente do diagnóstico de infertilidade” (crf. n.º 3 do art. 4.º da LPMA). Esta ressalva decorre da alteração introduzida pela lei n.º 17/2016, que veio permitir o acesso à PMA a casais de mulheres e a mulheres solteiras⁶.

Importa deixar uma nota sobre a alteração introduzida pela lei n.º 25/2016, que veio permitir o acesso à gestação de substituição, a título excecional e gratuito, “nos casos de ausência de útero, de lesão ou de doença deste órgão que impeça de forma absoluta e definitiva a gravidez da mulher ou em situações clínicas que

³ PINHEIRO, J., *Procriação Medicamente Assistida*, [Em linha], [S.l], [s.n.], [s.d.]. pp.1-2 [Consult. 20.12.2016]. Disponível em WWW: <URL:<http://docplayer.com.br/11397637-Procriacao-medicamente-assistida.html>>.

⁴ Com as alterações introduzidas pela lei n.º 59/2007, de 04/09, lei n.º 17/2016, de 20/06 e lei n.º 25/2016, de 22/08.

⁵ Para um desenvolvimento sobre as técnicas de PMA veja-se MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Anotada (E Legislação Complementar)*, 1.ª edição, Coimbra Editora, Março de 2011, pp. 13 a 16 e pp.107 a 142; ARAÚJO, F., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, 1.ª edição, Almedina, 1999, pp. 23 a 62 e VALE E REIS, R., *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2008, pp.326 a 341.

⁶ Antes desta alteração legislativa limitava-se o acesso à PMA aos casais (casados ou em união de facto) heterossexuais. Acerca dos Beneficiários da PMA crf. MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, op. cit., pp. 24 a 37; OLIVEIRA, G., “Beneficiários da Procriação Assistida” (OLIVEIRA, G., coord.), *Temas de Direito da Medicina*, 1.ª edição, Centro de Direito Bioético, 1, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pp. 31 a 58.

justifiquem.” (crf. art. 8.º, n.º3 da LPMA). A gestação de substituição não é uma técnica de PMA nos termos dos artigos 1.º e 2.º n.º1. No entanto, é aplicada à gestação de substituição a LPMA, com as devidas adaptações, por força do n.º 2 do art. 2.º da LPMA.

No âmbito da PMA podem surgir diversas vicissitudes que motivam ações judiciais decorrentes, por exemplo, de erros nos exames médicos e exames de diagnóstico (pré-natal ou diagnóstico de infertilidade); da falta de prudência ou conhecimento do médico; erros e omissões em matéria de diagnóstico pré-natal⁷; de problemas associados à recolha e tratamento do material genético (anomalias e incompatibilidades que não foram devidamente detetadas, má qualidade do material, falta de cuidado no tratamento, etc); problemas no âmbito do diagnóstico genético de pré-implantação, entre outros. Na nossa investigação, focamo-nos no caso dos problemas inerentes ao consentimento, o qual é um elemento essencial no processo de procriação medicamente assistida e na gestação de substituição.

II. O Consentimento

1. O regime no direito civil: noções gerais

Para entender os problemas inerentes ao consentimento enunciaremos de seguida, ainda que muito sucintamente, as principais considerações sobre o regime do consentimento no direito civil português.

O consentimento para a prática de um ato médico configura um direito do paciente e um dever do médico. O regime do consentimento informado reflete princípios fundamentais da nossa ordem jurídica, destacando-se o princípio da autodeterminação, da autonomia da vontade, liberdade de disposição sobre o próprio corpo, o direito à integridade moral e física, entre outros⁸. A exigência do consentimento informado é independente da natureza, contratual ou extracontratual,⁹ da relação estabelecida entre o médico e o paciente e do exercício da atividade médica no domínio privado ou público, por outras palavras é sempre exigida a prestação do consentimento informado¹⁰. Como refere Vera Raposo a exigência do consentimento informado resulta de fonte legal (seja penal, civil, legislação específica, etc) e deontológica, e não de fonte contratual, existe

⁷ Neste campo, podemos ter problemas da prova judicial de uma decisão hipotética, porquanto assenta na decisão que eventualmente se tomaria se tivessem atempadamente obtido a informação relevante, a saber, as chamadas ações wrongful actions. Para um estudo desenvolvido sobre esta matéria veja-se RAPOSO, V., “As wrong actions no início da vida “(wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica”, *Revista do Dano Corporal*, [Em linha], n.º 21, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, pp. 61 a 99. Consult. [02.12.2016]. Disponível em WWW: <URL: <https://digitalis.dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/4210/1/8%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%cc%81cio%20da%20vida%20%28wrongful%20conception%2c%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life%29%20e%20a%20responsabilidade%20me%cc%81dica.pdf>>.

⁸ DIAS PEREIRA, A. G., *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2004, p.104 e COUTINHO, D., *O Consentimento Informado na Responsabilidade Civil Médica*, Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, Janeiro de 2014, pp.4 e 5. Dissertação de Mestrado.

⁹ A natureza da responsabilidade civil médica é um dos temas mais discutidos pela doutrina e jurisprudência nacional e internacional. O consentimento informado está intimamente ligado à temática da responsabilidade civil médica. Para um estudo sobre esta matéria veja-se TEIXEIRA PEDRO, R., *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2008, pp. 23 a 176; ESPERANÇA PINA, J.A., *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.ª edição, Lidel, 2003, pp. 112 e ss; RAPOSO, V., *Do ato médico ao problema jurídico*, 1.ª edição, Coleção VDA, Almedina, 2013, pp. 13 a 42; DIAS, J. A., “Procriação Assistida e Responsabilidade Médica”, *Stvdia Ivridica*, n.º 21, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 221 a 402.

¹⁰ COUTINHO, D., *O Consentimento Informado na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p.44

independentemente da natureza da relação médico-paciente, de existir ou não contrato, etc¹¹.

O consentimento informado assume-se como direito dos pacientes e uma obrigação médica. No plano do direito civil português o consentimento encontra fundamento no art. 70.º do Código Civil (CC), no regime dos direitos de personalidade. Assim, a autodeterminação do paciente e o respeito pela integridade física e moral são os principais bens jurídicos protegidos pelo consentimento no direito civil¹². O consentimento surge ainda como causa justificativa de exclusão da ilicitude nos termos dos artigos 340.º e 80.º do CC. A doutrina tem entendido que qualquer intervenção médica sem o consentimento do paciente (ou com o consentimento viciado) que provocar danos ao paciente é causa idónea de originar responsabilidade civil médica¹³. Entende-se que a prática de qualquer ato médico com violação do consentimento informado consubstancia a violação dos direitos de personalidade referidos *supra*, ferindo a proteção conferida pelo art. 70.º do CC¹⁴. Orlando de Carvalho refere que “com lesão da incolumidade pessoal (*noli ne tangere*) a par da infração ao direito de autodeterminação ou liberdade de decisão, abrangendo-se os danos, não apenas a lesão da liberdade da vontade, mas também as dores, os incómodos físico-psíquicos e os riscos sofridos pelo paciente.”¹⁵ A violação do consentimento informado provoca danos ao paciente mesmo que a sua saúde não tenha piorado (ou até tenha melhorado)¹⁶. O dano principal será o dano moral resultante da violação da sua autodeterminação¹⁷, provocado pela intervenção sem consentimento ou com o consentimento inválido¹⁸, podendo ainda resultar danos de natureza patrimonial e outros danos não patrimoniais.

O consentimento tem como requisitos cumulativos de validade e eficácia: a capacidade, a informação e a voluntariedade.¹⁹ É o preenchimento destes requisitos que legitima a intervenção médica e determina os limites dessa intervenção. Só pode consentir quem tem capacidade²⁰ para compreender a informação que lhe é

¹¹ RAPOSO, V., *Do Ato Médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 238.

¹² COUTINHO, D., *O Consentimento Informado na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 5.

¹³ DIAS PEREIRA, A. G., *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, op. cit., p.121 e RAPOSO, V., *Do Ato Médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 216.

¹⁴ Neste sentido, CAPELO DE SOUSA, R., *Direito Geral de Personalidade*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 1995, p. 219.

¹⁵ CARVALHO, O., *Teoria Geral do Direito Civil: Sumários Desenvolvidos para o uso dos alunos do 2.º ano (1.ª turma) do curso jurídico de 1980/1981*, [S.I], Centelha, 1981, p.193.

¹⁶ Posição defendida por Dias Pereira. No entanto, o autor refere que na hipótese da saúde do paciente melhorar deve atender-se a esse facto no cálculo do valor da indemnização. DIAS PEREIRA, A. G., *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, op. cit., pp.124 e 195. Vera Raposo distingue a obrigação de indemnizar por violação do consentimento nos casos que não foi expresso o consentimento pelo paciente, pelo contrário houve uma recusa expressa na intervenção ou tratamento; dos casos em que não foi prestado consentimento mas não houve oposição (expressa ou implícita do paciente) e não resultaram danos físicos para o paciente. E distingue estas situações daquelas em que houve prestação de consentimento, todavia, não informado. RAPOSO, V., *Do Ato Médico ao problema jurídico*, op. cit., pp. 217-218.

¹⁷ RAPOSO, V., *Do Ato Médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 216.

¹⁸ COUTINHO, D., *O Consentimento Informando na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 45

¹⁹ Para um estudo aprofundado sobre os requisitos do consentimento veja-se VAZ RODRIGUES, J., *O Consentimento Informado Para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, 1.ª edição, Coimbra Editora, 2001, pp. 197 a 276 e RAPOSO, V., *Do Ato Médico ao problema jurídico*, op. cit., pp. 220 a 242.

²⁰ Sobre a capacidade negocial veja-se CARVALHO FERNANDES, Luís A. Carvalho, *Teoria Geral Do Direito: Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, 5.ª edição revista e atualizada, vol. I, Universidade Católica Editora, pp.132 e ss; HÖRSTER, Heinrich, *A Parte*

transmitida, e por si só tomar uma decisão²¹. O consentimento é um ato pessoal, com exceção do caso dos menores e incapazes. O requisito de informação traduz-se no dever de o médico informar o paciente, necessária e adequadamente, sobre o diagnóstico, tratamento, consequências, riscos, alternativas, possibilidade de êxito, etc., de forma a permitir que o paciente possa tomar uma decisão informada²². Deve ser dado ao paciente tempo suficiente para que possa ponderar e decidir²³. Não basta o paciente assinar um mero formulário ou a mera comunicação de uma informação para que se obtenha o consentimento informado. É necessário que o paciente razoável entenda, como entenderia qualquer pessoa naquelas condições²⁴, o alcance e sentido daquilo que vai consentir. Além disso, o consentimento (ou o dissentimento)²⁵ tem de ser prestado de forma livre e voluntária, sem quaisquer tipos de coação ou outros vícios.

2. As especificidades do consentimento no âmbito da PMA

Conforme referimos *supra*, o recurso às técnicas de PMA e à gestação de substituição implica o consentimento prévio dos beneficiários²⁶ (crf. art. 14.º da LPMA²⁷). Luciana Roberto refere que o tratamento da infertilidade humana é um tratamento de saúde, no qual os beneficiários (pacientes) têm que prestar o seu consentimento para que a limitação aos seus direitos seja legítima²⁸. Esta obrigação - *como depreendemos do enunciado no ponto anterior*-, decorre, desde logo, de um dever geral e deontológico do médico informar o paciente e do direito à autonomia da vontade, autodeterminação e integridade física e moral. Na verdade, os beneficiários não deixam de ser pacientes. É estabelecida uma relação entre a clínica e os beneficiários - desde o diagnóstico ao tratamento-, com o intuito da conceção de um novo ser humano. Reforçando esta ideia geral, a LPMA, expressamente regulou a matéria do consentimento informado²⁹. Vejamos, o art. 14.º n.º 1 da LPMA refere que os “beneficiários devem prestar o seu consentimento livre, esclarecido, de forma expressa e por escrito, perante o médico responsável”. Ora, vem a LPMA reforçar a importância dos requisitos gerais do consentimento informado, designadamente, a voluntariedade (consentimento livre) e a informação (consentimento esclarecido). O requisito capacidade é intrínseco ao grupo de pessoas que pode ter acesso à PMA. Isto é, como vimos *supra*, só podem aceder às técnicas de PMA, casais (heterossexuais, casais de mulheres) e mulheres solteiras;³⁰ além disso a LPMA limita o acesso a pessoa com “pelo menos, 18 anos

Geral do Código Civil Português; Teoria Geral do Direito Civil, Almedina, 2007, pp.308 e ss.

²¹ COUTINHO, D., *O Consentimento Informado na Responsabilidade Civil Médica*, op. cit., p. 66

²² Não existe dever de informar em dois casos excecionais: o direito de não saber e o privilégio terapêutico. VAZ RODRIGUES, J., *O Consentimento Informado Para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, op. cit., pp.277 342.

²³ Com exclusão dos casos de urgência

²⁴ DIAS, J. A., *Procriação Assistida e a Responsabilidade Médica*, op. cit., p. 282,

²⁵ Em sentido lato, o dissentimento traduz-se na recusa do paciente em obter o tratamento e/ou a intervenção médica. Para mais desenvolvimentos, crf. VAZ RODRIGUES, J., *O Consentimento Informado Para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, op. cit., pp.353 a 404.

²⁶ A procriação artificial sem consentimento é punida com pena de prisão de 1 a 8 anos (art. 168.º do Código Penal).

²⁷ Como refere João Dias o consentimento é considerado um pré-requisito essencial do tratamento ou intervenção médica. DIAS, J. A., *Procriação Assistida e responsabilidade médica*, op. cit. p.277.

²⁸ ROBERTO, L., *Dos aspetos éticos do consentimento informado em reprodução assistida: diagnóstico genético pré-implantacional*, in “Lex Medicinæ”, ano 2, n.º 3, 2005, pp. 105 e 106. No mesmo sentido, DIAS, J. A. , *Procriação Assistida e responsabilidade médica*, op. cit., p. 277.

²⁹ MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, op. cit., p. 85.

³⁰ Estão excluídos os casais de homens e os homens solteiros.

de idade e não se encontre interdito ou inabilitado por anomalia psíquica” (crf. n.º 2 do art. 6.º da LPMA), pressupondo-se que só estas pessoas têm capacidade para consentir o recurso às técnicas de PMA. Do n.º 1 do art. 14.º da LPMA retira-se a exigência da manifestação do consentimento de forma expressa e reduzido a escrito perante o médico responsável. Para o efeito de prestação do consentimento pelos beneficiários a LPMA esclarece que “devem os beneficiários ser previamente informados, por escrito³¹ de todos os benefícios e riscos conhecidos resultantes da utilização das técnicas de PMA, bem como das suas implicações éticas, sociais e jurídicas” (n.º 2 do art. 14.º da LPMA). Ou seja, exige-se o cumprimento da obrigação de informação sobre os factos essenciais³² e determinantes³³ para que os beneficiários possam consciente e devidamente informados tomar uma decisão. Esta informação deve constar do formulário³⁴, o qual é entregue ao beneficiário para que assine. No entanto, frisamos que o cumprimento do dever de informação não se traduz na mera assinatura deste formulário. O responsável médico tem o dever de esclarecer e explicar as informações constantes do formulário aos beneficiários, só assim estes podem consentir de modo válido e eficaz. Conforme refere Marta Costa, quando não são indicadas todas as alternativas de técnicas de PMA aos beneficiários “poder-se-á considerar que houve uma indução por parte do médico (mesmo que feita de boa-fé, de acordo com os seus conhecimentos e experiência), a certo tratamento, através da omissão de informações.”³⁵ O médico não pode induzir os beneficiários em erro, seja por palavras, seja pelo silêncio³⁶. Por outro lado, a existência de um formulário poderá ser uma prova utilizada em favor do médico³⁷. Ora, a situação descrita será uma das situações que poderá originar ações civis por violação do consentimento informado, levantando-se a questão de saber quem tem o ónus de prova: os beneficiários ou o responsável médico.

O consentimento é livremente revogável nos termos gerais do art. 81.º, n.º 2 do CC, o qual determina que a limitação voluntária ao exercício dos direitos de personalidade é sempre revogável. No entanto, a revogação do consentimento por qualquer dos beneficiários na PMA só pode ocorrer “até ao início dos processos terapêuticos de PMA” (crf. n.º 4 do art. 14.º da LPMA). A natureza da PMA e as respetivas consequências, nomeadamente, o nascimento de uma criança exigem a atualidade do consentimento³⁸ e estabelecem limites à revogabilidade do consentimento.

³¹ Apesar de nos termos do art. 219.º do CC vigorar o princípio da liberdade de forma, a tendência em matéria de atos médicos é exigir a prestação do consentimento por escrito por razões de certeza e segurança jurídica. O que se visou também acautelar em matéria de procriação assistida.

³² Por exemplo, possibilidades de infeções na recolha do material genético, risco de infertilidade futura, riscos da anestesia, perigos durante a fase da gravidez, aborto, entre outras questões.

³³ João Dias refere que o *quantum* da informação a prestar em matéria de PMA dependerá da finalidade terapêutica ou não terapêutica da PMA (no segundo caso temos a manipulação embrionária cuja regra é a proibição, art. 9.º da LPMA). Segundo o autor, a informação deve ser mais pormenorizada no caso das finalidades não terapêuticas. DIAS, J. A., *Procriação assistida e responsabilidade médica*, op. cit., p. 298.

³⁴ Os formulários encontram-se disponíveis no site da CNPMA. COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Modelos de consentimento informado* [Em linha] [Consult. 06.02.2017]. Disponível em <URL:http://www.cnpma.org.pt/cnpma_documentacao.aspx>.

³⁵ MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, op. cit., p. 88.

³⁶ DIAS, J. A., *Procriação Assistida e responsabilidade médica*, op. cit., p. 283.

³⁷ A doutrina tem entendido existir um dever geral de documentação que recaí sobre o prestador de cuidados de saúde. Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS, J./ SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, 1984, p. 42 e CASCÃO, R., “O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil”, *Lex Medicinæ*, ano 4, n.º 8, 2007, pp. 33 a 35.

³⁸ Com exceção do caso da inseminação ou fertilização *post mortem*.

As regras sobre o consentimento são aplicadas ao caso da gestação de substituição (n.º 5 do art. 14.º e do n.º 8 do art. 8.º da LPMA), com a particularidade de que os beneficiários da gestação de substituição têm que ser informados por escrito “do significado da influência da gestante de substituição no desenvolvimento embrionário e fetal.” (crf. n.º 6 do art. 14.º da LPMA).

As especificidades do consentimento no âmbito da PMA assentam nas consequências jurídicas que decorrem da utilização de uma técnica de PMA ou da gestação de substituição: o nascimento de uma criança. Nessa medida, o consentimento configura também uma forma de constituição de filiação, nomeadamente, nos casos da procriação heteróloga e inseminação *post mortem*. De acordo com o art. 20.º n.º 1 da LPMA (e art. 27.º da LPMA) a paternidade no caso de inseminação/fertilização com sêmen de dador é estabelecida em relação à pessoa “com quem a beneficiária, tiver consentido no recurso à técnica em causa, nos termos do art. 14.º, nomeadamente, a pessoa que com ela esteja casada ou unida de facto, sendo estabelecida a respetiva parentalidade no ato de registo.” Nos termos do art. 1839.º, n.º 3 do CC a paternidade não pode ser impugnado por aquele que consentiu na prática do ato médico. Admitir tal impugnação consubstanciaria um caso de abuso de direito na modalidade de *venire contra factum proprium*³⁹. Na realidade, de acordo com o n.º 4 do art. 20.º da LPMA a paternidade apenas pode ser impugnada “pela pessoa casada ou que viva em união de facto com a pessoa submetida à técnica de PMA se for provado que não houve consentimento ou que a criança não nasceu da inseminação para que o consentimento foi prestado.” Esta situação poderá configurar outro caso com repercussão no direito processual civil, por exemplo, através de uma ação de impugnação da paternidade em que se alegue que não foi prestado o consentimento.

O consentimento assume importância no caso da inseminação *post mortem*, admitindo-se a inseminação de embrião no caso de existir um projeto parental consentindo por escrito antes do falecimento do beneficiário (excecionalmente o consentimento não terá caráter atual)⁴⁰. A paternidade é estabelecida com base no consentimento nos casos de inseminação (ou fertilização *in vitro*) *post mortem*, nos termos do art. 23.º n.º 2 da LPMA “se à data da inseminação, a mulher tiver contraído casamento ou viver em união de facto com homem que, nos termos do art. 14.º, dê o seu consentimento.”

O consentimento releva ainda para efeitos do destino dos embriões (art. 25.º da LPMA). Este artigo estabelece que decorrido o prazo de criopreservação dos embriões⁴¹ (regra: 3 anos) só com o consentimento dos beneficiários originários dos embriões criopreservados (ou do beneficiário sobrevivente) se pode proceder à doação a outro casal (crf. n.º 3 e 4 do art. 25.º), aplicando com as devidas adaptações as regras do art. 14.º da LPMA. Com as alterações introduzidas pela lei n.º 17/2016 no art. 25.º da LPMA passou a constar, no caso de se consentir a doação nos termos referidos *supra*, “sem que nos seis anos subsequentes ao momento da criopreservação os embriões tenham sido utilizados por outras pessoas beneficiárias ou em projeto de investigação aprovado ao abrigo do artigo 9.º, podem os mesmos ser descongelados e eliminados, por determinação do diretor clínico.” (n.º 6 do art. 25.º da LPMA). Na falta de consentimento para a doação, e se o casal de beneficiários originários não utilizar os embriões dentro dos prazos estabelecidos no n.º 1 e 2 do artigo o diretor do centro tem que pedir autorização prévia ao CNPMA para descongelar e eliminar os embriões (n.º 7 do art. 25.º da LPMA)⁴². Sobre esta matéria podem surgir no âmbito processual ações

³⁹ MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Anotada*, op. cit., p. 111.

⁴⁰ MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Assistida*, op. cit., p.120.

⁴¹ *Inclusive* também existe formulário para a prestação deste consentimento.

⁴² A alteração legislativa visa acautelar algumas lacunas apontadas à anterior versão da lei. Neste sentido, crf. MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente*

decorrentes de discordância sobre o destino dos embriões⁴³, por exemplo, no caso de só um dos beneficiários pretender manter a criopreservação⁴⁴.

Pelo descrito *supra*, o consentimento assume uma relevância importante no âmbito da PMA, com repercussões que se fazem sentir ao nível do direito processual civil. Acresce referir que é exigido o consentimento dos dadores de material genético (art. 10.º da LPMA) e da gestante de substituição (art. 8.º da LPMA). Além disso, ao lado da obrigação de informar os beneficiários (e também os dadores e a gestante de substituição) encontra-se o dever destes sujeitos informarem o médico de quaisquer problemas, doenças infecciosas ou genéticas, historial clínico, entre outros aspetos relevantes para o tratamento/gestação. Tais informações podem ser fulcrais para um cumprimento inequívoco do dever de informar do médico, nomeadamente, sobre que tratamento os beneficiários devem seguir, se podem doar os gâmetas, etc⁴⁵.

Por último, associada à obrigação de consentimento está o dever de confidencialidade que recai sobre todos os intervenientes do processo de PMA (art. 15.º da LPMA)⁴⁶. Para o médico, o dever de confidencialidade tem natureza deontológica: é sempre exigido seja qual for a função ou especialidade médica⁴⁷. A informação sobre o procedimento, informações genéticas são conservadas pela clínica e podem ser reveladas a pedido dos interessados (pessoas nascidas na sequência de utilização daquelas técnicas) conforme resulta do art. 15.º, n.º 2 da LPMA, excluindo-se a identificação do dador.

III. Os reflexos práticos do consentimento no direito processual civil

Na sequência da análise do regime do consentimento informado na PMA, detetados os seus principais campos de atuação, assim como alguns dos eventuais problemas que podem originar ações civis (ações de responsabilidade civil médica, de impugnação da paternidade, entre outras) passamos a debruçar-nos sobre as implicações e reflexos práticos do consentimento (ou da falta dele) na perspetiva do direito processual civil, a saber, discussões ao nível do ónus de prova, dos meios de prova e da prova difícil⁴⁸.

1. O ónus de prova do consentimento na PMA

O ónus de prova⁴⁹ no direito civil é um dos temas mais debatidos, assumindo em matéria de consentimento informado uma particular importância⁵⁰.

Assistida Anotada, op. cit., pp. 122 a 134.

⁴³ Aliás, na jurisprudência internacional já se discutiu esta matéria. São exemplos, o caso *Davis v Davis*, do Supremo Tribunal do Tennessee, de 1992, no qual numa ação de divórcio se discutiu o destino de sete embriões criopreservados numa clínica de infertilidade. A mulher requereu a guarda dos embriões, para utilizar após o divórcio e doar os restantes embriões a outras mulheres; o homem opôs-se, pedindo a conservação até que tomasse uma decisão sobre a utilização dos embriões pela ex-mulher. Foi decidido, em sede de recurso, a atribuição de “custódia” conjunta dos embriões, com a ressalva que o ex-marido se podia opor a doação desses embriões. ARAÚJO, F., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, op.cit., pp.47 e 48

⁴⁴ MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, op. cit., p. 131

⁴⁵ DIAS, J. A., *Procriação Assistida e responsabilidade médica*, op. cit., p.301.

⁴⁶ Para desenvolvimento sobre este dever na LPMA veja-se MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Assistida Anotada*, op. cit., pp. 89 a 100.

⁴⁷ *Idem*, pp. 303 a 307.

⁴⁸ Uma vez que não será possível um estudo aprofundado sobre todas as temáticas limitamo-nos a enunciar os aspetos que mais podem revelar em matéria de consentimento informado.

⁴⁹ A prova é definida por Castro Mendes como “o pressuposto da decisão jurisdicional que consiste na formação através do processo no espírito do julgador da convicção de que certa alegação singular de facto é justificavelmente aceitável como fundamento da mesma decisão” CASTRO MENDES, J., *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, [S.l.], Coleção Jurídica Portuguesa, 17, Lisboa, Edições Ática, 1961. p.741. Assim, conforme resulta do art. 341.º do CC, a prova tem como função a demonstração da realidade dos factos levados a

Numa ação judicial o autor ao alegar os factos terá que fundamentar o direito que invoca (*onus allegandi*) e fazer prova desses factos para convencer o juiz da sua posição (*onus probandi*).⁵¹ Por seu turno, o réu tentará convencer o juiz negando os factos alegados pelo autor ou apresentado e demonstrado que existem a seu favor factos de natureza impeditiva, modificativa ou extintiva do direito que o autor reclama⁵². Acontece, não raras vezes, que perante as posições apresentadas pelas partes nos autos o juiz fica com dúvida sobre a verificação dos factos. Todavia, o juiz não pode deixar de decidir, entrando em “jogo” o ónus da prova, o qual irá definir o critério que o juiz deve seguir para tomar uma decisão⁵³. Como refere Rui Rangel “o ónus da prova não é um problema de aplicação do direito. O ónus da prova é um problema de demonstrar factos.”⁵⁴ O ónus da prova surge, por exemplo, nos casos em relação aos quais o juiz impõe à parte a prova de um facto sob pena de considerá-lo inexistente. Pois, face aos elementos trazidos aos autos, o juiz não consegue formar a sua convicção com grau de certeza e segurança, recaindo sobre a parte o dever de provar o facto⁵⁵. Como refere Miguel Teixeira de Sousa trata-se do ónus de prova objetivo, o qual se reporta às consequências da não realização da prova, ou seja, da falta de convicção do julgador sobre a verdade fáctica alegada (a situação de *non liquet*)⁵⁶. Lebre de Freitas refere que “ter o ónus da prova implica a conveniência de ter a iniciativa da prova, a fim de evitar a consequência desfavorável da sua falta, consistente em não poder ser considerado, como base da decisão, o facto não provado (...) Trata-se duma consequência da proibição da decisão *non liquet* (declaração do tribunal de que não pode decidir a causa)”⁵⁷. Assim, em caso de dúvida sobre a verificação do facto o juiz irá decidir contra a parte a quem cabe o ónus de prova⁵⁸. O art. 414.º do CPC estabelece o princípio a observar em caso de dúvida “a dúvida sobre a realidade de um facto e sobre a repartição do ónus da prova resolve-se contra a quem o facto aproveita.” Nos termos dos artigos 342.º a 348.º do CC e do art. 414.º do CPC estabelece-se a repartição do ónus de prova. Ou seja, a repartição do ónus da prova traduz-se na forma como se distribui o encargo de oferecer a prova entre os sujeitos da ação⁵⁹ (ónus de prova subjetivo)⁶⁰. De acordo com o art. 342.º do CC, a prova dos factos constitutivos do direito alegado compete a quem invoca esse direito (n.º 1) e cabe a prova dos factos impeditivos, modificativos ou extintivos do direito invocado àquele contra quem os factos são alegados (n.º 2). Refira-se que não é obrigatório que a prova seja feita pela parte sobre quem recai o ónus⁶¹. Isto é, o fundamental é que seja feita a prova e o juiz fique convencido da verificação do facto tal como resulta do princípio da aquisição processual^{62 63}. Nestes casos, a parte sobre quem

juízo.

⁵⁰ Para um estudo aprofundado do ónus de prova crf. FREITAS RANGEL, R., *O ónus da prova no processo civil*, 1.ª edição, Almedina, 2000, pp.87 a 291.

⁵¹ PAIS DE AMARAL, J., *Direito Processual Civil*, 12.ª edição, Almedina, 2016, p. 305.

⁵² *Idem Ibidem*.

⁵³ *Idem Ibidem*.

⁵⁴ FREITAS RANGEL, R., *O ónus da prova no processo civil*, op. cit., p. 123

⁵⁵ ANTUNES VARELA/BEZERRA, M./SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.ª edição, Coimbra Editora, pp.445 e ss.

⁵⁶ TEIXEIRA DE SOUSA, M., *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, 1.ª edição, Lex, Lisboa, 1995, p. 215.

⁵⁷ LEBRE DE FREITAS, J., *A Ação Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*, Coimbra, 2000, p. 186.

⁵⁸ *Idem, Ibidem*

⁵⁹ ROSÁRIO NUNES, M., *O ónus de prova nas ações de responsabilidade civil por atos médicos*, 2.ª edição, Almedina, 2005, p. 93.

⁶⁰ Neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, M., *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, op. cit., p. 216.

⁶¹ PAIS DE AMARAL, J., *Direito Processual Civil*, op. cit., p. 306

⁶² De acordo com o art. 413.º do CPC “O tribunal deve tomar em consideração todas as provas produzidas, tenham ou não emanado da parte que devia produzi-las, sem prejuízo das disposições que declarem irrelevante a alegação de um facto, quando não seja feita por

recai o ónus de prova (e que não fez prova) poderá ver o facto julgado contra si, ou seja, poderá sentir a culminação de não exercer o ónus de prova⁶⁴.

Focando-nos no caso do consentimento informado, Dias Pereira⁶⁵ refere que a importância do *onus probandi* é maior no domínio das ações de responsabilidade civil médica⁶⁶ por violação do consentimento informado. Por um lado, devido à natureza sigilosa da relação entre o médico-paciente (com pouca exposição pública e sem contato de outras pessoas), estabelecendo-se uma igualdade de armas entre o paciente e o médico⁶⁷. Por outro lado, a ilicitude deste tipo de ações (em que se lida com o dever de informar) torna difícil a prova, nomeadamente, a demonstração de que foi cumprido o dever de informação e vice-versa. Esta visão global reflete-se na matéria do consentimento informado no caso da PMA, especialmente nas situações que referimos *supra* sobre o dever de informação que recai sobre o responsável médico imposto pelas regras deontológicas e pelo art. 14.º da LPMA. Nessa medida, interrogamo-nos sobre quem recai o ónus de prova em ações provenientes de alegada violação do consentimento informado. Imagine-se o caso em que não é transmitida aos beneficiários a informação dos vários tipos de tratamentos de (in)fertilidade, assim como as implicações e procedimentos de cada um. Ou o caso em que não são realizados os testes adequados para diagnosticar a infertilidade e aconselham o casal a recorrer à procriação heteróloga, descobrindo o casal, posteriormente, que afinal não era infértil. Imagine-se que um dos beneficiários sofre de uma doença genética e o responsável médico não lhes informa a possibilidade de recorrerem ao diagnóstico genético de pré-implantação, realizando um tratamento de inseminação artificial, nascendo a criança com a doença genética do beneficiário. São todas potenciais situações geradoras de ações civis, nas quais as partes (beneficiários) podem alegar não terem sido devidamente informados pelos responsáveis e que não teriam consentido o tratamento se tivessem sido devidamente informados. Perguntamos: sobre quem recai o ónus de prova?

Dias Pereira defende que o ónus de prova do cumprimento do dever de informar e de obter o consentimento informado do paciente (beneficiários) recai sobre o réu (médico), o prestador de serviços.⁶⁸ Tal acontece porque é demasiado oneroso para o paciente provar o facto negativo (não ter sido informado ou não ter sido informado devidamente), encontrando-se o médico melhor posicionado para provar que cumpriu o dever de informação e que atuou com o consentimento do

certo interessado."

⁶³ PAIS DE AMARAL, J., *Direito Processual Civil*, op. cit., p. 306

⁶⁴ *Idem*, *Ibidem*,

⁶⁵ DIAS PEREIRA, A. G., *Responsabilidade médica e o consentimento informado. O ónus de prova e nexo de causalidade*, [Em linha], [S.l.], [s.n.], 2008, p. 18. Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China. [Consult.28.11.2016]. Disponível em WWW: <URL: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>>.

⁶⁶ No que concerne à responsabilidade civil médica, em geral, a questão do ónus de prova depende da respetiva natureza (contratual ou extracontratual). Na responsabilidade civil extracontratual cabe ao lesado a prova da culpa do autor da lesão, conforme decorre do art. 483.º, n.º1 do CC em conjugação com o art. 342.º, n.º1 do CC. Ou seja, em regra, compete ao paciente fazer prova dos factos alegados. No caso da responsabilidade contratual o art. 799.º, n.º1 do CC, determina que o ónus de prova da culpa recai sobre o devedor. Assim, o lesado beneficia de uma presunção de culpa do lesante, competindo ao último ilidir essa presunção. No entanto, também esta questão não é unânime na doutrina e jurisprudência, defendendo-se que mesmo no caso de responsabilidade contratual recai sobre o paciente o ónus de prova. Crf. ROSÁRIO NUNES, M., *O ónus de prova nas ações de responsabilidade civil por atos médicos*, op. cit., pp. 46 a 77.

⁶⁷ RAPOSO, V., *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 242

⁶⁸ DIAS PEREIRA, A. G., *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente. Estudo de Direito Civil*, op. cit., pp. 187 e ss

paciente⁶⁹. Além disso, o consentimento é uma causa de exclusão da ilicitude da violação da integridade física nos termos do art. 340.º do CC. Assim, para que uma intervenção médica (tratamento, etc) seja considerada lícita necessita do consentimento do paciente (beneficiário). Por conseguinte, a prova deve ser feita nos termos do art. 342.º, n.º2 do CC, estamos perante um facto impeditivo, cabendo o ónus de prova contra quem os factos impeditivos são alegados, ou seja, cabe ao réu (médico) provar que realizou a intervenção médica com consentimento do paciente⁷⁰. Afasta-se, assim, a regra do art. 342.º, n.º1 que determina que quem alega um direito tem que o provar, ou seja, no nosso caso seriam os beneficiários. Este raciocínio vale quer para a prova da intervenção sem consentimento, quer para atuação sem o cumprimento do dever de informação esclarecida⁷¹. Sinde Monteiro e Figueiredo Dias defendem que o julgador pode recorrer a presunções⁷² (artigos 349.º e 351.º do CC)⁷³ fundadas no normal funcionamento e procedimentos médicos (se é prática transmitir a informação X ou Y, por exemplo), na experiência e em juízos de probabilidade⁷⁴. Em sentido contrário, Vaz Rodrigues defende que o ónus de prova recai sobre o paciente, considerando que se trata de um facto constitutivo do direito⁷⁵. A verdade é que a posição também não é consensual na jurisprudência. Veja-se o exemplo do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 18/03/2010⁷⁶, no qual se discutiu a questão do consentimento informado num tratamento médico. O STJ considerou que como se tratava de um tratamento sem riscos graves e sérios, “sendo a não realização possível de tais riscos, se deve dar por verificado o consentimento informado”⁷⁷ presumindo que qualquer razoável doente, nas mesmas condições, consentiria naquele tratamento, competindo ao paciente provar que o consentimento não foi informado; só no caso de existirem tratamentos alternativos, o ónus de prova recairia sobre o médico⁷⁸.

Do exposto, e seguindo a posição de Dias Pereira, parece-nos que a posição mais correta sobre a imputação do ónus de prova em matéria de consentimento informado (incluindo no âmbito da PMA) é aquela que impõe ao médico o ónus de provar que cumpriu o dever de informação. Vejamos os casos que fomos descrevendo: os beneficiários não têm o conhecimento (técnico) para provar que o médico não cumpriu o dever de informação. Ao recorrer a uma clínica para realizar um tratamento de PMA é possível que o paciente razoável (nos dias atuais) tenha já algumas noções da PMA (informação disponível na internet, livros, etc). No entanto, essa circunstância não desonera o médico de explicar como funciona o tratamento, quais as alternativas, consequências, realizar exames adequados, etc.

⁶⁹ DIAS PEREIRA, A. G., *Responsabilidade médica e o consentimento informado. O ónus de prova e nexos de causalidade*, op. cit., p. 18

⁷⁰ *Idem*, *ibidem*.

⁷¹ RAPOSO, V., *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit., p. 243

⁷² As presunções naturais, judiciais ou de facto resultam das regras da vida, das máximas da experiência ou do curso típico dos acontecimentos. Cfr. REIS, A., *Código de Processo Civil Anotado*, 4.ª edição, vol.III, Coimbra Editora, 1985, p. 248

⁷³ Conforme resulta do art. 349.º do CC, a presunção é uma ilação que a lei ou o julgador retira de um facto conhecida para firmar um facto desconhecido. Sobre presunções judiciais veja-se CALHEIROS, M. C., *Para uma teoria da prova*, Coleção Estudos Cejur, Coimbra Editora, pp. 101 a 114.

⁷⁴ FIGUEIREDO DIAS, J./ MONTEIRO, S., *Responsabilidade Médica em Portugal*, op. cit., p. 31.

⁷⁵ VAZ RODRIGUES, J., *O Consentimento Informado Para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, op. cit., pp. 432 e 433.

⁷⁶ Acórdão do STJ, de 18.03.2010, processo n.º 301/06.4TVPRT.P1.S1, relator Pires da Rosa. [Em linha], [Consult. 02.02.2017] Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5eb13f3a87248aea8025773b003dc71a?OpenDocument>

⁷⁷ RAPOSO, V., *Do ato médico ao problema jurídico*, op.cit., p. 243

⁷⁸ *Idem ibidem*.

Os beneficiários não se podem limitar a ler um papel onde constam informações gerais sobre o tratamento e assinar esse documento. A relação médico-beneficiário pressupõe diálogo, o que significa explicação e transmissão das informações relevantes para se tomar uma decisão. Está em causa uma intervenção que afetará os beneficiários na sua integridade física (e moral), só o consentimento (informado) tornará lícita qualquer intervenção. Nessa medida, deverá recair sobre o responsável médico, pessoa preparada técnica e cientificamente (incluído através da organização de documentação, dossier clínico, etc), o ónus de provar que a intervenção ocorreu com consentimento e com o cumprimento do dever de informação.

2. Os meios de prova do consentimento na PMA

Os meios de prova encontram-se regulados nos artigos 352.º a 396.º do CC: prova por confissão, prova documental, prova pericial⁷⁹, inspeção judicial e prova testemunhal. Os meios de prova são os elementos que vão permitir a formação da convicção do julgador sobre a realidade dos factos em causa⁸⁰.

Como referimos *supra*, a relação médico-paciente (beneficiário) é uma relação sigilosa, com envolvimento de poucas pessoas, o que para efeitos de meios de prova poderá gerar algumas dificuldades, sobretudo no que concerne ao recurso à prova testemunhal. Acresce que a classe médica é considerada muito “fechada”, no sentido de ser difícil encontrar profissionais de saúde que estejam dispostos a testemunhar contra colegas de profissão. A prova testemunhal⁸¹ da falta de consentimento ou do consentimento inválido pode ser muito difícil de se conseguir. Por norma, não há pessoas a assistir à conversa entre o médico e os pacientes (beneficiários). No caso da PMA, temos o casal de beneficiários que são partes da ação e não podem testemunhar, apenas podem realizar depoimento de parte. Por vezes, pode existir uma familiar que tenha acompanhado o beneficiário (pense-se nos casos de procriação por pessoas solteiras), e possa testemunhar; um profissional de saúde (enfermeiro, anestesista, médico, etc) que tenha assistido à consulta/procedimento, mas mais uma vez a dificuldade será conseguir que estas pessoas deponham “contra” o médico. Consideramos, por isso, muito complicada a utilização da prova testemunhal para provar a falta ou o vício do consentimento.

Mais relevo e eficácia poderá ter a prova por documentos⁸², em particular nos casos de PMA em que se exige a assinatura de um documento para prestação do consentimento. Nos termos do art. 362.º entende-se por prova documental a que resulta de um documento, sendo considerado documento “qualquer objeto elaborado pelo homem com o fim de o reproduzir ou representar uma pessoa ou um facto.” Como refere Fernando Rodrigues importa reter da noção de prova documental que os documentos não são apenas os escritos, mas tudo aquilo que é fabricado pelo homem, com o objetivo de representar pessoa, coisa ou facto, possuindo a característica representativa ou reconstitutiva⁸³.

No que concerne à matéria de consentimento informado a prova documental, por documento escrito (art. 363.º do CC) é a mais comum. Como refere Vera Raposo a existência de um documento escrito assinado pelos beneficiários ajuda no processo de prova do cumprimento do dever de

⁷⁹ A prova pericial é a mais utilizada nas ações de responsabilidade civil médica por violação das *leges artis* (em especial, casos de negligência e erro médico; procedimentos incorretos; diagnósticos errados; entre outros).

⁸⁰ Neste sentido, TEIXEIRA DE SOUSA, M., *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, op. cit., p.195.

⁸¹ Sobre a prova testemunhal cfr. PEREIRA RODRIGUES, F., *Noções Fundamentais de Processo Civil*, 1.ª edição, Almedina, 2015, pp. 289 a 350 e PAIS AMARAL, J., *Direito Processual Civil*, op. cit., pp.349 a 376.

⁸² Sobre a prova documental veja-se PEREIRA RODRIGUES, F., *Noções Fundamentais de Processo Civil*, op. cit., pp. 188 a 223 e PAIS AMARAL, J., *Direito Processual Civil*, op. cit., pp.314 a 326

⁸³ PEREIRA RODRIGUES, F., *Noções fundamentais de Processo Civil*, op. cit., pp.188 e 189

informação⁸⁴. No entanto, não é a mera assinatura no documento que comprava o cumprimento do dever de informar: a prova do consentimento informado exige mais do que isso⁸⁵. O consentimento informado não é uma formalidade reduzida a um papel, é uma relação de diálogo estabelecida entre o médico e o paciente. Apesar de reconharmos que poderá ajudar na prova do consentimento informado⁸⁶ (e na existência de um diálogo entre as partes) a existência de um dossier clínico organizado, completo e atualizado, registo das informações clínicas, etc.⁸⁷ Além disso, poderá colocar-se sempre a hipótese do próprio formulário não conter as informações suficientes, não ser claro e explícito, conter imprecisões, entre outros elementos que de *per si* podem determinar o incumprimento do dever de informar⁸⁸. Por conseguinte, nesses casos será ainda mais relevante para o médico provar que houve um diálogo que colmatou as falhas apresentadas pelo documento e vice-versa.

3. Prova Difícil: será o consentimento uma prova difícil?

Fomos afirmando que a prova do consentimento informado pode se revelar bastante complicada, difícil de se fazer. Mas será que esta dificuldade se enquadra no conceito de prova difícil para efeitos do direito adjetivo? Segundo Paula Costa e Silva e Nuno Trigo dos Reis⁸⁹ considera-se prova difícil aquela que “é difícil provocar o mais elevado grau de persuasão possível no espírito do decisor quanto a determinados factos.”⁹⁰ A prova considera-se difícil face às circunstâncias em que o facto ocorre (ou é omitido), tornando-se muito complicado provar esse mesmo facto, ou seja, torna-se complicado provar a realidade alegada intrínseca ao facto em si⁹¹. Por outro lado, estes autores referem que o conceito de prova difícil se pode prender também com a dificuldade de prova para determinado sujeito, isto é, relacionado com a maior ou menor facilidade que os sujeitos podem ter para fazer prova de determinado facto.⁹² Ora, parece-nos que a prova do consentimento informado se poderá encaixar no conceito de prova difícil. Por um lado, por causa do facto em si mesmo, isto é, a prova de que foi cumprido o dever de informação ou não, de que foi autorizado o ato ou não. Conforme referem Paula Costa Silva e Nuno Trigo dos Reis, integram os factos difíceis aqueles que “ocorrem em ambiente fechado ou de acesso restrito.”⁹³ Parece-nos que a circunstância de a relação entre o médico-paciente decorrer no ambiente restrito, com dever de sigilo, se poderá encaixar no conceito de prova difícil. Por outro lado, na perspetiva do grau de dificuldade de se fazer prova do consentimento consoante se trate do paciente ou do médico. Em sentido semelhante, Elizabeth Fernandez⁹⁴ reconhece as dificuldades probatórios dos factos ocorridos no exercício de uma profissão em relação aos quais

⁸⁴ RAPOSO, V., *Do ato médico ao problema jurídico*, op. cit., p.245

⁸⁵ *Idem ibidem*.

⁸⁶ Imagine-se uma ação de impugnação da paternidade em que o marido alega que não prestou o consentimento para aquele tratamento, juntando o formulário do tratamento para o qual prestou o seu consentimento.

⁸⁷ *Idem ibidem*

⁸⁸ E ainda a hipótese de documento falso. Sobre a falsidade da prova documental veja-se obra de LEBRE DE FREITAS, José, *A Falsidade no Direito Probatório*, 2.^a edição atualizada, Coimbra, Almedina, 2013.

⁸⁹ COSTA E SILVA, Paula/ TRIGO DOS REIS, Nuno, *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova* [Em linha], [S.l.], Academia Edu, [s.d.]. pp.1 a 28 [Consult. 02.02.2017] Disponível em WWW: <URL: http://www.academia.edu/8941789/Prova_dif%C3%ADcil_da_probatio_levior_%C3%A0_invers%C3%A3o_do_%C3%B3nus_da_prova>.

⁹⁰ *Idem*, p. 7

⁹¹ *Idem, ibidem*

⁹² *Idem*, p. 8

⁹³ *Idem*, p. 11

⁹⁴ FERNANDEZ, E., “A Prova Difícil ou Impossível (A Tutela Judicial Efetiva no Dilema Entre a Previsibilidade e a Proporcionalidade)”, *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, [s.d.], p.813.

não foram cumpridas as *leges artis*, o que parece ser o caso da violação do consentimento informado por parte dos profissionais de saúde.

4. A escassez de jurisprudência (nacional) sobre o consentimento informado

Por último, cabe referir que não existe ainda jurisprudência nacional sobre a matéria do consentimento informado na PMA. Todavia, os casos de ações por violação do consentimento informado na responsabilidade civil médica são mais comuns nos tribunais nacionais. A título de exemplo transcrevemos excertos de acórdãos onde se discutiu a questão. No acórdão do STJ de 16.06.2015⁹⁵ “actualmente tanto na doutrina como na jurisprudência (tanto nacional como europeia) vem prevalecendo o entendimento no sentido de que, em princípio e independentemente de se fazer especial apelo ao princípio da colaboração processual em matéria de prova, compete ao médico provar que prestou as informações devidas.(...) Não sendo a medicina uma ciência exacta e revestindo o resultado de uma cirurgia um carácter aleatório, não pode em geral o médico vincular-se ao resultado da terapia ou evolução clínica consequente, mostrando-se o dever de informação quanto a um resultado, apenas tido como provável ou altamente provável, devidamente preenchido quando o médico informa de uma forma leal, e dentro do ética e deontologicamente exigível, que aquele é o meio terapêutico adequado a debelar ou minimizar os efeitos da situação determinante, fazendo referência às vantagens prováveis daquele tratamento”. O acórdão do STJ de 18.03.2010, referido anteriormente e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 26.06.2008⁹⁶ concluíram que só o consentimento devidamente esclarecido pode transferir para o paciente riscos que de outra forma são suportados pelo médico.

Na jurisprudência internacional destacamos a decisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem (TEDH), no caso *Evans vs Reino Unido*⁹⁷, no qual se discutiu a questão do consentimento informado na PMA, em concreto, sobre o destino dos embriões. Em concreto, por motivos de saúde da beneficiária foram-lhe retirados óvulos para posterior fertilização *in vitro* e criopreservação. O casal de beneficiários deu o seu consentimento para o procedimento, por escrito. Entretanto, o casal de beneficiários separou-se, sem ter utilizado os embriões. O beneficiário revogou o seu consentimento para a implantação dos embriões e fim da criopreservação. A mulher, beneficiária, pretendia prosseguir a implantação dos embriões e recorreu ao tribunal pedindo a condenação do ex-beneficiário a prestar o consentimento para o tratamento. O tribunal rejeitou o pedido e a beneficiária recorreu para o TEDH, alegando que a revogação do consentimento até ao momento da implantação viola o direito a ter um filho biológico. O TEDH rejeitou o pedido considerando que prevalece o consentimento dos beneficiários, em nome da segurança e da certeza jurídica, por conseguinte, se um dos beneficiários revoga o consentimento, o procedimento que seria pretendido não se poderá realizar.

Conclusão

Chegado ao término do nosso artigo destacamos a importância gradual que o consentimento informado vem alcançado na relação médico-paciente e que se reflete na matéria da procriação medicamente assistida. A figura do consentimento

⁹⁵ Acórdão do STJ, de 16.06.2015, processo n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1, relator Mário Mendes, [Em linha], [Consult. 06.02.2017] Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7b7baaf723e3e99480257e6700362e31?OpenDocument>>.

⁹⁶ Acórdão do TRL, de 26.06.2008, processo n.º 4450/2008-2, relator Ezaguy Martins. [Em linha], [Consult. 06.02.2017]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0152d1c6f4c89efd802571e30039b4b9?OpenDocument>>.

⁹⁷ Processo n.º 6339/05, de 10 Abril de 2007 – MARTINHO, Paula/COSTA, Marta, *A Lei da Procriação Assistida Anotada*, op. cit., pp.87 e 88.

informado assume uma particular importância, especialmente se for encarada (como deveria ser) como o elemento fulcral desta relação, permitindo aos beneficiários o esclarecimento informado sobre o recurso às técnicas de procriação assistida e garantindo uma escolha livre e esclarecida. O consentimento informado não pode ser sinónimo de uma mera formalidade que passa por uma assinatura num documento. Pensamos que não deixa de ser um desafio – ainda não superado – para a medicina de reprodução encontrar o ponto de equilíbrio (e saber qual é) entre a informação que deve ser prestada ao paciente (permitindo-lhe tomar uma decisão livre e esclarecida) e a necessidade (desespero e, por vezes, ignorância) do paciente recorrer às técnicas de reprodução assistida. Deve o progresso das técnicas de reprodução assistida acompanhar o respeito pelos direitos do paciente.

Se não existir o cumprimento do dever de cuidado na prestação de informações aos beneficiários, incluindo o registo e preservação de informações médicas dos beneficiários, em breve assistiremos a um crescimento de ações por violação do consentimento informado. Com as vicissitudes processuais que a matéria de consentimento acarreta, nomeadamente, ao nível do ónus de prova (como vimos ainda está longe de ser consensual), meios de prova e da prova difícil. Os tribunais ainda não estão preparados para lidar com as questões de PMA, mas a realidade é que cada vez mais a reprodução assistida é um método de procriação (apesar do carácter subsidiário), cujas consequências jurídicas não podem ser ignoradas.

Bibliografia

- ANTUNES VARELA/BEZERRA, Miguel/SAMPAIO E NORA, *Manual de Processo Civil*, 2.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, pp.445 e ss.
- ARAÚJO, F., *A Procriação Assistida e o Problema da Santidade da Vida*, 1.^a edição, Almedina, 1999, pp. 23 a 62.
- CALHEIROS, M. C., *Para uma teoria da prova*, Coleção Estudos Cejur, Coimbra Editora, pp. 101 a 114.
- CAPELO DE SOUSA, R., *Direito Geral de Personalidade*, 1.^a edição, Coimbra Editora, 1995, p. 219.
- CARVALHO FERNANDES, L., *Teoria Geral Do Direito: Introdução, Pressupostos da Relação Jurídica*, 5.^a edição revista e atualizada, vol. I, Universidade Católica Editora, pp.132 e ss.
- CARVALHO, O., *Teoria Geral do Direito Civil: Sumários Desenvolvidos para o uso dos alunos do 2.º ano (1.ª turma) do curso jurídico de 1980/1981*, [S.I.], Centelha, 1981, p.193.
- CASCÃO, R., “O dever de documentação do prestador de cuidados de saúde e a responsabilidade civil”, *Lex Medicinæ*, ano 4, n.º 8, 2007, pp. 33 a 35.
- CASTRO MENDES, J., *Do Conceito de Prova em Processo Civil*, [S.I.], Coleção Jurídica Portuguesa, 17, Edições Atica, 1961, p.741.
- COSTA E SILVA, P./ TRIGO DOS REIS, N., *A prova difícil: da probatio levior à inversão do ónus da prova* [Em linha], [S.I.], Academia Edu, [s.d.], pp.1 a 28 [Consult. 02.02.2017] Disponível em WWW: <URL: http://www.academia.edu/8941789/Prova_dif%C3%ADcil_da_probatio_levior_%C3%A0_invers%C3%A3o_do_%C3%B3nus_da_prova >.
- COUTINHO, D., *O Consentimento Informado na Responsabilidade Civil Médica*, [S.I.], Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, [s.n.], Janeiro de 2014. Dissertação de Mestrado.
- DIAS, J. A., “Procriação Assistida e Responsabilidade Médica”, *Stvdia Ivridica*, n.º 21, Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp. 124 a 402.
- DIAS PEREIRA, A. G., *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente: Estudo do Direito Civil*, 1.^a edição, Coimbra Editora, 2004, pp. 104 a 124; 187 e ss.

- DIAS PEREIRA, A. G., *Responsabilidade médica e o consentimento informado. O ónus de prova e nexo de causalidade*, [Em linha], [S.l], [s.n.], 2008, pp. 1-33. Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, República Popular da China. [Consult.28.11.2016]. Disponível em WWW: <URL: <https://estudogeral.sib.uc.pt/bitstream/10316/10577/1/Responsabilidade%20m%C3%A9dica.pdf>>.
- ESPERANÇA PINA, J.A., *A Responsabilidade dos Médicos*, 3.^a edição, Lidel, 2003, pp. 112 e ss.
- FERNANDEZ, E., “A Prova Difícil ou Impossível (A Tutela Judicial Efetiva no Dilema Entre a Previsibilidade e a Proporcionalidade”, *Separata de Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas*, Coimbra Editora, [s.d.], pp. 811 a 834.
- FIGUEIREDO DIAS, J./ SINDE MONTEIRO, “Responsabilidade Médica em Portugal”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 332, 1984, pp. 31; 42.
- FREITAS RANGEL, R., *O ónus da prova no processo civil*, 1.^a edição, Almedina, 2000, pp.87 a 291.
- HÖRSTER, H., *A Parte Geral do Código Civil Português; Teoria Geral do Direito Civil*, Almedina, 2007, pp.308 ss.
- LEBRE DE FREITAS, J., *A Ação Declarativa Comum à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 2000, p. 186.
- LEBRE DE FREITAS, J., *A Falsidade no Direito Probatório*, 2.^a edição atualizada, Almedina, 2013.
- MARTINHO SILVA, P./COSTA, M., *A Lei da Procriação Medicamente Anotada (E Legislação Complementar)*, 1.^a edição, Coimbra Editora, Março de 2011.
- OLIVEIRA, G., “Beneficiários da Procriação Assistida”, (Oliveira, G., coord.), *Temas de Direito da Medicina*, 1.^a edição, Coimbra Editora, 1999, pp. 31 a 58.
- PAIS DE AMARAL, J., *Direito Processual Civil*, 12.^a edição, Almedina, 2016, pp. 305 e 306; 314-326 349-376.
- PEREIRA RODRIGUES, F., *Noções Fundamentais de Processo Civil*, 1.^a edição, Almedina, 2015, pp. 188 a 223; 289 a 350
- PINHEIRO, J., *Procriação Medicamente Assistida*, [Em linha], [S.l], [s.n.], [s.d.]. pp.1-2 [Consult. 20.12.2016]. Disponível em WWW: <URL:<http://docplayer.com.br/11397637-Procriacao-medicamente-assistida.html>>
- RAPOSO, V., *As wrong actions no início da vida “(wrongful conception, wrongful birth e wrongful life) e a responsabilidade médica* in “Revista do Dano Corporal” [Em linha], n.º 21, Imprensa da Universidade de Coimbra, 2010, pp. 61 a 99. Consult. [02.12.2016]. Disponível em WWW: <URL: <https://digitalis.dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/4210/1/8%20-%20As%20wrong%20actions%20no%20ini%cc%81cio%20da%20vida%20%28wrongful%20conception%2c%20wrongful%20birth%20e%20wrongful%20life%29%20e%20a%20responsabilidade%20me%cc%81dica.pdf>>.
- RAPOSO, V., *Do ato médico ao problema jurídico*, 1.^a edição, Almedina, 2013, pp. 13 a 42; 216-218; 220-240.
- REIS, A., *Código de Processo Civil Anotado*, 4.^a edição, vol.III, Coimbra Editora, 1985, p. 248.
- ROBERTO, L., “Dos aspetos éticos do consentimento informado em reprodução assistida: diagnóstico genético pré-implantacional”, *Lex Medicinæ*, ano 2, n.º 3, 2005, pp. 105 e 106.
- ROSÁRIO NUNES, M., *O ónus de prova nas ações de responsabilidade civil por atos médicos*, 2.^a edição, Almedina, 2005, pp.46-77, 93.
- TEIXEIRA DE SOUSA, M., *As partes, o objeto e a prova na ação declarativa*, 1.^a edição, Lex, Lisboa, 1995, p.195.
- VALE E REIS, R., *O direito ao conhecimento das origens genéticas*, 1.^a edição, Coimbra Editora, 2008, pp.326 a 341.

VAZ RODRIGUES, J., *O Consentimento Informado Para o Ato Médico no Ordenamento Jurídico Português (Elementos para o Estudo da Manifestação da Vontade do Paciente)*, 1.^a edição, Coimbra Editora, pp. 197 a 276; 353-404; 432-433.

TEIXEIRA PEDRO, R., *A Responsabilidade Civil do Médico: Reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, 1.^a edição, Coimbra Editora, 2008, pp. 23 a 176.

Jurisprudência

Acórdão do STJ, de 16.06.2015, processo n.º 308/09.0TBCBR.C1.S1, relator Mário Mendes, [Em linha], [Consult. 06.02.2017] Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/7b7baaf723e3e99480257e6700362e31?OpenDocument>>.

Acórdão do TRL, de 26.06.2008, processo n.º 4450/2008-2, relator Ezaguy Martins. [Em linha], [Consult. 06.02.2017]. Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/0152d1c6f4c89efd802571e30039b4b9?OpenDocument>>.

Acórdão do STJ, de 18.03.2010, processo n.º 301/06.4TVPR.T.P1.S1, relator Pires da Rosa. [Em linha], [Consult. 02.02.2017] Disponível em WWW: <URL: <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/5eb13f3a87248aea8025773b003dc71a?OpenDocument>>

Outros Documentos

COMISSÃO NACIONAL DE PROTEÇÃO DE DADOS, *Modelos de consentimento informado* [Em linha] [Consult. 06.02.2017]. Disponível em <URL: http://www.cnpma.org.pt/cnpma_documentacao.aspx>.

Corrupção e transparência no Brasil Corruption and transparency in Brazil

Charles de Sousa Trigueiro¹

Mariano Rodrigues da Silva Neto²

Universidade de Coimbra (Portugal)

Sumário: Introdução. 1 Discussão e apresentação de resultados. CONCLUSÃO. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.

Resumo: Este artigo tem como objetivo realizar um estudo sobre o crime de corrupção enfatizando a corrupção na política, a improbidade administrativa, os contratos fraudulentos e as parcerias público privadas, tomando-se como embasamento o que ocorre no Brasil. De início aborda-se, de forma breve, sobre ética e moral. Por séculos os corruptos políticos viveram sem serem incomodados pela justiça. Não havia leis apropriadas e a influência destes era muito grande sobre todos. Somente nas últimas décadas, com os avanços ocorridos em todas as áreas sociais, das novas tecnologias da informação e comunicação é que, pressionados pela opinião pública, foram surgindo leis importantes contra a corrupção, como a Lei nº 8.429/1992, popularmente conhecida com lei da Improbidade Administrativa. Concomitantemente, neste trabalho são abordados assuntos relacionados com outras leis específicas contra a corrupção como a Lei complementar nº 135 de 04 de junho de 2010 – Lei da Ficha Limpa, que se tornou um marco da cidadania brasileira.

Palavras-chave: Corrupção. Improbidade Administrativa. Princípios Constitucionais. Parcerias Público Privadas.

Abstract: This paper aims to conduct a study on the crime of corruption emphasizing corruption in politics, the administrative misconduct, fraudulent contracts and public-private partnerships, taking as a basis what happens in Brazil. At first it approaches briefly on ethical and moral. For centuries the political corrupt lived undisturbed for justice. There was no appropriate laws and their influence was very great on everyone. Only in recent decades, with the progress made in all social areas, new information and communication technologies is that, under pressure from public opinion, important laws against corruption have emerged, such as Law No. 8,429 / 1992, popularly known as law Administrative misconduct. Concomitantly, this work is addressed issues related to other specific laws against corruption as the Complementary Law No. 135 of June 4, 2010 - Clean Record Law, which became a landmark of Brazilian citizenship.

Keywords: Corruption. Administrative dishonesty. Constitutional principles. Public-Private Partnerships.

¹ Doutorando em Direito Público na Universidade de Coimbra - Portugal; Mestre e Bacharel (licenciado) em Ciências Jurídicas e Sociais pela Universidade Federal da Paraíba – Brasil, onde trabalha como técnico administrativo em educação.

² Mestre em Direito pela Universidade de Coimbra; Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de João Pessoa – Paraíba – Brasil, Professor.

Introdução

O uso da máquina pública para atender a interesses escusos é um problema que já atravessou séculos no Brasil e tem, portanto, uma dimensão histórica e sociológica inquestionável. Diz-se, corriqueiramente, que a corrupção “corre nas veias” do poder ou que, de tão entranhada, já faz parte do nosso “DNA político”.

O fim dos tempos ditatoriais, com o consequente advento da Constituição Cidadã, trouxe uma nova perspectiva à sociedade brasileira, que teve seus direitos, outrora suprimidos, restaurados. Entre estes, um dos mais significativos foi a liberdade de imprensa. Sem dúvida, isso proporcionou à população uma maior ciência dos acontecimentos políticos do país.

A extinção da malfadada censura aliada à atmosfera criada pelo recente Estado Democrático de Direito, viabilizou a divulgação de incontáveis escândalos de corrupção. Com isso, pôde-se perceber uma crescente indignação popular no que se refere às práticas abusivas de agentes públicos no tocante ao trato da coisa pública.

Nesse cenário, surgiu a Lei nº 8.429/1992³, popularmente conhecida como a ‘Lei de Improbidade Administrativa’, que este ano completa 24 anos e que nasceu do claro intento de moralizar a Administração Pública, uma vez que indica o que se considera ato de improbidade administrativa e prevê sanções para os ímprobos, atendendo, deste modo, às aspirações constitucionais e sociais.

A Lei de Improbidade Administrativa regulamenta o artigo 37, § 4º, da Constituição Federal e constitui um pertinente mecanismo de repressão a práticas indecorosas no serviço público. Assim, busca auxiliar na efetivação da pretensão do Estado Democrático de Direito de formar uma sociedade cada vez mais livre, justa, solidária e, sob todos os aspectos, próspera.

Em que pese a louvável intenção do legislador ao inserir o referido diploma legal no ordenamento jurídico pátrio, em alguns pontos é possível que tenha havido excesso. Abordaremos aqui, especificamente, a referência à culpa contida no artigo 10, da Lei 8.429/1992, que dispõe acerca dos atos de improbidade administrativa que causam lesão ao erário.

Importa aqui destacar o conceito de improbidade. Numa breve análise etimológica, é possível constatar que significa o mesmo que desonestidade. Sob o ângulo jurídico, é também este o sentido que se atribui a improbidade. Se assim considerarmos, seria possível admitir a culpa num ato de improbidade? Existe desonestidade culposa?

Por outro lado, a penalidade prevista pelo artigo 12, II, aplicável às hipóteses do artigo 10, da Lei nº 8.429/1992⁴, de extrema gravidade, já que, entre outras duras sanções, está prevista a suspensão dos direitos políticos, é razoável e proporcional para quem praticou um ato ilícito culposos?

Do ponto de vista constitucional, a modalidade culposa de improbidade administrativa contida no artigo 10, da Lei nº 8.429/1992⁵ viola os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, que, embora implícitos, devem nortear todo o ordenamento jurídico nacional?

No tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana, considerar como ímprobo aquele que agiu culposamente atinge a dignidade daquele agente público?

³ BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.

⁴ BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.

⁵ BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.

Haveria violação ao aclamado princípio, elencado entre os Fundamentos da República no artigo 1º, III, da Carta Magna? Admitir a improbidade culposa é contrário ao ideal de justiça que deve buscar o Direito? Além do mais, nesse trabalho será feita uma análise sobre o foro por prerrogativa de função.

Este estudo tem também como escopo analisar na bibliografia específica, os aspectos mais relevantes acerca da Lei 11.079/2004⁶, também conhecida como a Lei das Parcerias Público-Privadas (PPP). Estas parcerias, apesar dos riscos, têm se tornado uma ferramenta apropriada para grandes investimentos públicos, desenvolvimento de infraestrutura em vários setores como, por exemplo: estradas, administração e melhorias de metrô e aeroportos, entre outros.

Inspiradas na doutrina neoliberal, as PPP's, mesmo antes da Lei 11.079/2004⁷, já existiam na modalidade de concessão patrocinada, onde o particular juntamente com o setor público investiam quantias expressivas na efetivação de projetos. Portanto, foi a partir desse contexto que as PPP's passaram a ter um regime jurídico próprio.

Antes, porém, as concessões de serviços públicos eram reguladas pela Lei nº 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, com outras formas entre Estado e o setor privado, como: Organizações da Sociedade Civil de Interesse Público (OSCIPs) e também através de contratos de gestão com Organizações Sociais (OS).

Em um cenário onde o poder público encontra dificuldades de executar projetos de interesse da população, principalmente de infraestrutura, ora pela excessiva burocracia, ora pela falta de recursos suficientes do Estado, as parcerias público-privadas tornaram-se a solução ideal para tanto.

Apesar de serem bastante úteis, as PPP's tornam-se alvo de questionamentos nos meios jurídicos, pois há aqueles que duvidam da constitucionalidade das Parcerias Público-Privadas. As PPP, apesar de serem utilizadas em larga escala em muitos países, principalmente na Europa, em virtude das vantagens que representam, aqui no Brasil, levantam-se discussões sobre se estão amparadas na Constituição Federal de 1988, ou não.

Não somente as questões jurídicas que essas PPP's provocam, ainda assim, apresentam alguns riscos, os quais serão abordados no decorrer desse trabalho. Portanto, a escolha desse tema justifica-se pela sua relevância no que tange à necessidade que todos temos em ver uma política pública realmente mais justa e pautada na ética.

1. Discussão e apresentação de resultados

No Brasil a criação do Ministério da Transparência, Fiscalização e Controladoria Geral da União (CGU) passou a principiar a transparência como a melhor maneira de combater a corrupção, tendo em vista, que a transparência é mais uma forma de os administradores públicos atuarem com responsabilidade.

Qualquer cidadão do estado brasileiro pode acessar as informações públicas que estão sob a tutela do Estado. Direito esse tido por fundamental, uma vez que, encontra-se inseridos nos direitos humanos Constitucionais de 1988.

A Lei nº 12.527, de 2011⁸, regulamenta o direito de acesso à informação previsto na Constituição. Conhecida como Lei de Acesso à Informação (LAI).

⁶ BRASIL. Lei nº 11.079, de 10 de janeiro de 2004. Institui a Lei das Parcerias Público-Privadas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 jan. 2004. Seção 1, p. 1-74. Disponível em <<http://www.in.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.

⁷ BRASIL. Lei nº 11.079, de 10 de janeiro de 2004. Institui a Lei das Parcerias Público-Privadas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 jan. 2004. Seção 1, p. 1-74. Disponível em <<http://www.in.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.

⁸ BRASIL. Lei nº 12.527, de 02 de junho de 2011. Regulamenta o direito de acesso à informação previsto na Constituição. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.

Essa norma criou mecanismos que possibilitam que qualquer pessoa, sem necessidade de apresentar motivo, receba informações públicas requeridas a órgãos e entidades.

A transparência e publicidade são os princípios mais significativos desta lei, dentre outros, esta é a regra, e o sigilo, a exceção. Apenas em situações excepcionais esse acesso pode ficar restrito, a exemplo dos casos em que a divulgação das informações constitucionais que coloque em risco a segurança da população, do estado, ou a defesa do território nacional.

O órgão responsável, por monitorar a aplicação da Lei de Acesso à Informação e do Decreto nº 7.724/12⁹, que a regulamenta no Poder Executivo Federal: é Controladoria Geral da União - CGU.

Kelsen¹⁰ afirma que a sanção tem função essencial no sistema jurídico, tendo em vista que é ela que caracteriza o preceito normativo, isto é, ela é elemento necessário da norma. O comportamento é prescrito e a conduta oposta é pressuposto para uma sanção. A sanção motiva os indivíduos a praticarem ou não determinadas condutas, “na medida em que o desejo de evitar a sanção intervém como motivo na produção desta conduta”. Assim, na Administração Pública a sanção tem as suas aplicabilidades aos seus agentes que cometem atos de improbidade administrativa. A observância das regras e leis inerentes ao agente público é premissa a ser seguida.

Segundo Mello¹¹:

É evidente que a inobservância das condutas impostas pelas normas não é situação desejada, sendo certo que todo ordenamento normativo tem por objetivo conformar condutas. Se nenhuma consequência decorresse da violação da norma, as ordens normativas não teriam qualquer sentido ou utilidade, pois sua eficácia dependeria unicamente da adoção voluntária da conduta estabelecida normativamente. É preciso, pois, que a violação tenha consequência, que o ordenamento preveja uma resposta ao descumprimento da norma. Tal resposta é a sanção.

Destarte, é lógico que as sanções existem, para que, em princípio, desestimulem os indivíduos a desobedecerem às regras e as normas, fazendo com que mantenham um comportamento ético, em tudo que façam. Portanto, quanto à Administração Pública e às sanções previstas para aqueles agentes públicos que praticarem atos de improbidade administrativa, as penalidades administrativas disciplinares existentes, segundo Vitta¹² são: advertência por escrito (repreensão), suspensão, multa, destituição de função comissionada ou de cargo em comissão, cassação de aposentadoria ou disponibilidade, demissão e demissão a bem do serviço público.

Portanto, é de interesse geral que o agente público seja idôneo, probo e zeloso com a coisa pública, assim como, também é de interesse público que o agente que cometer improbidade seja exemplarmente punido conforme as sanções previstas.

Antes de tudo, é de consenso público que, quem pratica atos ilícitos, inclusive de corrupção, independente de quem seja, tem que responder na forma

⁹ BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei de acesso a informação. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.

¹⁰ Kelsen, H. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. Editora Armênio Amado, 1984, p. 43.

¹¹ MELLO, R. M. de. Princípios constitucionais de direito administrativo sancionar: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988. Malheiros Ed., 2007, p.160.

¹² VITTA, H. G. *A sanção no direito administrativo*. Malheiros Ed., 2003, p.93.

da lei, e cujo tratamento tem que ser isonômico, pois, todos são iguais perante a lei, em princípio.

A Lei n.º 1.079/50¹³ prevê os crimes de responsabilidade para os seguintes agentes políticos: 1 - Presidente da República; 2 - Ministros de Estado; 3 - Procurador-Geral da República; 4 - Ministros do STF; 5 - Governadores; 6 - Secretários de Estado.

Ademais, ainda dispomos do Decreto-Lei 201/67¹⁴, que trata dos Crimes de Responsabilidade dos Prefeitos. Mas, quando se trata da aplicação da lei, pura e simplesmente, emergem inúmeras interpretações e polêmicas, que muitas vezes parece terminar em nada. Como exemplo, segue o seguinte relato, conforme Lopes¹⁵, sobre uma decisão do STF: o Ministério Público Federal ajuizou uma ação de improbidade administrativa contra um Ministro de Estado na Justiça Federal de 1ª instância, que condenou o Ministro à perda do cargo e à suspensão de seus direitos políticos.

Entretanto, diante dessa decisão, o referido (Ministro) ingressou com uma reclamação (Rcl 2138/DF) perante a Corte Suprema formulando a tese de que o Ministro de Estado é um agente político e os agentes políticos já respondem por crimes de responsabilidade, previstos na Lei n.º 1.079/50¹⁶, motivo pelo qual também não deveriam ser julgados por ato de improbidade.

Uma administração pública transparente assegura à sociedade, que detenha informações, colaborar no controle das ações de seus gestores, com a finalidade de investigar se o erário público está sendo aplicado corretamente.

O site Portal da Transparência mantido pela Controladoria Geral da União (CGU) é uma página pela qual o cidadão brasileiro pode acompanhar a execução financeira dos programas da União federal.

Na página do Portal são disponibilizadas informações sobre o erário público federal e suas transferências para os governos locais dos estados, Distrito Federal, municípios, ou para o próprio cidadão, e também as estatísticas sobre a execução do orçamento da União Federal em licitações de compras ou contrato de obras e serviços.

O Portal da Transparência divulga estatísticas sobre a execução orçamentária e financeira da Receita e da Despesa do Poder Executivo Federal. O objetivo é fazer crescer a investigação e acesso a informação para facilitar a transparência da administração pública, permitindo que o cidadão acompanhe como o erário público está sendo usado e contribua com a fiscalização.

A Lei de Improbidade Administrativa foi incorporada como uma forma de princípios anticorrupção. Entretanto, há que se ponderar que toda lei deve guardar perfeita harmonia com o espírito constitucional. Acreditamos que isso não acontece pelo fato de que a lei prevê a possibilidade de um ato de improbidade administrativa ser praticado por culpa.

O assunto é controverso na doutrina. Alguns juristas consideram constitucional a referida previsão, outros defendem que a improbidade administrativa só comporta culpa grave e há quem sustente que o dispositivo é inconstitucional.

¹³ BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.

¹⁴ BRASIL. Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.

¹⁵ LOPES, S. M. S. C. *Existe foro por prerrogativa de função nas improbidades administrativas?* 2014, p.3. Disponível em: <http://www.dizerodireito.com.br/>. Acesso em: 01 out. 2017.

¹⁶ BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.

Diante dos argumentos expostos neste artigo, reputamos que a sociedade deve ter acesso a informação do entendimento da corrente que prega a inconstitucionalidade da modalidade culposa de improbidade administrativa.

CONCLUSÃO

Como bem sabemos, o uso da máquina pública com propósitos escusos se configura, no Brasil, como um problema secular, que se arrasta desde o tempo do Brasil Império. Há quem defenda que a questão da corrupção no nosso país é cultural, ultrapassa qualquer bom senso.

A Lei de Improbidade Administrativa foi incorporada ao nosso ordenamento jurídico com o nobre propósito de combater aquele que talvez seja o maior flagelo da nossa sociedade, a corrupção. Assim, assume indiscutível relevância, na medida em que contribui para a realização dos princípios da administração pública, esposados no caput do artigo 37, da nossa Lei Maior.

Entretanto, há que se ponderar que toda lei deve guardar perfeita harmonia com o espírito constitucional. Acreditamos que isso não acontece pelo fato de que a lei prevê a possibilidade de um ato de improbidade administrativa ser praticado por culpa.

O assunto é controverso na doutrina. Alguns juristas consideram constitucional a referida previsão, outros defendem que a improbidade administrativa só comporta culpa grave e há quem sustente que o dispositivo é inconstitucional.

Diante dos argumentos expostos neste trabalho, reputamos como mais acertado o entendimento da corrente que prega a inconstitucionalidade da modalidade culposa de improbidade administrativa.

A nosso pensar, a culpa referida pelo artigo 10, da Lei 8.429/1992¹⁷, além de contrariar o conceito de improbidade, está em desacordo com a Constituição Federal em razão de constituir ofensa aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como ao princípio da dignidade da pessoa humana.

Todavia, temos que admitir que a problemática apresentada remete à questões demasiadamente complexas, de forma que o tema exige reflexões mais profundas do que poderíamos atingir nos limites deste estudo.

No tocante à jurisprudência que trata da matéria, observamos que tem evoluído paulatinamente. Uma evidência disso é que a Segunda Turma, do Superior Tribunal de Justiça, que já aplicou a responsabilidade objetiva, findou por admitir o equívoco, reconhecendo a inadmissibilidade da tese.

Vale também destacar as recorrentes decisões do Superior Tribunal de Justiça que afirmam que a conduta do agente, nas hipóteses do artigo 10, da Lei de Improbidade Administrativa, deve ser dolosa ou, pelo menos, estar eivada de culpa grave. Em que pese entendermos que o conceito de culpa grave merece melhores esclarecimentos, o fato de afastar a culpa pura e simples da ideia de improbidade já indica um avanço.

Por fim, resta-nos reconhecer que a discussão persistirá até o momento em que o Supremo Tribunal Federal se pronunciar sobre o assunto, uma vez que é o único verdadeiramente habilitado a dirimir a dúvida.

No que tange à Parcerias Público-Privadas (PPP's), além de se constituírem em ótima opção para os governos com problemas de recursos, de certo modo também colabora para o controle contra a improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

KELSEN, H. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. 6 ed. Editora Armênio Amado, 1984.

¹⁷ BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.

- LOPES, S. M. S. C. *Existe foro por prerrogativa de função nas improbidades administrativas?* 2014. Disponível em: [http://www.dizerodireito.com.br/..](http://www.dizerodireito.com.br/) Acesso em: 01 out. 2017.
- MELLO, R. M. de. *Princípios constitucionais de direito administrativo sancionar: as sanções administrativas à luz da Constituição Federal de 1988*. Malheiros Ed., 2007.
- VITTA, H. G. *A sanção no direito administrativo*. Malheiros Ed., 2003.
- BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado, 1988. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.
- BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. Resolução nº 44. Disponível em <<http://www.cnj.jus.br/images/programas/cadastro-improbidade/resolucao-n44.pdf>> Acesso em: 10 Out. 2017.
- BRASIL. Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950. Define os crimes de responsabilidade e regula o respectivo processo de julgamento. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 201, de 27 de fevereiro de 1967. Dispõe sobre a responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores, e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.
- BRASIL. Decreto nº 7.724, de 16 de maio de 2012. Regulamenta a Lei de acesso a informação. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.
- BRASIL. Lei nº 8.429, de 02 de junho de 1992. Dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional e dá outras providências. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.
- BRASIL. Lei nº 11.079, de 10 de janeiro de 2004. Institui a Lei das Parcerias Público-Privadas. Diário Oficial da União. Brasília, DF, 11 jan. 2004. Seção 1, p. 1-74. Disponível em <<http://www.in.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.
- BRASIL. Lei nº 12.527, de 02 de junho de 2011. Regulamenta o direito de acesso à informação previsto na Constituição. Disponível em <<http://www.planalto.gov.br>> Acesso em 18 Out. 2017.
- BRASIL. SÃO PAULO. 12ª Vara de Fazenda Pública. Sentença nº 0006305-89.2010.8.26.0053. Requerente: Ministério Público do Estado de São Paulo. Requerido: Alexandre Alves Schneider e outros. Juíza sentenciante: Sílvia Maria Meirelles Novaes de Andrade. São Paulo, 19 de dezembro de 2012. Disponível em <<http://www.tjsp.jus.br>> Acesso em 17 Out. 2017.
- BRASIL. SUPERIOR TRIBUNAL de JUSTIÇA. Recurso Especial nº 737279/PR. Recorrente: Arcinídeo Félix Gulin. Recorrido: Ministério Público do Estado do Paraná. Relator: Ministro Castro Meira, Segunda Turma. Brasília, 13 de maio de 2008. Publicação DJe 21 de maio de 2008. Disponível em <<http://www.stj.jus.br>> Acesso em 17 Out. 2017.
- BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI nº 2.797-2/DF. Relator: Sepúlveda Pertence. Brasília, DF. DJ de 19.12.2006. Disponível em <<http://www.stf.jus.br>> Acesso em 15 Out. 2017.
- BRASIL. TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO. Disponível em: <http://www.tcu.gov.br> • 2ª Secretaria de Fiscalização de Desestatização e Regulação. 2013.
- BRASIL. Tribunal Regional Federal (1. Região). Apelação nº 0006332-21.2000.4.01.3200-AM. Apelante: Ministério Público Federal e outros. Apelado: Carlos Eduardo de Souza Braga e outros. Relator: Juiz Federal Convocado Jamil Rosa de Jesus. Brasília, 23 de outubro de 2009. Disponível em <<http://jurisprudencia.trf1.jus.br>> Acesso em 10 Out. 2017.

Implicación del Derecho en la Violencia Deportiva *Involvement of the Law in Sports Violence*

Álvaro Alzina Lozano¹

Universidad Rey Juan Carlos

Sumario: 1. Antecedentes históricos de violencia en el Deporte. 2. Tipos de Violencia en el Deporte. 2.1 La violencia endógena. 2.2 La violencia exógena. 3 Evolución de la prevención de la violencia en el Deporte. 4 Conclusiones. 5 Bibliografía

Resumen: La violencia es una realidad en el mundo que nos rodea. El ciudadano, en su parte más irracional, es un ser violento. Aunque el deporte sea una herramienta de canalización de ésta violencia y sea utilizado, entre otros valores, como nexo de unión entre culturas y personas; hay una parte de éste no podemos obviar. La violencia deportiva desarrolla gran interés en el legislador de forma que éste recurre cada vez más al Derecho Penal para buscar soluciones.

Palabras: Deporte, Violencia, Prevención, Derecho Penal, Derecho Deportivo, Sociedad.

Abstract: Violence is a major reality in the world that we are surrounded by. The citizen, in its most irrational part, is a violent being. Despite sport is a way to funnel this violence and is used, within other values, as a nexus of union between cultures and people; there is a part of it we cannot obviate. Legislators have developed a huge interest in sport's violence so they appeal more and more every time to the Criminal Law looking for solutions.

Keywords: Sport, Violence, Prevention, Criminal Law, Sports Law, Society.

1. Antecedentes históricos de violencia en el Deporte

La violencia es un fenómeno social que ha acompañado a la sociedad desde el comienzo de la historia. El ser humano en su concepción de ser irracional ha utilizado sus impulsos básicos para conseguir sus propósitos, ya sea para conquistar una ciudad, para robar comida o para defenderse.

Según la Real Academia Española (RAE), podemos definir la violencia como la *acción de violentar a una persona*. Desde el punto de vista jurídico, entendemos la violencia como la *coacción por el cual una de las partes o un tercero lleva a la otra con la finalidad de vencer su resistencia y de consentir la celebración de un acto jurídico*. Aunque las definiciones de violencia son infinitas dependiendo de ámbito en el que sea considerada, la violencia nos preocupa. Si no existiera, la paz no podría ser concebida. Por tanto, diremos que la violencia es la ruptura de un "orden establecido", de una armonía preexistente, de unas condiciones de vida en las que se realizan las expectativas de existencia de la especie humana.²

¹ Profesor de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos. Investigador Centro de Estudios Europeos Emile Noel Universidad Rey Juan Carlos. Alvaro.alzina@urjc.es

² Jiménez-Bautista, Francisco *Conocer para comprender la violencia: origen, causas y realidad* Revista Convergencia vol.19 no.58 ene./abr. 2012
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-14352012000100001

Volviendo a la definición jurídica de la violencia, apreciamos que ésta tiene un nexo común, que es la agresividad, y un riesgo, que es el bien jurídico protegido. Aquí abordaremos la violencia presente en las actividades deportivas, ya sean profesionales o de carácter amateur; y haremos una breve referencia a cómo se ha desarrollado la jurisprudencia a lo largo de los años y cómo actúa al respecto.

Para comenzar dicho análisis tenemos que realizar una apreciación histórica del deporte y de su relación con la violencia. Asimismo, recogeremos los frutos de dicho análisis en la comprensión de la evolución de las actividades deportivas y su repercusión desde el punto de vista jurídico.

Los espectáculos deportivos existen desde hace miles de años. En la Antigua China se practicaba, por ejemplo, un deporte de pelota que guarda ciertas similitudes con el fútbol actual contando incluso con profesionales que amenizaban los banquetes con este espectáculo³

No cabe duda sobre la importancia del deporte para la sociedad, ya sea como simple pasatiempo o como revolución cultural para el país o para el mundo. En este último caso, nos referimos al impacto que tienen los Juegos Olímpicos modernos en la sociedad actual; y no es un tema baladí pues, si hacemos referencia a los datos obtenidos sobre el número de espectadores que siguieron la última edición de estos juegos, celebrados en Río de Janeiro en 2016, éstos alcanzan la cifra de mil millones⁴.

Los Juegos Olímpicos actuales son herencia de los Juegos Olímpicos de la antigua Grecia en el siglo VII a.C. Se celebraban cada cuatro años durante once siglos siempre en la época de primavera hasta que fue abolido por el emperador romano Teodosio “el Grande”. Los Juegos Olímpicos tenían un carácter religioso por lo que era de gran interés para los ciudadanos griegos. Se calcula que el estadio tenía una capacidad para 40.000 personas, aunque según los escritos, no eran suficientes para las multitudes que acudían al evento⁵.

El deporte, como podemos apreciar, fue utilizado por los griegos como herramienta facilitadora de integración entre los distintos pueblos. Además la imagen del ciudadano atlético griego, que con sus victorias llegaría a conseguir una fama mayor, fue el anhelo de muchos participantes en este tipo de competiciones. En Esparta se elevaron templos de piedra y mármol para custodiar las estatuas de sus atletas vencedores, placas conmemorativas, vasijas de oro y otras riquezas⁶.

A diferencia de Grecia, en Roma el deporte tenía un carácter más violento. Ejemplo de ello son las luchas de Gladiadores en los circos, donde se producían enfrentamientos no sólo entre los combatientes sino también entre los espectadores⁷. Los romanos toman la idea griega del deporte como medio para preservar los valores de higiene y salubridad en el mismo, pero también lo conciben como una forma de preparar a sus milicias física y técnicamente⁸.

Posteriormente, durante la Edad Media se exigía un mayor control de la violencia, aunque seguían predominando los deportes de lucha que encontraban la muerte de miles de deportistas. Era el entretenimiento de la población y los deportistas daban hasta su último aliento por ser los vencedores y complacer a sus reyes.

³ JIMENEZ, Javier *La historia del deporte: civilizaciones antiguas y la importancia actual*. 2017

<https://www.adslzone.net/lab/historia/la-historia-del-deporte-civilizaciones-antiguas-la-importancia-actual>

⁴ <http://www.marca.com/juegos-olimpicos/2016/08/06/57a51d75268e3ebe2b8b4583.html>

⁵ MANDELL, Richard *Historia de la Cultura del deporte*. Edicions Bellaterra, 1986. p.49

⁶ *Ibídem* p. 45

⁷ DURÁN GONZALEZ, Javier. *Deporte, Violencia y educación*. Revista de Psicología del Deporte (1996).

⁸ Obra Colectiva *El Deporte y su Historia*. Editorial Santillana 1971 p.12

Aunque la práctica deportiva supone a lo largo de la historia una domesticación de los impulsos humanos más brutales, para reconducir una agresividad de carácter primitivo hacia manifestaciones refinadas de esfuerzo y habilidad, y contribuye a liberar tensiones sin propósito de dañar al contendiente⁹; comprobamos que en este último siglo al menos 1.500 personas (espectadores) murieron en trágicas circunstancias en espectáculos deportivos, y más de 6.000 resultaron heridos de consideración mientras asistían a algún acontecimiento deportivo¹⁰. Estos datos reflejan la necesidad que tiene el legislador por evitar esas muertes y conseguir que el deporte sea una herramienta de transmisión de los valores positivos en la sociedad.

Algunos autores consideran que existe una creencia de que estamos viviendo uno de los momentos más violentos de la historia¹¹. Dunning, por ejemplo, recuerda el vandalismo del fútbol, conocido por *hooliganism* que se ha hecho muy famoso en Europa durante los últimos años como la “enfermedad británica”¹². Éste fenómeno se extendió rápidamente por Europa hasta llegar a España en la década de los 80. En aquel entonces, tenía lugar el Mundial de España de 1982, donde aficionados italianos, ingleses y alemanes fomentaron el movimiento *ultra*.

En la actualidad, la violencia no sólo no está permitida sino que es rechazada. Prueba de ello, es que en España se aprueba La Ley del Deporte (Ley 10/1990 de 15 de Octubre); en su artículo primero, enunciado segundo, expresa lo siguiente: “*La práctica del deporte es libre y voluntaria. Como factor fundamental de la formación y del desarrollo integral de la personalidad, constituye una manifestación cultural que será tutelada y fomentada por los poderes públicos del Estado*”. Es decir, encuadra al deporte dentro de las actividades necesarias para el desarrollo social y la mejora de la salud de la sociedad, pero pide a las Administraciones Públicas su ayuda para la promoción de actividades deportivas seguras.

2. Tipos de Violencia en el Deporte

La violencia no es uniforme. La Organización Mundial de la Salud (OMS) define la violencia como “*El uso intencional de la fuerza o el poder físico, de hecho o como amenaza, contra uno mismo, otra persona o un grupo o comunidad, que cause o tenga muchas probabilidades de causar lesiones, muerte, daños psicológicos, trastornos del desarrollo o privaciones*”. Dentro de esta violencia, nos corresponde analizar los diferentes tipos que encontramos en una actividad deportiva: la violencia verbal o física que puede darse tanto dentro del terreno de juego (violencia endógena) o fuera de él (violencia exógena).

Estas cuestiones nos llevan a analizar una problemática recurrente: cómo conseguir suprimir la violencia en el deporte. Podemos pensar que el Estado tiene dos opciones para poder conseguir este objetivo, ya sea a partir de la educación del ciudadano y del deportista (programas abiertos de concienciación), o a través del castigo (sanciones administrativas y penales). Estas referencias son importantes para continuar en la línea del presente trabajo.

2.1 La violencia endógena

⁹ GAMERO CASADO, Eduardo. *Violencia en el deporte y violencia en espectáculos deportivos: referencia histórica y problemática actual*. Régimen jurídico de la violencia en el deporte Coord MILLAN GARRIDO, Antonio. Bosch 2006 p. 16 en referencia a P. Parlebas: *Elementos de sociología del deporte*, Instituto Andaluz del Deporte, Málaga, 2003 p. 191

¹⁰ VENTAS SASTRE, Rosa *La violencia en el deporte: Tratamiento en el Derecho penal español* Letras jurídicas: revista electrónica de derecho, N°. 5, 2007

¹¹ CAYUELA MALDONADO, María José. *Los efectos sociales del deporte: ocio, integración, socialización, violencia y educación*. El Centro de Estudios Olímpicos (CEO-UAB) 1997 <http://olympicstudies.uab.es/pdf/wp060_spa.pdf> Pág 12.

¹² DUNNIG, Eric. *Reflexions sociològiques sobre esport, violència i civilització*. Generalitat de Catalunya. Secretaria General d'Esport. Barcelona, 1988.

Como ya hemos visto, la violencia puede surgir tanto fuera como dentro de la práctica deportiva. Es conocida como violencia endógena, la violencia que surge dentro de los terrenos de juego, y como explica Millán Garrido *“aflora, básicamente, en los deportes con contacto físico y su control y represión quedan relegados a los regímenes disciplinarios general y federativos, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que, en cada caso, pueda derivarse del hecho violento”*¹³. La violencia endógena es la violencia asumida durante la práctica de una actividad deportiva. En este punto debemos entender que la violencia en las actividades deportivas supone, en numerosas ocasiones, la asunción por parte del deportista de un riesgo posible contrario a su salud, como por ejemplo una lesión.

Asimismo es necesario diferenciar los deportes según el riesgo asumido por el deportista en dicha práctica deportiva: riesgo bilateral, indirecto y unilateral¹⁴. El riesgo bilateral en la práctica deportiva se da en aquellos deportes en los que existe una confrontación entre los jugadores, y estos asumen el riesgo de poder recibir un contacto físico directo del rival que pudiese ocasionar una lesión de menor o mayor gravedad, uno de los ejemplos más utilizados lo encontramos en el boxeo.

En el riesgo indirecto, los deportistas asumen un riesgo a través de los objetos que se utilizan en la práctica deportiva, como pueden ser la pelota de tenis o la espada en el caso del esgrima. El riesgo unilateral, como explica Ventas Sastre, es aquel en el que el deportista no asume un riesgo de contacto físico, pues se encuentra ante deportes individuales en los que no existe un contacto entre los deportistas, como es el caso de la natación.

La violencia endógena es admitida por la sociedad en determinados deportes y no se considera reprochable desde el punto de vista jurídico; pero es importante delimitar en qué punto de la acción encontramos una acción violenta que pueda producirse por un determinado lance de la actividad deportiva, como por ejemplo en el caso del fútbol - una patada fortuita con la disputa del balón que ocasione una lesión a uno de los jugadores partícipes de dicha acción, o por el contrario que un determinado jugador en una acción innecesaria del partido y sin la disputa del balón, cause una lesión a otro jugador-. En el primer caso, el árbitro, teniendo la potestad disciplinaria en dicho caso, es el responsable de determinar si dicha conducta es punible de una sanción a partir de las normas que contempla el reglamento disciplinario para la práctica deportiva del fútbol, ya que el jugador asume un cierto riesgo de poder sufrir una lesión en el transcurso de un encuentro. En el segundo ejemplo, además de la sanción que debe tomar el árbitro, los órganos disciplinarios del fútbol, como encargados de analizar dicha actuación por parte del jugador, pueden tomar la decisión de una sanción mayor hacia el jugador.

Las lesiones están sancionadas en el Código Penal español en los artículos 147 a 156. Sin embargo, ¿es necesario aplicar el Código Penal en una lesión deportiva? Esta pregunta ha sido razón de análisis por muchos autores. Cuestión relevante es el trato del bien jurídico que, como explica Valls Prieto, la actividad deportiva permite la utilización del contacto físico e incluso la violencia en algunos casos como parte integrante de dicha actividad aunque no sea esta su finalidad. Por ello, y aunque el artículo 155 de nuestro Código Penal trate el consentimiento de las lesiones (*“En los delitos de lesiones, si ha mediado el consentimiento válida, libre, espontánea y expresamente emitido del ofendido, se impondrá la pena*

¹³ MILLAN GARRIDO, Antonio *Violencia y Deporte VII JORNADAS SOBRE EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL DEPORTE EN ANDALUCÍA* (Jerez de la Frontera, 20 y 21 de octubre de 2005)

¹⁴ VENTAS SASTRE, Rosa *Estudio jurídico-penal de las lesiones deportivas en el Derecho español* Letras Jurídicas. Revista electrónica de Derecho, nº 3, 2006, en referencia a MEDINA ALCOZ, M.: *La asunción del riesgo por parte de la víctima*. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, 2004

inferior en uno o dos grados") debemos centrar nuestros esfuerzos en analizar en *animus laedendi*¹⁵.

Si tomamos como referencia la Sentencia 43/2002 de 8 de marzo de 2002 de la Audiencia Provincial de la Rioja, comprobamos que la lesión producida por el agresor durante el transcurso del encuentro se entiende como una acción fortuita, un lance de juego que debe asumir todo jugador de fútbol durante el transcurso de un partido, y por ello no guarda relación con el Código Penal en sus referencias a las lesiones. Además el juez argumenta que, en este caso concreto en el que el agredido recibió un codazo en la mandíbula que le originó un traumatismo y requirió tratamiento odontológico, se produce en el marco de una acción fortuita, que el árbitro del encuentro no determinó como grave, ya que si lo hubiera determinado así, el agresor hubiese sido expulsado del partido.

La argumentación para no considerar esta acción como un delito de lesiones prosigue en la teoría del riesgo asumido o riesgo permitido, el cual considera el consentimiento prestado por los deportistas, a la hora de participar en una competición, como el consentimiento de poder recibir una lesión concreta y asimismo poner en peligro la integridad corporal. En este punto debemos determinar si estas acciones, que como explica Conde Pumpido Ferreiro, se consideran socialmente adecuadas, son legítimas y aceptadas los daños por ellas causados. Por tanto, el riesgo asumido por el deportista, mientras que éste se desenvuelva dentro de los patrones de comportamiento fijados por la actividad deportiva, para que su carga de riesgo no sobrepase los límites tolerados, se puede considerar una lesión legítima. Por el contrario, si por inobservancia del deber objetivo de cuidado, sobrepasase los límites tolerados que aumentan las probabilidades del daño, la acción se torna intolerable y los daños serán ilícitos.¹⁶

La asimilación de conocer los riesgos que puede suponer cierta actividad deportiva siempre aceptado y conscientemente la práctica de dicha actividad-, apunta Verderra Server que no es suficiente el mero conocimiento para afirmar que existe asunción del riesgo; pero también es claro que esa asunción puede darse de forma tácita¹⁷, es decir, asumir dicho riesgo sin el conocimiento necesario, de lo que puede ocurrir por practicar un determinado tipo de deporte.

2.2 La violencia exógena

Después de conocer la violencia que se produce dentro de la práctica deportiva, hemos de analizar un tipo de violencia producida en los recintos deportivos, ya sea fuera o dentro de ellos por personas ajenas. Este tipo de violencia se puede cometer antes, durante o después del evento deportivo y es denominada violencia exógena. Surge, sobretudo, en las gradas de los estadios, y es el comportamiento violento de una grada debido a una circunstancia ya sea la rivalidad entre dos equipos, la importancia del encuentro, una decisión arbitral contraria al sentir de la afición o una provocación de algún jugador rival.

Todos estos factores desencadenan una serie de instintos peligrosos e irracionales en el ser humano que lleva a los espectadores a realizar determinadas agresiones. Éste tipo de agresión se define como la aplicación de un estímulo aversivo físico, verbal o gestual de una persona hacia otra¹⁸. No concibiendo ésta

¹⁵ VALLS PRIETO, Javier *La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva* revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2009. p 14:6

¹⁶ CARDENA SERRANO, Fidel Angel *El Derecho Penal y el Deporte Especial Referencia a la violencia y al dopaje* Estudios penales y criminológicos nº27. 2007 p. 99 en referencia a CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. "Derecho Penal. Parte General, Edicitorial Colex, Madrid, 1990, pages 211 y 212

¹⁷ VERDERRA SERVER, Rafael *Una aproximación a los riesgos del deporte* Indret, nº 116, 2003, Barcelona

¹⁸ GOMEZ, Angel *La violencia en el deporte. Un análisis desde la Psicología Social*. Revista de Psicología Social, 2007, p.69 en referencia a TENENBAUM, G., STEWART, E., SINGER, R. N.

como una actitud, sino como una conducta, y concretamente como un comportamiento cuya intención es la de provocar un daño a la persona o personas que son objeto de la agresión.

Este daño no tiene por qué entenderse de manera física, también puede ser psicológico. En los casos de racismo o xenofobia, por ejemplo en el caso del jugador de fútbol de Costa de Marfil, Yaya Touré. Éste fue recibido en el estadio de CSKA de Moscú con canticos racistas en el encuentro que enfrentaba a su equipo con el Manchester City. La UEFA actuó duramente contra el equipo ruso y cerró parcialmente su estadio¹⁹.

Bien es cierto que no todos los aficionados que acuden a un estadio actúan en este tipo de actos vandálicos, sino que son un grupo reducido de radicales que encuentran el deporte como una herramienta para integrarse en el pandillismo adolescente aglutinado. La mayoría de actos violentos por parte de los aficionados se centran en los más radicales. Estos suelen estar organizados en grupos violentos apoyados en una ideología política, con un sentimiento de superioridad hacia el resto de aficionados y sobre todo, a los aficionados que no son de su mismo club deportivo. Esta superioridad en la mayoría de ocasiones se representa a través de la violencia física hacia los aficionados rivales.

Destacan los llamados *ultras*, con estructura similar a las pandillas callejeras de barrio: primitivismo tribal, estructura jerarquizada, normas y modelo de comportamiento específico, y reparto interno de funciones²⁰. Como explica Adán Revilla, estos grupos se reúnen en las inmediaciones del estadios antes de los encuentros, bebiendo y preparando las pancartas que van a colocar en el estadio. Las congregaciones de «ultras» se dirigen al el estadio escoltados por la Policía para evitar las peleas y escaramuzas con el grupo local que les está esperando, aunque eso no impide que en muchas ocasiones estas agresiones ocurran²¹. Un ejemplo lo encontramos en Madrid, en el partido de fase de Grupos de la Champions League entre los equipos Real Madrid y Legia de Varsovia, donde éstos últimos comenzaron a lanzar botellas a aficionados y periodistas que se encontraban por las inmediaciones del estadio²².

Estos grupos violentos organizados, que cometen dichas agresiones, se pueden considerar como asociación ilícita. Gutiérrez Moreno los define como grupos con estructuras más o menos duraderas, con distribución de funciones y con el objetivo social de promover y ejercer la violencia²³.

El delito de asociación ilícita viene recogido en el Código Penal español en el artículo 515 en él se explica la punibilidad de las asociaciones ilícitas, teniendo en consideración una serie de características: *1.º Las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión; 2.º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución; 3.º Las organizaciones de carácter paramilitar; 4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad.*

& DUDA, J. (1997). Aggression and Violence in Sport: An ISSP Position Stand. The Sport Psychologist, 11, p 1-7

¹⁹ <https://www.elheraldo.co/deportes/el-racismo-residuo-de-la-violencia-en-los-estadios-de-futbol-del-mundo-151371>

²⁰ ADAN REVILLA, Teresa. *Nuevos escenarios, viejos rituales. Los «ultras» del fútbol* Revista de antropología social, núm. 2. Editorial Complutense, Madrid, 1993 p.151

²¹ *Ibidem* p.152

²² https://elpais.com/deportes/2016/10/18/champions/1476814324_608107.html

²³ GUTIÉRREZ MORENO, Francisco Manuel, *Respuesta Penal en la lucha contra la violencia en el deporte: el delito de asociación ilícita*. Diario La Ley Nº7553, Sección Doctrina, 24 de enero de 2011

Estos grupos, por tanto, promueven e incitan el odio por motivos ideológicos o de raza, realizando acciones violentas. De forma que se les impondrá la pena correspondiente del artículo 517 1.º *A los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones, las de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años. 2.º A los miembros activos, las de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses.*

Pero debemos preguntarnos si además estos grupos violentos podrían considerarse un grupo criminal pues, el Código Penal en su Libro segundo, Título XXII en relación con todos los delitos de desórdenes públicos, y más concretamente en su Capítulo sexto, que trata sobre las organizaciones y grupos criminales; el artículo 570 bis apartado 1 dicta lo siguiente: *“Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquella tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos. A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos”.*

Por tanto, y considerando como delito las manifestaciones ilícitas contempladas en el artículo 513.2: *“aquellas a las que concurran personas con armas, artefactos explosivos u objetos contundentes o de cualquier otro modo peligroso”*; debemos considerar a los grupos radicales como organizaciones criminales que, en muchas ocasiones además de realizar actos violentos en el ámbito deportivo, se dedican a otras actividades delictivas. Véase el caso de la detención de una parte de los ultras del F.C Barcelona “Boixos Nois” acusados de tráfico de drogas y extorsión.²⁴ Igualmente conocido es el caso de la utilización de objetos contundentes y armas por estos grupos violentos. Un ejemplo lo encontramos en los ultras del equipo de fútbol Atlético Osasuna, que fueron detenidos en 2016 por pertenencia a grupo criminal y múltiples cargos de lesiones realizadas con objetos contundentes²⁵.

Concluimos, por tanto, que éste tipo de violencia, en muchas ocasiones excede del estricto ámbito federativo, ya que los sujetos que cometen estos hechos no pertenecen a las estructuras orgánicas de los clubes deportivos. Aunque las Federaciones Internacionales y Nacionales pretenden evitar, a través de sanciones a los clubes o a los países, la producción de actos violentos en las competiciones deportivas, es necesaria la intervención del derecho penal en determinadas ocasiones.

3. Evolución de la prevención de la violencia en el Deporte

La necesidad de una normativa específica para el deporte y en concreto, para erradicar los problemas que éste plantea en cuanto a la violencia, no sólo en las competiciones en sí sino también en espectáculos deportivos; es un objetivo prioritario para Europa y para España. Las encuestas de *“Citizens of the European Union and Sport”* indican que el 32% de los ciudadanos Europeos y el 47% de los Españoles, consideran que uno de los aspectos negativos del deporte es la

²⁴<http://ecodiario.eleconomista.es/futbol/noticias/1883692/02/10/Redada-de-la-policia-catalana-contra-los-Boixos-Nois.html>

²⁵https://as.com/futbol/2016/02/01/segunda/1454330037_894106.html

violencia²⁶. Por tanto, los avances de las últimas décadas en cuanto al desarrollo de instrumentos normativos que apoyan estas actuaciones son objeto de estudio.

La preocupación social por el aumento de la violencia en el deporte llevó al Consejo de Europa a la aprobación del *Convenio Internacional sobre la violencia, seguridad e irrupciones de espectadores con motivo de manifestaciones deportivas y, especialmente, partidos de fútbol*, en 1985. De igual interés es la *Resolución sobre el comportamiento vandálico y de la libre circulación de hinchas de fútbol*²⁷

El Convenio tiene su origen entre 1980 y 1985 donde se producen hechos reseñables como la conocida "Tragedia de Heysel"²⁸, ocurrida el 29 de mayo de 1985, en Estadio de Heysel en Bruselas (Bélgica), donde se produce una avalancha de aficionados antes del comienzo de la final de la Copa de Europa que disputarían Juventus de Turín y Liverpool. Esta avalancha fue producida por un grupo de *hooligans* del Liverpool que intentaban agredir a seguidores del equipo italiano. Este caos provocó 39 muertos de diferentes nacionalidades y más de 600 heridos. La FIFA (Fédération Internationale de Football Association) tuvo que hacer grandes esfuerzos por recuperar el prestigio de este deporte. Al Liverpool se le prohibió participar en competiciones europeas durante diez años (luego se rebajó a seis) y el resto de clubes ingleses cinco²⁹.

El Convenio se convierte en un referente para todos los estados miembros de la Unión Europea. Nuestro sistema lo ratificó en 1987 y lo adopta como base de su normativa Estatal. Consigue diseñar un conjunto integral de medidas para la prevención de la violencia, para identificar y enjuiciar a los delincuentes; así mismo, crea un marco de cooperación internacional a través de un Comité Permanente encargado de velar por el cumplimiento del convenio en los estados³⁰.

A partir del 1996, el Consejo de Europa centra sus esfuerzos en la cooperación policial, de forma que las autoridades deportivas y los cuerpos policiales intercambien información sobre los aficionados y respalden las iniciativas de prevención de la violencia³¹. Destaca la Acción Común acordada por el Consejo de Europa el 26 de mayo de 1997, relativa a la cooperación en el ámbito de la seguridad y el orden público³².

Más tarde nace en España la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte con el objetivo de regular el marco jurídico en que debe desenvolverse la práctica deportiva en el ámbito del Estado; la cual es desarrollada por el Real Decreto 769/1993, de 21 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento para la prevención de la violencia en los espectáculos deportivos. Éste es modificado, posteriormente, por el Real Decreto 1247/1998, de 19 de junio.

La ley del Deporte supuso un punto de inflexión para España pues ésta consiguió posicionarse, a nivel internacional, como el país de referencia en cuanto a la gestión de la seguridad en sus espectáculos deportivos. Como no, esta posición sólo fue posible gracias a la colaboración entre las distintas Administraciones Públicas y sus gobernantes, así como gracias a las distintas ligas profesionales, federaciones deportivas y clubes de todo el territorio. Igualmente, y con la aprobación de esta Ley, nace el Consejo Superior de Deportes, definido como un

²⁶ Special Eurobarometer 213 "Citizens of the European Union and Sport". Fieldwork October-November 2004. Publication November 2004. Unidad de Deporte del DG EAC, encuesta sobre la práctica y la imagen del deporte dentro de la Unión Europea.

²⁷ Diario Oficial n°C 166 de 10/06/1996 p.0040

²⁸ GÓMEZ, Á. "La violencia en el deporte. Un análisis desde la Psicología Social" Revista de Psicología Social, 2007, pág 64

²⁹ <http://www.abc.es/20100610/archivo-historia-abc/heysel-castastrofe-bruselas-liverpool-201006101230.html>

³⁰ FERNÁNDEZ MARTÍN, O. "La violencia en el Deporte". Palibrio, 2013. Pág 230.

³¹ https://europa.eu/european-union/topics/sport_es

³² AGUILAR DÍAZ, Antonio . *La violencia en el deporte desde el punto de vista jurídico*. Estudios sobre la violencia / coord. por Julián Delgado Aguado, 2006 Pág 87

Organismo Autónomo de carácter administrativo, a través del cual se ejerce la actuación de la Administración del Estado en el ámbito del deporte.

A finales del 2004, se constituye, a propuesta del Consejo Superior de Deportes, un Observatorio de la Violencia, el Racismo y la Xenofobia en el Deporte, en el seno de Comisión Nacional contra la Violencia en los Espectáculos Deportivos³³ pues, según cita, *el racismo, la xenofobia y, en general, la intolerancia, son una forma de violencia que no debe tener cabida en la sociedad. El deporte tiene una función de promoción de valores como el respeto mutuo, la tolerancia, la deportividad y la no discriminación de las personas*³⁴.

Los resultados obtenidos por la convocatoria de esta comisión dan lugar al nacimiento de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte; derogando así la Ley del Deporte. Esta ley ha logrado unificar todas las disposiciones contenidas en el ordenamiento jurídico Español, regulando no sólo la violencia en sentido estricto, sino todo lo referente al racismo, la xenofobia o la intolerancia en el ámbito deportivo; reuniendo en un único cuerpo legislativo todo lo relativo a la de violencia de los espectadores o a la del terreno de juego, con el propósito de ofrecer una respuesta coherente a estos fenómenos.

La ley ha sido desarrollada por dos reales decretos: el Real Decreto 203/2010, de 26 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de prevención de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte; y el Real Decreto 748/2008, de 9 de mayo, por el que se regula la Comisión Estatal contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte. El primero de ellos tiene por objeto el desarrollo de las medidas de prevención y control de la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte contenidas en la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte, y las que resulten aplicables de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Éste reglamento no sólo es aplicable al deporte profesional sino a todos los estamentos del deporte, esto es, a las competiciones deportivas organizadas por entidades o federaciones deportivas españolas. El segundo, regular la composición, funciones y régimen de funcionamiento de la Comisión Estatal contra la Violencia, el Racismo, la Xenofobia y la Intolerancia en el Deporte, en desarrollo del artículo 20 de la Ley 19/2007, de 11 de julio, contra la violencia, el racismo, la xenofobia y la intolerancia en el deporte.

Paralelamente a la entrada en vigor de la Ley 19/2007; la Comisión Europea en ese mismo año, presenta el Libro Blanco del Deporte y el Plan de Acción "Pierre de Coubertin", el cual ofrece orientaciones estratégicas sobre la relevancia del deporte a nivel social y económico en las políticas Europeas. Reconoce el deporte como elemento integrador de personas y culturas, por lo que rechaza todo comportamiento derivado del racismo y la violencia.

Aunque según el tratado de Niza, la Unión Europea sólo dispone de competencias indirectas en materia deportiva, por lo que serán responsables las organizaciones deportivas y los Estados Miembros; tanto el Parlamento Europeo como la Comisión han incidido sobre los aspectos que permiten la prevención de éste fenómeno así como la problemática jurídica que pueda surgir entre el Consejo y los Estados.

No es hasta 2009, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, cuando la Unión Europea adquiere por primera vez una competencia específica en materia de deporte. Así el artículo 6 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en su artículo 6, establece las competencias reconocidas a la Unión para llevar a cabo acciones de apoyo y cooperación a los estados miembros en materia deportiva. Igualmente, el artículo 165.2 del Tratado establece que *la Unión contribuirá a*

³³ <http://www.csd.gob.es/csd/sociedad/5ViolDep/evolucion-del-modelo-espanol/>

³⁴ <http://www.csd.gob.es/csd/sociedad/5ViolDep/Observatorio-Violencia/presentacion-y-direccion-de-contacto>

fomentar los aspectos europeos del deporte, teniendo en cuenta sus características específicas, sus estructuras basadas en el voluntariado y su función social y educativa.

Vemos, pues, que la evolución del Derecho Deportivo ha estado guiada por la lucha contra la violencia, trascendiendo su función hasta lo social: neutralizar los impulsos violentos que pudieran asociarse a la actividad física evitando daños y lesiones a los participantes. Lo que pretende este Derecho es identificar el deporte con el juego limpio, es decir, que sea una antítesis de la violencia. La existencia de una disciplina deportiva se ha convertido en una materia de interés público latente en España, en cuanto que dicha disciplina es portadora de unos valores que el Estado ha de preservar. Estos valores se resumen hoy en el llamado "Mandamiento" del Comité Olímpico Internacional³⁵, el cual define lo que se considera, verdaderamente, una *conducta deportiva*: *"serás un auténtico deportista si, como atleta, tomas parte en el deporte por el gusto del mismo, practicas el deporte de forma altruista, sigues los consejos que te han sugerido, aceptas sin discusión las decisiones de un jurado o de un árbitro, vences sin presunción y pierdes sin amargura, prefieres perder a ganar con medios ilícitos o descorteses, en competición o fuera, en todas tus acciones, te comportas de forma deportiva y cortés"*.

4. Conclusiones

La violencia en el deporte es una realidad social que no debemos olvidar, los Estados siguen trabajando para erradicarla a través de la educación y de las leyes, pero es necesaria una mayor colaboración con los clubes deportivos y las federaciones deportivas para no permitir este tipo de comportamiento, ya que no debemos olvidar que el deporte es un fenómeno mundial que sirve como ejemplo para la sociedad, en especial la infancia que persigue ser como sus ídolos deportivos.

La estructura histórica de la permisividad en los espectáculos deportivos ha ido evolucionando, pero todavía siguen quedando ciertos pasos que dar a la hora de considerar qué tipos de lesiones tienen que ser sancionadas por la vía administrativa o cuales por la vía penal.

La asunción del riesgo por parte del deportista es una de las claves que determina la implicación penal en la lesión, por ello debemos ser precavidos a la hora de analizar cada lesión y considerar si ese riesgo era asumido y si el bien jurídico protegido, en este caso la integridad física del jugador se ha puesto en excesivo riesgo.

Respecto a la violencia fuera de terreno de juego, consideramos la importancia de seguir trabajando para erradicar sobre todo a los grupos violentos que están en los estadios, bien es cierto que en los últimos años algunos equipos de fútbol como el Real Madrid o el F.C Barcelona eliminaron estos grupos de sus estadios, pero muchos otros equipos todavía siguen siendo permisivos con los radicales y sus consignas.

Como dijo el Presidente del Comité Olímpico Español, Alejandro Blanco, la violencia en el Deporte no es más que un reflejo de la sociedad actual con difícil solución. Por ello se necesita la colaboración de todos los agentes sociales para ponerle fin.

³⁵ GAMERO CASADO, Eduardo. *La erradicación de la violencia como idea-fuerza en la evolución histórica del Derecho Deportivo*. Régimen Judicial de la violencia en el deporte, coord por MILLAN GARRIDO Editorial Bosch 2006 p 24 .

5. Bibliografía

- ADAN REVILLA, T. *Nuevos escenarios, viejos rituales. Los «ultras» del fútbol*. Revista de antropología social, núm. 2. Editorial Complutense, Madrid, 1993, p.151
- AGUILAR DÍAZ, A. *La violencia en el deporte desde el punto de vista jurídico*. Estudios sobre la violencia / coord. por Julián Delgado Aguado, 2006, p. 87
- CARDENA SERRANO, FA. *El Derecho Penal y el Deporte Especial Referencia a la violencia y al dopaje* Estudios penales y criminológicos nº27. 2007 p. 99 en referencia a CONDE PUMPIDO FERREIRO, C. "Derecho Penal. Parte General, Edicitorial Colex, Madrid, 1990, pags 211 y 212
- CAYUELA MALDONADO, MJ. *Los efectos sociales del deporte: ocio, integración, socialización, violencia y educación*. El Centro de Estudios Olímpicos (CEO-UAB) 1997 <http://olympicstudies.uab.es/pdf/wp060_spa.pdf> Pág 12.
- Diario Oficial nºC 166 de 10/06/1996 p.0040
- DUNNIG, E. *Reflexions sociològiques sobre esport, violència i civilització*. Generalitat de Catalunya. Secretaria General d'Esport. Barcelona, 1988.
- DURÁN GONZALEZ, J. *Deporte, Violencia y educación*. Revista de Psicología del Deporte (1996).
- FERNÁNDEZ MARTÍN, O. "La violencia en el Deporte". Palibrio, 2013, p. 230.
- GAMERO CASADO, E. *La erradicación de la violencia como idea-fuerza en la evolución histórica del Derecho Deportivo*. Régimen Jurídico de la violencia en el deporte, Coord por MILLAN GARRIDO. Editorial Bosch, 2006, p. 24
- GAMERO CASADO, E. *Violencia en el deporte y violencia en espectáculos deportivos: referencia histórica y problemática actual*. Régimen jurídico de la violencia en el deporte. Coord MILLAN GARRIDO, Antonio. Bosch 2006 p. 16 en referencia a P. Parlebas: *Elementos de sociología del deporte*, Instituto Andaluz del Deporte, Málaga, 2003 p. 191
- GOMEZ, A. *La violencia en el deporte. Un análisis desde la Psicología Social*. Revista de Psicología Social, 2007, p.69 en referencia a TENENBAUM, G., STEWART, E., SINGER, R. N. & DUDA, J. (1997). Aggression and Violence in Sport: An ISSP Position Stand. The Sport Psychologist, 11, p 1-7
- GÓMEZ, Á. *La violencia en el deporte. Un análisis desde la Psicología Social*. Revista de Psicología Social, 2007, p. 64
- GUTIÉRREZ MORENO, FM. *Respuesta Penal en la lucha contra la violencia en el deporte: el delito de asociación ilícita*. Diario La Ley Nº7553, Sección Doctrina, 2011
- JIMENEZ, J. *La historia del deporte: civilizaciones antiguas y la importancia actual*. 2017
- JIMÉNEZ-BAUTISTA, F. *Conocer para comprender la violencia: origen, causas y realidad* Revista Convergencia vol.19 no.58 ene./abr. 2012
- MANDELL, R. *Historia de la Cultura del deporte*. Edicions Bellatera, 1986, p.49
- MILLAN GARRIDO, A. *Violencia y Deporte VII JORNADAS SOBRE EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DEL DEPORTE EN ANDALUCÍA*. Jerez de la Frontera, 2005.
- Obra Colectiva. *El Deporte y su Historia*. Editorial Santillana, 1971, p.12
- Special Eurobarometer 213 "Citizens of the European Union and Sport". Fieldwork October-November 2004. Publication November 2004. Unidad de Deporte del DG EAC, encuesta sobre la práctica y la imagen del deporte dentro de la Unión Europea.
- VALLS PRIETO, J. *La intervención del Derecho Penal en la actividad deportiva* revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología 2009, p. 14:6
- VENTAS SASTRE, R. *Estudio jurídico-penal de las lesiones deportivas en el Derecho español* Letras Jurídicas. Revista electrónica de Derecho, nº 3, 2006, en referencia a MEDINA ALCOZ, M.: *La asunción del riesgo por parte de la víctima*. Riesgos taurinos y deportivos, Madrid, 2004
- VENTAS SASTRE, R. *La violencia en el deporte: Tratamiento en el Derecho penal español* Letras jurídicas: revista electrónica de derecho, Nº. 5, 2007

VERDERA SERVER, R. *Una aproximación a los riesgos del deporte* Indret, nº 116, 2003, Barcelona

Páginas web:

<http://ecodiario.eleconomista.es/futbol/noticias/1883692/02/10/Redada-de-la-policia-catalana-contralos-Boixos-Nois.html>
<http://www.abc.es/20100610/archivo-historia-abc/heysel-castastrofe-bruselas-liverpool-201006101230.html>
<http://www.csd.gob.es/csd/sociedad/5ViolDep/evolucion-del-modelo-espanol/>
<http://www.csd.gob.es/csd/sociedad/5ViolDep/Observatorio-Violencia/presentacion-y-direccion-de-contacto>
<http://www.marca.com/juegos-olimpicos/2016/08/06/57a51d75268e3ebe2b8b4583.html>
http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-14352012000100001
https://as.com/futbol/2016/02/01/segunda/1454330037_894106.html
https://elpais.com/deportes/2016/10/18/champions/1476814324_608107.html
https://europa.eu/european-union/topics/sport_es
<https://www.adslzone.net/lab/historia/la-historia-del-deporte-civilizaciones-antiguas-la-importancia-actual>
<https://www.elheraldo.co/deportes/el-racismo-residuo-de-la-violencia-en-los-estadios-de-futbol-del-mundo-151371>

A violação de direitos humanos em decorrência do assédio moral nas forças armadas e o conflito aparente em relação a hierarquia e a disciplina militar

The violation of human rights as a result of moral harassment in the armed forces and the apparent conflict in relation hierarchy and military discipline

Iasmin da Silva Oliveira¹

Ricardo Tavares de Albuquerque²

Universidade do Estado do Amazonas - UEA
Centro Universitário Nilton Lins.

Sumário: Considerações iniciais; 2 Os aspectos gerais do assédio moral no âmbito da sociedade civil; 2.1 Conceito da prática do assédio moral dado pela jurisprudência; 2.2 Patologias que podem ter sua origem no assédio moral; 2.3 Previsão legal; 3 Assédio moral na caserna e o conflito aparente entre esse ilícito e a hierarquia e a disciplina militar; 3.1 Princípio da hierarquia e da disciplina militar; 3.2 Ética militar; 3.3 Demonstração de aptidão física e mental como requisito de ingresso nas forças armadas; 4 Meio ambiente da prestação do serviço militar sadio; Considerações finais.

Resumo: O assédio moral ou terror psicológico é verdadeira conduta ilícita, a qual pode ocorrer tanto no setor privado quanto no público, e, seu conceito pode ser resumido em uma violência pessoal, que é moral e psicológica, sobretudo, manifesta-se de forma repetida e sistematizada. De modo que, o caráter processual inerente à sua essência mina a personalidade do indivíduo gradativamente. Vale destacar que suas consequências por vezes são tão severas que chegam a ser irretratáveis, culminado no extremo da incapacidade laborativa e civil do assediado. Não se olvide que, as Forças Armadas apesar de dispensar tratamento rígido aos militares, esses são pautados na ética militar, cuja regulamentação está disposta no Estatuto dos Militares e em inúmeras outras normas. Isto é, quando as Forças Armadas se usurpa da finalidade precípua da Administração Pública, para humilhar, mal-tratar de forma repetida e sistematizada dado militar; haverá inegável desrespeito aos direitos basilares da vítima, logo, essa atitude em nada encontra amparo nos padrões comuns e necessários a manutenção da ordem e disciplina militar, já que, por mais que exista tratamento desigual no bojo da hierarquia militar, aquele, inegavelmente, deverá ser pautado no respeito mútuo e não no temor psicológico.

Palavras-chave: Assédio Moral; Hierarquia e Disciplina Militar; Ética Militar; Temor Psicológico.

¹ Graduada da Universidade do Estado da Amazonas - UEA e pesquisador da Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado do Amazonas - FAPEAM.

² Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário Nilton Lins. Mestrado em Direito Ambiental pela Universidade Estadual do Amazonas. Professor da Universidade do Estado do Amazonas.

Abstract: The moral harassment or psychological terror is real offending conduct, which may occur both in the private sector and in public, and its concept can be summarized in a personal violence, which is morally and psychologically, especially, manifests itself repeatedly, and systematized. Therefore, the character of procedure inherent to his essence undermines the personality of the individual gradually. It is worth noting that its consequences are sometimes so severe that even irreversible, culminating at the end of occupational incapacity and the harassed. Not forget that the Armed Forces in spite of dispensing treatment drive to the military, these are based on military ethics, which is prepared on the status of the military and in numerous other standards. This is when the armed forces if usurps the purpose of essential public administration, to humiliate, ill-treat repeatedly and systematically given military; there will be no denying disrespect for basic rights of the victim, so this is in no way is based on common standards and required the maintenance of order and military discipline, since, for more that there is unequal treatment in the wake of the military hierarchy, that, undeniably, should be based on mutual respect and not fear psychological.

Keywords: Moral Harassment; Hierarchy and Military Discipline; Military Ethics; Psychological Fear.

Considerações Iniciais

O tema recentemente foi introduzido nas mesas de debate dos tribunais brasileiros ainda que sua origem retome há tempos imemoráveis, fato que encontra barreira na ausência de norma reguladora, pois não há registro no ordenamento jurídico brasileiro de previsão específica federal do conceito e das fronteiras do assédio moral, de modo que fica a cargo da doutrina e jurisprudência traçar o arcabouço acerca da temática.

Merece destaque a necessidade em não se confundir o assédio moral com o dano moral, uma vez que o primeiro é muito mais do que uma fase de estresse, pois acarreta até mesmo em alguns casos danos à saúde psicológica e a higidez mental do assediado, assim sendo trata de uma conduta específica; por seu turno o dano moral é uma conduta genérica, embora ambos sejam ofensa aos seus direitos da personalidade, de forma que o fator de diferenciação é a intensidade e a frequência com que ocorrem.

Com o objetivo de analisar os danos causados pela prática do assédio moral e os seus reflexos no ordenamento jurídico pátrio, buscou-se analisar o instituto do assédio moral em conjunto com a amplitude social e jurídica dos danos causados a vítima do ato ilícito, bem como a dupla barreira vivenciada pelo assediado, a primeira passada na caserna e a segunda na dificuldade em demonstrar o alegado ao judiciário, vez que não dispõe dos necessários meios de prova.

Para tornar clara a compreensão do proposto, os objetivos específicos desenvolvidos no decorrer da evolução deste corpo textual foram, primeiramente, discorrer sobre os aspectos gerais do assédio moral no âmbito da sociedade civil; em seguida, apontar as diferenças entre o conflito aparente do assédio moral e a hierarquia e disciplina militar; e, por fim, realizar um estudo do direito como integridade, mesclando a aplicação do entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrio dado ao tema.

O método utilizado será o dedutivo contando com o apoio de pesquisas realizadas por meio de levantamento teórico em livros, artigos e jurisprudência pátria, fazendo uso de leitura seletiva, com o intuito de preencher os espaços traçados nos objetivos específicos.

Em suma, pretende-se trazer à baila a discussão acerca da extrema cautela apresentada pelos Tribunais Regionais Federais em reconhecer o nexo de causalidade entre o dano invisível causado à vítima do assédio militar - salvo quando transparece danos psicológicos - e a conduta ilícita praticada na caserna, ante a excludente da hierarquia e disciplina militar amplamente suscitada pelas

forças armadas, assim como a tentativa de descaracterizar o assédio moral proferido no meio ambiente militar a danos resultantes de problemas pessoais da vítima ou a perturbações anteriores ao ingresso nas forças armadas.

2. OS ASPECTOS GERAIS DO ASSÉDIO MORAL NO ÂMBITO DA SOCIEDADE CIVIL

O assédio moral apresenta inúmeras denominações em toda parte do mundo, para ilustrar, Guimarães e Rimoli³ elencam algumas, a saber:

Diversas expressões têm sido utilizadas em diferentes países para designar o fenômeno. Na França – *Harcèlement moral* (assédio moral), Itália – *molestie psicologiche*, – na Inglaterra, Austrália e Irlanda – *Bullying*, *Bossing*, *Harassment* (tiranizar), nos Estados Unidos, Países nórdicos, bálticos e da Europa Central – *Mobbing* (molestar), no Japão – *Murahachibu* (ostracismo social), em Portugal – *Coacção moral*, nos países hispânicos – *Acoso moral*, *acoso psicológico* ou *psicoterrorismo*, no Brasil – Assédio moral, assédio psicológico, *mobbing*.

É imprescindível registrar o conceito traçado pela psiquiatra Marie-France HIRIGOYEN:⁴

O assédio moral no trabalho é definido como qualquer conduta abusiva (gesto, palavra, comportamento, atitude [...]) que atente, por sua repetição ou sistematização, contra a dignidade ou integridade psíquica ou física de uma pessoa, ameaçando seu emprego ou degradando o clima de trabalho.

O assédio moral ou terror psicológico como também é conhecido, é uma violência pessoal tanto moral quanto psicológica, pode ocorrer na forma horizontal, ou seja, entre colegas de mesma hierarquia, ou pode se manifestar na modalidade vertical descendente, quer dizer, do superior hierárquico ao seu subordinado, ou ainda vertical ascendente, caso em que acontece do grupo subordinado ao superior direto.

Não se pode perder de vista que assédio moral é caracterizado principalmente pelo abuso de poder de forma repetida e sistematizada, logo, episódios esporádicos não o configuram, pois apresenta caráter permanente de acordo com os ensinamentos de Amauri Mascaro Nascimento.

Entende-se por assédio moral todo comportamento de natureza psicológica, repetitivo e prolongado, praticado no ambiente de trabalho pelo empregador, superior hierárquico ou não, contra trabalhador ou pelo trabalhador contra pessoa representante do empregador, com o objetivo ou efeito de afetar ou tentar afetar a saúde psíquica e a dignidade psicológica da pessoa humana ou criar um ambiente hostil, humilhante e emocionalmente desestabilizador. Constitui ainda assédio moral todo comportamento contra o trabalhador que implique a prática de perseguição ou menosprezo no ambiente de trabalho como os atos destinados a excluir uma pessoa de sua atividade profissional, a exigência de serviço de objetivo ou prazo inatingível, a atribuição de tarefas de realização impossível, a manipulação da reputação pessoal ou profissional de uma pessoa por meio de rumores e ridicularização, o abuso de

³ GUIMARÃES, L.A.M.; RIMOLI, A. O. “*Mobbing (Assédio Psicológico) no Trabalho: Uma síndrome psicossocial multidimensional*”. Revista Psicologia Teoria e Pesquisa, Brasília, v. 22, nº 02, 2006, p. 184.

⁴ HIRIGOYEN, M. F. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o assédio moral*, tradução Rejane Janowitz. 8. ed. Rio de Janeiro, Bertrand Brasil, 2015, p. 17.

poder por menosprezo, os ataques persistentes e negativos ao rendimento pessoal ou profissional sem justificação, o controle desmedido do rendimento de uma pessoa.⁵

Não há dúvida de que o assédio moral se manifesta por meio de uma das modalidades de violência, que é a psicológica, assim, Roberval Passos de Oliveira esclarece que são comportamentos repetidos, inoportunos e não-recíprocos, que, cumulativamente, têm um efeito devastador na vítima.

E podem ser subdivididos da seguinte forma:

Assédio: conduta indesejada (verbal, visual ou física), que afete a dignidade da pessoa, tendo como fundamento a idade, alguma deficiência, o sexo, a orientação sexual, a raça, a orientação religiosa, política, sindical, etc.

Bulling e Mobbing: tipo de assédio psicológico, que consiste em comportamentos persecutórios, ofensivos, com característica vingativa, cruel ou maliciosa, que visa humilhar ou desestabilizar um indivíduo ou grupo, isolando-o de contatos sociais e disseminando informações falsas sobre esse. É realizado por alguém (*bulling*) ou por um grupo (*mobbing*) hierarquicamente superior.

Violência simbólica: quando os trabalhadores são tratados com cidadãos de segunda categoria, seja pela cor da pele, pela baixa escolaridade, pela ausência de qualificação profissional, por serem trabalhadores informais, ou por um estigma associado a determinada categoria profissional.⁶

É preciso ficar claro que não é toda pressão ou dissabor no ambiente de trabalho que deve ser encarado sob a ótica do assédio moral, assim, não há como negar que o ilícito em comento apesar de passar pela fase do estresse não se encerra nesse, pois suas consequências são ainda mais severas.

Vale mencionar o entendimento de Hirigoyen:⁷

Qualquer que seja a definição adotada, o assédio moral é uma violência sub-reptícia, não assinalável, mas que, no entanto, é muito destrutiva. Cada ataque tomado de forma isolada não é verdadeiramente grave; o efeito cumulativo dos microtraumatismos frequentes e repetidos é que constitui.

A prática do assédio moral pode ser revestida de inúmeras formas, para tanto Hirigoyen enumera algumas condutas, como a deterioração proposital das condições de trabalho por meio de críticas exageradas ou injustas, instruções impossíveis de serem cumpridas, retirar a autonomia da vítima, retirar o trabalho que normalmente lhe compete, bem como não levar em consideração recomendações de ordem médica indicadas pelo médico do trabalho.

Além do mencionado, é frequente condutas de isolamento desferidas em relação à vítima, na qual é posta em separada dos outros, tendo sua presença ignorada, até mesmo pode haver a proibição de colegas de trabalho na manutenção de diálogo.

O professor Jorge Luiz de Oliveira Silva, no livro *“Assédio Moral no Ambiente de Trabalho”*, manifestou-se no mesmo sentido da balizada jurisprudência, a qual entende ser a prática do assédio moral verdadeiro terror psicológico, inclusive abala consideravelmente o ambiente de trabalho.

Nessa esteira, afirma-se que:

⁵ NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo, Saraiva, 2011, p. 465-466.

⁶ OLIVEIRA, R.P. *“Violência relacionada ao trabalho: signos, significado e práticas entre trabalhadores da construção civil”*. Tese de doutorado. Salvador, Instituto de Saúde Coletiva da UFBA, 2008, p. 52-53.

⁷ HIRIGOYEN, M. F. *Op. cit.*, p 17.

O assédio moral conhecido como à violência perversa e silenciosa do cotidiano ou psicoterror, nada mais é do que a submissão do trabalhador a situações vexaminosas, constrangedoras e humilhantes, de maneira reiterada e prolongada, durante a jornada de trabalho ou mesmo fora dela, em razão das funções que exerce; determinado como tal prática um verdadeiro terror psicológico que resultará na degradação do ambiente de trabalho, na vulnerabilidade e desequilíbrio da vítima, estabelecendo sérios riscos à saúde física e psicológica do trabalhador a as estruturas da empresa e do Estado.⁸

Vale destacar que a prática do assédio moral não deve ser confundida com a gestão por injúria, violências externas ao ambiente de trabalho, bem como as más condições do labor quando alcança a todos e não somente determinada pessoa.

Estudiosos dessa área apontam que a vítima do terror psicológico no trabalho, denominação por vezes adotada para o assédio moral, não é o trabalhador preguiçoso ou desinteressado, mas geralmente é o que leva o agressor a se sentir ameaçado, em relação ao cargo ou posição ocupada, no ambiente de trabalho.

A convenção 111 da OIT, promulgada pelo Decreto nº 62.150, no Brasil, disciplinou a compreensão do termo discriminação, a seguir delineado:⁹

ARTIGO 1º

1. Para fins da presente convenção, o termo "discriminação" compreende:

a) Toda distinção, exclusão ou preferência fundada na raça, cor, sexo, religião, opinião política, ascendência nacional ou origem social, que tenha por efeito destruir ou alterar a igualdade de oportunidades ou de tratamento em matéria de emprego ou profissão;

Vale frisar que, a tentativa de quantificação do lapso temporal mínimo para configuração da prática em debate não parece ser acertada, uma vez que sua incidência depende do seu nítido viés processual, ou seja, sua reiteração, que poderá se manifestar de forma mais ou menos intensa a depender do caso concreto, não sendo adequado pré-fixar quantidade de eventos que seriam suficientes para reconhecer ou afastar sua ocorrência.

2.1 CONCEITO DA PRÁTICA DO ASSÉDIO MORAL DADO PELA JURISPRUDÊNCIA

Os Tribunais Regionais Federais estão se posicionando no seguinte sentido:

O assédio moral decorre do abuso cometido contra o subordinado pelo superior hierárquico que, excedendo os poderes que lhe foram atribuídos, dispensa ao servidor tratamento incompatível com a dignidade do último, impondo-lhe rigor excessivo ou constrangimentos alheios aos interesses da Administração. Trata-se, com efeito, de ato ilícito, a justificar a compensação pecuniária, quando, da sua prática, advier abalo psíquico – é dizer, dano moral - para a vítima, traduzindo-se na reiteração do tratamento ofensivo à dignidade do subordinado. Interferência no exercício das atribuições funcionais do servidor não tem o condão de caracterizar abuso de poder do superior hierárquico.¹⁰

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou pela possibilidade de reconhecer a incidência do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa nos casos

⁸ SILVA, J. L. O. *Assédio Moral no ambiente de trabalho*. Rio de Janeiro, EJ, 2005, p. 02.

⁹ BRASIL. Decreto nº 62.150, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão.

¹⁰ _____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível nº 200450010043902. Rita de Cassia Valiate Martins e União. Relator Desembargador Federal Mauro Luís Rocha Lopes, 15 de outubro 2007.

de assédio moral, quando do julgamento do Recurso Especial nº 1.286.466 - RS, na qual apreciou a ação civil pública de responsabilidade por ato de improbidade administrativa proposta pelo *Parquet* estadual contra o ex-Prefeito de Canguçu-RS.

No aludido caso, o acusado imbuído na qualidade de Prefeito impôs à funcionária pública municipal “castigo”, afastando-a de suas funções e obrigando-a permanecer por três dias na sala de reuniões da Prefeitura. Tal prática foi entendida como clássico exemplo de assédio moral agravado por motivo torpe.

Seguindo esses passos, o ramo do direito administrativo se posiciona da seguinte forma com base no julgado supramencionado:¹¹

O assédio moral, mais do que provocações no local de trabalho - sarcasmo, crítica, zombaria e trote -, é campanha de terror psicológico pela rejeição. A prática de assédio moral enquadra-se na conduta prevista no art. 11, caput, da Lei de Improbidade Administrativa, em razão do evidente abuso de poder, desvio de finalidade e mal ferimento à impessoalidade, ao agir deliberadamente em prejuízo de alguém.

Dessa forma, o Recurso Especial retromencionado se posicionou no sentido de que essa prática ilícita transpassa as provocações no local de trabalho por meio de sarcasmo, crítica, zombaria e trote, é real campanha de terror psicológico, sendo possível falar até mesmo na presença da difamação, abuso verbal, comportamento agressivo e tratamento frio.

Por sua vez, os embargos infringentes de nº 200851010147120, do TRF 2, trouxe o entendimento dado ao tema pela Organização Internacional do Trabalho.

Ipso facto, segundo a Organização Internacional do Trabalho - OIT, o assédio moral consiste na exposição do trabalhador a situação de constrangimento, humilhação, degradação, menosprezo, inferiorização, ridicularização, culpabilidade, descrédito diante dos colegas e afins. Tais atitudes que, em geral, são conduzidas por alguém hierarquicamente superior no organograma, são repetitivas e prolongadas, e afetam diretamente o exercício profissional. Nesse sentido, o assédio moral se caracteriza, sobretudo, pela imposição de situação humilhante e degradante ao trabalhador, dentro de seu ambiente de trabalho, preferencialmente com a exposição excessiva e contínua da vítima. Veja-se: há uma sutil diferença entre uma situação constrangedora gratuita - e por tal razão, imposta - e aquela causada pelo próprio funcionário, em razão de suas atitudes. 6. Embargos infringentes desprovidos.¹²

Em arremate, o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região ao julgar o emblemático RO 00531-2007-139-03-00-8 apresentou importante definição do assédio moral, o qual é oportunamente repetido, inclusive pela Justiça Federal, em julgamentos cujo objeto é o reconhecimento dessa prática:

O assédio moral consiste em uma perseguição psicológica, a qual expõe os trabalhadores a situações repetitivas e prolongadas de humilhação e constrangimento. Caracteriza-se por condutas abusivas, através de gestos, palavras, comportamentos e atitudes que atentam contra a dignidade ou integridade psíquica ou física da pessoa humana e

¹¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1286466 RS. Odilon Almeida Mesko e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora Ministra Eliana Calmon, 18 de setembro de 2013.

¹² _____. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Embargos Infringentes em Apelação Cível nº 200851010147120. Jorge Antônio Martins e Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Relator Desembargador Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, 29 de outubro de 2012.

afrontam sobremaneira a autoestima do trabalhador, acabando por macular as relações de emprego.¹³

Sendo assim, verifica-se que o assédio moral inegavelmente é ato revestido de abuso de poder por quem o pratica e na via reflexa também é desvio de finalidade quando manifestada na órbita da administração pública, pois a ação imposta ocorre desvinculada dos interesses da Administração Pública, já que em tempo algum se estará amparado pelos fins daquela quando age de modo incompatível com a dignidade do seu par.

Assim, chega a ser visível a assertiva de que a exposição do trabalhador, em sua ampla acepção, a situações de constrangimento, humilhação, degradação, menosprezo e afins são campanhas de terror psicológico, que afetam a higidez física e mental do ser humano, isto é, tem sua dignidade ferida em seu núcleo essencial.

2.2 PATOLOGIAS QUE PODEM TER SUA ORIGEM NO ASSÉDIO MORAL

Vale destacar que o assédio moral em alguns casos pode desencadear na vítima transtornos mentais, os quais podem evoluir do estresse pós-traumático até alterações na personalidade. Frente a essa realidade, a legislação pátria se preocupou em considerar como acidente trabalho não apenas os que apresentam relação direta com o serviço, mas também os que dele decorram, assim sendo, inúmeras doenças podem ter sua origem no ambiente hostil do trabalho, ou seja, inúmeras doenças podem ter sua origem na prática do assédio moral.

Dessa forma, o art. 21, da lei 8.213/91, entende ser equiparado ao acidente de trabalho aquele ligado ao trabalho, mas não é indispensável que tenha sido a única causa, desde que tenha resultado em morte do segurado, redução ou perda da capacidade para o trabalho, nesse particular se enquadra os transtornos mentais e do comportamento relacionados ao trabalho, por vezes são consequência do assédio moral.¹⁴

Em razão disso, a Portaria nº 1339/1999, do Ministério da Saúde, elencou as doenças que se enquadram no grupo dos transtornos mentais e do comportamento relacionados com o trabalho, quais sejam:

- a) Demência em outras doenças específicas classificadas em outros locais (F02.8);
- b) Delirium, não sobreposto a demência, como descrita (F05.0);
- c) Outros transtornos mentais decorrentes de lesão e disfunção cerebrais e de doença física (F06.-): Transtorno Cognitivo Leve (F06.7);
- d) Transtornos de personalidade e de comportamento decorrentes de doença, lesão e de disfunção de personalidade (F07.-): Transtorno Orgânico de Personalidade (F07.0); Outros transtornos de personalidade e de comportamento decorrentes de doença, lesão ou disfunção cerebral (F07.8);
- e) Transtorno Mental Orgânico ou Sintomático não especificado (F09-);
- f) Transtornos mentais e comportamentais devidos ao uso do álcool: Alcoolismo Crônico (Relacionado com o Trabalho) (F10.2);
- g) Episódios Depressivos (F32.-);
- h) Reações ao "Stress" Grave e Transtornos de Adaptação (F43.-): Estado de "Stress" Pós-Traumático (F43.1);
- i) Neurastenia (Inclui "Síndrome de Fadiga") (F48.0);

¹³ _____. Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 00531-2007-139-03-00-8. Relatora Juíza Convocada Maria Cecília Alves Pinto, 07 de setembro de 2007.

¹⁴ _____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências.

- j) Outros transtornos neuróticos especificados (Inclui "Neurose Profissional") (F48.8);
- k) Transtorno do Ciclo Vigília-Sono Devido a Fatores Não-Orgânicos (F51.2);
- l) Sensação de Estar Acabado ("Síndrome de Burn-Out", "Síndrome do Esgotamento Profissional") (Z73.0).¹⁵

Convém notar, outrossim, que não é vedado a empresa estabelecer metas, no entanto sua cobrança não poderá se dar de forma arbitrária, pois, caso assim proceda nascerá o ilícito; não é possível aceitar que metas sejam cobradas por meio de ameaças diretas ou disfarças, a exemplo das ameaças de demissão ou transferência para locais distantes quando o trabalhador não atingida meta previamente fixada pela empresa.

Igualmente é repreensível o uso de expressões grosseiras e de comparações depreciativas. Assim, para a configuração do assédio moral é irrelevante o fato das metas imposta serem inalcançáveis, já que será avaliado o contexto em que a situação fática está inserida, conforme dispôs o Recurso de Revista nº 215400-03.2009.5.15.0070:

ASSÉDIO MORAL - COBRANÇA DE METAS - AMEAÇA DE DEMISSÃO E USO DE EXPRESSÕES VERBAIS AGRESSIVAS E DEPRECIATIVAS - EXERCÍCIO ABUSIVO DO PODER DIRETIVO – CONDUTA OFENSIVA À DIGNIDADE DO TRABALHADOR - DANO MORAL - INDENIZAÇÃO. (...) É que, ainda que tenha estabelecido metas razoáveis, não é dado ao empregador cobrá-las de forma arbitrária, por meio de ameaças que instaurem no ambiente de trabalho um clima de pressão psicológica, medo e tensão incompatíveis com a saúde mental dos trabalhadores. A administração dos trabalhadores por meio do estresse, típica do modelo toyotista de produção, tem gerado, como comprovam estudos científicos respaldados, o sofrimento e o adoecimento psíquico dos trabalhadores, que têm sua autoestima e sua autoconfiança abaladas pelo enfrentamento diário da possibilidade de ser enquadrado como -vencedor- ou -perdedor- a partir do alcance ou não dos parâmetros definidos pela gerência. (...) De forma atenta a esse contexto social problemático, cumpre ao Poder Judiciário firmar que exorbita os poderes de direção do empregador a adoção de medidas de constrangimento e fragilização psíquica dos trabalhadores, por meio da ameaça de sua permanência do emprego e da intolerância intransigente às eventuais dificuldades encontradas por cada indivíduo no atendimento das expectativas empresariais. Nesse contexto, a figura do assédio moral, definida como a conduta abusiva, no âmbito das relações de trabalho, cuja reiteração ou sistematização atente contra a integridade moral, psíquica ou física do trabalhador, ou grupo de trabalhadores, que implique a degradação do ambiente de trabalho, se fez presente, ensejando o direito do trabalhador à reparação correspondente. Presentes os requisitos da responsabilidade civil - conduta ilícita, nexo de causalidade, culpa e dano, aqui caracterizado *in re ipsa*, emerge para a reclamada o dever de indenizar. Recurso de revista conhecido e provido.¹⁶

¹⁵ _____. Ministério da Saúde. Portaria nº 1339, de 18 de novembro de 1999. Institui a Lista de Doenças relacionadas ao Trabalho, a ser adotada como referência dos agravos originadas no processo de trabalho no Sistema Único de Saúde, para uso clínico e epidemiológico.

¹⁶ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 215400-03.2009.5.15.0070.

Sendo assim, o meio ambiente de trabalho quando desestabilizado favorece a incidência de práticas abusivas, isso pode resultar no adoecimento do trabalhador, o qual pode apresentar diversas patologias, como: depressão, síndrome do pânico, alcoolismo, síndrome de *burn out* e em casos extremos o suicídio.

As consequências do assédio moral à saúde da vítima são inúmeras, em razão disso, é possível que profissional da saúde identifique os estágios da reação do organismo ao estressores do ambiente a que está submetido, podendo apontar como uma das causas dos sintomas a relação de causa e efeito ainda que parcial com o ambiente de trabalho.

Para tanto, Hirigoyen explica que uma das primeiras reações manifestadas pelo corpo são similares aos sintomas do estresse, como cansaço, nervosismo, distúrbios do sono, enxaquecas e outros, mas, no decorrer do tempo poderá haver a evolução para estado depressivo severo, moderado ou leve.¹⁷

No dizer sempre expressivo de Hirigoyen:¹⁸

O corpo registra a agressão antes do cérebro, que se recusa a enxergar o que não entendeu. Mais tarde, o corpo acusará o traumatismo, e os sintomas correm o risco de prosseguir sob a forma de estresse pós-traumático. O desenvolvimento dos distúrbios psicossomáticos é impressionante e grave, e de crescimento muito rápido. Acontece sob a forma de emagrecimentos intensos ou então rápido aumento de peso (quinze a vinte quilos em alguns meses), distúrbios (gastrites, colites, úlceras de estômago), distúrbios endocrinológicos (problemas de tireóide, menstruais), crises de hipertensão arterial incontroláveis, mesmo sob tratamento, indisposições, vertigens, doenças de pele etc.

É fato que os impactos do assédio moral na vida de uma pessoa são manifestados de diversas formas, alguns apresentam consequências mais duradoura, no entanto recuperáveis, contudo, em outros casos as consequências podem ser irreversíveis. Ocorre que, em ambas as hipóteses, incontestavelmente, o corpo e a mente do indivíduo padecem, assim, inúmeras doenças podem se manifestar como consequência dos atos injustos de humilhação a que a vítima foi submetida de forma prolongada no tempo, minando sua higidez dia a dia.

2.3 PREVISÃO LEGAL

Não há até o presente momento legislação de âmbito federal que conceitue e exponha as implicações e punições resultantes desse ilícito, no entanto há legislação a nível estadual abordando explicitamente o tema.

Nesse assente, a Lei nº 12.250, de 09 de fevereiro de 2006, da Assembleia legislativa do Estado de São Paulo, é pioneira ao trazer expressamente o conceito, no âmbito civil, do assédio moral, previsto no art. 2º e parágrafo único, do referido diploma legal, qual seja:

Artigo 2º - Considera-se assédio moral para os fins da presente lei, toda ação, gesto ou palavra, praticada de forma repetitiva por agente, servidor, empregado, ou qualquer pessoa que, abusando da autoridade que lhe confere suas funções, tenha por objetivo ou efeito atingir a autoestima e a autodeterminação do servidor, com danos ao ambiente de trabalho, ao serviço prestado ao público e ao próprio usuário,

Júlio César Alves e Banco Santander (Brasil) S.A e União. Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 26 de outubro de 2012.

¹⁷ HIRIGOYEN, M. F. *Op. cit.*, p 159. “Quando o assédio moral é recente e existe ainda a possibilidade de reação ou uma esperança de solução, os sintomas são, no início, parecidos com os do estresse, o que os médicos classificam de perturbações funcionais: cansaço, nervosismo, distúrbios do sono, enxaquecas, distúrbios digestivos, dores na coluna [...]”

¹⁸ Ibidem, p. 161.

bem como à evolução, à carreira e à estabilidade funcionais do servidor, especialmente:

I - determinando o cumprimento de atribuições estranhas ou de atividades incompatíveis com o cargo que ocupa, ou em condições e prazos inexecutáveis;

II - designando para o exercício de funções triviais o exercente de funções técnicas, especializadas, ou aquelas para as quais, de qualquer forma, exijam treinamento e conhecimento específicos;

III - apropriando-se do crédito de ideias, propostas, projetos ou de qualquer trabalho de outrem.

Parágrafo único - Considera-se também assédio moral as ações, gestos e palavras que impliquem:

1 - em desprezo, ignorância ou humilhação ao servidor, que o isolem de contatos com seus superiores hierárquicos e com outros servidores, sujeitando-o a receber informações, atribuições, tarefas e outras atividades somente através de terceiros;

2 - na sonegação de informações que sejam necessárias ao desempenho de suas funções ou úteis a sua vida funcional;

3 - na divulgação de rumores e comentários maliciosos, bem como na prática de críticas reiteradas ou na de subestimação de esforços, que atinjam a dignidade do servidor;

4 - na exposição do servidor a efeitos físicos ou mentais adversos, em prejuízo de seu desenvolvimento pessoal e profissional.

A partir dos inúmeros conceitos expostos, torna-se evidente que a prática do assédio moral fere múltiplos direitos do assediado e, principalmente, a dignidade da pessoa humana. Contudo, não se pode esquecer que o dano físico ou psíquico é uma das consequências daquela prática, isto quer dizer que afastar a incidência do assédio moral tão somente pela não constatação daqueles danos, em detrimento do reconhecimento dos demais elementos dispostos na lei, seria o mesmo que criar novos parâmetros para essa conduta sem assim dizer.

3 ASSÉDIO MORAL NA CASERNA E O CONFLITO APARENTE ENTRE ESSE ILÍCITO E A HIERARQUIA E A DISCIPLINA MILITAR

O autor César Luís Pacheco Glockner, ao elaborar a obra "Assédio Moral no Trabalho", elencou as seguintes circunstâncias fáticas semelhantes às ocorridas no âmbito civil, que, igualmente, podem identificar a prática ilícita em questão nas instituições militares, conforme pode ser observado a seguir:¹⁹

a) Subordinado humilhado em público (o público representa uma prova testemunhal do assédio): clima de pessimismo criando clima de pessimismo;

b) Sobrecarregar o subordinado com tarefas (muitas delas inexecutáveis), subestimar esforços;

c) Ignorar ou excluir determinado subordinado só se dirigindo a ele através de terceiros (mandar recados por outras pessoas ou por bilhetes ou e-mail);

d) Desprezar/menosprezar/ignorar as opiniões de subalternos;

e) Silêncio do superior perante a vítima; não convidando o subordinado para participar de reuniões e de eventos; não levar o subordinado a sério;

f) Sonegar informações ao subordinado;

¹⁹ GLOCKNER. C.L.P. *Assédio moral no trabalho*. São Paulo, IOB Thomson, 2004, p. 20-22.

- g) Manipular maldosamente as informações; espalhar boatos e rumores maliciosos;
- h) Marcar tarefas com prazos impossíveis;
- i) Retirar a autonomia do subordinado; contestando a todo o momento as suas decisões;
- j) Restringir ou proibir o acesso do subordinado a instrumentos de trabalho como telefone, fax, computador, etc.;
- k) Induzir o subordinado ao erro; separando-o dos seus colegas de trabalho;
- l) O superior faz gestos de desprezo, tais como suspiros, olhares críticas frequentes e persistentes ao trabalho de determinado subordinado, entre outros.

Para dar início ao diálogo do *modus operandi* do assédio moral na esfera militar, faz-se necessário informar quais ações lícitas não podem ser confundidas com o ato ilícito ora discorrido.

Desse modo, é importante reproduzir fragmento do Decreto nº 88.513, de 13 de julho de 1983, o qual Dispõe sobre o Regulamento de Continências, Honras, Sinais de Respeito e Cerimonial Militar das Forças Armadas, norma que elenca inúmeras situações consideradas normais no bojo da hierarquia e disciplina militar, logo, quando usadas em harmonia à sua finalidade por certo não são consideradas assédio moral, quais sejam:

CAPÍTULO II

Dos Sinais de Respeito

Art. 4º. Quando dois militares se deslocam juntos, o de menor antiguidade dá a direita ao superior.

Parágrafo único: Se o deslocamento se fizer em via que tenha lado interno e lado externo, o de menor antiguidade dá o lado interno ao superior.

Art. 5º. Quando os militares se deslocam em grupo, o mais antigo fica no centro, distribuindo-se os demais, segundo suas precedências, alternadamente à direita e à esquerda do mais antigo.

Art. 6º. Quando encontrar um superior num local de circulação, o militar saúda-o e cede-lhe o melhor lugar.

§ 1º Se o local de circulação for estreito e o militar for praça, franqueia a passagem ao superior, faz alto e permanece de frente para ele.

§ 2º Na entrada de uma porta, o militar franqueia-a ao superior; se estiver fechada, abre-a, dando passagem ao superior e torna a fechá-la depois.

Art. 7º. Em local público onde não estiver sendo realizada solenidade cívico-militar, bem como em reuniões sociais, o militar cumprimenta, tão logo lhe seja possível, seus superiores hierárquicos.

Parágrafo único: havendo dificuldade para aproximar-se dos superiores hierárquicos o cumprimento deve ser feito mediante um movimento de cabeça.

Art. 8º. Para falar a um superior, o militar emprega sempre o tratamento "Senhor".

§ 1º Para falar, formalmente, a um oficial-general, o tratamento é "Vossa Excelência", "Senhor Almirante", "Senhor General" ou "Senhor Brigadeiro", conforme o caso. Nas relações correntes de serviço, no entanto, é admitido o tratamento de "Senhor".

§ 2º Para falar, formalmente, ao Comandante, Diretor ou Chefe de Organização Militar, o tratamento "Senhor

Comandante", "Senhor Diretor", "Senhor Chefe", conforme o caso; nas relações correntes de serviço é admitido o tratamento de "Comandante", "Diretor" ou "Chefe".

Art. 9º. Para falar a um subordinado, o superior emprega e tratamento de "você".

Art. 10. Todo militar, quando for chamado por um superior, deve atendê-lo o mais depressa possível, apressando o passo quando em deslocamento.

Art. 11. Nos refeitórios, os oficiais observam, em princípio, as seguintes prescrições:

I - aguardam, para se sentarem à mesa, a chegada do Comandante, Diretor ou Chefe, ou da autoridade que preside a refeição;

II - caso a referida autoridade não possa comparecer à hora marcada para o início da refeição, esta é iniciada sem a sua presença; à sua chegada, a refeição não é interrompida, levantando-se apenas os oficiais que tenham assento à mesa daquela autoridade;

III - ao terminar a refeição, cada oficial levanta-se, com permissão do mais antigo de sua mesa, e dirigindo-se a maior autoridade presente, pede permissão para retirar-se do recinto;

IV - o oficial que se atrasar para a refeição deve apresentar-se a maior autoridade presente e pedir permissão para sentar-se;

V - caso a maior autoridade presente se retire antes que os demais oficiais tenham terminado a refeição, apenas se levantam os que tenham assento à sua mesa.

§ 1º Os refeitórios de grande frequência e os utilizados por oficiais de diversas Organizações Militares podem ser regidos por disposições específicas.

§ 2º Nos refeitórios de suboficiais, subtenentes e sargentos, deve ser observado procedimento análogo ao dos oficiais.

Art. 12. Nos ranchos de praças, ao neles entrar o Comandante, Diretor ou Chefe de Organização Militar, a praça de serviço ou o mais antigo presente dá a voz de "Atenção"; as praças, sem se levantarem e sem interromperem a refeição, suspendem toda a conversação, até que seja dada a voz de "À vontade".

Art. 13. Nos veículos ou em recintos públicos, o militar que precisar sentar-se ao lado de um superior deve solicitar-lhe a permissão.

No ordenamento jurídico pátrio não há previsão expressa para indenização ou reparação às vítimas do assédio moral nos organismos militares, desse modo, quando se pleiteia a reparação devida em decorrência daquela prática, adota-se como parâmetro para o pedido de indenização a título de dano moral o resguardado pelos artigos art. 1º, inciso III, e 5º, inciso X, ambos da CRFB/88²⁰, com guarita no princípio da dignidade da pessoa humana, no direito à honra e outros.

²⁰ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: [...] X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

Neste conspecto, caso fosse requerida alguma providência no bojo da Organização Militar, essa seria apurada com transgressão disciplinar, visto que não há previsão de sua prática ser crime militar.

É iniludível que a dignidade da pessoa humana não é um princípio utópico ou de baixa normatividade, pois ao se visa a proteção da dignidade se está protegendo o homem individualmente em primeiro plano e complementarmente a própria humanidade.

De fato, ainda não há e dificilmente haverá consenso sobre o marco inicial e final da dignidade da pessoa humana, em razão de suas múltiplas acepções, vez que envolve o homem em todas as suas relações, até mesmo influencia na formação jurídica, no entanto não é o enfoque deste trabalho trilhar os diversos pensamentos filosóficos, políticos e jurídicos do que venha a sê-lo.

Assim sendo, Ingo Wolfgang Sarlet reconhecedor da dificuldade em estabelecer conceito ainda que vago desse princípio, acabou por trilhar a construção do seu pensamento em concordância com as lições de Michael Sachs.

Consoante dispôs:²¹

Uma das principais dificuldades, todavia – e aqui recolhemos a lição de Michael Sachs – reside no fato de que no caso da dignidade da pessoa, diversamente do que ocorre com as demais normas jusfundamentais, não se cuida de aspectos mais ou menos específicos da existência humana (integridade física, intimidade, vida, propriedade, etc.), mas, sim, de uma qualidade tida como inerente a todo e qualquer ser humano, de tal sorte que a dignidade – como já restou evidenciado – passou a ser habitualmente definida como constituindo o valor próprio que identifica o ser humano como tal (...).

À vista disso, o autor manifestou o amadurecimento da proposta de conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana, nos seguintes termos:²²

Temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.

Ademais, é imperioso reconhecer, à luz do entendimento pessoal de Sarlet, que *“a condição de princípio é integralmente compatível com o reconhecimento da plenitude eficaz e, portanto, da plena vinculatividade da dignidade da pessoa humana na sua dimensão jurídico-normativa”*.²³

Conforme bem elucida Rosa, cada unidade de corporação militar, no Brasil, apresenta regulamento disciplinar próprio. Dessa forma, o Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975, regulamentou em seu art. 8º o conceito de transgressão disciplinar como sendo: *“ toda ação ou omissão contrária ao dever militar, e como tal classificada nos termos do presente regulamento. Distingue-se do crime militar que é ofensa mais grave a esse mesmo dever, segundo o preceituário na legislação militar”*²⁴, e seu sentido é complementado pelo parágrafo único, do art. 10²⁵, do

²¹ SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2007, p. 40.

²² SARLET, I. W. *Op. cit.*, p. 62.

²³ Ibidem, p. 77.

²⁴ BRASIL. Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975. Aprova o Regulamento

mesmo decreto, no qual igualmente considera transgressão disciplinar como sendo as ações ou omissões não especificadas e não qualificadas como crimes militares, mas que atentem contra a honra, o pundonor individual, a moral e outros.²⁶

Não se pode deixar de mencionar o entendimento dado ao tema por Pacheco, a despeito de não haver referência ao autor, seus ensinamentos são reiteradamente adotados pelas Forças Armadas na tentativa de descaracterizar o nexó causal entre o dano e a conduta praticada na caserna.

No dizer de Pacheco:²⁷

O assédio moral caracteriza-se por ser um tipo de violência que não é visível, que não transparece para o exterior e que dele não transparecem sequelas, excepto as resultantes de danos psicológicos, quando estas ocorrem e que, mesmo assim, podem sempre ser afastadas pelo assediador, atribuindo ao assediado problemas pessoais, perturbações mentais de longa data ou de mau relacionamento com os demais companheiros de trabalho ou outros da mais diversa índole.

O fato é que de todas as condutas maldosas e cruéis que causam prejuízos à higidez física e mental, as que atentam contra à dignidade são as que refletem os maiores prejuízos, a exemplo disso pode-se citar a zombaria do aspecto físico, da naturalidade, da crença, da opção sexual, ou ainda atribuir tarefas humilhantes, ser reiteradamente injuriado por meio de gestos e palavras, acontecimentos que isoladamente podem até para muitos ser compreendido como de menor importância, mas quando ocorrem por diversas vezes, inegavelmente, acabam por fulminar a higidez da vítima de tais práticas paulatinamente.

Não se pode perder de vista o teor da Apelação Cível 533421²⁸, julgado de grande importância ao tema proferido na órbita do TRF da 5ª Região, o qual reconheceu a prática do assédio moral quando presentes os seguintes elementos: A um, o cumprimento de escala diferenciada sem necessidade justificável; a dois, inexistência entre escala prevista versus escala definitiva e seu consequente pagamento errôneo de auxílio-alimentação; a três, cumprimento de prisão disciplinar sem o devido procedimento administrativo.

A entendimento acima colacionado foi mantido após o julgamento da Apelação/Reexame Necessário nº 25707, na qual ratificou que o assédio moral é abuso de direito perpetrado por autoridade administrativa em face de seus subordinados hierárquicos, sendo a demonstração dos danos sofridos pelo autor resultado da conduta desvirtuada da ré.

Isto é, o assédio moral afronta os princípios norteadores da administração pública, por consequência surge o direito a proporcional indenização por dano moral. Segundo a jurisprudência majoritária, sua finalidade não é o enriquecimento da vítima, mas sim instrumento de persuasão para que os limites dos atos da administração pública, compreendida como aqueles que expressam à sua vontade, não se distanciem dos princípios gerais do direito.

Disciplinar da Aeronáutica (RDAER).

²⁵Art. 10. São transgressões disciplinares, quando não constituírem crime: [...] Parágrafo único. São consideradas também, transgressões disciplinares as ações ou omissões não especificadas no presente artigo e não qualificadas como crime nas leis penais militares, contra os Símbolos Nacionais; contra a honra e o pundonor individual militar; contra o decoro da classe; contra os preceitos sociais e as normas da moral; contra os princípios de subordinação, regras e ordens de serviço, estabelecidos nas leis ou regulamentos, ou prescritos por autoridade competente.

²⁶ ROSA, P. T. R. *Direito Administrativo Militar: Teoria e Prática*. 3. ed. rev., at e ampl. Rio de Janeiro, Editora Lumen Juris, 2009, p. 23.

²⁷ PACHECO, M. G. R. *O assédio moral no trabalho: o elo mais fraco*. Coimbra, Alameda, 2007, p. 74.

²⁸ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível 533421, Processo: 20088000049819, Jefferson do Nascimento Viana e União. Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, 20 de setembro de 2012.

Como é sabido, o tratamento dispensado aos militares das Forças Armadas, leia-se Exército Brasileiro, Marinha do Brasil e Aeronáutica Brasileira²⁹, é diferenciado do tratamento destinado aos trabalhadores da esfera privada. No entanto, a hierarquia e a disciplina, consideradas a base institucional das Forças Armadas, conforme preceitua o Estatuto Militar - Lei 6.880/80, em seu capítulo II, artigo 14 e parágrafos ³⁰, não permite tratamento que suplante à dignidade humana.

Assim sendo, o Tribunal Regional Federal da 5ª Região de forma inovadora reconheceu a prática do assédio moral e o consequente direito à reforma por invalidez a militar temporário.

Convém ressaltar que o assédio disciplinar apesar de não ser uma ação em caráter de exceção naqueles organismos militares, ainda é demasiadamente difícil o reconhecimento pelos tribunais federais do nexo de causalidade entre as doenças psiquiátricas originadas ou acentuadas durante o serviço militar e o tratamento degradante a que a vítima era submetida, sendo que o referido é verdadeira mola propulsora para a eclosão daqueles transtornos a ser analisado no caso concreto.

Dessa forma, a apelação cível citada é um marco à seara militar por ter conferido a devida atenção ao diagnóstico da perícia médica, em que atestou ser o autor portador de esquizofrenia paranoide (CID 10 F20.0 – diagnóstico principal) e de traumatismo do nervo radial ao nível do antebraço (CID 10S54.2 - diagnóstico secundário), apresentando alteração considerável de sua personalidade e que embora possa realizar as atividades da vida diária sem auxílio, não pode ser considerado autossuficiente, porque a patologia do autor possui caráter recorrente, progressivo e deteriorante, estando sujeito a episódios de agudização apesar do tratamento médico contínuo.

A anunciada decisão tomou por base o fato de que o desencadeamento da patologia se deu em parte por fatores ambientais, assim sendo, a União Federal teria dado causa por ação e por omissão à instalação e desenvolvimento da doença do autor por ocasião das perseguições e da falha do serviço médico em identificar, durante todo o lapso temporal de assédio moral vivenciado pelo autor, os sinais preliminares de desenvolvimento e agravamento da patologia.

Posto assim a questão, é de se dizer que severos podem ser os reflexos na vida da vítima de tal abuso, para elucidar a afirmação feita, segue passagem conclusiva da Apelação Cível 527290-AL, a fim de demonstrar ao menos a mínima dimensão da repercussão em comento.

Oportuno, então, que sejam destacadas as severas consequências do assédio moral sofrido pelo autor, tanto profissionais, como pessoais, pois teve sua saúde permanentemente abalada, uma carreira profissional promissora prematuramente interrompida, seu casamento

²⁹ _____. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. Art. 2º. As Forças Armadas, essenciais à execução da política de segurança nacional, são constituídas pela Marinha, pelo Exército e pela Aeronáutica, e destinam-se a defender a Pátria e a garantir os poderes constituídos, a lei e a ordem, são instituições nacionais, permanentes e regulares, organizadas com base na hierarquia e na disciplina, sob a autoridade suprema do Presidente da República e dentro dos limites da lei.

³⁰Art. 14. A hierarquia e a disciplina são a base institucional das Forças Armadas. A autoridade e a responsabilidade crescem com o grau hierárquico.

§ 1º A hierarquia militar é a ordenação da autoridade, em níveis diferentes, dentro da estrutura das Forças Armadas. A ordenação se faz por postos ou graduações; dentro de um mesmo posto ou graduação se faz pela antiguidade no posto ou na graduação. O respeito à hierarquia é consubstanciado no espírito de acatamento à sequência de autoridade.

§ 2º Disciplina é a rigorosa observância e o acatamento integral das leis, regulamentos, normas e disposições que fundamentam o organismo militar e coordenam seu funcionamento regular e harmônico, traduzindo-se pelo perfeito cumprimento do dever por parte de todos e de cada um dos componentes desse organismo.

§ 3º A disciplina e o respeito à hierarquia devem ser mantidos em todas as circunstâncias da vida entre militares da ativa, da reserva remunerada e reformados.

desfeito, dependendo atualmente de cuidados dispensados por familiares (tendo inclusive voltado a residir com sua genitora), encontrando-se definitivamente incapaz para o desempenho de atividades militares e inválido para o exercício de atividades laborativas civis.³¹

Assinale-se, ainda, que o assédio moral ou disciplinar é autêntico insulto à personalidade, uma vez que algum dos bens basilares da construção da pessoa é injustamente atingido.

Nesse trilhar, Sérgio Iglesias Nunes de Souza sustenta que a personalidade é um bem pertencente à pessoa, consoante trecho abaixo:

A personalidade é um complexo de características interiores com o qual o indivíduo pode manifestar-se perante a coletividade e o meio que o cerca, revelando seus atributos materiais e morais. Com efeito, no sentido jurídico a personalidade é um bem, aliás, o primeiro pertencente à pessoa.³²

Assim sendo, quando a personalidade de uma pessoa é ferida, quer dizer que os direitos dela decorrentes como à vida, à liberdade, à honra, à intimidade ou outros foram em certa medida afetados, à guisa do entendimento de Souza são a essência da pessoa humana.³³

A classificação dos direitos da personalidade não é pacífica, pois há inúmeras correntes, no entanto, no Brasil a vertente majoritária é a de autoria de Limongi França, que foi sintetizado por Souza nos seguintes termos:³⁴

a) Direito à integridade física, compreendendo: o direito à vida e aos alimentos; o direito sobre o próprio corpo vivo; o direito sobre corpo alheio e morto, b) Direito à integridade intelectual, que compreende: o direito à liberdade de pensamento; o direito pessoal de autor científico; o direito pessoal de autor artístico e o direito pessoal de inventor; c) Direito à integridade moral com as seguintes tipificações: o direito à liberdade civil, política e religiosa; o direito à honra; à honorificência; ao recato; ao segredo pessoal, doméstico e profissional; o direito à imagem; e o direito à identidade pessoal, familiar e social.

Portanto, a repulsa ao assédio moral advém da necessidade de proteção aos direitos da personalidade em suas múltiplas acepções, moral, física e psicológica, tendo em vista que são inerentes à pessoa humana.

3.1 PRINCÍPIO DA HIERARQUIA E DA DISCIPLINA MILITAR

O Art. 14, do Estatuto dos militares, discorre acerca da Hierarquia e da Disciplina militar, as quais são a base institucional das Forças Armadas, devendo, portanto, ser respeitada e mantida em toda as circunstâncias, contudo, insta, ainda, observar que é o acatamento às leis, aos regulamentos e às normas, ou seja, não se está diante da aceitação do livre arbítrio imotivado dos superiores em face dos demais militares, visto que a norma castrense e os princípios basilares do ordenamento jurídico devem ser necessariamente observados.

Não se pode esquecer que o art. 15 do aludido Estatuto, ratifica que os círculos hierárquicos têm a finalidade de desenvolver o espírito de camaradagem, em ambiente de estima e confiança, isso implica no dever de respeito mútuo entre os militares sempre.³⁵

³¹ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível 527290 AL, Processo: 0000002-98.2010.4.05.8000. Carlos Williams da Silva Santos e União. Relator Desembargador Federal Geraldo Apoliano, 28 de fevereiro de 2013.

³² SOUZA, S. I. N. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*, São Paulo, Manole, 2002, p. 01.

³³ Idem.

³⁴ SOUZA, S. I. N. *Op. cit.*, p. 09.

³⁵ Art. 15. Círculos Hierárquicos são âmbitos de convivência entre os militares da mesma

Celso Castro explica, na obra *O Espírito Militar: um antropólogo na caserna*, que: *"podemos chamar a hierarquia do corpo de oficiais de "hierarquia quantitativa", pois pressupõe a possibilidade de ascensão para todos os seus membros, a partir de uma situação inicial de igualdade formal de condições"*.³⁶

Com efeito, chega a ser visível a assertiva de que a hierarquia militar possui limites, que devem ser seguidos, de modo que quando ultrapassados se está diante do abuso de poder, assim, de forma esclarecedora, nesse sentido, Castro, sustentou que: *"Aliás, a obediência hierárquica não é cega. Ela depende de que o superior conheça os limites de sua autoridade, o que leva os cadetes a distinguirem entre os "bons" e os "maus" oficiais."*.³⁷

É sabido que o tratamento dispensado aos militares, principalmente, no período de adaptação, não é cordial, visto que se busca moldar e preparar física e psicologicamente os candidatos às adversidades e riscos inerente à carreira militar, por óbvio será dispensado rígido tratamento, para que apenas os mais bens preparados permaneçam nas Forças.

Por sua vez, a rigidez proferida tem por finalidade prepará-los para vida militar e não humilhar um indivíduo por motivos alheios e distorcidos do escopo militar.

A expressão mais recorrente pelos cadetes ao se falar da adaptação é a "pressão", segundo Castro, inclusive não é só física, mas também psicológica:³⁸

Apesar de a pressão revestir-se por vezes de um caráter físico, como nos exemplos dados, os cadetes afirma que ela é basicamente psicológica. Seu componente mais forte seria a humilhação verbal. Em quase todos os depoimentos é ressaltado o fato de que os tenentes - e em menor medida os outros oficiais - estão "sempre gritando" com os cadetes, pelas menores faltas.

A análise antropológica realizada por Castro aduz que os militares consideram necessárias as dificuldades existentes, para que ocorra efetiva seleção dos que estão afeitos às peculiaridades da vida militar, de acordo com discurso do cadete do 1º ano:³⁹

Quando você chega aqui é uma pressão cerrada em cima de você pra ver os erros, ... inclusive para fazer o pessoal que não tá afim ir embora, né? Porque se você deixar o troço mais fácil, aí tem aquele pessoal que entra, que vai na massa, vai na massa e de repente sai oficial sem questionar nada. Então o troço tem que ser realmente duro, pro pessoal pensar mil vezes: " Pô, será que é isso mesmo que eu quero?".

É importante, ainda, destacar que os oficiais buscam em todas as situações dispensar o mesmo tratamento, leia-se pressão física e psicológica, sobre todos os cadetes/militares, independentemente da origem escolar ou outra particularidade⁴⁰, significa que desferir procedimentos excessivamente rígidos, discriminatórios ou qualquer outra modalidade de ofensa aos direitos da personalidade, dentre eles a dignidade da pessoa humana, apenas a determinado militar, é prática abusiva e desvinculada da intenção de preparar o indivíduo às particularidades da vida militar.

3.2 ÉTICA MILITAR

categoria e têm a finalidade de desenvolver o espírito de camaradagem, em ambiente de estima e confiança, sem prejuízo do respeito mútuo.

³⁶ CASTRO. C. *O espírito militar: um antropólogo na caserna*. 2º ed. Rio de Janeiro, Zahar, 2004, p. 26.

³⁷ CASTRO. C. *Op.cit*, p. 28.

³⁸ CASTRO. C. *Op. cit*, p. 17-18.

³⁹ *Ibidem*, p. 42.

⁴⁰ *Idem*.

O conceito de ética militar, de forma clara, foi tratado por Greene, no sentido de ser o resultado de um padrão comum e coerente de atitudes e valores, ou seja, pode-se inferir que haverá frontal desrespeito à ética militar quando se avilta da finalidade inerente às Forças Armadas para humilhar e mal-tratar de forma repetida e sistematizada determinado militar.⁴¹

O mesmo diploma legal ao tratar da ética militar em seu art. 28 enumerou que o princípio da disciplina não pode deixar de ser observado mesmo quando fora do serviço ou na inatividade, assim como, sempre deverá ser contemplado o respeito à dignidade da pessoa humana de todos os integrantes das Forças Armadas.⁴²

Sobreleva-se que, da mesma forma que a disciplina está inserida na ética militar, igualmente, está previsto no art. 28, inciso VI, do diploma legal em comento, o zelo pelo preparo moral, intelectual e físico próprio e dos subordinados.⁴³

Isto é clara demonstração de que o assédio moral não é afeito às Forças Armadas e quando ocorre não encontra guarita na ética militar e nos deveres impostos aos militares, posto que há obrigação de tratar subordinado com dignidade e urbanidade, consoante versam os art. 31, inciso IV e art. 35, ambos do Estatuto dos Militares:

Art. 31. Os deveres militares emanam de um conjunto de vínculos racionais, bem como morais, que ligam o militar à Pátria e ao seu serviço, e compreendem, essencialmente:

[...]

VI – A obrigação de tratar o subordinado dignamente e com urbanidade.

Art. 35. A subordinação não afeta, de modo algum, a dignidade pessoal do militar e decorre, exclusivamente, da estrutura hierarquizada das Forças Armadas.⁴⁴

Assim sendo, essa atitude em nada encontra amparo nos padrões comuns e necessários a manutenção da ordem e disciplina militar, já que, ainda que haja tratamento desigual na hierarquia militar, essa é pautada no respeito, conforme dispõe o Decreto nº 88.513/83⁴⁵, e não no temor psicológico.

⁴¹ GREENE, R. *As 48 leis do poder*. Tradução de Talita M. Rodrigues. Rio de Janeiro, Rocco, 2000, p. 119.

⁴² Art. 28. O sentimento do dever, o pundonor militar e o decoro da classe impõem, a cada um dos integrantes das Forças Armadas, conduta moral e profissional irrepreensíveis, com a observância dos seguintes preceitos de ética militar: [...] III - respeitar a dignidade da pessoa humana; [...] XVI - conduzir-se, mesmo fora do serviço ou quando já na inatividade, de modo que não sejam prejudicados os princípios da disciplina, do respeito e do decoro militar;

⁴³ VI - zelar pelo preparo próprio, moral, intelectual e físico e, também, pelo dos subordinados, tendo em vista o cumprimento da missão comum;

⁴⁴ BRASIL. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares.

⁴⁵ _____. Decreto nº 88.513, de 13 de julho de 1983. Dispõe sobre o Regulamento de Continências, Honras, Sinais de Respeito e Cerimonial Militar das Forças Armadas, e dá outras providências. “Art. 2º. Todo militar, em decorrência de sua condição, obrigações, deveres, direitos e prerrogativas, estabelecidos em toda a legislação militar, deve tratar sempre:

I - com respeito e consideração os seus superiores hierárquicos, como tributo à autoridade de que se acham investidos por lei;

II - com afeição e camaradagem os seus pares;

III - com bondade, dignidade e urbanidade os seus subordinados.

§ 1º Todas as formas de saudação militar, os sinais de respeito e a correção de atitudes caracterizam, em todas as circunstâncias de tempo e lugar, o espírito de disciplina e de apreço existente entre os integrantes das Forças Armadas.

§ 2º As demonstrações de respeito, cordialidade e consideração devidas entre os militares das Forças Armadas também são prestadas aos militares de Nações Amigas.

Art. 3º. O militar manifesta respeito e apreço aos seus superiores, pares e subordinados:

[...] § 1º Os sinais de respeito regulamentares e de apreço entre os militares, constituem

3.3 DEMONSTRAÇÃO DE APTIDÃO FÍSICA E MENTAL COMO REQUISITO DE INGRESSO NAS FORÇAS ARMADAS

É importante esclarecer que o ingresso nas Forças Armadas seja para militar de carreira ou temporário, ambos passam por inspeção de saúde para verificar se o candidato apresenta boa condição física e mental, quanto aos militares de carreira há legislação disciplinando sobre os requisitos para ingresso nos cursos de formação do Exército, por meio da Lei 12.705, de 08 de agosto de 2012.

Para a melhor evidência do mencionado, segue parcial transcrição do art. 2º, da Lei 12.705/2012:⁴⁶

Art. 2º A matrícula para o ingresso nos cursos de formação de oficiais e sargentos de carreira do Exército depende de aprovação prévia em concurso público, atendidos os seguintes requisitos, dentre outros estabelecidos na legislação vigente:

(...)

III - ser aprovado em inspeção de saúde, realizada segundo critérios e padrões objetivos, constituída de exames clínicos e laboratoriais, inclusive toxicológicos, que comprovem não ser o candidato portador de doença ou limitação incapacitante para o exercício do cargo;

IV - ser aprovado em exame de aptidão física, realizado segundo critérios e padrões objetivos que levem em conta as especificidades dos cursos de formação e das atividades a serem desempenhadas;

V - ser aprovado em avaliação psicológica, realizada com o emprego de procedimentos científicos destinados a aferir a compatibilidade das características psicológicas do candidato com a carreira militar;

Do mesmo modo, a Lei nº 11.279, de 09 de fevereiro de 2006, que dispõe sobre o ensino na Marinha, ao ser alterada pela Lei 12.704, de 08 de agosto de 2012, no que se refere aos requisitos de ingresso nas Carreiras da Marinha do Brasil, acrescentou dentre outros requisitos, ser aprovado em inspeção de saúde, teste de aptidão física e avaliação psicológica, consoante enumera o art. 11-A.⁴⁷

Art. 11-A. A matrícula nos cursos que permitem o ingresso nas Carreiras da Marinha depende de aprovação prévia em concurso público, atendidos os seguintes requisitos, dentre outros estabelecidos, decorrentes da estrutura e dos princípios próprios dos militares:

IV - ser aprovado em inspeção de saúde, realizada por Agentes Médico-Periciais da Marinha, segundo critérios e padrões definidos pelo Comando da Marinha; [\(Incluído pela Lei nº 12.704, de 2012\)](#)

V - ser aprovado em teste de aptidão física, de acordo com os critérios e índices mínimos, estabelecidos pelo Comando da Marinha para cada Corpo ou Quadro; [\(Incluído pela Lei nº 12.704, de 2012\)](#)

VI - ser aprovado em avaliação psicológica, realizada com o emprego de procedimentos científicos destinados a aferir a compatibilidade das características psicológicas do candidato com a carreira militar; [\(Incluído pela Lei nº 12.704, de 2012\)](#)

reflexos adquiridos mediante cuidadosa instrução e continuada exigência, caracterizando-se antes, pela espontaneidade e cordialidade do que pela simples obrigação imposta pela disciplina e hierarquia. [...].

⁴⁶ BRASIL. Lei nº 12.705, de 08 de agosto de 2012. Dispõe sobre os requisitos para ingresso nos cursos de formação de militares de carreira do Exército.

⁴⁷ BRASIL. Lei nº 11.279, de 09 de fevereiro de 2006. Dispõe sobre o ensino na Marinha.

Ainda nessa esteira, a NSCA 38-13⁴⁸ - Normas Reguladoras das Avaliações Psicológicas, Ministério da Defesa Comando da Aeronáutica, deslinda que a finalidade da avaliação psicológica consiste de forma resumida na identificação das condições cognitivas e emocionais do indivíduo para fins de identificação de sua interferência no equilíbrio psíquico e o exercício da atividade funcional. Ou seja, deseja saber se aquele indivíduo apresenta condições de ingressar ou permanecer nas Forças Armadas sem que isso ocasione prejuízos a si e aos demais companheiros de farda.

4. MEIO AMBIENTE DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO MILITAR SADIO

O Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992, ao determinar a execução fiel da literalidade do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, concedeu destaque especial nos artigos 7º e 12 no que tange ao direito de toda pessoa gozar de condições justas e favoráveis de trabalho, bem como de ser direito de toda pessoa ter resguardada sua saúde física e mental, isso quer dizer que a ampla proteção do trabalhador, servidor público ou militar deve ser analisada pela ótica dos direitos humanos.

Artigo 7º

Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de gozar de condições de trabalho justas e favoráveis, que assegurem especialmente:

a) Uma remuneração que proporcione, no mínimo, a todos os trabalhadores:

i) Um salário equitativo e uma remuneração igual por um trabalho de igual valor, sem qualquer distinção; em particular, as mulheres deverão ter a garantia de condições de trabalho não inferiores às dos homens e perceber a mesma remuneração que eles por trabalho igual;

ii) Uma existência decente para eles e suas famílias, em conformidade com as disposições do presente Pacto;

b) A segurança e a higiene no trabalho;

c) Igual oportunidade para todos de serem promovidos, em seu Trabalho, à categoria superior que lhes corresponda, sem outras considerações que as de tempo de trabalho e capacidade;

d) O descanso, o lazer, a limitação razoável das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas, assim como a remuneração dos feridos.

Artigo 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar:

a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças;

b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente;

⁴⁸ _____. Ministério da Defesa. Portaria COMGEP Nº 345/5EM, de 3 de abril de 2012. Aprova a edição da NSCA38-13. "2.1.1 As avaliações psicológicas são processos de avaliação de características psicológicas que têm por finalidade descrever, prognosticar ou diagnosticar as condições cognitivas, emocionais e efetivas de um indivíduo, para fins de identificação de sua interferência no equilíbrio psíquico, na produção intelectual, no exercício da atividade funcional e no desenvolvimento profissional. p.09."

c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças;

d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.⁴⁹

Ademais, a essencialidade da proteção ao meio ambiente da prestação do serviço militar reflete diretamente no significativo fato de que normalmente o homem passa a maior parte de sua vida útil no trabalho, leia-se na prestação daquele serviço, salvo circunstâncias que o impossibilitem de exercer suas atividades, cujo tempo de permanência na ativa dependerá da forma de ingresso na carreira militar.

Nesse ponto, Melo e Camargo ressaltam que o período de vida útil no trabalho coincide com o período da plenitude das condições físicas e mentais do indivíduo, razão pela qual as condições de tratamento dispensadas naquele ambiente influenciam diretamente no estilo de vida, no humor do indivíduo, bem como no de sua família.

Em outras palavras, ao se proteger o meio ambiente da prestação do serviço militar quando não se permite que o tratamento desferido seja degradante e/ou humilhante, haverá, na verdade, a proteção à saúde do corpo e da mente do militar. Todavia, se assim não for, ou caso o tratamento ultrapasse os limites da hierarquia e disciplina, ferindo de morte a ética militar, estar-se-ia aceitando o risco de que o militar submetido às agruras daquela prática manifeste abalo em sua saúde, a qual poderá até mesmo em casos mais graves torná-lo incapaz para atividade militar e civil.

Ainda que pareça redundante afirmar, mas se faz necessário devido algumas infelizes ações do homem, a humanidade como bem elucidou Antônio Augusto Cançado Trindade “ *não é uma abstração social nem jurídica: compõe-se de coletividades humanas, de todos os seres humanos de carne e osso, vivendo em sociedades humanas*”⁵⁰, a importância de se destacar o entendimento ventilado é que ao se possibilitar a materialização de um meio-ambiente sadio, também se está alcançando, de certa forma, o interesse comum da humanidade, que pode ser entendido em simples palavras no efetivo direito de viver, e viver com dignidade.

Vale acentuar que o direito ao meio ambiente sadio é mais do que entendimento doutrinário, é objeto de norma internacional, por meio do Protocolo Adicional a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo De San Salvador”, o qual, inclusive, foi promulgado no Brasil pelo Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999.⁵¹

Artigo 11 Direito a um meio ambiente sadio

1. Toda pessoa tem direito a viver em meio ambiente sadio e a contar com os serviços públicos básicos.

2. Os Estados Partes promoverão a proteção preservação e melhoramento do meio ambiente.

A Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos de 1981 é outro dispositivo que deixou registrado a necessidade de prezar por um ambiente sadio e satisfatório, para então possibilitar o pleno desenvolvimento dos seus sujeitos

Artigo 24º

Todos os povos têm direito a um meio ambiente geral satisfatório, propício ao seu desenvolvimento.⁵²

⁴⁹ BRASIL. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação.

⁵⁰ TRINDADE. A. A. C. *Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre, Sergio Antônio Fabris Editor, 1993, p. 49.

⁵¹ BRASIL. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “Protocolo de São Salvador”, concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador.

⁵² OUA. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos. 1981.

A preocupação dos direitos humanos somado a defesa do meio ambiente também foi abordada pela Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano de 1972, na qual logo em seu preâmbulo proclamou, no par 01, que:

O homem é ao mesmo tempo criatura e criador do meio ambiente, que lhe dá sustento físico e lhe oferece a oportunidade de desenvolver-se intelectual, moral, social e espiritualmente (...) é o meio ambiente essencial para o bem-estar e para gozo dos direitos humanos fundamentais, até mesmo o direito à própria vida.⁵³

Ainda no mesmo diploma o princípio 01 elencou dentre outros como sendo direito fundamento de todo ser humano as condições adequadas de vida e o meio ambiente de qualidade, ou seja, sadio.

1 - O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras.

Ainda que se entenda que o direito ao meio ambiente sadio e todas as suas implicações apresentem certa natureza abstrata, não se pode perder de vista que os sujeitos desse direito de início se revestem de caráter individual, pois pode ser colocado em prática em conjunto com outros direitos humanos, conforme assinalado por Trindade *“os beneficiários são não só os indivíduos, mas também os grupos, as associações, as coletividades humanas, e, na verdade, a humanidade como um todo”*.⁵⁴

Assim, um meio ambiente sadio que promova o bem-estar físico da coletividade e na mesma medida o bem-estar psicológico, livre de atos discriminatórios, humilhantes e atentórios à dignidade do militar é um meio ambiente humano em seus múltiplos aspectos, o qual preserva, desse modo, o direito à vida em sua ampla dimensão, pode ser compreendido como a base para a ampliação a um meio ambiente sadio.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É preciso se ter em mente que o assédio moral não é um ato banal, é conduta cruel e ocasiona sequelas jamais apagadas pelo tempo. Assim, pode-se falar que há casos em que revisitação do ocorrido na memória é dolorida ao ponto de os seus reflexos serem a causa maior da eclosão de determinadas patologias, pois quando o indivíduo é submetido às condições adversas traçadas no decorrer deste trabalho, inegavelmente, o sistema imunológico daquele torna-se frágil, criando um campo propício para doenças oportunistas, as quais dependem de ambiente propício para sua manifestação, a exemplo do vírus da Herpes.

Em outras palavras, seres humanos, independentemente da denotação profissional que recebam, estão adoecendo dia após dia, em razão da submissão a situações humilhantes e degradantes, que se prologam no tempo, conhecida como assédio moral.

Outro fator que colabora para o adoecimento de militares na caserna, é o descuido na seleção dos candidatos que almejam ingressar nas Forças Armadas, pois é preciso dar efetividade ao disposto nos regulamentos internos que diz respeito a forma e requisitos de ingresso na vida militar, para que, assim, seja realizada avaliação física e psicológica minuciosa, com o escopo de evitar a incorporação de servidores da pátria, os quais poderão ter sua higidez física e mental comprometida em razão de determinada peculiaridade patológica que não seja compatível com o tratamento excessivamente rígido da Organização.

⁵³ ONU. Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano. 1972

⁵⁴ TRINDADE. A. A. C. *Op. cit.*, p. 143.

Não se nega que o tratamento dispensado aos militares no ambiente que prestam os seus serviços à Pátria, por certo deverá ser diferente ao comumente enfrentado no trato da sociedade civil, mas, jamais, deve ser esquecido que tanto o civil quanto o militar são sujeitos de direitos e de deveres, e, identicamente, não devem ter sua dignidade suplantada.

A hierarquia e disciplina militar são princípios basilares da vida castrense, portanto, devem ser seguidos, todavia, não deve ser olvidado que aqueles se pautam na ética militar, a qual é afeita ao respeito mútuo, ao pleno desenvolvimento físico e mental de seus pares. Ou seja, não há espaço para a conduta ilícita do assédio moral.

Além disso, tão necessário quanto a não ocorrência do terror psicológico é a promoção e manutenção da assistência médico-hospitalar ao militar quando este ocorrer, bem como a séria análise dos requisitos necessários à concessão da reforma, além da percepção de indenização por danos morais, com o intuito de desestimular a reiteração dessa prática, pois, é sabido que os seus vestígios por vezes são irretratáveis.

É primordial que sejam oportunizados mecanismos de propagação no meio militar e da sociedade em geral acerca das consequências desse ato ilícito, na tentativa de evitar que, cada vez mais, jovens e adultos perseguidos e humilhados na caserna sejam inseridos nas estatísticas de pessoas que se encontram desprovidas de capacidade para atividade civil e militar, ou apenas a uma delas.

Não há espaço no ordenamento jurídico para que impere o terror psicológico, que o medo da vítima a possíveis represálias, como responder a formulário de transgressão militar por descumprimento de ordem de superior, insubordinação, representação contra superior hierárquico dentre outras, seja superior ao exercício de direitos basilares, os quais são seriamente comprometidos pela prática do assédio moral, a exemplo do direito à vida e à saúde.

Ainda com maior razão não se pode conceber que argumentos, por vezes, carecedores de fundamentação como atribuir o dano a problemas pessoais do assediado ou a perturbações mentais de longa data prosperem, na tentativa de descaracterizar o nexo causal entre o mal sofrido e a conduta praticada no ambiente da prestação do serviço militar.

Sendo assim, é necessário promover a paulatina conscientização no ambiente militar acerca da possível gerência da caserna sem prejuízo aos direitos e garantias fundamentais dos militares, sem implicar na quebra da pedra angular chamada de hierarquia e disciplina militar.

Referências:

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 1988.

_____. *Decreto nº 62.150*, de 19 de janeiro de 1968. Promulga a Convenção nº 111 da OIT sobre discriminação em matéria de emprego e profissão. In: *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 jan. 1968. Seção 1, p. 745*. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1950-1969/D62150.htm> Acesso em: 03 de outubro de 2017.

_____. *Decreto nº 76.322*, de 22 de setembro de 1975. Aprova o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER). In: *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 23 set. 1975. Seção 1, p. 12609*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D76322.htm> Acesso em: 12 de outubro de 2017.

- _____. Decreto nº 88.513, de 13 de julho de 1983. Dispõe sobre o Regulamento de Continências, Honras, Sinais de Respeito e Cerimonial Militar das Forças Armadas, e dá outras providências. In: *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 set. 1983. Seção 1, p. 12689.* Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1980-1987/decreto-88513-13-julho-1983-438402-publicacaooriginal-1-pe.html>> Acesso em: 12 de outubro de 2017.
- _____. Decreto nº 591, de 06 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. In: *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 07 jul. 1992. Seção 1, p. 8713.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm> Acesso em: 16 de setembro de 2017.
- _____. Decreto nº 3.321, de 30 de dezembro de 1999. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. In: *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 31 dez. 1999. Seção 1, p. 12.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm> Acesso em: 18 de setembro de 2017.
- _____. Lei nº 6.880, de 09 de dezembro de 1980. Dispõe sobre o Estatuto dos Militares. In: *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 11 dez. 1980. Seção 1, p. 24777.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6880.htm> Acesso em: 10 de setembro de 2017.
- _____. Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. In: *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 25 jul. 1991. Seção 1, p. 14809.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm> Acesso em: 12 de outubro de 2017.
- _____. Lei nº 11.279, de 09 de fevereiro de 2006. Dispõe sobre o ensino na Marinha. In: *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 10 fev. 2006. Seção 1, p. 01.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Lei/L11279.htm> Acesso em: 10 de setembro de 2017.
- _____. Lei nº 12.705, de 08 de agosto de 2012. Dispõe sobre os requisitos para ingresso nos cursos de formação de militares de carreira do Exército. In: *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 ago. 2012. Seção 1, p. 03.* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12705.htm> Acesso em: 10 de setembro de 2017.
- _____. Ministério da Saúde. Portaria nº 1339, de 18 de novembro de 1999. Institui a Lista de Doenças relacionadas ao Trabalho, a ser adotada como referência dos agravos originadas no processo de trabalho no Sistema Único de Saúde, para uso clínico e epidemiológico. In: *Diário Oficial da União, Brasília, DF, 19 nov. 1999. Seção 1, p. 21.* Disponível em: <http://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/1999/prt1339_18_11_1999.html> Acesso em: 12 de outubro de 2017.
- _____. Ministério da Defesa. Portaria COMGEP Nº 345/5EM, de 3 de abril de 2012. Aprova a edição da NSCA38-13 "Normas Reguladoras das Avaliações Psicológicas". In: *BCA nº 070, de 11 de abril de 2012.* Disponível em: http://www.fab.mil.br/icas/NSCA_38_13.pdf Acesso em: 10 de setembro de 2017.
- _____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial 1286466 RS. Odilon Almeida Mesko e Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Relatora Ministra Eliana Calmon, 18 de setembro de 2013. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente>>

- =ITA&sequencial=1260439&num_registro=201100585605&data=20130918&formato=PDF> Acesso em: 09 de outubro de 2016.
- . Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Apelação Cível 200450010043902. Rita de Cassia Valiate Martins e União. Relator Desembargador Federal Mauro Luís Rocha Lopes, 15 de outubro 2007. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:tlitixCKxPigJ:ementas.trf2.jus.br/siapro/feeder/idx%3Fprocesso%3D200450010043902%26CodDoc%3D172180++inmeta:gsaentity_BASE%3DEmentas&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8> Acesso em: 12 de outubro de 2017.
- . Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Embargos Infringentes em Apelação Cível 200851010147120. Jorge Antônio Martins e Universidade Federal do Rio de Janeiro – UFRJ. Relator Desembargador Federal Aluísio Gonçalves de Castro Mendes, 29 de outubro de 2012. Disponível em: <http://www10.trf2.jus.br/consultas/?movimento=cache&q=cache:flb9qY-TL20J:ementas.trf2.jus.br/siapro/feeder/idx%3Fprocesso%3D200851010147120%26CodDoc%3D271702++inmeta:gsaentity_BASE%3DEmentas&site=v2_jurisprudencia&client=v2_index&proxystylesheet=v2_index&lr=lang_pt&ie=UTF8&output=xml_no_dtd&access=p&oe=UTF-8> Acesso em: 16 de outubro de 2017.
- . Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível 533421, Processo: 200880000049819. Jefferson do Nascimento Viana e União. Relator Desembargador Federal Manoel Erhardt, 20 de setembro de 2012. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/data/2012/09/200880000049819_20120920_4380252.pdf> Acesso em: 15 de setembro de 2017.
- . Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Apelação Cível 527290 AL, Processo: 0000002-98.2010.4.05.8000. Carlos Williams da Silva Santos e União. Relator Desembargador Federal Geraldo Apoliano, 28 de fevereiro de 2013. Disponível em: <http://www.trf5.jus.br/data/2013/03/00000029820104058000_20130312_4203454.pdf> Acesso em: 10 de agosto de 2017.
- . Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Recurso Ordinário nº 00531-2007-139-03-00-8. Relatora Juíza Convocada Maria Cecília Alves Pinto, 07 de setembro de 2007. Disponível em: <<https://as1.trt3.jus.br/juris/detalhe.htm?conversationId=29413>> Acesso em: 03 de agosto de 2017.
- . Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 215400-03.2009.5.15.0070. Júlio César Alves e Banco Santander (Brasil) S.A e União. Relator Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, 26 de outubro de 2012. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RR - 215400-03.2009.5.15.0070&base=acordao&rowid=AAANGhAAFAAAKPQAAO&dataPublicacao=26/10/2012&localPublicacao=DEJT&query=>>> Acesso em: 20 de setembro de 2016.
- CAMARGO. T. R. L; MELO, S. N. *Princípios de direito ambiental do trabalho*. São Paulo: LTr, 2013.
- CASTRO. C. *O espírito militar: um antropólogo na caserna*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Zahar. 2004
- GLOCKNER. C.L.P. *Assédio moral no trabalho*. São Paulo: IOB Thomson, 2004.
- GREENE, Robert. *As 48 leis do poder*: tradução de Talita M. Rodrigues. Rio de Janeiro: Rocco, 2000.

- GUIMARÃES, L.A.M.; RIMOLI, A. O. "Mobbing (Assédio Psicológico) no Trabalho: Uma síndrome psicossocial multidimensional". Revista Psicologia Teoria e Pesquisa, Brasília, v. 22, nº 02, 2006, p. 184.
- HIRIGOYEN, M. F. *Mal-estar no trabalho: redefinindo o Assédio Moral*. Trad. Rejane Janowitzer. 2. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2005.
- NASCIMENTO, A. M. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- OLIVEIRA, R.P. *Violência relacionada ao trabalho: signos, significado e práticas entre trabalhadores da construção civil*. Tese de doutorado. Salvador: Instituto de Saúde Coletiva da UFBA. 2008. Disponível em: < <https://repositorio.ufba.br/ri/bitstream/ri/10906/1/77777777777777777777.pdf> >. Acesso em: 06 de setembro de 2017.
- ONU. *Declaração de Estocolmo sobre o Meio Ambiente Humano*. 1972. Disponível em: < <http://www.silex.com.br/leis/normas/estocolmo.htm> > Acesso em: 18 de setembro de 2017.
- OEA. *Convenção Americana Sobre Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: < https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm > Acesso em: 18 de setembro de 2017.
- OUA. *Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos*. 1981. Disponível em: < <http://www.achpr.org/pt/instruments/achpr/> > Acesso em: 18 de setembro de 2016.
- PACHECO, M. G. R. *O assédio moral no trabalho: o elo mais fraco*. Coimbra: Alamedina, 2007.
- ROSA. P. T. R. *Direito Administrativo Militar: Teoria e Prática*. 3. ed. rev., at. e ampl. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris. 2009.
- SARLET, I. W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2007.
- SILVA. J. L. O da. *Assédio Moral no ambiente de trabalho*. São Paulo: Leud, 2012.
- SOUZA, S. I. N. *Responsabilidade civil por danos à personalidade*. São Paulo: Manole, 2002.
- TRINDADE. A. A. C. *Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor. 1993.

Catástrofes naturais e a emergência do Direito Internacional das Catástrofes

Natural Disasters and the Emergence of International Disaster Law

Sidney Guerra¹

Universidade Federal do Rio de Janeiro

Sumário: 1. Introdução. 2. Sociedade de risco e as catástrofes naturais. 3. Gestão do risco da catástrofe natural. 4. Breves comentários sobre o direito internacional das catástrofes naturais. 5. À guisa de conclusão inacabada. 6. Referências bibliográficas.

Resumo: O cenário que envolve as catástrofes toca diretamente vários aspectos do direito internacional, em especial nos campos relativos ao direito ambiental, direitos humanos, direito humanitário, direito econômico e direito ao desenvolvimento. Muito embora existam diversas normas internacionais nos assuntos anteriormente indicados que tenham relação com o objeto deste estudo (catástrofes), evidencia-se que as mesmas são contempladas de maneira fragmentada, ou seja, não se apresentam como um todo harmônico que seja capaz de impedir/minimizar a catástrofe (garantia de mecanismos/instrumentos preventivos); de proteção dos direitos inerentes à pessoa humana, bem como a correspondente assistência das vítimas de catástrofes naturais; e em última instância, o auxílio para a recomposição do Estado afetado quando da eclosão da catástrofe natural. Neste sentido é que se propõe apresentar alguns aspectos que justificam a *novel* construção do *Direito Internacional das Catástrofes*.

Palavras chave: Meio ambiente. Catástrofes naturais. Direito Internacional

Abstract: The disaster scenario directly touches on various aspects of international law, particularly in the fields of environmental law, human rights, humanitarian law, economic law and the right to development. Although there are several international norms in the subjects indicated above that are related to the object of this study (catastrophes), it is evident that they are contemplated in a fragmented way, that is, they do not present as a harmonic whole that is able to prevent / minimizing the disaster (guarantee of preventive mechanisms / instruments); protection of the rights inherent to the human person, as well as the corresponding assistance of victims of natural disasters; and, ultimately, aid for the rebuilding of the affected State at the outbreak of the natural catastrophe. In this sense, it is proposed to present some aspects that justify the novel construction of the International Law of Catastrophes.

Key words: Environment. Natural disasters. International law

1. Introdução

Ao se pensar nas catástrofes, a ideia que se apresenta em um primeiro momento relaciona-se aos cenários de erupções vulcânicas, sismos e

¹ Pós-Doutor pelo Centro de Estudos Sociais da Universidade de Coimbra; Pós-Doutor pelo Programa Avançado em Cultura Contemporânea da Universidade Federal do Rio de Janeiro (UFRJ). Professor Associado da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Professor Titular da Universidade do Grande Rio e Professor Adjunto da Faculdade Presbiteriana Mackenzie Rio. Presidente do Instituto Brasileiro Pacificador (IBP). Advogado. Contato: sidneyguerra@terra.com.br

maremotos, grandes inundações à escala regional ou devastações provocadas por furacões, isto é, imagens de destruição de ambientes humanos por fenómenos geológicos ou atmosféricos súbitos e extremos. Entretanto, há várias catástrofes que são produzidas por ações desenvolvidas pela espécie humana, muitas delas, inclusive decorrentes de conflitos² armados³.

Em razão dos grandes efeitos produzidos no campo das relações internacionais, a Organização das Nações Unidas, por meio da Resolução da Assembleia Geral n. 46/182, de 19 de Dezembro de 1991, criou o *Office for the coordination of humanitarian affairs* (OCHA), a fim de nele concentrar ajuda aos Estados afetados por eventos extremos e outras situações de emergência humanitária.

Depois de algumas alterações sofridas na década de 1990, o OCHA adquiriu a configuração atual, do qual atua no plano da prevenção e mitigação de desastres naturais, por meio de 23 delegações espalhadas por todo o mundo, em conjugação com várias agências da ONU (FAO, WHO, UNICEF) e com organizações não governamentais ou em articulação com estruturas de prevenção regional.

O cenário que envolve as catástrofes toca diretamente vários aspectos do direito internacional, em especial nos campos relativos ao direito ambiental, direitos humanos, direito humanitário, direito econômico e direito ao desenvolvimento. Muito embora existam diversas normas internacionais nos assuntos anteriormente indicados que tenham relação com o objeto deste estudo (catástrofes), evidencia-se que as mesmas são contempladas de maneira fragmentada, ou seja, não se apresentam como um todo harmônico que seja capaz de impedir/minimizar a catástrofe (garantia de mecanismos/instrumentos preventivos); de proteção dos direitos inerentes à pessoa humana, bem como a correspondente assistência das vítimas de catástrofes naturais; e em última instância, o auxílio para a recomposição do Estado afetado quando da eclosão da catástrofe natural. Neste sentido é que se propõe apresentar alguns aspectos que justificam a *novel* construção do *Direito Internacional das Catástrofes*.⁴

Por se tratar de matéria complexa, inédita e com escassa bibliografia (vide nota n. 5), as reflexões deste artigo ficarão adstritas às catástrofes naturais. A eleição do tema deu-se em razão dos severos prejuízos que são produzidos para a pessoa humana e também para o meio ambiente⁵, sendo certo que por se tratar

² Interessante o projeto desenvolvido por organismos não governamentais e pela Cruz Vermelha em relação às catástrofes e aos conflitos, conforme estudo de BIRCH, Marion; MILLER, Simon. Humanitarian assistance: standards, skills, training, and experience. *ABC of conflict and disaster*. Disponível em <http://smhis.kmu.ac.ir/Images/UserUpload/Document/SMHIS/modiriat%20colg/%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D8%AA%20%D8%AF%D8%B1%20%D8%A8%D9%84%D8%A7%DB%8C%D8%A7/ABC%20of%20Conflict%20and%20Disaster.pdf>. Acesso em 23 de julho de 2017, p. 1: "Those affected by catastrophe and conflicts often lose basic human rights. Recognising this, a group of humanitarian non-governmental organisations and the Red Cross movement launched the Sphere Project in 1997. The aim of this project was to improve the quality of assistance and enhance the accountability of the humanitarian system in disaster response by developing a set of universal minimum standards in core areas and a humanitarian charter. The charter, based on international treaties and conventions, emphasises the right of people affected by disaster to life with dignity. It identifies the protection of this right as a quality measure of humanitarian work and one for which humanitarian actors bear responsibilities."

³ Neste sentido PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. *Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.

⁴ O *Direito internacional das catástrofes* apresenta aspectos que envolvem diversas especialidades do direito internacional público, como por exemplo, ambiental, humanos, humanitário, econômico, desenvolvimento, além de outros. Neste estudo serão expendidas considerações gerais sobre a *novel* especialidade do Direito Internacional, sendo tratado apenas a questão das catástrofes naturais. A pesquisa sobre os fundamentos, institutos e demais aspectos encontra-se em desenvolvimento para que em momento oportuno seja apresentada para a comunidade acadêmica.

⁵ Há anos tenho me dedicado aos estudos dos direitos humanos e do meio ambiente. Neste

de assunto bastante recente⁶, imperioso dispensar o tratamento adequado e necessário para justificar os fundamentos para a nova especialidade, que se pretende construir, para o direito internacional.

O objetivo geral da pesquisa será o de chamar a atenção para o problema dos catástrofes naturais e fomentar a necessidade de aprimorar e consagrar normas jurídicas internacionais que tratem de maneira específica sobre o tema. Utilizar-se-á o método hipotético-dedutivo, enquanto método de abordagem, na medida em se partirá da premissa de que as catástrofes tem produzido severos prejuízos para a humanidade, sendo necessário que alguns postulados do Direito Internacional sejam compatibilizados em face dos diversos problemas que tocam a matéria.

2. Sociedade de risco e as catástrofes naturais

A sociedade contemporânea recebe de alguns autores (em que foi pioneiro o sociólogo alemão Ulrich Beck, em 1986) a denominação de *sociedade de riscos* edificada após os efeitos simbolicamente representados pela queda do muro de Berlim, em 1989. A sociedade de riscos tem os traços conformados pela ambivalência, insegurança, a procura de novos princípios e o redesenho do relacionamento entre as atribuições das instituições do Estado e da própria sociedade.⁷

O conceito de sociedade de riscos como nova categoria da sociedade atual designa um estágio ou superação da modernidade em que começam a tomar corpo as ameaças produzidas até então no caminho da sociedade industrial. Isso levanta a questão da autolimitação daquele desenvolvimento, assim como da tarefa de redeterminar os padrões de responsabilidade, segurança, controle, limitação do dano e distribuição das consequências do dano atingidos até aquele momento, levando em conta as ameaças potenciais⁸.

Na sociedade atual, surge um “conflito fundamental”⁹, que promete tornar-se característico da sociedade de risco. Os progressos decorrentes da industrialização – desenvolvidos até o século XIX – levavam o homem a pensar que suas ações conduziram à segurança total, isto é, com suas técnicas o homem buscava lograr o fim dos riscos e catástrofes naturais.¹⁰ Contudo, o avanço

sentido, destacam-se, dentre outros, os livros: *Direitos humanos: curso elementar*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2016; *Direitos humanos na ordem jurídica internacional e reflexos na ordem constitucional brasileira*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014; *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2012; *Intervenção estatal ambiental: o licenciamento e a compensação ambiental à luz da lei complementar n. 140 de 2011*. São Paulo: Atlas, 2012; *Resíduos sólidos: comentários à Lei 12.305/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2012; *Direito internacional ambiental*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.

⁶ Nesta direção, DERANI, Cristiane; VIEIRA, Ligia Ribeiro. Os direitos humanos e a emergência das catástrofes ambientais: uma relação necessária. *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v.11.n.22, p.143-174. Julho/Dezembro de 2014, p. 164: As catástrofes ambientais, com todas as suas facetas, representam aos Direitos Humanos, principalmente das populações que são mais afetadas pelas calamidades. Esses desastres não só afetam a sobrevivência desses grupos humanos e da sociedade como um todo, como a sua segurança, o seu desenvolvimento e a preservação dos recursos naturais, culturais e ambientais existentes. Contudo, o Direito das Catástrofes pode ser considerado um direito decorrente de uma preocupação internacional recente.”

⁷ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de direito ambiental*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

⁸ BECK, Ulrich. A reinvenção da política. *Modernização reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1995, p. 17.

⁹ Idem, p. 23.

¹⁰ DERANI, Cristiane; VIEIRA, Ligia Ribeiro, op. cit., p. 145: “Conceituar o que seria uma catástrofe ambiental torna-se uma tarefa complexa quando se considera que o desastre natural não é simplesmente um acontecimento que resulta de processos naturais da Terra potencialmente perigosos. Vislumbra-se um evento que delineia a concretização de um perigo para os seres humanos, e de alguma forma influenciado pelos próprios, a partir de uma multiplicidade de fatores. Fatores estes, conectados principalmente à vulnerabilidade

tecnológico – que gerou um “risco fabricado”¹¹, “fruto da decisão humana”¹² – ocorrido durante o século passado levou o homem a sofrer os efeitos de sua própria ação.¹³

O risco, segundo Beck, é uma expressão que tem sua origem na modernidade e apresenta como grande característica a organização da sociedade baseada na mudança e na ousadia, em que tenta tornar previsível o que é imprevisível, controlável o que é incontrolável e principalmente a criação de mecanismos que permitam a diminuição da incerteza que qualifica os efeitos da decisão, submetendo o controle do próprio futuro. Afirma ainda que o que causa a catástrofe não é um erro, mas os sistemas que transformam a humanidade do erro em forças destrutivas incompreensíveis.¹⁴

Nesse cenário de grandes transformações decorrentes principalmente do processo de globalização também manifesta-se, em larga escala, o risco, sejam eles econômicos, geopolíticos, sociais, industriais, tecnológicos, da natureza e outros. Neste estudo, cuja proposta é de apresentar os alicerces para a construção do *direito internacional das catástrofes*, ganha relevo os riscos naturais, cujos resultados decorrem da associação dos riscos produzidos por processos advindos da natureza agravados pelas atividades humanas¹⁵ e pela ocupação do território.

Em razão desse traço marcante da mudança e da ousadia, o mundo tem experimentado transformações significativas na natureza. Além de tufões, tornados, furacões, erupções vulcânicas¹⁶, avanço do volume das águas dos oceanos¹⁷, podem ser sentidos outros efeitos extremamente negativos, como por

econômica, social, cultural e geográfica dos locais mais afetados pelas catástrofes, em que se pode inferir que “os desastres ocorrem quando os perigos se cruzam com a vulnerabilidade.”

¹¹ GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrol: o que a globalização está fazendo de nós*. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 24.

¹² LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Milano: Bruno Mondadori, 1996. p. 31-32.

¹³ DERANI, Cristiane; VIEIRA, Ligia Ribeiro, op. cit., p. 145: “É possível dizer que a catástrofe ocupa um lugar central na crise ambiental global que as sociedades humanas contemporâneas conhecem, representando tanto uma causa da crise como uma consequência da mesma. Uma das grandes implicações desses eventos ambientais é a sua dimensão humana, de modo que não há como dissociar o homem das catástrofes. A vulnerabilidade encontrada na sociedade estará sempre presente e será contabilizada nos prejuízos decorrentes de determinado fenômeno ecológico, assim “a vulnerabilidade social e humana que transforma um fenômeno natural em catástrofe”

¹⁴ BECK, Ulrich, op. cit., p.216

¹⁵ REDMOND, Anthony D. Natural disasters. *ABC of conflict and disaster*. Disponível em <http://smhis.kmu.ac.ir/Images/UserUpload/Document/SMHIS/modiriat%20colg/%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D8%AA%20%D8%AF%D8%B1%20%D8%A8%D9%84%D8%A7%DB%8C%D8%A7/ABC%20of%20Conflict%20and%20Disaster.pdf> . Acesso em 23 de julho de 2017, p. 4 afirma que todos os desastres são produzidos fundamentalmente por ações antrópicas: “Disasters are commonly divided into “natural” and “man made,” but such distinctions are generally artificial. All disasters are fundamentally human made, a function of where and how people choose or are forced to live. The trigger may be a natural phenomenon such as an earthquake, but its impact is governed by the prior vulnerability of the affected community.”

¹⁶ Idem, p. 5: “Because volcanic ash eventually provides highly fertile soil, areas vulnerable to volcanic activity are often well populated. There is a greater risk from injury from falling rocks than there is from burns, but homelessness, both temporary and permanent, poses the biggest threat to health. Special threats to life include ash falls, pyroclastic flows (horizontal blasts of gas containing ash and larger fragments in suspension), mud flows, tsunamis, and volcanic earthquakes. Hot volcanic ash in the air can produce inhalational burns, but only superficial burns to the upper airways will be survived. Respiratory effects of ash include excessive mucus production with obstructive mucus plugs, acute respiratory distress syndrome, asphyxia, exacerbation of asthma, and silicosis. Toxic gases may be emitted, and poisoning from carbon monoxide, hydrofluoric acid, and sulphur dioxide can occur.”

¹⁷ Ib idem, p. 5: “Earthquakes occurring at sea may produce seismic waves; as these Tsunami approach land and enter shallower water, they slow and the energy transfers into a wall of water. Buildings are destroyed by the initial impact, and by the drag of water

exemplo a perda de solos férteis em razão da erosão e também pela desertificação; o aquecimento da atmosfera e as mudanças climáticas; etc.

De fato, o cenário mundial vem sendo alterado pelas mudanças climáticas e a população mundial terá dificuldades para se adaptar a ele não só em razão do aumento da temperatura do planeta, mas também em decorrência de fenômenos como precipitação e sazonalidade, importantes para a capacidade de adaptação das diferentes espécies, inclusive o ser humano. Água, ecossistemas/agricultura, sociedade/economia e saúde estão entre os setores que indicam quais impactos são produzidos e os resultados que poderão advir disso.

Conforme acentuado em outra oportunidade¹⁸, cerca de 30% de costa litorânea serão perdidos em função do aumento do nível da água, o que afetará não só a oferta de produtos (peixes, por exemplo) como a própria sobrevivência das populações humanas que habitam tais áreas. Outro dado preocupante é a mudança da distribuição geográfica de vetores, ou seja, insetos transmissores de doenças endêmicas (malária, dengue, febre-amarela) poderão se alastrar em regiões onde não são encontrados atualmente, como na Europa e na América do Norte, já que tais regiões tendem a ficar mais quentes ao longo dos anos. Essas alterações climáticas impactam também a produção agrícola, pois estima-se queda na produtividade de cereais em baixas altitudes e um crescimento em médias e altas altitudes.

Os africanos é quem mais sofrerão com as consequências desastrosas relacionadas ao acesso à água, sendo que aproximadamente entre 75 e 250 milhões de pessoas, até 2020, terão dificuldades para acessar água potável e água destinada à irrigação para agricultura. Na Ásia, o derretimento do Himalaia provocará o aumento de enchentes, deslizamento de encostas e dificuldade de acesso aos recursos hídricos nas próximas duas ou três décadas. Na Austrália (Oceania), a Grande Barreira de Corais sofrerá grande perda de diversidade. Na América Latina, vários ecossistemas tendem a desaparecer, ou serão drasticamente reduzidos. No Brasil, por exemplo, a Amazônia poderá ser substituída por uma vegetação característica de cerrados (savana brasileira). Recifes de coral (estes importantíssimos para a reprodução de várias espécies marinhas) também tendem a desaparecer, já que consistem em colônias que suportam baixíssima variação climática.¹⁹

Os riscos que decorrem da natureza possuem algumas especificidades que anunciam a *modernização reflexiva*. A começar pela ideia de que não estão limitados a um determinado tempo e espaço, isto é, seus efeitos podem ser sentidos com maior incidência ao longo dos anos e alcançar vários Estados-nação, fazendo com que se apresente como um problema global. Ademais, não estão adstritos a um determinado espaço. Ao contrário, os efeitos produzidos são de natureza transnacional, como por exemplo, o problema da emissão dos gases poluentes (responsáveis também pelo aquecimento global), a poluição transfronteiriça, a produção do lixo tóxico, dentre outros, que precisam ser geridos para evitar/minimizar as catástrofes ambientais.

A doutrina²⁰ tem apresentado rol alargado em relação as catástrofes naturais, posto que os elementos da natureza não esgotam o referido elenco na

returning to the sea eroding foundations. Further danger comes from residual flooding and floating debris. Most deaths are due to drowning, and, unlike in earthquakes, the dead outnumber the injured. This was vividly shown by the tsunami in the Indian Ocean on 26 December 2004.”

¹⁸ GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio, op. cit., p. 32

¹⁹ Idem

²⁰ GOMES, Carla Amado. A gestão do risco de catástrofe natural: uma introdução na perspectiva do Direito Internacional. *Direito das Catástrofes Naturais*. Coimbra: Almedina, 2012, p. 4: “Uma catástrofe natural raramente o é, exclusivamente. Isto porque a causa

medida em que “uma seca prolongada constitui uma catástrofe natural; uma epidemia como a SIDA também integra o conceito; a eventual extinção das abelhas poderá identicamente ser aí reconduzida.”

Nesta esteira, como identificar uma catástrofe natural e como caracterizá-la? Perante esta multiplicação de hipóteses, a questão que emerge é a da eleição dos critérios de qualificação de uma manifestação da natureza como uma “catástrofe natural”²¹. Feito isso, deve ocorrer a gestão do risco da catástrofe.

3. Gestão do risco da catástrofe natural

A crise que hoje se faz sentir de maneira cada vez mais intensa no mundo, como consequência do modelo de crescimento económico e demográfico implementado durante o curso do século XX, começa a oferecer sinais claros de que estamos ultrapassando os limites de suportabilidade natural do planeta. Por isso, a necessidade de ações estratégicas no sentido de reduzir os riscos ambientais, no complexo equilíbrio com os interesses e misteres económicos, exigem estudos e conhecimentos multi e transdisciplinares, assim como o estabelecimento de políticas públicas ativas orientadas à solução de macropbemas que nem sempre se apresentam com a mesma dimensão.

Indubitavelmente que as ações antrópicas, bem como as mudanças perpetradas na sociedade desde a Revolução Industrial, tem produzido severos prejuízos para o ambiente e, consequentemente para a humanidade, principalmente quando se apresentam como elemento impulsionador dos desastres, sendo necessário incrementar o gerenciamento dos riscos das catástrofes naturais com o intuito de minimizar os efeitos nocivos de sua ocorrência.

A necessidade de se gerir o risco de catástrofe natural afigura-se, num primeiro relance, como afirma Carla Gomes, “como um objetivo paradoxal, pois a catástrofe é sinónimo de fatalidade, de destino inexorável; no entanto, a gestão do risco envolve a não incidência, bem como que os efeitos sejam minimizados.”²² Ocorre que as atividades humanas possuem um significativo impacto global sobre o clima e os ecossistemas da Terra, conforme atestado no relatório do IPCC de 2013-2014, de modo que cabe fazer a relação do agravamento dos desastres naturais por ações antrópicas. Nesse sentido, Derani robustece a ideia:

“Assim, perigos que fazem parte da natureza convertem-se em desastres devido a este tipo de atividade ou inatividade, por exemplo: inundações graves, por diversas vezes, são agravadas pelo desmatamento, urbanização, assoreamento e construções nas planícies aluviais, ou a destruição das defesas naturais do meio ambiente como pântanos costeiros pode se tornar responsável

natural pode ser potenciada por uma causa humana, normalmente traduzida ou na inibição de atitudes preventivas (sismo que destrói uma cidade cujos edifícios não revestiam a mínima qualidade construtiva), ou na inépcia de resposta no plano da mitigação de efeitos (vírus que dizima milhares de pessoas por atraso na administração de vacina). Numa outra variante, uma causa natural pode gerar uma catástrofe natural a qual, induzida através de meios técnicos, se transforma numa calamidade de proporções imensas: (o exemplo da globalização da SIDA através de transfusões sanguíneas, caracterizando um fenómeno epidemiológico que se agigantou a catástrofe tecnológica). Um outro exemplo, meramente hipotético, seria o de ingestão maciça de um vegetal transgénico que viesse a provocar mutações genéticas prejudiciais ao ser humano. Acrescem as situações em que a causa natural desencadeia um acidente industrial (fugas radioactivas na central nuclear de Fukushima, na sequência do maremoto) e/ou agrava as suas consequências (correntes marítimas especialmente fortes que espalham maré negra).”

²¹ Idem: “Perante estas catástrofes “sinérgicas” bem assim como em algumas situações de catástrofes complexas em virtude do entrecruzamento de factores naturais e humanos (normalmente, omissões) — a questão da imputação ganha relevo, pois extravasa-se o patamar da inevitabilidade. A complexidade (no sentido de concausalidade) dos fenómenos catastróficos parece, assim, ser uma nota dominante, agudizando tanto o problema da caracterização como o da imputação de responsabilidades.”

²² Ib idem.

pelos severos danos causados por ciclones tropicais, além de perda da biodiversidade e graves danos ecológicos.”²³

De fato, são muitos os problemas advindos de catástrofes naturais: cidades inteiras destruídas; Estados em situação de calamidade pública; grande número de refugiados; proliferação de doenças; falta de abastecimento de água e alimentos; diversos transtornos de natureza econômica, política e social, com os correspondentes desdobramentos no sistema internacional.

Assim, sensível aos problemas dos riscos e das catástrofes ambientais, a Organização das Nações Unidas tratou da matéria por meio das Resoluções da Assembleia Geral da ONU n. 43/202, de 20 de Dezembro de 1988, n. 44/236, de 22 de Dezembro de 1989, e estabeleceu que a década de 1990 seria a “Década Internacional para a redução das catástrofes naturais”.

A partir daí, a gestão dos riscos de catástrofes naturais começou por revestir uma dimensão puramente emergencial e humanitária para progressivamente evoluir para contextualização socioeconômica, cuja metodologia alicerçou-se nos princípios do Direito Internacional Ambiental, na gestão do risco de catástrofe, tanto natural como industrial, cujo objetivo maior está centrado na proteção da pessoa humana.

Com efeito, a atribuição do caráter jurídico às catástrofes foi um trabalho realizado inicialmente pela Comissão de Direito Internacional, com o claro intuito de promover esforços em favor da proteção humana em casos de eventos extremos.²⁴ Todavia, a falta de efetiva regulamentação do Direito Internacional Ambiental, somado a comportamentos nocivos adotados por diversos atores internacionais, tem possibilitado a eclosão de grandes catástrofes naturais. É bem verdade que estas discussões no cenário internacional são complexas. Ademais, além dos problemas indicados anteriormente, há muitos entraves para que os resultados se apresentem de maneira exitosa, principalmente quando Estados poderosos, como por exemplo os Estados Unidos e a China, adotam posturas refratárias nesta matéria.

Além das normas internacionais de proteção do meio ambiente, dos direitos humanos, do desenvolvimento e outras, necessária a emergência do *direito internacional das catástrofes*, não apenas por se tratar de um ramo novo, mas para que sejam criados ou articulados os correspondentes instrumentos, órgãos, definidos os contornos de atuação não apenas na gestão do risco, mas na proteção dos direitos da pessoa humana e no fomento e reconstrução de áreas afetadas.

4. Breves comentários sobre o direito internacional das catástrofes naturais

Na década de 90, conhecida como a Década Internacional para a redução dos desastres naturais, algumas medidas foram propostas pelas Nações Unidas para minimizar os problemas relativos aos desastres naturais. Por meio da Resolução 44/236, a ONU elaborou quadro propositivo com cinco domínios, a saber:

a) O apelo à cooperação internacional para reduzir os efeitos das catástrofes naturais nos planos da perda de vidas, destruição de bens e prejuízos econômico-sociais, através do incremento da capacidade de resposta nacional, do investimento na investigação científica e no progresso tecnológico, do intercâmbio de informação e do desenvolvimento de medidas de avaliação, detecção, prevenção e mitigação de desastres naturais por meio do apoio a programas de assistência técnica, de transferência de tecnologia e de formação de pessoal, sobretudo nos Estados menos desenvolvidos;

²³ DERANI, Cristiane; VIEIRA, Ligia Ribeiro, op. cit., p. 147

²⁴ Idem, p. 146: A definição surgida foi a seguinte: Se entende por catástrofe uma calamidade ou uma série de eventos que provocam perdas massivas de vidas humanas, grave sofrimento humano, danos materiais, ou ambientais de grande amplitude, perturbando assim, gravemente, o funcionamento da sociedade.

b) A exortação dos Estados à elaboração de programas de mitigação dos efeitos de desastres naturais, à criação de comités de coordenação entre a Administração e a comunidade científica com vista ao tratamento de informação, à divulgação de informação preventiva e formativa pela população, ao reforço e criação de estruturas essenciais à gestão da assistência sanitária e alimentar à população, bem assim como a sensibilização de organizações internacionais, organizações não governamentais, empresas e outras entidades para a questão da prevenção de catástrofes naturais;

c) A acomodação dos objetivos da Década Internacional no sistema da ONU, através do Secretário-Geral da ONU e de vários comités regionais, com destaque para um Comité Técnico-Científico para a Década Internacional, a constituir por 20/25 reputados especialistas internacionais escolhidos com observância de um princípio de equitativa representatividade geográfica com vista à identificação de problemas e lacunas de conhecimento na matéria da prevenção de catástrofes e avaliação das atividades levadas a cabo durante os anos 1990;

d) A criação de um Fundo de apoio à Década Internacional; e

e) A previsão da revisão da Estratégia, em meados da Década, pelo Conselho Económico e Social, com a apresentação de conclusões à Assembleia Geral da ONU.

A Resolução 46/182 corrobora a ideia acima esposada e apresenta outros aspectos interessantes, tais como:

a) a assistência humanitária em situação de catástrofe natural deve subordinar-se aos princípios da humanidade, neutralidade e imparcialidade;

b) a assistência humanitária deve ser prestada no respeito pelo princípio da integridade territorial do(s) Estado(s) afetado(s) e, em regra, com base num pedido deste(s);

c) os Estados vizinhos do Estado afetado são instados a participar mais ativamente possível no auxílio, facilitando o acesso dos meios de ajuda através do seu território;

d) o esforço de incremento de resposta rápida e efetiva deve ser realizado junto dos Estados em desenvolvimento, reforçando as suas estruturas locais e regionais de resposta a emergências;

e) a criação de sistemas de detecção precoce através da cooperação entre Estados, Organizações não governamentais e a estrutura da ONU, com vista à disseminação rápida e irrestrita por todos os Estados, sobretudo pelos mais susceptíveis de sofrer os maiores impactos;

f) a constituição do Fundo de apoio imediato a catástrofes naturais, sob direta tutela do Secretário Geral da ONU, com uma base de 50 milhões de dólares, a financiar por contribuições voluntárias;

g) a criação de um registo central de valências, relativo à identificação de especialistas em catástrofes, de material de apoio e de equipamentos disponíveis, junto do sistema da ONU, em coordenação com Estados, Organizações Internacionais e Organizações não governamentais;

h) o estabelecimento de um período máximo de uma semana para a organização de auxílio coordenado a um Estado afetado por uma catástrofe natural, em articulação com este;

i) a criação do escritório de auxílio humanitário, presidido por um funcionário superior sob direção do Secretário-Geral da ONU, com competências ao nível do processamento e retransmissão da informação, de coordenação da prestação da ajuda, nomeadamente porfiando pela obtenção do consentimento de todas as partes envolvidas, de monitorização da transição da fase da assistência para a fase da reabilitação, de realização de um relatório anual para o Secretário-Geral sobre assistência humanitária e verbas do Fundo utilizadas, a submeter à Assembleia Geral através do Conselho Económico e Social;

j) a criação de um Comité Permanente de Coordenação articulando constantemente o Emergency Relief Coordinator, a Cruz Vermelha e a Organização

Internacional das Migrações, bem assim como outras organizações não governamentais com atuação relevante nas áreas de incidência das catástrofes, num sistema de colaboração *ad hoc*;

I) a afirmação de uma lógica de continuidade na prestação da ajuda e não apenas de socorro imediato às populações afetadas.

Sem embargo, embora as Nações Unidas tenham nominado a década de 90 como sendo aquela dedicada a redução dos desastres naturais, Cristiane Derani, valendo-se dos ensinamentos de Madan Kumar Jah, afirma que o período deveria ser apropriadamente classificado como “a década dos desastres naturais”, pois a ocorrência de terremotos, enchentes, deslizamentos de terra e secas batia o seu recorde e enfatiza que:

“As perdas provenientes das calamidades ambientais neste período excederam os danos contabilizados nas últimas quatro décadas. O padrão do alto risco de ocorrência de catástrofes continuou a assolar o século XXI. O aumento da população, a rápida urbanização, o desenvolvimento técnico-econômico, resultaram em uma insustentabilidade generalizada, grande parte responsável pelo acontecimento das calamidades ambientais. Soma-se a isso, a emergência das mudanças climáticas, a cada ano mais sentidas, que contribuem para aumentar o domínio e o custo das catástrofes, em termos de frequência, escala e severidade. Diante disso, no ano de 2001 a ONU cria um Escritório responsável pela redução do risco de desastres (UNISDR), a partir da adoção da “Estratégia para a redução de desastres” no ano de 1999, construída com base na experiência advinda da anteriormente mencionada de diminuição de calamidades.”²⁵

O Escritório das Nações Unidas para a Redução do Risco de Desastres (UNISDR) tem como finalidade precípua, conforme estabelece a resolução da Assembleia Geral das Nações Unidas 56/195, “servir como o ponto focal do Sistema das Nações Unidas para coordenar atividades de redução do risco de desastres e assegurar sinergias entre as atividades de redução do risco de desastres de organizações do Sistema das Nações Unidas e organizações regionais nos campos socioeconômico e humanitário”²⁶

De fato, o mundo teve a oportunidade de assistir diversas catástrofes no período acima indicado, com todos os desdobramentos advindos das mesmas. Mesmo com o avanço da tecnologia, a sociedade internacional não tem conseguido impedir a eclosão de eventos de tamanha magnitude. Ao contrário, o desenvolvimento econômico e tecnológico tem muitas vezes acentuado os problemas ambientais e, em larga medida, as catástrofes naturais.²⁷

Neste cenário de eclosão das catástrofes naturais, a Organização das Nações Unidas, a partir dos trabalhos do UNISDR, e tendo como pano de fundo o terremoto e tsunami que assolaram a região da Indonésia, Sri Lanka e Tailândia em dezembro de 2004, realizou no ano de 2005, encontro na cidade de Kobe, Hyogo, no Japão, intitulado “Conferência para a Redução de Desastres, cuja estratégia era de refletir uma mudança no alcance de respostas e tentativas de redução dos desastres, visando promover uma “cultura de prevenção” ao invés de uma cultura somente baseada na reação pós-desastre.”²⁸

A Conferência para a Redução de Desastres, de Hyogo²⁹, elegeu cinco áreas de intervenção para o decênio 2005/2015, a saber:

²⁵ DERANI, Cristiane; VIEIRA, Ligia Ribeiro, op. cit., p.153

²⁶ Disponível em <https://nacoesunidas.org/agencia/unisdr/>

²⁷ Neste sentido vide GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio, op. cit., cap. I.

²⁸ DERANI, Cristiane; VIEIRA, Ligia Ribeiro, op. cit., p.153

²⁹ Como resultado desse encontro, adotou-se a “Declaração de Hyogo” e a “Convenção-quadro de Ação de Hyogo 2005-2015: construindo a resiliência das nações e comunidades às catástrofes”. Documento, esse, que tem como objetivo reduzir as perdas humanas, sociais e econômicas provocadas pelos desastres, por meio da cooperação, solidariedade e parceria internacional, e reafirmar o papel vital do sistema ONU na prevenção e redução de catástrofes. Ressalta-se que esses são os documentos internacionais que representam a base da gestão das catástrofes, contudo não são considerados juridicamente vinculantes. A

a) Enquadramento jurídico da prevenção de catástrofes no plano organizacional, legal e político

Aponta para a necessidade de criação de plataformas nacionais de redução dos riscos naturais, associando e articulando todos os níveis de administração com a sociedade civil, bem assim como alertando para o imperativo de integração da prevenção do risco em políticas de desenvolvimento local e regional e no planeamento territorial;

b) Avaliação, gestão, monitorização e alerta precoce de riscos naturais

Reitera os princípios desenvolvidos em Yokohama e na sequência: mapear o risco, comunicar o risco a populações e Governos, sistematizar a informação sobre riscos e manter sistemas de alerta precoce com base na melhor tecnologia disponível — observação *in situ* e através de satélite, tecnologia espacial, controlo remoto, sistemas de informação geográfica, modelos e previsões de eventos extremos e efeitos climáticos, ferramentas comunicacionais e estudos de custo-benefício de avaliações de risco e de sistemas de alerta precoce;

c) Investigação científica e educação

Em que se apela ao envolvimento da população nas iniciativas de comunicação do risco de catástrofe, quer no sentido da criação de resiliência, quer no sentido de partilha de experiências com os técnicos com vista ao aproveitamento de saberes tradicionais. Sublinha ainda a necessidade de integração de disciplinas de formação para a prevenção nos currículos escolares, aproveitando a sinergia com a Década Internacional da ONU da Educação para o Desenvolvimento sustentável (2005-2015);

d) Redução de fatores de potenciação do risco natural

Cujas bases estão assentadas numa lógica de articulação da prevenção de catástrofes naturais com três eixos fundamentais: a proteção do ambiente, sobretudo no plano da gestão adequada da biodiversidade e da antecipação de alterações climáticas; políticas setoriais como a saúde, a educação, o apoio aos desfavorecidos, setores e categorias onde as catástrofes podem provocar efeitos multiplicadores; política de ordenamento do território, quer do ponto de vista da localização de infraestruturas vitais longe de zonas identificadas como de risco, quer do ponto de vista da contenção de megalópoles e da desruralização, e com a política de urbanismo, introduzindo códigos de boas práticas de construção e reconstrução que tornem as edificações mais resistentes a eventos naturais extremos;

e) Prontidão para a resposta emergencial e reforço da capacidade de recuperação que se propõe a reduzir a vulnerabilidade e cultivar a resiliência

Estes são, sinteticamente, os dois eixos da gestão das catástrofes naturais que precisam ser desenvolvidos por vários atores, mas principalmente com a mobilização por parte do Estado de pessoas que estejam aptas e preparadas para agir.

Após o período acima indicado, de 2005 a 2015, agasalhado por Hyogo, as Nações Unidas realizam no ano de 2015 a Conferência Mundial das

opção, no plano internacional, foi a de tratar o problema sob a forma de diretrizes, e de uma política comum a ser adotada pelos países em suas legislações internas, de acordo com a realidade de cada um, ao invés de impor obrigações por meio de normas constringentes. Diante disso, apesar da preocupação com a redução do risco de desastres ter sido incluída na agenda da comunidade internacional, o que se pode inferir é que o número reduzido de acordos e convenções concernentes às catástrofes ambientais demonstra um interesse ainda não fortificado pelos Estados para tratar dessa temática. Problema agravado pelo fato da difícil entrada de acordo entre uma totalidade de países para adotar obrigações vinculantes a nível universal. Disponível em <https://www.unric.org/pt/novedades-desenvolvimento-economico-e-social/11337>. Acesso em 15 de junho de 2017.

Nações Unidas para Redução de Riscos de Desastres, em Sendai, no Japão, ocasião em que foi aprovado o Marco de Ação de Sendai para o período de 2015 a 2030.³⁰

Os países participantes da Conferência acreditam que com a adoção do novo Marco para redução de riscos, as mortes, destruição e deslocamentos causados por desastres naturais podem ser significativamente reduzidos até o ano de 2030 devendo ter a participação efetiva de vários atores sociais, como por exemplo o Estado e a iniciativa privada. O Marco de Sendai compartilha a responsabilidade de reduzir substancialmente, em 15 anos, o risco de desastres e perdas de vidas, meios de subsistência e saúde, ativos econômicos, físicos, sociais, culturais e ambientais, entre pessoas, empresas, comunidades e países. Também reafirmaram a necessidade de antecipar, planejar e reduzir o risco de proteger pessoas, comunidades e países de forma mais efetiva.

Para que o novo Marco seja adotado de forma bem-sucedida, é necessário forte comprometimento, envolvimento político e foco em quatro prioridades: a) entender os riscos de desastres; b) fortalecer o gerenciamento dos riscos; c) investir na redução dos riscos e na resiliência; d) reforçar a prevenção de desastres e dar respostas efetivas.

Para as Nações Unidas existem sete metas globais, a serem alcançadas até o ano de 2030, que foram consagradas a partir do Marco de Sendai:

1. Reduzir substancialmente a mortalidade global por desastres, com o objetivo de reduzir a média de mortalidade global por 100.000 habitantes entre 2020-2030, em comparação com 2005-2015.

2. Reduzir substancialmente o número de pessoas afetadas em todo o mundo, com o objetivo de reduzir a média global por 100.000 habitantes entre 2020-2030, em comparação com 2005-2015.

3. Reduzir as perdas econômicas diretas, devido a desastres, em relação ao produto interno bruto (PIB) global.

4. Reduzir substancialmente os danos causados por desastres em infraestrutura básica e a interrupção de serviços básicos, como unidades de saúde e educação, inclusive por meio do aumento de sua resiliência.

5. Aumentar substancialmente o número de países com estratégias nacionais e locais de redução do risco de desastres até 2020.

6. Intensificar substancialmente a cooperação internacional com os países em desenvolvimento por meio de apoio adequado e sustentável para complementar as ações nacionais voltadas à implementação do Marco de Sendai.

7. Aumentar substancialmente a disponibilidade e o acesso da população a sistemas de alerta antecipado, e às informações e avaliações sobre o risco de desastres.

De maneira geral, o principal objetivo nas diversas agendas em relação à gestão do risco de desastres é a diminuição da vulnerabilidade das pessoas, atividades e ecossistemas, principalmente nas áreas menos desenvolvidas e entre as populações mais suscetíveis, por meio de: a) incentivo à estudos,

³⁰ LOPES, Isadora T. P. *Gestão de riscos de desastres: integrando os riscos de acidentes industriais à gestão territorial*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Planejamento Energético, COPPE, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Março de 2017: "As inovações do Marco de Sendai em relação ao Marco de Hyogo podem ser resumidas pelos seguintes objetivos: orientar a gestão do risco de desastres para vários perigos do desenvolvimento em todos os níveis, nos âmbitos intra e intersetorial; considerar, além do risco de desastres, enfatizado no Marco de Ação de Hyogo, as perdas relacionadas aos desastres (no referente aos meios de subsistência, à saúde, aos bens físicos e culturais, à proteção da vida e dos bens sociais, econômicos e ambientais), tornando resilientes os sistemas de saúde, o patrimônio cultural e os locais de trabalho; compreender e abordar os fatores geradores de risco; focar na prevenção de novos riscos e, ao mesmo tempo, reduzir os riscos atuais, fortalecendo a resiliência; promover medidas no sentido de prevenir e reduzir a exposição a ameaças e vulnerabilidades; aumentar a preparação e a recuperação. Para monitorar e incentivar a aplicação do Marco de Sendai, serão utilizadas as mesmas estratégias complementares empregadas na implementação do Marco de Ação de Hyogo (plataformas global e nacionais) e os informes de avaliação global."

pesquisas e desenvolvimento de tecnologias e de instrumentos, mesmo ciente das incertezas existentes; b) ações de sensibilização e capacitação da população, técnicos e tomadores de decisão; c) comunicação do risco, recebimento e divulgação da informação; d) incentivo a processos participativos populares no planejamento e tomada de decisão, com uma perspectiva particular de gênero; e) criação e fortalecimento de sistemas de alerta precoce; f) integração da gestão de riscos de desastres nos planos e políticas em todos os níveis e temáticas, especialmente relacionados ao planejamento do desenvolvimento; g) aumento da cooperação internacional.

Embora os Marcos acima indicados sejam importantes para a melhoria e alcance de resultados nas questões que envolvem a gestão dos riscos em relação as catástrofes naturais, evidencia-se que a tentativa de obter melhores resultados neste campo no sistema internacional já ocorre há alguns anos.

A tentativa de se promover uma espécie de codificação do direito dos desastres no âmbito da Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas, cujos trabalhos iniciaram no ano de 2006, teve como objetivo a proposição de uma norma vinculante aos Estados por meio de uma abordagem inspirada no direito humanitário e nos direitos humanos. Todavia, até o presente momento, o mesmo não seguiu à frente e não foi estabelecido quais os direitos humanos deverão ser garantidos em caso de catástrofes.

Existe também no plano internacional, a preocupação fundamental de serem coordenados esforços de natureza preventiva e reativa, posto que se reveste de imediatismo emergencial e aposta no longo prazo, com criação de estruturas de prevenção, mas também de reação e recuperação eficazes, por meio de ações articuladas, interna e externamente e em permanente articulação com as populações, na divulgação de informação e implementação de estratégias de resposta pronta.

A despeito disso, as ações a serem contempladas para o êxito desta matéria precisam ser desenvolvidas também no âmbito dos Estados nacionais, até mesmo em razão da natureza jurídica dos documentos que são consagrados no sistema internacional, carecendo, por isso mesmo, do desenvolvimento de leis, políticas públicas, preparação e mobilização dos atores a serem envolvidos para que haja o alcance de resultados satisfatórios.

5. À guisa de conclusão inacabada

Apesar da relevância da eclosão de sucessivas catástrofes, que produzem resultados nocivos para os Estados, para o meio ambiente, para os indivíduos e todos os demais atores que habitam o planeta, tem faltado vontade política de transformar em *hard law* as estratégias *soft*³¹, e de erigir uma estrutura supranacional, de nível mundial³², para fazer face à gestão do risco de eventos extremos, assegurando resposta pronta, material e financeira em situações como estas. A título exemplificativo podem ser citadas grandes catástrofes naturais,

³¹ Na mesma direção DERANI, Cristiane; VIEIRA, Lígia Ribeiro, op. cit., p.155: “Ressalta-se que esses são os documentos internacionais que representam a base da gestão das catástrofes, contudo não são considerados juridicamente vinculantes. A opção, no plano internacional, foi a de tratar o problema sob a forma de diretrizes, e de uma política comum a ser adotada pelos países em suas legislações internas, de acordo com a realidade de cada um, ao invés de impor obrigações por meio de normas constringentes. Diante disso, apesar da preocupação com a redução do risco de desastres ter sido incluída na agenda da comunidade internacional, o que se pode inferir é que o número reduzido de acordos e convenções concernentes às catástrofes ambientais demonstra um interesse ainda não fortificado pelos Estados para tratar dessa temática. Problema agravado pelo fato da difícil entrada de acordo entre uma totalidade de países para adotar obrigações vinculantes a nível universal.”

³² Vide GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017, cap. VIII.

como o terremoto no Haiti³³, no ano de 2010; o gigantesco Tsunami no Japão³⁴, no ano de 2011, cujo terremoto de magnitude 9 desencadeou ondas gigantescas na costa e transformou cidades em pilhas de destroços e desencadeou o pior acidente nuclear desde Chernobyl, em 1986; e mais recentemente o grande incêndio em Portugal³⁵, no dia 17 de junho de 2017 e os furacões caribenhos Irma³⁶, José e Maria.

Imperiosa, portanto, a necessidade de pensar e construir uma nova especialidade do Direito Internacional Público: o *Direito Internacional das Catástrofes*, que irá transitar no campo da proteção internacional dos direitos humanos e do meio ambiente, cujo ponto principal recairá na proposição e/ou no aprimoramento de normas internacionais, bem como no desenvolvimento de

³³ O Haiti é um país localizado na América Central, sua extensão territorial é de 27.750 quilômetros quadrados, totaliza em seu território mais de 10 milhões de habitantes. Marcada por uma série de governos ditatoriais e golpes de estado, a população haitiana presencia uma guerra civil e muitos problemas socioeconômicos. O Haiti é o país economicamente mais pobre da América, seu Índice de Desenvolvimento Humano é de 0,404 (baixo); aproximadamente 60% da população é subnutrida e mais da metade vive abaixo da linha de pobreza, ou seja, com menos de 1,25 dólar por dia. Além de todos esses fatores, o país passou por outra tragédia, dessa vez de ordem natural. No dia 12 de janeiro de 2010, um terremoto de magnitude 7,0 na escala Richter atingiu o país, provocando uma série de feridos, desabrigados e mortes. Diversos edifícios desabaram, inclusive o palácio presidencial da capital Porto Príncipe. Disponível em <http://brasilecola.uol.com.br/geografia/o-terremoto-no-haiti.htm> Acesso em 10 de junho de 2017.

³⁴ **O tsunami que devastou a costa nordeste do Japão, gerado pelo violento sismo de 11 de Março, atingiu uma altura de 23 metros, indica um estudo divulgado pelo diário japonês "Yomiuri Shimbun". Disponível em** <http://www.jn.pt/mundo/dossiers/terramoto-no-japao/interior/tsunami-no-japao-atingiu-23-metros-1809576.html>. Acesso em 10 de junho de 2017

³⁵ O incêndio florestal que atingiu Pedrogão Grande, na região de Leiria, no centro de Portugal teve como resultado a morte de 64 pessoas e mais de 150 feridos. O incêndio é considerado uma das maiores tragédias dos últimos 50 anos no país e já destruiu mais de 26.000 hectares de florestas.

³⁶ O furacão Irma passou pelo norte de Porto Rico, na tarde desta quarta-feira, com uma força descomunal – ventos regulares de 295 quilômetros por hora –, mas não impactou totalmente na ilha. O olho do furacão se manteve a 50 quilômetros da costa, seguindo sua rota na direção noroeste a 25 quilômetros por hora. Antes de meia-noite (hora local) tinha deixado a região depois de causar mais uma morte, o que eleva a 11 o total mortos em diferentes ilhas. Cerca de 900.000 porto-riquenhos ficaram sem energia elétrica, e 2.800 precisaram se refugiar em albergues. A catástrofe passou raspando por Porto Rico, mas o furacão Irma se dirige a um alvo bem mais populoso, a Flórida, onde deve chegar no fim de semana. Nesta quinta-feira, as autoridades de Miami começaram a retirar 100.000 moradores de imóveis na orla marítima. Disponível em https://brasil.elpais.com/brasil/2017/09/07/internacional/1504748367_731598.html. Acesso em 08/09/2017.

políticas públicas para assistência às vítimas de catástrofes ambientais e humanitárias.³⁷

Neste estudo, que ganhou relevo as catástrofes naturais pelos motivos anteriormente explicitados, evidencia-se que a proteção do meio ambiente está intimamente ligada à proteção da pessoa humana, na medida em que não se pode imaginar o exercício dos direitos humanos sem que exista um ambiente sadio e propício ao bem-estar para o desenvolvimento pleno e digno para todos.³⁸

O vínculo entre meio ambiente e os direitos humanos está demonstrado pelo fato de que ocorrendo degradação ambiental podem ser agravadas violações aos direitos humanos, e, por outro lado, as violações de direitos humanos³⁹ podem levar à degradação ambiental ou tornar mais difícil a proteção do meio ambiente, especialmente em um cenário de grandes desastres ambientais.⁴⁰

³⁷ No episódio recente dos furacões caribenhos, a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) decidiu enviar suprimentos médicos e humanitários para as ilhas afetadas: “Com a passagem dos furacões Maria e Irma pelo Caribe, a Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS) decidiu enviar suprimentos médicos e humanitários para as ilhas afetadas, além de profissionais de atendimento. Apoio internacional visa suprir escassez de serviços e reparar instalações de saúde destruídas. Na segunda-feira (18), Dominica foi atingida pelo Maria, que chegou ao solo como um furacão de categoria cinco e com ventos de 250 km/h. ‘Os ventos varreram os telhados de quase todas as pessoas com quem falei ou entrei em contato. Meu foco agora é resgatar quem está preso para assegurar assistência médica aos feridos no país’, afirmou o primeiro-ministro do país, Roosevelt Skerit, em publicação nas suas redes sociais. Na avaliação do diretor do Programa de Emergências em Saúde da OPAS, Ciro Ugarte, as necessidades prioritárias para o Caribe incluem a retomada das operações em unidades de atendimento danificadas. O objetivo é garantir o fornecimento de serviços essenciais de saúde para a população, permitindo o diagnóstico rápido, tratar doenças transmissíveis e restabelecer o acompanhamento de pacientes com patologias crônicas não transmissíveis. Os dois furacões de categoria cinco passaram pelo Caribe em menos de duas semanas. Chuvas e ventos fortes continuam atingindo as Ilhas Leeward, incluindo as unidades do arquipélago já afetadas pelo furacão Irma. O Maria “poderia impactar muitas estruturas e detritos já maltratados, complicar a entrega da ajuda humanitária e deslocar mais pessoas para abrigos”, afirmou Ugarte.” “Uma entrega rápida dos suprimentos e recursos humanos necessários, bem como o pré-posicionamento e preparação para a próxima tempestade, serão importantes para evitar um maior impacto na saúde pública em países e territórios localizados no caminho desse poderoso furacão”, acrescentou. *OPAS auxilia países do Caribe a enfrentar devastação dos furacões Maria e Irma*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/opas-auxilia-paises-do-caribe-a-enfrentar-devastacao-dos-furacoes-maria-e-irma/>. Acesso em 22/09/17.

³⁸ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p., p. 35: “Existe uma relação íntima entre desenvolvimento e meio ambiente, desenvolvimento e direitos humanos e meio ambiente e direitos humanos. Possíveis vínculos podem ser encontrados, tais como o direito à vida e à saúde na sua maior dimensão que requerem ações negativas e positivas por parte dos Estados. Em realidade, a maioria dos direitos econômicos, sociais e culturais e os direitos civis e políticos mais básicos demonstram esta íntima relação. Ao final, há um paralelo entre a evolução da proteção dos direitos humanos e da proteção do meio ambiente, tendo ambas passado por um processo de internacionalização e de globalização”

³⁹ SHAW, Malcolm N. *International law*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008, p. 848, destaca o ano de 1994, como se vê: “In 1994, the final report of Human Rights and the Environment was delivered to the UN Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. The Report contains a set of Draft Principles of Human Rights and the Environment, which includes the notion that ‘human rights, an ecologically sound environment, sustainable development and peace are interdependent and indivisible’ and that all persons have the right to be a secure, healthy and ecologically sound environment. This right and other human rights, including civil, cultural, economic, political and social rights, are universal, interdependent and indivisible”.

⁴⁰ TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, p. 23: “a proteção dos direitos humanos e a proteção do meio ambiente, juntamente com os temas do desenvolvimento humano (e a luta pela erradicação da pobreza extrema), constituem as grandes prioridades da agenda internacional contemporânea.

Com efeito, quando ocorrem grandes tragédias ambientais em que o Estado nacional apresenta limitações para sanar as dificuldades existentes, e carece de auxílios advindos da sociedade internacional, evidencia-se, muitas vezes, grandes entraves para que a assistência seja efetivada, a exemplo do terremoto seguido de *tsunami* no Japão⁴¹, no ano de 2011, onde várias cidades e regiões do país foram destruídas; embora tenham sido anunciados pelos meios midiáticos o auxílio humanitário e financeiro de países ocidentais, foram poucos os que se dispuseram a ajudar.

Neste campo de ideias, necessário que as normas existentes de proteção ao meio ambiente e dos direitos humanos no sistema internacional sejam expandidas e trabalhadas de maneira articulada para a formulação do novo *direito internacional das catástrofes*, cujo objetivo principal estará pautado na gestão dos riscos e consequentemente na disposição de um ambiente ecologicamente equilibrado, de forma a minimizar a incidência de catástrofes naturais, com o claro intuito de reduzir as vulnerabilidades ambientais e sociais. O desenvolvimento de mecanismos de prevenção, proteção e recomposição, quando da eclosão de catástrofes naturais, são importantes na consecução dos objetivos a serem alcançados.

Por fim, não se pode olvidar que o modelo para produção de resultados efetivos na “construção” desse direito (o *direito internacional das catástrofes naturais*), com o intuito de minimizar os riscos das catástrofes naturais, pressupõe a criação de novas normas jurídicas quanto ao tratamento dispensado às vítimas das catástrofes naturais para que sejam estabelecidas em forma de ajuda humanitária, refúgio seguro em Estados vizinhos e assistência financeira às regiões atingidas.

6. Referências bibliográficas

ARÉCHAGA, Jiménez. *Derecho internacional público*. Tomo II. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1995.

BECK, Ulrich. A reinvenção da política. *Modernização reflexiva*. São Paulo: UNESP, 1995.

Requerem do direito internacional público, em processo de contínua expansão, soluções aos problemas globais que apresentam, além de um enriquecimento conceitual para fazer face às realidades dos novos tempos. Impõe-se seja dado em particular à questão da relação entre a proteção dos direitos humanos e a proteção ambiental um tratamento sistematizado, dada a sua transcendental importância em nossos dias. Embora tenham os domínios da proteção do ser humano e da proteção ambiental sido tratados até o presente separadamente, é necessário buscar maior aproximação entre eles, porquanto correspondem aos principais desafios de nosso tempo, a afetarem em última análise os rumos e destinos do gênero humano.”

⁴¹ Nesta esteira, Carla Gomes assentou que “é cabível fazer-se a distinção entre um desastre natural, que convoca estritamente os meios de resposta nacionais e cujos efeitos físicos se confinam a um território estadual, e uma catástrofe natural, cuja magnitude obriga o Estado lesado a solicitar o auxílio da comunidade internacional (caso do sismo + maremoto ocorrido em Março de 2011 no Japão, que forçou um Estado especialmente preparado para lidar com esse tipo de eventos a solicitar ajuda internacional no plano das equipas de busca e resgate). Os termos andam, todavia, habitualmente equiparados, registando-se que nos documentos internacionais é sobretudo usado o termo “desastre” na acepção de catástrofe. A dimensão essencialmente internacional das catástrofes levou o Centre for Research on the Epidemiology of Disasters (agência da ONU) a definir desastre (tecnológico ou natural) como “situation or event, which overwhelms local capacity, necessitating a request to national or international level for external assistance; an unforeseen and often sudden event that causes great damage, destruction and human suffering” Os critérios de lesividade que integram o evento na categoria de catástrofe são, cumulativamente: - 10 ou mais mortes humanas (efectivas e presumidas); - pelo menos 100 pessoas atingidas (necessitando de comida, água, cuidados básicos e sanitários; desalojados e feridos); - ter sido declarado o estado de emergência; - ter havido um pedido de ajuda externa. Estrictamente no tocante a catástrofes naturais, o Centre for Research on the Epidemiology of Disasters considera três tipos de eventos: hidrometeorológicos (cheias, tempestades, secas, desabamentos de terras, avalanches); geofísicos (sismos, maremotos e erupções vulcânicas); e biológicos (epidemias e pragas de insectos) – classificação que, decerto, tem meros propósitos descritivos.”

- BETTATI, Mario. *Le droit d'ingérence: mutation de l'ordre international*. Paris: Odile Jacob, 1996.
- BIRCH, Marion; MILLER, Simon. Humanitarian assistance: standards, skills, training, and experience. *ABC of conflict and disaster*. Disponível em <http://smhis.kmu.ac.ir/Images/UserUpload/Document/SMHIS/modiriat%20colg/%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D8%AA%20%D8%AF%D8%B1%20%D8%A8%D9%84%D8%A7%DB%8C%D8%A7/ABC%20of%20Conflict%20and%20Disaster.pdf> . Acesso em 23 de julho de 2017.
- BROWLIE, Ian. *Princípios de direito internacional público*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- DERANI, Cristiane; VIEIRA, Ligia Ribeiro. Os direitos humanos e a emergência das catástrofes ambientais: uma relação necessária. *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v.11.n.22, p.143-174. Julho/Dezembro de 2014.
- DINH, Nguyen Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. *Direito internacional público*. 2ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.
- GIDDENS, Anthony. *Mundo em descontrolo: o que a globalização está fazendo de nós*. 4.ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.
- GOMES, Carla Amado. A gestão do risco de catástrofe natural: uma introdução na perspectiva do Direito Internacional. *Direito das Catástrofes Naturais*. Coimbra: Almedina, 2012.
- GUERRA, Sidney. *Curso de direito internacional público*. 11.ed. São Paulo: Saraiva, 2017.
- GUERRA, Sidney. *Direitos humanos: curso elementar*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2016.
- GUERRA, Sidney. *Direitos humanos e cidadania*. São Paulo: Atlas, 2012.
- GUERRA, Sidney. *Resíduos sólidos: comentários à Lei 12.305/2010*. Rio de Janeiro: Forense, 2012.
- GUERRA, Sidney. *Direito internacional ambiental*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2006.
- GUERRA, Sidney (org.) *Globalização: desafios e implicações para o direito internacional contemporâneo*. Ijuí: Unijuí, 2006.
- GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Curso de direito ambiental*. 2.ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GUERRA, Sidney; GUERRA, Sérgio. *Intervenção estatal ambiental: o licenciamento e a compensação ambiental à luz da lei complementar n. 140 de 2011*. São Paulo: Atlas, 2012.
- LOPES, Isadora T. P. *Gestão de riscos de desastres: integrando os riscos de acidentes industriais à gestão territorial*. Dissertação de Mestrado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Planejamento Energético, COPPE, da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Março de 2017.
- LUHMANN, Niklas. *Sociologia del rischio*. Milano: Bruno Mondadori, 1996.
- OPAS *auxilia países do Caribe a enfrentar devastação dos furacões Maria e Irma*. Disponível em <https://nacoesunidas.org/opas-auxilia-paises-do-caribe-a-enfrentar-devastacao-dos-furacoes-maria-e-irma/>. Acesso em 22/09/17.
- PRONER, Carol; GUERRA, Sidney. *Direito internacional humanitário e a proteção internacional do indivíduo*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2008.
- REDMOND, Anthony D. Natural disasters. *ABC of conflict and disaster*. Disponível em <http://smhis.kmu.ac.ir/Images/UserUpload/Document/SMHIS/modiriat%20colg/%D8%B3%D9%84%D8%A7%D9%85%D8%AA%20%D8%AF%D8%B1%20%D8%A8%D9%84%D8%A7%DB%8C%D8%A7/ABC%20of%20Conflict%20and%20Disaster.pdf> . Acesso em 23 de julho de 2017.
- RIDRUEJO, José A. Pastor. *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2006.
- SALCEDO, Juan Antonio Carrillo. *Curso de derecho internacional*. Madrid: Tecnos, 1991.
- SHAW, Malcolm N. *International law*. 6. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2008.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1997.
- TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente*. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993.

As Teorias da Argumentação Jurídica e o Constitucionalismo dos Direitos Fundamentais na judicialização das políticas públicas brasileiras

The Theories of Legal Argumentation and the Constitutionalism of Fundamental Rights in the judicialization of Brazilian public policies

Inês Moreira da Costa¹

Arlen José Silva de Souza²

Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia

Resumo: A argumentação jurídica envolve dificuldades para se entender decifrar a verdade que é produto de uma propositura conjugada com o fato. Daí a necessidade de discussão quanto as teorias que regem essas relações para se entender o fenômeno da judicialização no direito brasileiro com amparo na Constituição Federal. A judicialização surge como resposta as anomalias existentes nos Poderes Legislativo e Executivo, por força da crise moral que atravessa o Estado brasileiro e a falta de representatividade popular de qualidade. Enxergar a importância do Poder Judiciário na seara política para preservar a integridade dos mandamentos constitucionais, respeitando os limites entre os Poderes e adequando as políticas públicas ao sistema legal, com o fim de assegurar os direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos.

Palavras-chaves: argumentação jurídica; Poder Judiciário; judicialização; políticas públicas; Constituição.

Abstract: Legal argumentation involves difficulties in understanding decipher the truth that is the product of a proposition coupled with fact. Hence the need to discuss the theories that govern these relations in order to understand the phenomenon of judicialization in Brazilian law with amparo in the Federal Constitution. The judicialization comes as a response to the existing anomalies in the Legislative and Executive Branches, due to the moral crisis that crosses the Brazilian State and the lack of popular representation of quality. To see the importance of the Judiciary in the political arena to preserve the integrity of the constitutional commandments, respecting the limits between the Powers and

¹ Doutoranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí. Mestre em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - Direito/Rio. Graduada em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Juíza de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia. Porto Velho, Rondônia - Brasil.

² Juiz de Direito do Tribunal de Justiça de Rondônia - TJRO. Professor da Universidade Europea de Madrid - UEM; Professor da Universidade Federal de Rondônia e da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON. Coordenador da Pós-Graduação em Gestão Cartorária Judicial da Escola da Magistratura de Rondônia - EMERON. Doutorando em Ciências Políticas pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS; Mestre em Direito pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; MBA em Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas - FGV; Especialização em Direito Penal pela Universidade Federal de Rondônia/Universidade Federal de Minas Gerais e graduação em Direito pela Universidade Federal de Rondônia. Com atuação profissional na área de docência no ensino superior nas disciplinas: Direito Penal, Direito Processual Penal, Execução Penal, Direito Eleitoral, Métodos Alternativos de Solução de Conflito e Prática Cartorária.

adjusting the public policies to the legal system, in order to guarantee the fundamental rights and guarantees to all citizens.

Keywords: Legal arguments; Judicial power; Judicialization; public policy; Constitution.

Introdução

Entender qual é a melhor exegese para uma sentença judicial implica em conhecer as teorias que regem a argumentação jurídica, de modo que essas ferramentas se prestem a atender a demanda judicial que aporta no Poder Judiciário, em função da crise moral que o país atravessa, da falta de credibilidade das instituições, da falta de cumprimento das políticas públicas de infraestrutura, entre outras causas.

Nesse estudo será discutido a judicialização e sua atuação em face dos mandamentos constitucionais. Para tanto foi identificado como problema a *intervenção do Poder Judiciário nas políticas públicas*.

A primeira seção versa sobre a argumentação jurídica como ferramenta de exegese, com fim de ser apresentadas algumas teorias que podem ser aplicadas em face da dinâmica social e do fenômeno da judicialização.

O constitucionalismo e os direitos fundamentais, constituem a segunda seção, e trazem uma visão sobre o amparo reservado aos cidadãos pela Carta Maior.

A judicialização de questões políticas e a separação de poderes é o mote da terceira seção, que traz a ideia de como a decisão judicial pode alterar as posições políticas que não se coadunam as Carta Maior.

Na quarta seção é discutida A intervenção judicial e a independência do Poder Judiciário como forma de assegurar o *check in balance* entre os poderes do Estado.

Intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas é o tema da quinta seção, que possibilita um diálogo a respeito dos limites da judicialização.

A conclusão sintetizará este artigo científico, permitindo que sejam feitas algumas reflexões sobre a argumentação jurídica que melhor se acomoda no contexto da judicialização no Estado brasileiro.

1. A argumentação jurídica como ferramenta de exegese

A contemporaneidade induz as discussões importantes a respeito da teoria da argumentação jurídica. A racionalidade intrínseca da argumentação jurídica, em seu aspecto metodológico, tem se mostrado como premissa de urgência a ser discutida. A atualização dos seus cânones implica em efetivar a dialética que os juízes são incapazes de emitir sentenças apenas com base em conclusões lógicas válidas. Ora, como fazer quando não há provas que conduzam a lógica racional é um questionamento que deve ser respondido com um método racional que funcione dentro desses contextos fáticos, Alexy³.

Ora, não é possível afirmar ser o direito igual à todas leis, pois os juízes não ficam adstritos aos comandos legislativos, especialmente os literais. Há uma exigência que o exegeta judicial no momento de julgar expresse com clareza a correção que a lei em abstrato deve ter. A coerência legal é ponto imprescindível. Por isso, estranho ao aspecto dogmático e seus instrumentos, existe argumentação racional com a construção de uma resposta através do consenso racional que se acomoda como alternativa jurídica na premissa persuasória legal. No mesmo sentido, importa mencionar Alexy⁴ quando se reporta aos argumentos de Esser, no que reclama os termos *correção social*

³ ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, 2ª edição, tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.

⁴ Idem, p.34-35.

como elemento de consenso:

Esser e Kriele em especial advogam a possibilidade da argumentação jurídica racional relevante. Em seu livro *Vorvestiindnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Esser tenta mostrar que "na realidade existe essa *racionalidade da argumentação exterior* ao sistema dogmático e seus "métodos" - na medida em que a *organização de um consenso sobre a racionalidade de uma solução* no enquadramento de certas alternativas jurídicas constitui o verdadeiro processo de persuasão da lei.

A preocupação de se realizar um julgamento com conceitos subjacentes à lei é necessária para que se evite as arbitrariedades, por isso a uso da argumentação racional deve acentuar que o direito positivado não é suficiente para sustentar a demanda que está posta pela natureza fática do problema. A lacuna que surge será coberta com as razões utilitárias e os conceitos de justiça aceitos pela sociedade.

Uma dúvida emerge quanto a validade das sentenças normativas, especialmente quanto a justificação destas. Assim, à filosofia analítica resta examinar a linguagem normativa genericamente e linguagem moral, em especial. Por dar lastro a esse estudo é desenvolvida uma meta-ética que não amoldam ao discurso racional.

Na discussão entre dois indivíduos a respeito da validade de uma proposição X, observa-se duas alternativas para o consenso. A primeira é uma das partes demonstrar que são argumentos são verdadeiros. A segunda é induzir a outra parte que a aceitar o argumento posto, por qualquer meio. Entre esses meios estão a propaganda, a pressão psicológica e a persuasão. A comunicação de massa é alvo do primeiro. A segunda denota a concordância do outro por qualquer meio. Por fim, a terceira é fruto da justificação de uma convicção moral. É preciso uma análise mais acurada da validade da *justificação de uma convicção moral* através de proposituras meta-éticas, o naturalismo e o intuicionismo o emotivismo. Se estas correntes são validadas o discurso prático racional torna-se desnecessário.

Explica-se o termo *naturalista* quando a aplicação deste a uma teoria se vale dos termos BOM e DEVERIA, expressões normativas, são utilizado como expressões descritivas. É premissa sendo verdadeira estaria submetido ao empirismo das ciências naturais e sociais. De sorte, que o escopo da ética e da filosofia moral estaria limitar-se-ia a transmutação de expressões normativas em expressões descritivas. Note-se que a discrepância havida em transformar *deveria* em *é*, redundaria em transformar as expressões normativas em descritivas.

As críticas a sistemática acima é de Moore. Desenvolveu- um discurso em o *naturalismo* é tratado como falacioso, em face do argumento da *questão em aberto*. Ora, se BOM é o que a maioria deseja, o que nem sempre é o correto. Ensina Alexy⁵:

Definimos "bom" em termos de alguns desses predicados empíricos como "sought after by the majority", então sempre que "bom" aparece ele pode ser substituído por "o que a maioria deseja" também é bom? Se a teoria descritiva estivesse correta, essa pergunta faria tão pouco sentido como a questão: "A é o que a maioria deseja, mas A também é procurado pela maioria? No entanto, não é esse o caso. A primeira questão tem sentido, ao passo que a segunda não tem. Assim, o significado de "bom" ao menos não concorda inteiramente com o da "o que a maioria deseja". Em vez de "o que a maioria deseja" podemos deduzir outros predicados ou quaisquer outras ligações de predicados. "Whatever definition be offered, it may always be asked, with significance, of the complex so defined, whether it is itself good. Disso resulta que a tese naturalista da descrição de termos de valor não pode ser correta.

⁵ Ibid. p.46

As críticas ao discurso de Moore quanto ao *open-question argument* têm três posições significativas. A primeira que é possível que se descubra uma proposição verdadeira, dentre outras que são falaciosas, o que valida o naturalismo.

A segunda é a possibilidade de BOM ser a verdade definível, ou seja, se o significado de duas proposições for idêntico sem que apareçam explicitamente. A existência de *covert synonymy* (sinonímia oculta) não pode afastar a incidência dela, o que afasta, de algum modo a propositura de Moore.

Ao discorrer sobre o *intuicionismo* verifico não ser possível rotular BOM e DEVERIA como expressões empíricas, pois para o *intuicionismo* esses termos se relacionam com propriedades, como a do SER. Para esta tese *intuicionística* o BOM e o DEVERIA não são conhecidos pelos sentidos, mas por uma percepção especial, similar ao sexto sentido ou um conhecimento intuitivo primário. Ou, ainda, a combinação de ambos.

Para Moore apenas uma propriedade é conhecida o BOM, sendo esta simples e analisável. Ross, em sentido contrário afirma que há dois termos sem definição, BOM e CORRETO. Discutindo a matéria Scheller sentencia que quatro tipos de valores são apresentados: os relativos ao agradável e desagradável; os vitais; os intelectuais e os divinos. Este autor escalona tais valores, os divinos em posição superior aos agradáveis e desagradáveis.

Entre as críticas ao *intuicionismo* estão os critérios que a tese se vale para diferenciar o certo do errado, as intuições genuínas das equivocadas. O contexto que se encerra as verdades não sobra espaço para a argumentação. O exemplo de Moore é satisfatório para exemplificar: *mas eu declaro que é falso porque sua falsidade é evidente para mim, e eu acho que é razão suficiente para minha afirmação.*⁶

A tese que se versa sobre o *emotivismo* está relacionada com a expressão de sentimento e atitudes. Stevenson declara que o principal dos julgamentos morais é a de influenciar pessoas, pois exercem ingerência psicológica sobre os indivíduos. Apresentam-se, os julgamentos morais, para exercer dupla função, a emotiva e a cognitiva. Modelos de trabalho foram traçados por Stevenson: I) *This is wrong means: I disapprove of this; do so as well;* II) *He ought to do this means: I disapprove of his leaving this undone; do so as well;* III) *This is good means: I approve of this; do so as well.*

A percepção de Stevenson sobre a matéria revela que o autor insere duas assertivas em cada proposição. Na primeira parte os argumentos são descritivos e na segunda são imperativos. As palavras possuem uma carga de poder quer está ligado a história emocional que não é perceptível, no entanto se traduzem em atitudes. Aquele que estuda não percebe a pressão psicológica que está por traz das palavras. Ensina:

Em todas três definições, o *definiens* tem duas partes. A primeira parte, uma afirmação sobre a atitude do orador, expressa o significado descritivo (*descriptive*) dos termos analisados; a segunda parte, um imperativo, expressa o significado emotivo (*emotive*). Por significado emotivo da palavra, Stevenson entende "o poder que a palavra adquire, levando em conta sua história em situações emocionais, para evocar ou diretamente expressar atitudes, como distintas de descrevê-las ou designá-las" Os imperativos contidos no *definiens*, no entanto, só representam de forma incompleta esse significado emotivo: "Ethical judgements alter attitudes, not by an appeal to self-conscious efforts (as in the case with imperatives), but by the more flexible mechanism of *suggestion*. Emotive terms present the subject of which they are predicated in a bright or dim light, so to speak, and thereby *lead* people, rather than command them, to alter their attitudes." O ouvinte

⁶ Ibid. p.49

(ao menos como regra geral) não está consciente da pressão psicológica exercida pelas expressões.

Portanto, o *emotivismo* está vinculado a força léxica das expressões, que se constituem de carga emocional adquiridas dentro do contexto histórico e não perceptível para quem é dirigido o discurso.

Para Habermas, em sua Teoria do Consenso da Verdade, as expressões normativas, de normas cogentes e axiologicamente válidas, podem ser validadas de igual modo as expressões empíricas. Assim, as inferências do empirismo se equivalem as expressões normativas na busca da verdade.

Habermas opõe a teoria do consenso, de sua autoria, em contraste com as teorias clássicas da verdade, em especial com a Teoria da Correspondência. As teorias clássicas, segundo este autor, são incapazes de solucionar as questões que versam sobre a definição de verdade. Insta frisar que Habermas valida seus argumentos com a discussão a seguir, Habermas *apud* Alexy⁷:

"eu posso dar um predicado a um objeto, só quando todas as outras pessoas que *puderem* entrar numa conversa comigo, *atribuírem* ao objeto o mesmo predicado. A fim de distinguir as afirmações falsas das verdadeiras, eu me refiro ao julgamento dos outros na verdade, ao julgamento de todos os outros com os quais tive uma conversação (incluo aqui, contrafactualmente, todos os parceiros de discurso que pudesse encontrar se o histórico da minha vida fosse co-extensivo com aquele da espécie humana). A condição para a verdade das afirmações é o acordo potencial de *todas as outras* pessoas".

Em outro sentido é o apregoado pela Teoria da Correspondência da Verdade, uma vez que esta declara que uma proposição somente será verdadeira se faticamente assim se apresentar, ou seja, demanda a existência do fato concreto. Conclui-se que a correlação entre a sentença e o fato é a verdade.

No primeiro momento não merece reparos a Teoria da Correspondência da Verdade, pois que é simples entendimento que o fato deve corresponder ao que existe. Porém, a dificuldade se apresenta quanto a identificar a correspondência da proposição com o fato, ou seja, o que é o fato para que a sentença seja verdadeira. Alexy⁸ discorre:

É esse exatamente o ponto a que Habermas se dedica. Juntamente com Strawson, ele faz uma distinção entre os fatos e os objetos da experiência. "Facts are what statements (when true) state; they are not what statements are about. They are not, like things or happenings on the face of the globe, witnessed or heard or seen...". Os objetos da experiência existem no mundo. Em contraste, como diz Patzig, "Fatos não são primeiro o que são e, em segundo lugar, além disso, são o que é representado pelas sentenças verdadeiras". "Sem sentenças não pode... haver fatos; os fatos dependem essencialmente da linguagem."

Conclui-se que os fatos não são comparados aos objetos, em face da concretude destes. Tal assertiva leva Habermas a criticar a Teoria da Correspondência da Verdade, pois as expressões devem se subordinar aos fatos, e não o inverso. Os fatos, de uma banda, necessitam da linguagem, enquanto, em outra vertente, a verdade das proposições depende dos fatos.

2. Constitucionalismo e direitos fundamentais

Ferrajoli⁹ sustenta que a democracia constitucional teve uma mudança de paradigma, acerca do papel do direito, nos últimos 50 anos, após a segunda guerra mundial, redescobrimo-se o significado da "constituição" como limite e vínculo aos

⁷ Ibid. p.92

⁸ Ibid. p.92

⁹ FERRAJOLI. Luigi. Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. In: Ferrajoli, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfetcto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trotta, 2008, p. 30.

poderes públicos, especialmente pelo disposto no artigo 16 da Declaração de Direitos do Homem de 1789: “Toda sociedade que não assegure a garantia dos direitos nem a separação dos poderes não têm constituição”:

Gracias a la garantía ilustrada antes de la rigidez constitucional, la legalidad cambia de naturaleza: no es sólo condicionante y disciplinante, sino que ella misma es condicionada y disciplinada por vínculos jurídicos no son formales, sino también sustanciales; ya no es simplemente um produto del legislador, sino que también es proyección jurídica del derecho mismo y por ende límite y vínculo para el Legislador. De ahí que el derecho resulta positivizado no sólo em su «ser», es decir, em su «existencia», sino también em su «deber ser», es decir, em sus condiciones de «validez»; ya no sólo el «quién» y el «como» de las decisiones, sino también el «qué»: qué no debe decidirse—es decir, la lesión de los derechos de libertad— y, por el contrario, qué debe decidirse —es decir, la satisfacción de los derechos sociales.

Com o chamado Estado Constitucional de Direito, ultrapassa-se a ideia de Estado “legal”. O Estado surge, então, para suprir o déficit de indisponibilidade dos valores essenciais do ordenamento, criando um nível de juridicidade superior e vinculante: a Constituição, que passa a ser reconhecida como norma suprema.

O neoconstitucionalismo pretende explicar um conjunto de textos constitucionais que começam a surgir depois da segunda guerra mundial e sobretudo a partir de 1970. São constituições que não se limitam a estabelecer competências ou a separar os poderes públicos, e sim que contém altos níveis de normas materiais ou substantivas que condicionam a atuação do Estado por meio da ordenação de certos fins e objetivos.

A mudança de ideia de Constituição formal por Constituição material é um dos aspectos principais do neoconstitucionalismo:

Una de las concepciones constitucionales marcadamente influyentes desde los mismos inicios del neoconstitucionalismo com la derrota del facismo y la posterior caída de las dictaduras en Europa, es la interpretación extensiva de las provisiones constitucionales. No sólo es primordial que las constituciones consagren derechos, sino también que los jueces puedan interpretarlos de una manera tal que el contenido del derecho, o de vários derechos, pueda ser ligado a um caso no originalmente previsto. Aquí se revela la discusión neoconstitucional entre las teorías externa e interna de los derechos fundamentales, ya que se trata de la manera de fijar el contenido mínimo de los derechos por lo que explicitamente prescriben las disposiciones que los establecen o los que se puedan determinar em el caso concreto al contraponer ponderativamente el derecho afectado y el contrario, por lo que resulta justificado imponer uma restricción¹⁰.

Guastini define a constitucionalização do ordenamento jurídico como sendo “*um processo de transformación de um ordenamento jurídico al término del cual el ordenamento em cuestión resulta totalmente “impregnado” por las normas constitucionales*”¹¹.

Sanchis, por sua vez, também reconhece a força expansiva da constitucionalização dos direitos, ao afirmar que a consequência mais básica da constitucionalização dos direitos consiste “*em concebir a los derechos como normas supremas, efectiva y directamente vinculantes, que pueden y deben ser observadas em toda operación de interpretación y aplicación del derecho*”¹².

¹⁰ VV.AA. (Vários autores). Neoconstitucionalismo: teoría y práctica. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). **El canón neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, p. 222 e 231.

¹¹ GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trotta, 2005, p. 49.

¹² PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONELL, Miguel

De acordo com Battista Ratti¹³, o termo neoconstitucionalismo é usado para denotar (i) uma forma de estado, (ii) uma política de ativismo judicial, (iii) uma reconstrução teórica dos sistemas jurídicos contemporâneos, (iv) uma metodologia jurídica e (v) uma forma de adesão ideológica ao direito. Com relação à forma de estado, é usado para designar o Estado constitucional de Direito, geralmente caracterizado por um documento constitucional rico em direitos e princípios fundamentais, um regime de constituição rígida e a presença do “judicial review”, com a invalidação, por órgão judicial, da lei incompatível com os princípios constitucionais.

Portanto, esta forma de estado acompanha uma certa forma de política judicial conhecida como ativismo, que se caracterizaria pela prática judicial de aplicar diretamente os princípios constitucionais a casos judiciais particulares, sem que seja necessária uma intermediação legislativa. Como reconstrução teórica o neoconstitucionalismo procura descrever os benefícios da constitucionalização, ou seja, os efeitos estruturais nos sistemas jurídicos, dotando as constituições de força expansiva (com positivação de direitos fundamentais, presença de princípios abertamente morais, técnicas peculiares de interpretação e aplicação).

Desse modo, a mudança histórica precisa ser acompanhada de uma mudança também no método, o que leva o neoconstitucionalismo a ser concebido como uma metodologia jurídica específica, que recomenda desfazer a distinção entre descrição e valoração e sugere que a ciência jurídica seja abertamente normativa e valorativa. E como forma de adesão ideológica ao direito, se deve obedecer ao direito na medida em que os documentos constitucionais sejam próprios ou se conformem aos valores de uma presunção moral crítica.

Neto e Sarmiento¹⁴, por sua vez, aduzem que o neoconstitucionalismo envolve, simultaneamente, mudanças no tipo das constituições e dos correspondentes arranjos institucionais e alterações na teoria jurídica subjacente, que passa a ser associada a diversos fenômenos tanto no campo empírico como no da dogmática jurídica, dentre os quais relaciona: a) o reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos e valorização da sua importância no processo de aplicação do Direito; b) rejeição ao formalismo e recurso mais frequente a métodos ou “estilos” mais abertos de raciocínio jurídico, como ponderação, tópica, teorias da argumentação etc; c) constitucionalização do Direito, com a irradiação das normas e valores constitucionais para todos os ramos do ordenamento; d) reaproximação entre o Direito e a Moral; e e) judicialização da política e das relações sociais, com um significativo deslocamento de poder da esfera do Legislativo e do Executivo para o Poder Judiciário.

3. A judicialização de questões políticas e a separação de poderes

A legitimidade da jurisdição constitucional tem origem na teoria do poder constituinte (de Emmanuel Joseph Sieyès, de 1789) e na separação de poderes (de Montesquieu, 1748). Essa legitimidade vem sendo discutida no Brasil, principalmente, pelo papel inovador desenvolvido pelos juízes, que, em algumas vezes, acabam interferindo diretamente nas diretrizes políticas elaboradas pelos outros Poderes, tanto sob o ponto de vista da interpretação legislativa, quanto sob o enfoque da implementação de políticas públicas.

Para Montesquieu o Judiciário não era considerado, propriamente, um poder, e apenas o Executivo e o Legislativo teriam essa denominação, embora ele fizesse a distinção entre essas três funções, competindo aos magistrados a função

(ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos.

Madrid:

Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007, p. 216.

¹³ BATTISTA RATTI, Giovanni. Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo. **Ius Humani. Law Journal**, [S.l.], v. 4, p. 227-261, sep. 2015, p. 230-232.

¹⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo, p. 95-96.

de aplicar a lei. A combinação dos poderes Legislativo e Judiciário nas mesmas mãos seria a essência da tirania, uma regra arbitrária, razão pela qual tais poderes deveriam ser separados. Mas ao Poder Judiciário restaria apenas pequena parcela do “poder” estatal, no que resultou a definição do juiz como mero aplicador da lei, que ficou célebre na expressão do próprio Montesquieu do “juiz boca da lei”. O Judiciário, assim, teve sua origem como subordinado aos outros Poderes. Tanto que na Constituição Francesa de 1791 (título III, capítulo V), o “Tribunal de Cassação” era um órgão auxiliar da Assembleia Legislativa.

Haberle afirma que o princípio da divisão de poderes é tanto um “texto clássico” desde Montesquieu (1748) quanto um “principio constitutivo” na tríade do Legislativo, Executivo e Judicial, do tipo “del Estado constitucional, y viene a ser derecho constitucional positivo en todos los ejemplos y variantes nacionales”:

Las variantes nacionales del “ principio de la división de poderes” son grandes. La Constitución federal de los Estados Unidos de 1787 desarrolló el sistema de “checks and balances” , el cual enfatiza la separación de los poderes, mientras que las democracias con sistemas de gobierno parlamentarios, en los cuales el gobierno depende de la confianza del Parlamento, conocen elementos de múltiples intersecciones entre el primero y el segundo poder (entrecruzamiento de los poderes). Claro está que en ellos la jurisdicción independiente se encuentra fuertemente separada y es autónoma, si bien también hay aquí influencias (por ejemplo, elección o nombramiento de los jueces, ya sea por el Parlamento o por los gobiernos). Como quiera que se encuentre constituida una democracia nacional con división de poderes, lo determinante es que quede garantizada la idea fundamental de la división de poderes, el impedimento al abuso de poder¹⁵.

No Brasil, o art. 2º da Constituição Federal de 1988 estabelece que “são Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário”. O Judiciário também tem sua legitimidade reconhecida no inciso XXXV do art. 5º da mesma Lei, ao dispor que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Poder Judiciário um duplo papel: o de reparar e reconstituir direitos e o de suprir a omissão dos demais poderes no que tange à efetivação desses direitos. Para Barroso¹⁶, a expansão da jurisdição e do discurso jurídico constitui uma mudança drástica no modo de se pensar e de se praticar o direito no mundo romano-germânico, sendo fruto da conjugação de circunstâncias diversas, o fenômeno é mundial, alcançando até mesmo países que tradicionalmente seguiram o “modelo inglês – a chamada democracia ao estilo de Westminster -, com soberania parlamentar e ausência de controle de constitucionalidade”.

Vianna¹⁷ sustenta que a crise do *Welfare State*, ao longo dos anos 1970, que resultou na emergência do neoliberalismo e suas intervenções no sentido da desregulamentação do mercado, afrouxaram, quando não retiraram de cena, as “escoras que asseguravam direitos a amplos setores sociais”, de modo que “ao mundo da utopia do capitalismo organizado e do que deveria ser da harmonia entre as classes sociais, sucede uma sociedade fragmentada entregue às oscilações do

¹⁵ HABERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003, p. 205.

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In **Tratado de Direito Constitucional**: constituição no século XXI, vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 760.

¹⁷ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85.

mercado, onde o cimento das ideologias e da religião, mesmo o dos laços da família tradicional, perde força coesiva”.

Sem Estado, sem fé, sem partidos e sindicatos, suas expectativas de direitos deslizam para o interior do Poder Judiciário, o muro das lamentações do mundo moderno, na forte frase de A. Garapon. O *boom* da litigação, desde então, é um fenômeno mundial, convertendo a agenda do acesso à Justiça em política pública de primeira grandeza. Esse movimento, no seu significado e envergadura, encontrará antenas sensíveis nas instituições da democracia política, em particular no sistema da representação. Os políticos, diante da perda de eficácia e de abrangência dos mecanismos próprios ao *welfare*, e igualmente conscientes da distância, nas democracias contemporâneas, entre representantes e representados, passam a estimular, pela via da legislação, os canais da representação funcional. Por meio de suas iniciativas, a Justiça se torna capilar, avizinando-se da população com a criação de juizados de pequenas causas, mais ágeis e menos burocratizados. A institucionalização das *class actions* generaliza-se, instalando o juiz, por provocação de agências da sociedade civil, no lugar estratégico das tomadas de decisão em matéria de políticas públicas, e a malha protetora do judiciário amplia-se mais ainda com a legislação dos direitos do consumidor¹⁸.

Cruz¹⁹ sustenta que o modelo de Estado Liberal até então vigente deixou de ser incapaz e atender às novas demandas da nova ordem social massificada e hipercomplexa, onde se exige do Estado uma atitude positiva que assegure a plena garantia dos direitos. Esclarece que no Estado Liberal, baseado paradigmaticamente na liberdade e na igualdade formal, o modelo de jurisdição estava estruturado e concebido com as seguintes características: (a) inércia ou conduta omissiva; (b) juiz equidistante, neutro e imparcial; (c) plena autonomia da vontade; (d) verdade meramente formal.

Ao juiz competia, unicamente, respeitar a autonomia da vontade para garantir a igualdade formal. Nesse modelo estatal, o direito constitucional de ação, enquanto poder de participar ativamente na construção da ordem jurídica justa, ocupava apenas um papel secundário enquanto caminho para o verdadeiro acesso à justiça, muito diferente dos dias atuais, onde ao significado de ação se acrescenta o conteúdo da jurisdição, “entendida esta enquanto dever fundamental do Estado de assegurar os direitos fundamentais tanto na perspectiva individual como também e principalmente na difusa”.

Destarte, nesse novo modelo constitucional, sobreleva a figura do “juiz cidadão”, comprometido com os novos reclamos da sociedade contemporânea, a quem compete buscar, no cotidiano de sua atuação, “ampliar os mecanismos de acesso ao pleno desenvolvimento humano, conferindo especial proteção aos direitos fundamentais”.

Esse protagonismo transforma o juiz em agente direto da questão social. De acordo com André Ramos²⁰, é comum considerar como função única dos Tribunais Constitucionais de matriz kelseniana a realização do controle de constitucionalidade das leis. No entanto, afirma que é possível, na atualidade, ultrapassar essa noção, para abarcar outras igualmente relevantes, elencando as seguintes categorias funcionais fundamentais que compõem a ideia de tribunais

¹⁸ VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. Dezessete anos de judicialização da política, p. 40-41.

¹⁹ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas ambientais**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 4(1): 81-89 janeiro-junho 2012.

²⁰ TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 10ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 257.

constitucionais: (i) interpretativa (e de enunciação); (ii) estruturante; (iii) arbitral; (iv) governativa; e (v) legislativa *stricto sensu*.

A função interpretativa é inerente a qualquer análise a partir da Constituição, e ao desenvolvê-la o Tribunal Constitucional pode acabar por se tornar não apenas um “legislador positivo”, mas, mais do que isso, um verdadeiro “poder constituinte permanente”, uma “terceira câmara do Congresso”. A função estruturante será aquela destinada à manutenção da organização (estrutura) do ordenamento jurídico, onde se inclui o controle da constitucionalidade das leis.

A função arbitral desenvolve-se em diversos segmentos, como na superação do atrito entre os “poderes” orgânicos do Estado de Direito e entre os “poderes” territoriais do Estado Federal (por exemplo, para determinar sobre qual entidade federativa compete para legislar sobre determinado tema, porque visa conformar o desenho federativo -separação de “poderes”- e não a um mero controle de leis).

A função governativa estará presente no desenvolvimento de muitas das funções anteriormente elencadas, e ocorre especialmente a partir do momento em que as Constituições passaram a incorporar normas programáticas (matérias até então constantes apenas dos programas de Governo), com postulados a serem perseguidos e implementados pelos Governos, o que “constrangeu” o Tribunal Constitucional a trabalhar também nessa seara.

Finalmente, pode haver, em alguns modelos, uma função legislativa típica, como em relação às chamadas omissões normativas inconstitucionais, nas quais poderia se cogitar de o Tribunal Constitucional desempenhar, ainda que temporariamente, uma competência legislativa a termo, “colmatando a lacuna legislativa indesejável, até que o Parlamento supere sua inércia inicial”.

Dentre essas funções, a interpretativa e a governativa seriam as que mais têm aumentado o papel do Poder Judiciário na atualidade. No sistema de constitucionalidade brasileiro, essa proporção tem sido ainda maior, em razão, segundo Barroso²¹, da “constitucionalização abrangente e analítica e do sistema de controle de constitucionalidade vigente entre nós, em que é amplo o acesso ao Supremo Tribunal Federal por via de ações diretas”.

Para Oliveira²², a generalização do conceito de judicialização é difícil, porque a atuação política do Judiciário e da Suprema Corte em qualquer país varia de acordo com pelo menos quatro aspectos: (1) o desenho institucional, ou seja, as ferramentas que possibilitam ao Judiciário ter impacto nas decisões políticas e aos juízes exercerem um papel político; (2) as forças sociais em disputa e os usos que se faz do tribunal; (3) a dinâmica interna do tribunal, influenciada pela ideologia política e filosofia judicial dos juízes; e (4) a reação da opinião pública e dos demais poderes às decisões do tribunal (*compliance*).

Neto e Sarmiento²³ sustentam que a maior consciência de direitos presente em nossa sociedade, o elevado grau de pluralismo político e social, o fortalecimento da independência do Poder Judiciário e a mudança na nossa cultura hegemônica – “que passou a ver os princípios constitucionais como normas jurídicas vinculantes e a estimular o uso de instrumentos metodológicos mais flexíveis, como a ponderação e a argumentação calcada em valores – contribuíram para que a jurisdição constitucional ganhasse destaque na vida pública nacional, fenômeno esse que tem sido denominado de *judicialização da política*.”

Importa esclarecer que no Brasil o sistema judicial de controle de constitucionalidade combina a matriz americana – em que todo juiz e tribunal pode

²¹ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 761.

²² OLIVEIRA, Fabiana Nuci. **Agenda Suprema**: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo soc.* [online]. 2016, vol.28, n.1, pp.105-133.

²³ NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 77-78.

pronunciar a invalidade de uma norma no caso concreto, o chamado controle difuso de constitucionalidade – e a matriz europeia – onde ações diretas podem ser ajuizadas perante a corte constitucional. Assim, o Supremo Tribunal Federal brasileiro realiza tanto o controle abstrato/concentrado como o controle difuso/concreto de constitucionalidade, embora aquele seja o único Tribunal a realizar o controle concentrado, ficando para os demais Tribunais e juízes de primeiro grau o controle difuso.

4. A intervenção judicial e a independência do Poder Judiciário

Ferejohn²⁴ sustenta que os tribunais têm assumido novas e importantes posturas em relação ao Legislativo, através de três maneiras: limitando e regulando o exercício do poder parlamentar através da imposição de limites substanciais sobre o poder das instituições legislativas, se tornando crescentemente lugar de produção da política substantiva e fazendo com que os juízes estejam mais dispostos a regular a atividade política em si mesma por meio da construção e fortalecimento de padrões aceitáveis de comportamento dos grupos de interesse, dos partidos políticos, e dos mandatários eleitos e nomeados. Mas o fato de os tribunais intervirem com frequência nos processos decisórios também significa que outros atores políticos, bem como os grupos que buscam ação política, possuem razão ao considerar a possibilidade de reação pela via judicial:

As propostas devem ser concebidas de modo a assegurar que a legislação não será derrubada e tampouco interpretada de forma indesejável. Para atingir esse resultado, parte do debate político sobre a nova legislação deve ter como objetivo antecipar a resposta das instituições jurídicas. Assim, vemos uma aplicação global de um aspecto do fenômeno que Tocqueville observou sobre a política americana anos atrás: a transformação de questões políticas em questões judiciais. Isto significa que as considerações legais/constitucionais e a retórica assumem uma nova e, por vezes, decisiva importância na rotina legislativa de formulação de políticas.

Ferejohn²⁵ aponta duas causas para a judicialização. A primeira é uma “fragmentação crescente do poder no âmbito dos ramos políticos o que os limita em sua capacidade de legislar, ou de ser o lugar onde a política efetivamente é formulada”. Ele chama isso de “*hipótese de fragmentação*”, ou seja, quando os ramos políticos não podem agir, as pessoas procuram soluções em outras instituições onde possam obtê-las, e os tribunais, com frequência, oferecem estes espaços. A segunda causa é a percepção de que os tribunais, pelos menos alguns, podem ser confiáveis para proteger uma ampla gama de importantes valores contra potencial abuso político. É que ele denomina de “*hipótese dos direitos*”. Assim, como os tribunais começaram a proteger direitos e liberdades individuais, além dos direitos de propriedade, a resistência à expansão da liberdade judicial diminuiu.

As causas, para Barroso²⁶, são diversas. A primeira delas é o reconhecimento da importância de um Judiciário forte e independente, como elemento essencial para as democracias modernas. A segunda envolve certa desilusão com a política majoritária, em razão da crise de representatividade e de funcionalidade dos parlamentares em geral. E uma terceira seria que os próprios políticos preferem, muitas vezes, que o Judiciário seja a instância decisória de certas questões polêmicas, sobre as quais exista desacordo moral razoável na sociedade, evitando, assim, o próprio desgaste, a exemplo das uniões homoafetivas, interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.

²⁴ FEREJOHN, John. Judicializando a política e politizando o Direito. In Tratado de Direito Constitucional: constituição no século XXI, vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 709-710.

²⁵ FEREJOHN, John. Judicializando a política e politizando o Direito, p. 723.

²⁶ BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 761-762.

E relaciona, a título de exemplificação, algumas das questões que têm sido submetidas à análise do Supremo Tribunal Federal: (i) instituição de contribuição dos inativos na Reforma da Previdência (ADI 3105/DF); (ii) criação do Conselho Nacional de Justiça na Reforma do Judiciário (ADI 3367); (iii) pesquisas com células-tronco embrionárias (ADI 3510/DF); (iv) liberdade de expressão e racismo (HC 82424/RS); (v) interrupção da gestação de fetos anencéfalos (ADPF 54/DF); (vi) restrição ao uso de algemas (HC 91952/SP e Súmula Vinculante n. 11); (vii) demarcação da reserva indígena Raposa Terra do Sol (PET 3388/RR); (viii) legitimidade de ações afirmativas e quotas sociais e raciais (ADI 3330); (ix) vedação ao nepotismo (ADC 12/DF e Súmula n. 13); (x) não recepção da Lei de Imprensa (ADPF 130/DF).

Essas questões revelam o âmbito de atuação em que o Poder Judiciário tem sido chamado a intervir, cada vez com maior frequência. E tais intervenções não se limitam à corte constitucional, mas têm sido submetidas aos juízes de primeira instância, como a exemplo das sentenças que serão expostas no decorrer do presente trabalho.

Ao assumir a função política de controle dos atos do Poder Legislativo e do Poder Executivo, seja no âmbito de normatividade, seja no âmbito administrativo, o Poder Judiciário acaba sendo alvo de críticas.

Ao aceitarem um debate estritamente no nível político, os juízes passam a sofrer críticas diretas fundadas na ausência de legitimidade de suas decisões, tomadas no interior de um sistema político representativo, especialmente nos casos em que suas opções se revelam incorretas, quando então tem de assumir o ônus político e seus desacertos. As decisões políticas somente seriam admissíveis em um sistema no qual os juízes fossem eleitos para mandatos fixos, ou seja, no qual pudessem ser politicamente responsabilizados por seus erros através de um controle regular pela sociedade²⁷.

As críticas que têm sido feitas a essa assunção de “poder” pelo Judiciário residem em alguns fatores: o primeiro é decorrente da ausência de eleição dos magistrados, que no caso do Brasil são aprovados em concurso público (ingresso inicial no primeiro grau, embora nos Tribunais existam a indicação e o quinto constitucional), o que os diferencia da forma de escolha dos membros dos demais poderes. É o que se denomina “dificuldade contramajoritária”; o segundo seria a ausência de controle do Judiciário (mesmo que exista o controle administrativo feito pelo CNJ e o jurisdicional feito pelo STF); o terceiro seria a possibilidade de subjetividade do magistrado ao proferir determinada decisão, onde haveria, não apenas o conhecimento técnico, mas também a aplicação de valores pessoais.

Essas críticas recaem, principalmente, quando o Poder Judiciário atua positivamente, determinando a implementação de direitos prestacionais, dos quais os direitos sociais são os mais corriqueiros (direito à saúde, direito à educação, direito à moradia etc).

Para Gerardo Pisarello²⁸, os principais argumentos para a ausência de justiciabilidade desses direitos seria a falta de legitimação democrática dos órgãos jurisdicionais e a incompetência técnica dos juízes para lidar com questões econômicas. O primeiro argumento, da falta de legitimidade democrática dos órgãos jurisdicionais, introduziria nos sistemas representativos um elemento inadmissível, contramajoritário e antidemocrático, porque as políticas públicas seriam feitas e definidas por pessoas que não foram eleitas pelos cidadãos, e que não teriam a responsabilidade direta perante o eleitorado.

²⁷ APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005. p.74.

²⁸ PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción. Madri: Trotta, 2007, p. 89.

Ademais, este tipo de intervenção desvirtuaria a função que as constituições desempenham nas sociedades pluralistas contemporâneas, considerando que, ao anular ou impugnar certas políticas públicas, os tribunais estariam “constitucionalizando”, de maneira indireta, um modelo de desenvolvimento concreto. A constituição se tornaria, assim, em expressão das doutrinas econômicas que contam com o aval dos magistrados. O segundo, apesar de trazer argumentos teóricos razoáveis e experiências históricas que não se podem desconhecer, não são concludentes:

“Para comenzar, habría que decir que el argumento de la falta de legitimidad democrática del poder judicial se debilita en los casos más frecuentes y cotidianos de tutela de los derechos sociales, que son precisamente aquellos en que los jueces ordinarios (en lo social, en lo civil, en lo penal, en lo contencioso-administrativo) controlan acciones y omisiones vulneradoras de derechos sociales provenientes tanto de actores públicos como de actores particulares. Los órganos administrativos, en efecto, tampoco tienen legitimidad democrática directa. Y aunque su función básica, en principio, consiste en ejecutar las leyes, es decir, normas generales elaboradas por órganos que si poseen ese carácter representativo, en la práctica sus actuaciones adquieren, muchas veces, un carácter discrecional, arbitrario y opaco. Esto implica que cuando los tribunales ordinarios controlan e incluso sancionan a la administración por actuaciones desviadas o por omisiones arbitrarias que vulneran derechos sociales no sólo no interfieren de manera ilegítima con el principio democrático sino que pueden contribuir a reforzalo, asegurando el cumplimiento tanto de las leyes como de las propias previsiones constitucionales”²⁹.

Mas, para Pisarello³⁰, a justificação mais convincente contra esse argumento contramajoritário, é a de que nas democracias representativas *realmente existentes* a tutela dos direitos fundamentais e dos princípios ligados ao Estado social e democrático de direito não pode ficar de maneira exclusiva na vontade dos órgãos legislativos, principalmente quando esses não são sensíveis às demandas que não se traduzem em benefícios eleitorais imediatos ou que espacem a agenda de prioridades políticas estabelecidas por uma “degradada lógica de partido”.

Nesse contexto, a justiça constitucional poderia ser um instrumento idôneo, embora não o único e nem o principal, para dar impulso a um certo controle em matéria de direitos civis, políticos e sociais e fazer audíveis e visíveis os interesses e vozes das minorias (e às vezes maioria) marginais dos canais representativos tradicionais. Assim, o controle jurisdicional das políticas econômicas e sociais poderia ser, ao contrário de uma restrição ao princípio democrático, uma condição para sua manutenção no tempo e para sua adequação aos elementos nucleares do Estado social.

Barroso³¹ fala ainda da crítica quanto à capacidade institucional, que se dá como forma de evitar que o Judiciário se transforme em uma “indesejável instância hegemônica”: a de capacidade institucional e a de efeitos sistêmicos. Capacidade institucional envolve a determinação de qual Poder está mais habilitado a produzir a melhor decisão em determinada matéria. Assim, sustenta que temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico.

²⁹ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madri: Trotta, 2007, p. 90-91.

³⁰ PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**, p. 93.

³¹ BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 765.

Observa-se que o risco de efeitos sistêmicos imprevisíveis e indesejáveis podem recomendar uma posição de cautela e de preferência por parte do Judiciário. O juiz, por vocação e treinamento, normalmente está preparado para realizar a justiça do caso concreto, a microjustiça, “sem condições, muitas vezes, de avaliar o impacto de suas decisões sobre um segmento econômico ou sobre a prestação de um serviço público”.

Outra crítica apontada por Barroso é no tocante à limitação do debate:

A primeira consequência drástica da judicialização é a elitização do debate e a exclusão dos que não dominam a linguagem nem têm acesso aos *locus* de discussão jurídica. Institutos como audiências públicas, *amicus curiae* e direito de propositura de ações diretas por entidades da sociedade civil atenuam, mas não eliminam esse problema. Surge, assim, o perigo de se produzir uma apatia nas forças sociais, que passam a ficar à espera de juízes providenciais. Na outra face da moeda, a transferência do debate público para o Judiciário traz uma dose excessiva de politização dos tribunais, dando lugar a paixões em um ambiente que deve ser presidido pela razão. No momento seguinte, processos passam a tramitar nas manchetes de jornais – e não pela imprensa oficial – e juízes trocam a racionalidade plácida da argumentação jurídica por embates próprios da discussão parlamentar, movida por visões políticas contrapostas e concorrentes³².

Certamente as críticas à judicialização da política devem levar a uma reflexão, dada as características do constitucionalismo atual, que irradia a força de seus princípios a toda a legislação ordinária, e abre espaço para que, doravante, não mais apenas os aspectos formais das normas sejam questionados, mas, principalmente, a natureza de seus conteúdos, de forma a garantir que direitos fundamentais sejam efetivamente garantidos.

Para Cruz³³, incumbe ao Poder Judiciário a importante missão constitucional de “promover o tratamento dos conflitos, sempre objetivando assegurar e harmonizar dialeticamente a fruição dos direitos fundamentais e imputar o respeito e o cumprimento dos deveres fundamentais, em especial ao Poder Público”. Assevera que a doutrina mais atual recomenda que os juízes atuem como agentes de mudanças sociais, como corresponsáveis pela atividade providencial do Estado. Nesse papel, compete aos juízes o controle das omissões administrativas e da execução das políticas públicas, e “quanto maior o grau de vinculação da atividade administrativa, mais intenso revela-se o controle judicial, como ocorre nas hipóteses de restrições de direitos fundamentais”.

Pereira Júnior³⁴ afirma que o controle é manifestação de *função política*, porque decorre necessariamente da constituição, da aplicação dos freios e contrapesos que viabilizam a harmonia e independência ente os poderes, é *dever jurídico*, porque determinado à produção de resultados de interesse público, é etapa necessária de um “processo sistêmico de trabalho” na medida em que toda atuação estatal deve almejar gestão eficiente e eficaz dos meios que estão à disposição dos gestores públicos e seria, assim, o devido processo legal aplicado às relações de administração entre o Estado e os cidadãos.

Portanto, o Poder Judiciário não pode se omitir na realização desse controle. Alexy³⁵ sustenta que sempre que se puder fundamentar, com suficiente

³² BARROSO, Luís Roberto. **Constituição, democracia e supremacia judicial**: direito e política no Brasil contemporâneo, p. 766.

³³ CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas ambientais**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 4(1): 81-89 janeiro-junho 2012.

³⁴ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública**: da legalidade estrita à lógica do razoável. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009, p. 21.

³⁵ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**, 2ª edição, tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 547.

certeza, a existência de um direito subjetivo do indivíduo contra o Estado, as razões contrárias a uma competência de controle do tribunal têm que ceder. Portanto, “a competência de controle do tribunal depende sempre essencialmente da *certeza* com a qual a *existência* de uma posição de direito fundamental possa ser fundamentada”.

5. Intervenção do Poder Judiciário em políticas públicas

No âmbito do direito administrativo, a doutrina já superou a fase de que o controle jurisdicional estaria limitado à simples verificação da legalidade estrita do ato administrativo, consubstanciada pela análise de seus requisitos formais de validade do ato administrativo - competência, finalidade, objeto e forma – estando pacificado que o motivo também é um desses requisitos. Tanto é assim que a Lei da Ação Popular brasileira (Lei n. 4771, de 1965), estabelece como nulos os atos lesivos ao patrimônio público nos casos de incompetência, vício de forma, ilegalidade do objeto, inexistência dos motivos e desvio de finalidade. Para Moraes³⁶, o controle de legalidade transmutou para controle da juridicidade, o qual se concretiza “através da análise da compatibilidade do conteúdo dos atos administrativos com os princípios gerais do Direito, inseridos expressamente na Constituição ou dedutíveis de seu espírito”.

A controvérsia remanesce sobre o controle jurisdicional que recai sobre os denominados “atos administrativos discricionários”. Essa discricionariedade administrativa consiste na margem legal que os sistemas normativos concedem ao gestor público para que faça a escolha que mais se aproxime da plena realização de determinado interesse público.

A Constituição Federal brasileira estabelece, em seu artigo 37, a eficiência como um dos princípios basilares da administração pública, o que leva a assumir que as escolhas administrativas precisam se adequar a esse princípio, e se harmonizar com as escolhas constitucionais. Assim, quando o gestor decide pela conformidade e conveniência na escolha de determinado ato, de fazer ou não fazer em nome da Administração Pública, precisa estar consciente de que essa escolha não é totalmente discricionária, devendo, ao contrário, estar pautada em motivos definidos com base no interesse público e devidamente justificados no âmbito constitucional.

Infere-se que se exige a máxima objetivação do mérito administrativo, justamente para permitir que, caso seja instado pelo controle jurisdicional, tenha elementos para justificar sua escolha, até porque no âmbito da Lei de Improbidade Administrativa (Lei n. 8.429, de 1992), constitui ato ímprobo aquele que atenta contra os princípios da administração pública (art. 11, “caput”). Assim, a administração escoreta deve passar pelas vias da adequada motivação e fundamentação do ato administrativo, com a completa justificação da escolha das alternativas colocadas à disposição do gestor.

Faltando a enunciação da regra jurídica proposta como aplicanda, não se terá como saber se o ato é adequado, ou seja, se corresponde à competência utilizada; omitindo-se a enunciação dos fatos e situações à vista dos quais se está procedendo de dado modo, não se terá como controlar a própria existência material de um motivo para ele e, menos ainda, seu ajustamento à hipótese normativa: carecendo de fundamentação esclarecedora do porquê se agiu da maneira tal ou qual não haverá como reconhecer-se, nos casos de discricionariedade, se houve ou não razão prestante para justificar a medida e, pois, se ela era, de veras, confortada pelo sistema normativo³⁷.

³⁶ MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdicional da administração pública**, 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2004, p. 137.

³⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdicional**, 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 99.

Um dos temas mais controversos da atualidade é a intervenção judicial nas políticas públicas realizadas pelos demais poderes. Valle³⁸ apresenta o conceito de Bucci, segundo o qual “políticas públicas são programas de ação governamental visando a coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados”.

No direito constitucional brasileiro, o estudo das políticas públicas apresenta duas vertentes: a primeira, representada por política que esteja parcial ou inteiramente constitucionalizada; e a segunda, representada por política que esteja unicamente na esfera do legislador e, portanto, não constitucionalizada.

A judicialização das questões envolvendo política pública tem se sobressaído na primeira hipótese, principalmente objetivando obrigar o Estado a prestar determinada atividade que, por lei, já é sua. As principais áreas de atuação são os direitos sociais, e a forma de atuação se dá tanto em ações individuais quanto coletivas (ações civis públicas, mandados de segurança, ações ordinárias etc.).

É geral o sentimento de inadequação ou, quando menos, desproporção entre os esforços do poder no rumo do cumprimento de seus deveres constitucionais, e os resultados efetivamente alcançados em favor da cidadania, tendo sempre por parâmetro de avaliação o texto constitucional. A falta de transparência na prática pública reforça a ideia de que as tarefas constitucionais não encontram concretização, não necessariamente por impedimentos materiais absolutos, mas muitas vezes por falta de vontade política, ou por prioridades outras, que não aquelas enunciadas pela Carta de Outubro. Assim, se as políticas públicas não se revelam aptas à proteção aos direitos fundamentais, isso assim seria por disfuncionalidade do poder, que devem ser corrigidas via prestação jurisdicional³⁹.

No caso brasileiro, esse sentimento de inadequação fica mais ainda evidente em razão do momento político vivido no País, onde a alta cúpula dos Poderes Legislativo e Executivo estão sendo acusados de corrupção, em processos judiciais, ocasionando enorme insatisfação popular que vê muitos de seus direitos não serem atendidos por desvio de finalidade na alocação de recursos públicos. E ao Poder Judiciário resta o papel de assegurar esses direitos.

Mas para determinar a implementação de políticas, o Judiciário deve estar amparado em juízo de certeza de que aquela escolha não foi tomada pelo gestor por razões injustificadas. É o que Sérgio Moro⁴⁰ denomina reserva de consistência, ou seja, exige-se que o juiz demonstre “o desacerto do legislativo, que pretendeu desenvolver e efetivar a Constituição, apontando a solução mais adequada”.

Por este norte, o juiz teria que “munir-se de amplos dados empíricos, a fim de proferir a decisão adequada, conferindo a devida abertura à instrução processual, eventualmente com a requisição de informações de diversas entidades públicas”, ou até valendo-se de informações de outras ciências não jurídicas.

CONCLUSÃO

As leis são elementos normativos que demandam interpretação, não ficando o magistrado escravo do disposto nos textos, pois a hermenêutica utilizada deve conter em si a correção adequada a argumentação racional, que muitas vezes escapa o dogmatismo implícito no texto legal, pois visa encontrar um consenso que se conforme a persuasão esperada como premissa de decidir.

³⁸ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 44.

³⁹ VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**, p. 57.

⁴⁰ MORO, Sérgio Fernando. Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais. São Paulo: Max Limonad, 2001, p. 91-96.

O Estado Constitucional de Direito não se limita ao denominado Estado “Legal”, pois supera esta condição com a finalidade precípua de preencher as carências que o ordenamento jurídico não atendeu, de sorte que os atos normativos se vinculam aos preceitos constitucionais indicando que a Carta Maior é a norma suprema e subordina as demais.

Este trabalho científico discutiu as normas reguladoras dos Estados, que emergem depois da segunda grande guerra, mas que não se restringem a disciplinar as relações administrativas quanto a separação de poderes. O alcance dessas normas materiais ou substantivas consagra a proteção dos interesses estatais com fins e objetivos determinados.

No Brasil, a Carta Cidadã de 1988, consagra ao Poder Judiciário a competência reparar e reconstituir direitos e o de suprir a omissão dos demais poderes, para a efetivação de direitos. Resta evidente que a jurisdição é ampliada para atender interesses do escopo constitucional, com o controle das normas infraconstitucionais para que estas não colidam com a Constituição.

Em um passado recente, nos anos 70, do século passado, o neoliberalismo, em escala mundial, avança para a intervenção mínima estatal nos mercados. Tal mudança de paradigma não ficou somente no campo da economia, o *Welfare State* foi dilapidado com o fim ou sensível diminuição das políticas sociais que determinavam um equilíbrio entre as classes sociais. A sociedade se fragmenta e há um acréscimo de demanda judiciais para restabelecimento de direitos.

O poder político fragmentado e a credibilidade do Poder Judiciário como elemento estatal que tem a capacidade de proteger os direitos e as liberdades individuais contra os abusos do poder político deram origem a judicialização. A representatividade parlamentar também se mostra como um dos pontos que favoreceu a busca pelo Judiciário, haja vista a falta de repostas as carências mínimas da população. A inércia legislativa, por não desejar o desgaste com os eleitores, também impõe que haja decisão judicial quanto a pontos polêmicos, com forte apelo moral e cultural, como é o caso das uniões homoafetivas; interrupção de gestação ou demarcação de terras indígenas.

Neste diapasão, as decisões judiciais passam a intervir nos outros poderes, interferindo nas políticas públicas que estão em desacordo com o mandamento constitucional. O direito constitucional pátrio dá guarida a política pública constitucionalizada, ou seja, é a determinada constitucionalmente, e a que fica a cargo do legislador infraconstitucional.

A falta de credibilidade dos poderes constituídos brasileiros, em face da atual crise moral que os escândalos de corrupção têm mostrado, enfraquecem as instituições e obrigam a intervenção do Judiciário, para assegurar os direitos mínimos aos cidadãos.

A questão posta é até onde deve ir a interferência da judicialização para que sejam cumpridas as políticas públicas? A resposta deve estar na certeza que não houve motivação do ato administrativo com origem no interesse público, e as razões do ato administrativo não se coadunam com as melhores práticas na gestão da coisa pública.

O mesmo diga-se da lei que não prima pela obediência aos mandamentos constitucionais, que também deve ser objeto de invalidação por parte do Poder Judiciário. Assim, a Teoria do Consenso da Verdade, de Habermas, que indica a necessidade de ser equivalente as inferências do empirismo as expressões normativas na busca da verdade, é a que melhor se presta a exegese da judicialização.

Referências das fontes citadas

- ALEXY, Robert. **Teoria da argumentação jurídica**, 2ª edição, tradução Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy, 2001.
- . **Teoria dos direitos fundamentais**, 2ª edição, tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

- APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2005.
- BARROSO, Luís Roberto. Constituição, democracia e supremacia judicial: direito e política no Brasil contemporâneo. In **Tratado de Direito Constitucional**: constituição no século XXI, vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- . Judicialização, Ativismo Judicial e Legitimidade Democrática. Pág. 6. Disponível em <http://www.oab.org.br/editora/revista/users/revista/123506667017421818190>
- 1.pdf. Acesso em: 28/05/2017
- .
- BATTISTA RATTI, Giovanni. Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo. **Ius Humani. Law Journal**, [S.l.], v. 4, p. 227-261, sep. 2015.
- CRUZ, Paulo Márcio; BODNAR, Zenildo. **A atuação do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas ambientais**. Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD) 4(1): 81-89 janeiro-junho 2012.
- FEREJOHN, John. Judicializando a política e politizando o Direito. In **Tratado de Direito Constitucional**: constituição no século XXI, vol. 2/ coordenadores Felipe Dutra Asensi e Daniel Giotti de Paula, 1ª ed., Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.
- FERRAJOLI, Luigi. Democracia Constitucional y Derechos Fundamentales. In: Ferrajoli, Luigi. **Democracia y garantismo**. Tradução de Perfetcto A. Ibáñez, et al. Madrid: Trota, 2008, p. 30.
- GUASTINI, Ricardo. La “constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In CARBONELL, Miguel (Ed.). **Neoconstitucionalismo(s)**. 2. ed. Madrid: Trota, 2005.
- HABERLE, Peter. **El Estado constitucional**. Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2003.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discricionariedade e controle jurisdiccional**, 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006.
- MORAES, Germana de Oliveira. **Controle jurisdiccional da administração pública**, 2ª edição. São Paulo: Dialética, 2004.
- MORO, Sérgio Fernando. **Desenvolvimento e efetivação judicial das normas constitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 2001.
- NETO, Cláudio Pereira de Souza; SARMENTO, Daniel. Controle de constitucionalidade e democracia: algumas teorias e parâmetros de ativismo. In SARMENTO, Daniel (org.). **Jurisdição constitucional e política**. Rio de Janeiro: Forense, 2015.
- OLIVEIRA, Fabiana Nuci. **Agenda Suprema**: interesses em disputa no controle de constitucionalidade das leis no Brasil. *Tempo soc.* [online]. 2016, vol.28, n.1, pp.105-133.

- PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. **Controle judicial da administração pública**: da legalidade estrita à lógica do razoável. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2009
- PISARELLO, Gerardo. **Los derechos sociales y sus garantías**. Elementos para una reconstrucción. Madri: Trotta, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. In: CARBONEL, Miguel (ed.). **Teoría del neoconstitucionalismo**: ensayos escogidos. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2007
- TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**, 10^a edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- VV.AA. (Vários autores). Neoconstitucionalismo: teoría y práctica. In: CARBONELL, Miguel; GARCÍA JARAMILLO, Leonardo (Eds.). **El canón neoconstitucional**. Madrid: Editorial Trotta/Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2010, p. 222 e 231.
- VALLE, Vanice Regina Lírio do. **Políticas públicas, direitos fundamentais e controle judicial**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- VIANNA, Luiz Werneck; BURGOS, Marcelo Baumann; SALLES, Paula Martins. **Dezessete anos de judicialização da política**. Tempo Social, revista de sociologia da USP, v. 19, n. 2, p. 39-85.

Crescimento populacional, arrecadação e recessão *Population growth, collection and recession*

Fabiano Augusto Petean¹

Daniel Francisco Nagao Menezes²

Universidade Presbiteriana Mackenzie

Sumário: Introdução. 1. Estado: formação e sustento. 1.1 Homem e a necessidade de socialização. 1.2 Subsistência do Estado: economia. 2. Crescimento populacional: fato social impulsionador. 2.1 Aumento da busca pelos bens da vida. 2.2 Necessidade de crescimento estrutural. 3. Influência na sistemática do mercado. 3.1 Custo. 3.2 Intermediação. 3.3 Repasse arrecadatário. 3.4 Competitividade e globalização. 4. Arrecadação. 4.1 Interferência no mercado. 4.2 Crescimento populacional como fundamento para arrecadação interventiva no mercado. 5. Recessão. 5.1 Limite ao excesso de custeio gerado pelo mercado. 5.2 Círculo negativo à estrutura do mercado. Conclusão. Bibliografia.

Resumo: Diante da realidade econômica vivenciada em nosso País, nestes tempos, com a estagnação da economia, com o aumento de impostos, com o risco de demissões e com perda de poder aquisitivo populacional, tentamos observar com este trabalho, alguns básicos e pontuais temas que possam contribuir e agravar tal realidade da sociedade. Para o início de entendimento do funcionamento econômico envolvido, há necessidade de levantamentos de pontos iniciais de tensão nas relações econômicas sociais, que envolvem o setor privado, principal agente na realização da economia, e o setor público (Estado), que convive, interfere e altera esta realidade produtiva. Com breves apontamentos poderá haver a constatação de um panorama elucidativo do envolvimento de tais setores e de como basicamente as relações negociais se envolvem, gerando um sistema econômico característico, de onde possamos extrair, talvez, alguns pilares que determinam tal mercado.

Palavras Chave: crescimento populacional, arrecadação e recessão

Abstract: Faced with the economic reality experienced in our country, in these times, with the stagnation of the economy, with the increase of taxes, with the risk of layoffs and with loss of population purchasing power, we try to observe with this work some basic and contribute and aggravate this reality of society. In order to begin to understand the economic functioning involved, there is a need for surveys of initial points of tension in social economic relations, involving the private sector, the main agent in the realization of the economy, and the public sector (State),

¹ Promotor de Justiça da Capital do Estado de São Paulo. Doutorando pela Universidade Presbiteriana Mackenzie em Direito Político e Poder Econômico. Mestre em Direito Constitucional - Direitos e Garantias Fundamentais - Instituição Toledo de Ensino de Bauru (2005). Professor de Direito Processual Penal da Universidade Presbiteriana Mackenzie - Campus Campinas.

² Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas, especializações em Direito Constitucional e Direito Processual Civil ambos pela PUC-Campinas, Especialização em Didática e Prática Pedagógica no Ensino Superior pelo Centro Universitário Padre Anchieta, Mestre e Doutor em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Pós-doutorando pela Universidade São Paulo. Membro do CIRIEC-Brasil.

which coexists, interferes and alters This productive reality. With brief notes there may be a clear explanation of the involvement of such sectors and how basically the business relationships are involved, generating a characteristic economic system, from which we can perhaps extract some pillars that determine such a market.

Keywords: population growth, collection and recession

Introdução

Iniciaremos o trabalho com alguns pontos sobre a relação ao Estado com a população, quanto à sua formação e subsistência, com o fim de demonstração da necessidade de convivência entre eles e dos resultados desta convivência. Em seguida será demonstrado que a população e seu crescimento, representando uma situação de fomento à economia e ao Estado, interferem de forma direta nas consecuições da economia, apontando que o crescimento ainda pode gerar modificações na estrutura econômica e dificuldades no reparo de pontos de tensão essenciais.

Identificação, então, necessária é a observação do Estado como agente interveniente na economia, de forma básica, que, para gerir também suas finalidades, intervém na economia de uma das formas mais antigas, que é a arrecadação. Para isso parte-se do pressuposto de que a arrecadação integra o mercado de forma sistêmica e estrutural, transformando-se em elemento essencial no gerenciamento financeiro do agente de mercado (empresário), para a realização de sua atividade econômica.

Por fim, com a identificação de tais influências, constataremos que, caso estas atinjam o limite de absorção do mercado, este inicia outro processo de transformação, que é a recessão, seja por inviabilidade (alto custo e ausência de capital), seja rejeição do mercado, diante de tal inviabilidade. Tal fato pode identificar um círculo vicioso negativo, que desestrutura o mercado, ocasionando, às vezes, danos irreparáveis para a população e para o Estado.

1. Estado: formação e sustento

Como dito evidenciaremos pontos iniciais de tensão para o entendimento do tema. O primeiro deles é a população como elemento constitutivo do Estado.

1.1 Homem e a necessidade de socialização

Todos nós já ouvimos o jargão “o homem é um ser social”³. Para entendermos esse conceito não é suficiente verificar quais são as características estáticas do ser humano, quais sejam, ser racional, vertebrado e limitado em suas capacidades físicas.

Devemos entender como estas características serão aplicadas para a obediência do instinto de sobrevivência, que está fixado no ser vivo até como Direito Natural. Para isso, devemos lembrar o conceito de “bem da vida”⁴, com o fim de constatar que o homem, como ser limitado e falível, já possui uma dificuldade natural na implementação de suas necessidades.

O raciocínio é básico e resolve um posicionamento, sem a pretensão de análise dos primórdios do homem como um ser social. O homem sozinho não supre as suas necessidades. Para tanto, buscou também no homem o primeiro relacionamento negocial para que ambos pudessem sobreviver. Quando expomos tal pensamento, observamos inicialmente dois problemas interessantes, que se relacionam, para a identificação da complexidade do mercado na atualidade.

³ ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

⁴ PANTALEÃO, Leonardo; PANTALEÃO, Juliana. **Direito civil: parte geral: perguntas e respostas**. São Paulo: Manole, 2006. P. 86.

O primeiro deles é o número de pessoas. Enquanto observamos na história pequenas formações aglutinadas de pessoas, evidentemente, constatamos que existia uma facilidade de identificação das necessidades da coletividade, não que estas fossem fáceis quanto à realização, haja vista as limitações de maquinários ainda não criados e ausência de uma especificidade de desenvolvimento de tais atividades. Neste contexto parcial, o número populacional facilitava o desenvolvimento da sociedade.

O segundo, intimamente relacionado ao primeiro, é o nível de complexidade de tais relações negociais. Seguindo-se a proporção de que, quanto maior a população, maior a complexidade das relações negociais, tópico a ser aprofundamento nos itens subsequentes, evidente que o crescimento populacional gera o aumento da diversidade dos pensamentos e dos interesses de uma comunidade, mesmo que esta comunidade tenha apenas um ou poucos enfoques de mercado, pois, por questões de competitividade (concorrência) para a sobrevivência e o limite dos bens da vida (neste caso saturação do mercado), o conflito é inafastável.

Com isso, a complexidade na tomada de decisões, quanto às relações negociais e aos interesses populacionais, aparece, gerando a necessidade de a coletividade utilizar da função de um ente centralizador de tais anseios coletivos, que é o Estado, que surge exatamente, dentre muitas funções, para equacionar e decidir sobre os destinos daquela comunidade.

1.2 Subsistência do Estado: economia

A formação da sociedade e a necessidade de existência do Estado, para gerenciar as atividades e o suprimento das necessidades de tal sociedade complexa, não são efetivados apenas com um contrato entre seus indivíduos e, partir disso, a sociedade acontece. É fundamental que, para propiciar o funcionamento da estrutura estatal para o atendimento de tais interesses o fomento da atividade estatal, ou seja, capital gerado pela moeda, traduzido nas finanças estatais.

Na atualidade, o sustento de qualquer setor, não somente privado, mas primordialmente do público, é materializado pelo recurso financeiro - moeda, não sendo possível, em primeiro plano, admitir que um Estado funcione, apenas, na base da troca de bens, pois a grande complexidade das relações sociais exige a própria moeda para substituir as diversas prestações materiais possíveis. Neste sentido, não há como se determinar que cada integrante desta sociedade contribua aleatoriamente com o que pode ou com o que quer em termos financeiros, para que o Estado possa subsistir.

A cessão da parcela decisória da população, para que o Estado possa representar a coletividade e auxiliar na consecução das finalidades dos bens da vida, permitiu que o Estado possa arrecadar recursos, por meio da tributação, exatamente para gerar sua renda para que possa adimplir com suas funções. O instrumento da arrecadação é ponto essencial para o Estado e, por isso, os tributos aparecem na história da sociedade como elemento fundamental da economia, conforme veremos nos argumentos a serem expostos.

2. Crescimento populacional: fato social impulsionador

Apesar de ser uma realidade fundamental e importante, o crescimento populacional sempre permanece em segundo plano nas discussões jurídicas sobre soluções para o exercício da economia. Ou melhor, o crescimento populacional é visto somente sobre o ponto de vista de aumento de lucro pelo consumo.

O aumento das necessidades gerado pelo crescimento populacional é visto sob o ponto de vista de inovação para geração de novos ramos econômicos, com os fins lucrativos que o mercado exige. Mas, inegável que o crescimento populacional pode gerar demandas, não somente lucrativas, mas problemáticas no ponto de vista de gerenciamento do próprio mercado, perdendo-se um ponto de conforto e de comodidade para o atendimento de tais necessidades.

Apenas para não nos esquecermos, devemos ressaltar que a população brasileira⁵, em comparação a outros países, cresceu vertiginosamente, fato que justifica a nossa preocupação⁶.

Neste capítulo e no seguinte, aprofundaremos alguns pontos fundamentais de mercado, para a demonstração de que o crescimento populacional pode gerar outros problemas que dificultam ou agravam a situação de mercado.

Observaremos que o crescimento populacional pode impulsionar, direcionar ou até obrigar a mudança estrutural, sob o risco dos prejuízos negociais gerados pelo não atendimento de tais exigências. De igual forma, apenas salientamos alguns fenômenos que consideramos importantes, sem desmerecer outros elementos do mercado.

2.1 Aumento da busca pelos bens da vida

Talvez o princípio mais importante do regimento do mercado é o que se chama de “Lei da Oferta e da Procura”⁷. Em breves palavras, a tensão e a proporção entre o número de interesse pelo produto posto em comercialização e a própria quantidade de produto exposto são fatores que dimensionam o mercado.

Assim, quanto mais há a demanda pelo produto, dependendo da oferta, o preço e o lucro podem variar em relação àquele setor econômico. Todavia, temos que aplicar tal princípio para o ponto de vista do crescimento populacional. Neste momento, não importa questionarmos se o produto é mais essencial ou supérfluo em relação às necessidades básicas. Vamos nos basear simplesmente no interesse vinculado ao aumento populacional.

Evidentemente, então, temos que o crescimento populacional influencia o mercado, sendo que a procura pelos bens da vida aumenta, em primeiro plano, pelos simples elementos matemático agregado à quantidade de indivíduos. Todavia, não há como se afastar que cada indivíduo também multiplica suas necessidades de acordo com a complexidade das relações sociais em que vive. Por isso, a progressão geométrica deve também ser empregada.

Para ilustrar o raciocínio, exemplificamos com um breve histórico do serviço de telefonia no Brasil. Em um passado, tínhamos documentos, que se caracterizam como ações de telefonia fixa. Para se ter um telefone, o indivíduo precisava dispor de um valor alto de patrimônio. O “número” era tratado como patrimônio. Havia, inclusive, negociação (mercado) de linhas telefônicas⁸. Com a transformação do mercado e a “privatização” do serviço, houve uma mudança no ponto de vista econômico da telefonia, que migrou do referido “título”, que garantia a linha telefônica, para o mercado de vendas de aparelhos com tecnologia de ponta empregada nos aparelhos atuais.

Mas não somente tal circunstância. Além da tecnologia, a inovação constante estimulou o consumismo de tais aparelhos, gerando inegavelmente um aumento do valor do produto. Neste ponto, temos que o aumento da procura por este fator gera também um aumento inflacionário dos preços de mercado, posto que o fornecedor de um produto, também tendo por base o aumento de seus interessados, visa o aumento de seus lucros, gerando sua riqueza.

⁵ CARVALHO, José Alberto Magno de. **Crescimento populacional e estrutura demográfica no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2004. p. 11.

⁶ <http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/11122001onu.shtm>. Consulta: 03/11/2016.

⁷ SMITH, Adam: tradução GEIGER, Paulo. **A mão invisível**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

⁸ http://www.embratel.com.br/Embratel02/cda/portal/0,2997,RI_P_1048,00.html. Consulta: 03/11/2015.

Apenas ilustrando, ainda, outro exemplo de crescimento populacional, que interfere em uma economia, é aquele vinculado à concessão de crédito⁹. Em uma política de concessão de crédito, o financiamento individual, daquela pessoa que ainda não possui seu patrimônio estável ou acumulado, é uma ferramenta que fomenta ainda mais o consumo¹⁰. A dificuldade que tínhamos em conseguir um financiamento pessoal, diante de uma população reduzida e da ausência de complexidade das relações negociais, foi superada. Hoje, com o crescimento da atividade bancária¹¹, os produtos oferecidos para o mercado de crédito, com financiamentos de muitas categorias (automobilístico, imobiliário, mobiliário) e com créditos pessoais, diante exatamente do aumento populacional abrangido por estas políticas, inegavelmente houve um incremento na contribuição deste aumento de lucros.

Assim, justificado o aumento das buscas pelos bens da vida, não podemos nos esquecer, todavia, que o aumento populacional também interfere na estrutura da formação econômica e de sua absorção estrutural pelo mercado, quanto a este número de pessoas e quanto à procura dos bens.

2.2 Necessidade de crescimento estrutural

Com o aumento populacional, há uma necessidade de inovação. Essa inovação, não empregada em seu sentido técnico, mas no sentido de criatividade, é instrumento necessário para solucionar o problema de saturação do mercado ou até colapso. Pontuaremos, a seguir, dois pontos para elucidar o argumento, quais sejam, a interferência nos postos de trabalho e a interferência na atividade empresarial.

Em uma sociedade eminentemente mercantil, onde as relações sociais somente acontecem com o emprego de capital, há necessidade de o indivíduo, que necessita de seus bens, também gerar seu capital. Este indivíduo somente gera capital com sua atividade, seja ela empregatícia ou empresarial. No que tange aos postos de trabalho, se temos número maior de população, consequentemente maiores necessidades, temos também a necessidade de geração de empregos, para que estas pessoas possam gerar sua renda e possam suprir suas necessidades.

Se não tivermos estes postos de trabalhos, com certeza aqueles que não alcancem a estrutura do emprego gerarão, ao contrário, maiores problemas estruturais para a sociedade. Mas, para a criação de novos postos de trabalho, empregamos aqui a criatividade para a descoberta de novos postos de trabalho.

A descoberta é realizada na complexidade das relações negociais. Passamos a observar uma comparação para ilustração do argumento. Em uma sociedade pouco numerosa, trazemos o exemplo da venda de tomate em um comércio mínimo realizado em um município sem expressão no cenário nacional. O produtor de tomate pode efetivar o plantio, empregando produtos orgânicos gerados pela própria terra que cultiva, com baixíssimo custo para sua produção. Mas não só. O próprio produtor colhe e o conduz para o mercado consumidor, ou seja, aquela comunidade simples. A venda é feita por ele. O recebimento é direto, muitas vezes em dinheiro.

Agora, em uma relação complexa, com número maior de indivíduos envolvidos, temos que a demanda aumenta, o produtor necessita gerar mais produto. Com isso, temos a necessidade de outros insumos. Os insumos, em verdade neste ponto de raciocínio, representam novos postos de trabalho. A empresa que fornece os produtos, como defensivos agrícolas, tem uma cadeia complexa de empregos gerados para seu produto final. Saliente-se que somente falamos, ainda, do insumo. O produtor, por sua vez, deverá contratar empregados

⁹ SBICCA, Adriana; FLORIANI; Vinícius; JUK, Yohanna. **Expansão do crédito no Brasil e a vulnerabilidade do consumidor**. Curitiba: UFPR/Revista Economia & Tecnologia (RET) Volume 8, Número 4, p. 05-16, Out/Dez 2012.

¹⁰ <http://www.mises.org.br/EbookChapter.aspx?id=454>. Consulta: 03/11/2015.

¹¹ <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2015/08/mesmo-diante-de-crise-lucro-dos-bancos-nao-para-de-crescer.html>. Consulta: 03/11/2015.

para efetivação da produção e dos cuidados necessários à cultura, o que também gera postos de trabalho. Diante da larga escala de produção, deverá contratar o transporte, aparecendo também a figura do intermediário, ou em alguns casos o representante comercial, para a entrega do produto para o vendedor final, que não é mais sua pessoa que exerce.

Para ilustração, por fim, no caso de fornecimento de tal produto para indústrias de transformação, uma nova cadeia complexa é gerada, aumentando consideravelmente os postos de trabalho. Em acompanhamento intrínseco à necessidade anterior está claramente delineada a necessidade de aumento da estrutura de funcionamento de tais postos de trabalho e da própria sociedade, para absorver este crescimento.

A estrutura de funcionamento está relacionada ao setor público e ao setor privado. Quanto ao setor privado, podemos observar que a estrutura vem como parte integrante do próprio negócio, ou seja, as rendas geradas pela atividade são o fomento para a incrementação de sua estrutura de funcionamento.

Neste ponto, elucidamos que a ausência de autoinvestimento é um risco que o setor privado convive, pois, caso não haja estrutura para seu funcionamento, diante da concorrência do mercado, o empresário ou o fornecedor de menor potencial sofrerão as consequências da redução de geração de renda com o descrédito de seu produto, tendo em vista para a busca de um produto, cuja cadeia de produção seja melhor estruturada. Todavia, a estruturação não ocorre somente no setor privado. O setor público possui grande responsabilidade também na estruturação da atividade mercantil da sociedade, garantindo o desenvolvimento das relações negociais.

Observamos alguns exemplos. O primeiro deles é o saneamento. O funcionamento da sociedade, diante das relações naturais desta sociedade, exige um mínimo estrutural para o exercício de seus fatos negociais. O fornecimento de água e a coleta do esgotamento sanitário são estruturais primordiais para o desenvolvimento das atividades. Outro exemplo é o fornecimento de energia elétrica. A grande maioria da atividade empresarial é desenvolvida com a utilização de energia elétrica.

Neste sentido, poderíamos mencionar os meios de transporte, hoje com a utilização de estradas de rodagem. Quanto ao funcionamento das indústrias, ainda, e aos meios de transporte, mencionamos os combustíveis. Quanto às famílias, mencionamos a estrutura fornecida pelo Estado, no que tange às escolas e às condições de habitação e urbanismo vivenciada. Enfim, a gama de atividades indiretas estatais para a garantia de funcionamento da sociedade demonstra a fundamental importância do Estado na garantia da atividade econômica.

Todavia, para isso, salientamos que o Estado, como afirmado e como será visto pontualmente, necessita do fenômeno da arrecadação para viabilizar tamanha estrutura vinculada ao aumento populacional. Por isso, o crescimento populacional é fato importante de atenção, para a viabilidade de atendimento das necessidades da sociedade, não somente no critério quantitativo, mas no critério qualitativo da estrutura fornecida, tornando-se um desafio.

3. Influência na sistemática do mercado

Também, de forma inegável, salientamos que o crescimento supramencionado influencia no mercado. Tal influência, no sistema negocial de mercado, está relacionada a outro princípio, que é o da geração de lucro. Podemos ressaltar alguns pontos que são estruturantes do preço do produto e do lucro do fornecedor, para que possamos entender, também, o fenômeno do crescimento populacional tratado pelo mercado. Apenas em observação, salientamos que tais elementos serão integrantes do preço final do produto, pois na atividade empresarial, para que não haja prejuízo financeiro, tais fenômenos estarão compondo o preço final, sob pena de cessação da atividade.

3.1 Custo

Os exemplos mencionados nos itens anteriores, quanto à cadeia de produção, são primordiais para a tentativa de identificação dos fenômenos do mercado, quanto ao valor do produto e possibilidade de geração de renda pelo fornecedor. Em relação ao custo do produto, não temos a pretensão de esgotamento do tema, pois as variáveis e a diversidade de produtos exigiriam milhares de páginas para a identificação de todos estes aspectos. Iremos apenas elucidar o custo como elemento integrante do preço final do produto, no que tange aos aspectos de crescimento de uma sociedade.

O fornecedor de um produto, visando lucro em sua produção, necessariamente tem que conhecer o custo do produto fornecido. Para tanto, a espécie do produto é fundamental para análise de seu custo. Produtos complexos, que envolvem tecnologia avançada, maquinário especializado e mão de obra qualificada tendem a ostentar custeio maior. Mas não somente isso. O produto, se tiver grande procura, poderá ter maior valor que será absorvido pelo mercado.

Evidentemente, o produto que exige menor complexidade poderá possuir menor preço. Todavia, também salientamos que se tiver maior procura, tal demanda gerará maior possibilidade de lucro, pois, sendo o custo menor, a margem de repasse será mais rentável, outra influência do crescimento populacional no mercado.

3.2 Intermediação

Outro fator a ser considerado na formação do preço do produto, com geração do lucro, é o fenômeno da intermediação. O intermediário pode aparecer na relação negocial, desde o fornecimento do insumo para o desenvolvimento da matéria-prima, a negociação da matéria-prima com o produtor (empresário), os insumos ao produtor (empresário) para que possa transformar a matéria-prima, a negociação do produto final com os fornecedores finais e estes últimos com os intermediários do transporte do produto final ao consumidor, dentre outros aspectos.

A intermediação, diante da complexidade das relações negociais mencionadas, dos custeios também de sua atividade e dos seus lucros parciais gerados pela atividade também integram o preço. Neste sentido, tais características são representativas de que o crescimento populacional e a amplitude dos mercados, quanto à quantidade e à extensão territorial abrangida (outros valores agregados à atividade), pode propiciar em termos de geração de emprego, desenvolvimento complexo das atividades e interferência direta na formação de preço dos produtos.

Tais reflexos evidentemente geram aumento do preço, podendo gerar inflação. Em nossa proposta, em um crescimento pouco mais reduzido da população ou até manutenção dos patamares em níveis aceitáveis, haveria possibilidade de se evitar tais problemas na geração dos bens da vida.

3.3 Repasse arrecadatório

Outro elemento a ser considerado, sem aprofundamento de espécies tributárias, é a arrecadação, que destacaremos em capítulo próprio. Neste tópico, apenas, devemos ressaltar que a incidência tributária em todos os setores supramencionados também possui papel negativo na realização do mercado. Quaisquer dos integrantes das cadeias produtivas mercantis, certamente, incluirão em seus serviços os custos gerados pela tributação.

Evidentemente que, quanto maior o número de intermediários, maior a incidência de arrecadação. Além dos lucros dos intermediários, a arrecadação gerada com os produtos e serviços prestados pelo alto número de indivíduos envolvidos com a atividade é integrante do preço e prejudica o desenvolvimento do mercado, ocasionando alta de preços e inflação. Por isso, salientamos que o repasse arrecadatório é outro instrumento de interferência, que não há como se afastar.

3.4 Competitividade e globalização

Diante da sistemática geral do mercado, agora não mais visto do ponto de vista individual do empresário (fornecedor), diante do mercado, temos o relacionamento entre os fornecedores do produto e o próprio mercado em geral. Devemos observar a existência da concorrência, que se torna fator de regulação de preços do mercado. Em um primeiro momento, é importante frisar que a concorrência empregada legalmente é fomentadora de um mercado produtivo, eficaz e compatível com a geração de lucro, de forma sustentável à própria sociedade.

Todavia, as violações à concorrência, como no cartel, geram uma fixação de preços com lucros desproporcionais em relação à realidade de mercado. A ocorrência de tal fenômeno entre os fornecedores, dependendo da natureza do produto, pode acarretar ainda prejuízos ao custeio de estrutura da sociedade, tanto no setor privado, quanto no setor público.

Apenas exemplificando, salientamos a incidência de cartel em produto essencial ao desenvolvimento da sociedade. De forma evidente, a essencialidade do produto é uma característica que, praticamente, impõe o consumo. Não há como o indivíduo se desvincular do consumo, pois teria um prejuízo ao sustento de suas necessidades. Por isso, quanto maior o crescimento populacional, maior poderá o produto essencial, fato que, juntamente com o cartel, potencializa os preços de mercado.

Outro fator de estimulação do mercado é o fenômeno da globalização¹². O nível de complexidade das relações negociais, ainda, é maior. As importações e as exportações em um mercado globalizado transformam as sociedades em reféns de seus próprios mercados. A influência nos preços é fator que não se pode olvidar.

Neste ponto, vejamos as altas do dólar como impacto nas importações e o estímulo às exportações. Com a moeda em valor mais baixo, diante da complexidade de nossas relações mercantis, o preço do produto brasileiro é maior que o importado. Além disso, a predileção por um produto estrangeiro, por inúmeras razões, dentre elas consumo de massa (“moda comercial” gerada pelo sucesso de uma marca) ou pela qualidade do produto, aliada ao baixo custo ao consumidor final, mesmo com o custo de deslocamento, ocasiona uma baixa na geração de lucros internos do país, fato que prejudica o mercado.

Em contrapartida, sob este enfoque, com o aumento da moeda, os preços dos produtos estrangeiros passam a se tornar não atrativos, gerando diminuição de consumo externo e, não necessariamente aumento de consumo do produto interno, dependendo do produto em comercialização. Para os exportadores, de forma clara, o aumento de valor da moeda estrangeira é um elemento estimulador na geração de lucros internos para o mercado interno¹³. Com isso, torna-se inegável a interferência da globalização dos mercados na formação do preço do produto fornecido.

4. Arrecadação

O Estado, diante de complexidade das relações negociais do mercado e das sociais da coletividade, tem a necessidade de implementação da estrutura para um desenvolvimento possível desta coletividade. Como vimos, o Estado necessita, como qualquer pessoa em uma comunidade, buscar a geração de renda, para a consecução de suas atividades. O instrumento mais utilizado é a tributação.

Por isso, precisamos notar que a tributação exerce papel negativo para consecução dos bens da vida em nossa realidade. É atividade necessária para a manutenção do Estado, mas, ao mesmo tempo, caso exercida de forma

¹² LACERDA, Antônio Corrêa de. **O impacto da globalização na economia brasileira**. São Paulo: Contexto, 1999.

¹³ <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/10/produtores-de-soja-comemoram-o-lucro-com-alta-do-dolar-em-ms.html>. Consulta: 03/11/2015.

desproporcional, interfere de maneira severa na consecução do mercado e dos preços, gerando também alta e inflação.

4.1 Interferência no mercado

Quantas vezes observamos notícias de que o Brasil é um dos países do Mundo com maior tributação¹⁴. Evidentemente que o exagero tributário interfere diretamente em um mercado, atingindo todos os setores da produção. O Estado, ainda deficitário em sua própria estrutura, não obtém resultados práticos e eficazes a prestação de seus serviços e estruturas a viabilizar a sociedade. Outro desafio. O que nos interessa nos comentários é identificar alguns pontos de interferência para a demonstração dos altos prejuízos gerados ao mercado.

Talvez o Estado represente o maior “sócio indireto” que a cadeia produtiva poderia ter em um mercado. O objetivo não é identificar a qual ente da federação o tributo está relacionado, mas, sim, a demonstração que a presença incessante de tributos afeta em demasia a atividade de mercado. Em valores agregados, podemos exemplificar o fornecimento de insumo para a agricultura. Inicialmente, partimos para o imposto incidente sobre a importação de um produto essencial e necessário para determinada cultura. A entrega deste produto pode gerar, eventualmente, um imposto de circulação de mercadorias, dependendo da quantidade de intermediários que propiciem tal insumo ao produtor.

Em consequência, os intermediários, como vimos, além de seus lucros, ainda agregam seu imposto de renda no preço final deste produto. Durante a cadeia de produção, temos os impostos gerados pela relação de trabalho. Integram igualmente o custo. Diante disso, observamos eventual repasse não é descontado do consumidor em produtos essenciais de subsistência, que efetua o ajuste anual de seu imposto de renda, representando uma “bitributação”. Todavia, os fundamentos tributários justificam o fenômeno pela “mudança do fato gerador”. Sem adentrarmos em seara afeta a outros raciocínios, o acúmulo tributário represado nos produtos é altamente pernicioso para o mercado.

A quantidade de tributação integrada no preço final do produto pode atingir o lucro, reduzindo a flexibilidade do agente de mercado e o obrigando, por vezes, alterar os preços para não ter prejuízo com sua atividade econômica.

4.2 Crescimento populacional como fundamento para arrecadação interventiva no mercado

O atrelamento da arrecadação com o crescimento populacional, também como salientamos, é inafastável. Em primeiro, evidenciamos que o crescimento populacional, diante da necessidade de maior estrutura, gera maior necessidade arrecadatória para o Estado atender às necessidades de tal estrutura.

Dependendo do alto crescimento da demanda estrutural do Estado, que corresponde à sua existência de funcionamento e ao funcionamento de estrutura gerada para a coletividade desenvolver suas atividades, nasce uma necessidade de aumento de arrecadação, diante de sua posição de garantidor.

Com isso, a atividade arrecadatória intervém também no mercado para a tentativa de suprimento de tais necessidades. Mas não é só. Quando o Estado atua como interventor da economia, em outro patamar, também se torna explorador da atividade, aumentando sua tributação, para estimular ou desestimular algum setor da economia, com o fim de garantir outros setores. Vejamos o aumento vindouro dos computadores e aparelhos de telefonia.

Com a devida vênia, a incidência de maior imposto, além de outros fundamentos exculpantes, é uma demonstração de que a comercialização de tais produtos, diante da complexidade e desenvolvimento das relações sociais, fomentados pelo crescimento populacional, tornou-se atrativo para que o Estado pudesse mais arrecadar para cumprir suas finalidades.

¹⁴ <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2015/05/brasil-esta-entre-os-30-paises-que-mais-arrecadam-impostos.html>. Consulta: 03/11/2015.

Por isso, o crescimento populacional é um dos fatos visualizados para obtenção de sua renda. Com isso, a maior estrutura e o crescimento populacional geraram maior necessidade tributária, gerando maior preço.

O preço, para o indivíduo que compõe tal sociedade, é elemento fundamental para o gerenciamento de sua qualidade de vida, que ostenta uma perda. Os efeitos da tributação, então, alcançam as mais diversas naturezas, para viabilizar ao Estado os recursos que necessita, gerando intervenções, por vezes, que abalam os preços de mercado, para atender uma demanda crescente com o aumento populacional. Todavia, não temos a intenção de aprofundamento quanto às ineficiências estatais na prestação de suas atribuições em retribuição ao valor extraído do mercado.

5. Recessão

Por fim, diante da proposta do presente texto, salientamos os aspectos negativos gerados pelos capítulos anteriores, suscitando no presente momento uma consequência de recuo do avanço dos preços e da movimentação do mercado, em face do exagero dos preços na consecução da atividade econômica.

Poderíamos mencionar o conceito de recessão econômica, como sendo o fenômeno em que a economia de um país retrocede, ou seja, inverte o movimento da taxa de seu crescimento por um determinado período. Para os técnicos em economia a situação de recessão econômica exige que este movimento de retração ocorra por períodos determinados e consecutivos para a caracterização de tal figura econômica¹⁵. Ressaltamos tal fenômeno, com a finalidade de equacionar a possibilidade de sua ocorrência em face da saturação do mercado.

5.1 Limite ao excesso de custeio gerado pelo mercado

O crescimento econômico gerado pelo aumento populacional, propiciou em nossa proposta um crescimento estrutural também crescente dos preços, resultando inflação. Evidentemente que não podemos afastar outros fundamentos que possam gerar a recessão. Todavia, ressaltamos que o excesso de crescimento estrutural e a necessidade de aumento incessante dos preços, em face do crescimento populacional, podem gerar uma situação de interesse de análise, qual seja, o atingimento do limite de absorção do mercado.

O preço exacerbado pode atingir um patamar não tolerado pelo mercado. Neste sentido, podemos mencionar um fenômeno de ausência de disponibilidade de aceitação dos preços praticados no mercado e, com isso, gerar uma recusa em aceitação do desenvolvimento do mercado. O excesso de preços praticados pode causar uma inviabilidade no exercício das atividades econômicas, ocasionando, assim, uma inversão na intenção de mercado, com a diminuição da procura, ou melhor, com a eventual estagnação da procura.

Além disso, a inviabilidade do mercado pode ainda se agravar, quando o responsável pela estruturação do ambiente negocial não propiciar a estabilidade necessária para a manutenção de tal ambiente negocial, quem seja, o Estado. A ineficiência na manutenção das estruturas com o volume de patrimônio gerado pela arrecadação demonstra aos participantes globalizados da economia a inviabilidade de manutenção de investimentos, financiamentos e incentivo ao giro econômico do mercado.

Consequência resultante deste crescimento desestruturado é a negação do sistema econômico vigente e a retração do setor produtivo, com o risco de perda patrimonial ou com a expectativa de prejuízo do patrimônio. Por isso, o mercado reage negativamente e encerra o movimento de crescimento, retirando o capital de giro, para não por em risco o setor. O que mais preocupa é a reação em cadeia do fenômeno da recessão.

¹⁵ BLANCHARD, Olivier: tradução: ROSEMBERG, Monica. **Macroeconomia**. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

5.2 Círculo negativo à estrutura do mercado

Evidentemente, por fim, quanto à insuportabilidade dos preços sem a estrutura necessária, poderíamos constatar a figura da recessão. Todavia, os efeitos da retração é que são perigosos ao mercado. Há um afrontamento das estruturas do mercado, gerando um círculo negativo, que decompõe a própria estrutura. A diminuição do consumo é o primeiro sintoma. A ausência de aquisição de produtos ocasiona a paralisação de determinado setor, gerando o prejuízo com o fornecimento das mercadorias.

Em seguida, o reflexo é desmembrado da paralisação da aquisição de produtos do intermediário, que, por sua vez, não tem como repassar da indústria, por exemplo. O outro desmembramento tem reflexos no emprego. Neste ponto, o agravamento é mais severo. A perda de postos de trabalho para uma população, que cresceu sem a devida estrutura, ocasiona a colocação fora do mercado de milhares de pessoas e de seus dependentes, ocasionando o aumento das dívidas. Os indivíduos, agora nesta etapa, deixam de consumir por inviabilidade financeira, gerando mais prejuízos às estruturas estatais frágeis.

Os credores, sem o recebimento de seus créditos, também possuem seus prejuízos e desequilibram ainda mais o mercado. Não possuem condições de financiamento e, com isso, o capital de giro da economia é paralisado. Alguns recursos que ainda restam para os setores mais respaldados, diante do risco de quebra, afastam seu capital e direcionam seu patrimônio para outras estruturas de mercado mais estáveis, geralmente no exterior, ou vendem a estrutura de sua produção para capitais estrangeiros adquirentes por preços convidativos.

A diminuição dos preços e a retração acontecem para tentativa de se evitar o colapso. Todavia, a contaminação das estruturas do mercado é patente. A redução de preços esbarra, também, na tributação, pois, caso reduza seus preços em demasia, não conseguirá suprir as necessidades de seu setor e suas necessidades pessoais, ou seja, sem o lucro, não gera renda para atender tais finalidades¹⁶.

Com isso, os setores, diante da complexidade das relações, possuem uma relação de dependência recíproca. Os prejuízos são repassados, o que ocasiona o círculo vicioso de desconstrução do mercado.

Conclusão

Em uma observação rápida identificada no presente texto, ressaltando que não podemos excluir a infinidade de outros valores e elementos integrantes de tal sistemática de mercado tão complexa, constatamos que existem pontos de tensão importantes no gerenciamento do mercado.

O crescimento populacional mais rápido é fonte geradora de inúmeros problemas, pois, se a estrutura econômica não acompanha este crescimento ou este é desordenado, haverá distanciamento que gerará fenômenos de mercado com a exploração da massa, gerando lucro em determinado momento, mas viabilizando o excesso de preço com tal exploração, que poderá resultar em aumento de dificuldades já elucidadas.

A importância do entendimento da tributação – arrecadação como elemento integrante do mercado, interferindo como formação do preço, exploração econômica pelo Estado e como regulador do próprio mercado. Todavia, a intervenção exacerbada, baseada no aumento populacional, para garantir seu funcionamento e sua estrutura, também pode interferir e prejudicar o desenvolvimento da atividade econômica.

Por fim, temos que o exagero de tais fenômenos pode propiciar o atingimento do limite tolerável de exercício do mercado, ocasionando uma resposta

¹⁶ KOTLER, Philip. Tradução: Yamamoto, Sônia Midori. **Administração de marketing**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2012.

endêmica negativa e viciosa, gerando uma reação em cadeia, desestruturando todo o mercado, diante da complexidade das relações sociais e econômicas.

Bibliografia

ARISTÓTELES. **A política**. São Paulo: Martin Claret, 2006.

BLANCHARD, Olivier: tradução: ROSEMBERG, Monica. **Macroeconomia**. São Paulo: Prentice Hall, 2004.

CARVALHO, José Alberto Magno de. **Crescimento populacional e estrutura demográfica no Brasil**. Belo Horizonte: UFMG/Cedeplar, 2004.

KOTLER, Philip. Tradução: Yamamoto, Sônia Midori. **Administração de marketing**. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2012.

LACERDA, Antônio Corrêa de. **O impacto da globalização na economia brasileira**. São Paulo: Contexto, 1999.

PANTALEÃO, Leonardo; PANTALEÃO, Juliana. **Direito civil: parte geral: perguntas e respostas**. São Paulo: Manole, 2006.

SBICCA, Adriana; FLORIANI; Vinícius; JUK, Yohanna. **Expansão do crédito no Brasil e a vulnerabilidade do consumidor**. Curitiba: UFPR/Revista Economia & Tecnologia (RET) Volume 8, Número 4, p. 05-16, Out/Dez 2012.

SMITH, Adam: tradução GEIGER, Paulo. **A mão invisível**. São Paulo: Penguin Classics Companhia das Letras, 2013.

Juizados Especiais: dever de fundamentação segundo o Novo Código de Processo Civil

Special Courts (known as Juizados Especiais): judicial decision motivation according to the New Civil Procedure Code

Jessiane Nogueira Roque¹
Jeibson dos Santos Justiniano²

Universidade Federal do Estado do Amazonas

Sumário: Considerações iniciais; 1. Princípios aplicáveis aos Juizados Especiais; 1.1 Princípio da Oralidade; 1.2 Princípio da Simplicidade e Informalidade; 1.3 Princípio da Economia Processual; 1.4 Princípio da Celeridade; 2. A fundamentação das decisões judiciais no Código de Processo Civil; 2.1 Considerações acerca da sentença; 2.1.1 Sentença como norma jurídica; 2.2 O conteúdo da fundamentação; 2.3 A fundamentação como instrumento de controle e de legitimação da atividade jurisdicional; 2.4 A fundamentação como instrumento de contraditório efetivo e da cooperação; 3. A fundamentação das decisões judiciais e as decisões proferidas nos Juizados Especiais; 3.1. Decisão não fundamentada; 3.1.1 Limitação à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo; 3.1.2 Emprego de conceitos jurídicos indeterminados; 3.1.3 Utilização de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão; 3.1.4 Não enfrentamento de todos os argumentos; 3.1.5 Invocação de precedente ou enunciado de súmula; 3.1.6 Rejeição de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte; 3.1.7 Colisão entre normas; 3.3 Decisões nos Juizados Especiais; Conclusão; Referências.

Resumo: A fundamentação das decisões judiciais é um valor essencial à democracia e garantia constitucional fundamental para a concretização dos princípios do devido processo legal, da inafastabilidade do controle jurisdicional e do contraditório substancial. O art. 489, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015 quando fixa parâmetros para determinar o que é uma decisão não fundamentada ressalta o direito das partes de obterem uma decisão que justifique sua razões, que demonstre que o acesso à justiça foi pleno. A motivação significa renovação do ordenamento jurídico através da cooperação dos sujeitos do processo. As normas e princípios norteadores dos Juizados Especiais longe de servir de chancela para a restrição do dever de motivação, demonstram que pela simplicidade do procedimento a tarefa de fundamentar é mais fácil e essencial em razão da Lei nº 9.099/95 restringir a revisão e o controle de suas decisões.

¹ Bacharela em Direito pela Universidade do Amazonas e assistente judiciária no Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas.

² Mestre em Direito Ambiental pelo Programa de Pós Graduação da Universidade do Estado do Amazonas. Atualmente é membro do Ministério Público do Trabalho (Procurador do Trabalho). Professor da Universidade do Estado do Amazonas. Graduado em Direito pela UFAM - Universidade Federal do Amazonas (2004). Professor de cursos de graduação e especialização em Direito. Professor em cursos preparatórios para concursos. Foi Procurador do Estado do Amazonas - Procuradoria Geral do Estado do Amazonas. Foi Analista Processual do Ministério Público da União. Tem experiência na área de Direito e possui especialização em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade para o Desenvolvimento do Estado e da Região do Pantanal. Ademais, possui formação técnica em Processamento de Dados pela Fundação de Ensino e Pesquisa Matias Machline.

Palavras-chave: Fundamentação. Juizados Especiais. Código de Processo Civil.

Abstract: The judicial decision motivation is a very important value of democracy and it is a constitutional guarantee essential for getting a process according to the due legal process, the non-obviation of jurisdiction and the right to an inter parts hearing. When the art. 489, § 1º, of the 2015 Civil Procedure Code sets basis to define what is an unsubstantiated decision highlights the right of the parties to the proceeding of obtain a decision with clear justifications that shows that the access to justice was fully respected. Motivating means to renew the legal order by the cooperation of those who take part in the proceeding. The rules and guiding principles of the Special Courts (known as “Juizados Especiais Cíveis”), as opposed to work as a permission for limit the right to motivation, shows that due the simplicity of this procedure the task of motivation is easier and more essential in view of the law 9.099/95 restrict the revision and control of its decisions.

Key words: Motivation. Special Courts. Civil Procedure Code.

CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A positivação no ordenamento jurídico pátrio da obrigatoriedade de o juiz motivar suas decisões não é recente, desde o Código Filipino os juízes tinham o dever de declarar de maneira detalhada os fundamentos que subsidiavam suas condenações e absolvições, sendo entendido desde aquela época que essa obrigação era vital ao contraditório das partes, ao seu direito de recurso e a facilitação da análise da sentença na esfera recursal.

Apesar da exigência expressa, na prática essa determinação sempre foi muito desrespeitada. Antes mesmo de ser estabelecida a unidade processual os Códigos de Processo Civil de muitos estados ratificavam a necessidade da fundamentação, do que não se distanciou o Código de Processo Civil de 1973. Tal é o grau de essencialidade do cumprimento dessa exigência que mereceu previsão constitucional (art. 93, IX).

Nessa esteira, o Código de Processo Civil atual (Lei nº 13.105/15) tem como objetivos o fortalecimento dos direitos processuais da parte, a sintonia com a Constituição, sobretudo quanto aos princípios constitucionais processuais, bem como que as decisões sejam as mais condizentes possíveis com os contornos fáticos das relações jurídicas.

O art. 489, § 1º da referida lei é um dos mecanismos elaborados com o intuito de alcançar as finalidades acima citadas. Ele visa coibir a violação a um dever muito caro a um Estado Democrático de Direito, o dever de motivação de seus atos.

Assim, a longa experiência decorrente da vivência do Código de Processo Civil de 1973 e a observação do seu desvirtuamento no dia-a-dia forense conduziu ao estabelecimento de rol que visa ser norte para coibir a violação da fundamentação das decisões judiciais.

Paralelo ao procedimento ordinário, o direito processual brasileiro comporta procedimentos especiais, que são regidos por lei própria e apresentam características que os individualizam. Tal é o procedimento previsto na Lei nº 9.099/95 que criou o sistema de Juizados Especiais Cíveis e Criminais, evolução dos antigos Juizados de Pequenas Causas, com o escopo de prestar uma tutela jurisdicional de forma eficiente e em menor espaço de tempo, valorizando a celeridade e simplicidade nas causas de menor complexidade, as quais representam grande quantitativo no total de ações ajuizada nacionalmente.

Nesse ponto surge a problemática tratada no presente trabalho, a saber, a coadunação do art.489, § 1º com a sistemática e princípios que regem os Juizados Especiais. A questão ressaltada é a controvérsia sobre a harmonia desse artigo

fundamental às diretrizes do Código Processual Civil atual e à garantia ao direito de motivação das decisões judiciais.

Neste ínterim, em consonância com o problema apresentado, o objetivo geral é a análise do dever de motivação através do prisma da Lei nº 13.105/15, das suas ponderações acerca do que não pode ser considerada uma decisão fundamentada, e da adequação da sua aplicação ao âmbito dos Juizados Especiais, considerada a especialidade e as particularidades desse procedimento.

Serão abordados os princípios trazidos no art. 2º da Lei 9.099/95, os pontos peculiares desse procedimento, com reflexão sobre os objetivos de sua criação. Explanar-se-á a fundamentação das decisões judiciais, positividade no ordenamento jurídico brasileiro e evolução legal; os elementos essenciais da sentença e sua função como norma do caso; o objeto da fundamentação, efeitos jurídicos, importância na legitimação do Estado-juiz, e, por conseguinte na manutenção dos objetivos do sistema democrático e a garantia aos direitos da parte como o contraditório substancial. Discorrer-se-á sobre os entendimentos jurídicos acerca da aplicação do art. 489 às decisões proferidas nos Juizados Especiais. Serão tratadas ainda, de maneira isolada, cada uma das hipóteses constante do §1 desse dispositivo, de pontos característicos desse procedimento sumário, que de certa forma refletem no conteúdo da fundamentação de suas decisões, e também das peculiaridades destas.

1 PRINCÍPIOS APLICÁVEIS AOS JUÍZADOS ESPECIAIS

Os princípios jurídicos representaram a ruptura do emprego exclusivo do positivismo na aplicação da lei ao caso concreto. Em sua definição, Celso Antônio Bandeira de Mello conceitua princípio como:

Mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico.³

Os princípios orientadores dos Juizados Especiais estão contidos no art. 2º da Lei 9.099/95⁴, a saber, oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, com a busca, sempre que haja possibilidade, da conciliação ou a transação.

Primeiramente, os Juizados Especiais estão sujeitos aos princípios processuais trazidos na Constituição Federal, que compõem as garantias fundamentais do processo e devem ser observadas em qualquer instância e grau de jurisdição. São aplicados ainda outros princípios processuais decorrentes da legislação infraconstitucional.

Os preceitos trazidos pelo art. 2º da Lei 9.099/95 representam a busca por uma justiça mais célere, informal, com vistas a proporcionar amplo acesso à justiça, vencendo os obstáculos enfrentados na justiça comum. Para isso procedeu-se à simplificação dos atos, à valorização da decisão de primeiro grau, à redução de recursos e às formas alternativas de solução dos conflitos.

1.1 Princípio da Oralidade

Originariamente o princípio da oralidade se referia à necessidade de os atos processuais serem realizados de modo oral, sobretudo quando se relacionavam à colheita de provas em audiência. Hodiernamente, a oralidade tem muito mais

³BANDEIRA DE MELLO, C.A. *Curso de direito administrativo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 451.

⁴BRASIL, Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 14 nov. 2016.

relação com a proximidade do julgador com a produção de provas ao longo do processo.

O Juizado Especial Cível é onde se aplica o princípio da oralidade de forma mais fiel ao seu significado primário em razão de ter um quantitativo maior de atos orais. Não se atém a fase instrutória, sendo aplicado na possibilidade de apresentação oral do pedido à secretaria do juizado, de contestação oral, na inspeção judicial, dentre outros (arts. 14, 30, 35).

1.2 Princípio da Simplicidade e Informalidade

Doutrinariamente não se costuma diferenciar simplicidade e informalidade, ambas preconizam que o procedimento não tem fim em si mesmo, serve de meio para alcançar a justiça, portanto só haverá nulidade de um ato se ele acarretar prejuízo a alguém. (art. 2º da Lei 9.099/95). Entretanto, a informalidade não pode macular o devido processo legal.

O presente princípio mostra-se na possibilidade de as intimações serem feitas por qualquer meio idôneo de comunicação, conforme prevê o art. 19 da Lei n. 9.099/95 e da citação postal das pessoas jurídicas de direito privado se dar por meio da simples entrega da correspondência ao encarregado da recepção (art. 18, II, Lei n. 9.099/95).

De acordo com Felipe Borring Rocha⁵, simplicidade e informalidade são coisas distintas, sendo simplicidade a fácil compreensão das atividades dos Juizados Especiais, sobretudo quanto às partes desassistidas de advogado, as quais são as mais prejudicadas pela utilização de linguagem extremamente técnica.

1.3 Princípio da Economia Processual

A obtenção de um resultado quando se ajuíza uma demanda é o escopo principal, contudo também é essencial dispender somente os recursos essenciais a fim de se alcançar esse desfecho. A economia processual busca a efetividade do processo, dispensando atos onerosos desnecessários que só acarretam prolongamento injustificado de procedimentos.

No concernente aos Juizados Especiais o fulcro de economia processual é mais visível, porque surgiram com o objetivo de resolução satisfatória dos conflitos sociais de menor complexidade e expressividade econômica que anteriormente padeciam com os pesados custos do procedimento comum que ocasionavam uma espera desproporcional até a obtenção de um resultado útil.

São exemplos na Lei 9.099/95 (arts. 10, 17, 27, 27 31 e 52, III), uma única sentença para pedidos contrapostos, a possibilidade de conciliação antes do registro do pedido e citação, a possibilidade de fazer pedido contraposto na contestação, a intimação em audiência da sentença nela proferida, a preferência pela concentração de atos em audiência, a inadmissão da intervenção de terceiros e assistência, dentre outros.

1.4 Princípio da Celeridade

O art. 5.º, LXXVIII, da Constituição Federal assevera que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

⁵BORRING ROCHA, F. *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 50. “Diante desse ineditismo, a maioria da doutrina tem defendido que o princípio da simplicidade nada mais é do que um desdobramento do princípio da informalidade, do princípio da instrumentalidade ou da economia processual. Data venia, mas tais afirmações não têm qualquer utilidade, pois dizer que uma coisa é desdobramento da outra acaba por lhe retirar a identidade. Se a simplicidade é, de fato, um desdobramento de outros princípios, não deveria ter sido arrolada como princípio autônomo. Desse modo, sabendo-se que a lei não deve ter palavras inúteis, é preciso estabelecer um sentido próprio ao princípio da simplicidade, capaz de diferenciá-lo dos demais princípios constantes do art. 2º.”

O tempo até que se chegue a cognição judicial tem forte relevância diante da judicialização em massa de conflitos sociais que culminam em enxurradas de processos a atravancar o andamento das atividades desenvolvidas pelo Judiciário.

O princípio da celeridade visa à agilidade da prestação jurisdicional ao ressaltar a importância da curta duração dos atos processuais, tendo em consideração que a demora pode prejudicar a incolumidade do bem juridicamente pleiteado, possui, portanto, estreita relação com a efetividade da decisão emanada. Todavia, não pode haver prejuízo a direitos fundamentais com base no padrão da agilidade.

A rapidez é a essência dos juizados e sua fonte de credibilidade. Os Juizados Especiais foram criados com o escopo de diminuir as desigualdades decorrentes de processos antigos, uma vez que as partes nem sempre têm condições equivalentes de suportar o ônus da demora processual que costuma ser mais deletéria a parte mais hipossuficiente da relação.

2 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES NO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL

As raízes do princípio da motivação em solo pátrio remontam ao próprio surgimento das normas jurídicas nacionais e antes mesmo disso no direito lusitano já existia previsão normativa relacionada, a qual foi adotada por nós.

Desde o Código Filipino⁶ era determinado aos juízes que declarassem especificadamente em sua sentença definitiva as causas que serviram de fundamento a condenação ou absolvição para que as partes pudessem exercer seu direito ao recurso, bem como para que quem o apreciasse pudesse entender os motivos da sentença recorrida.

O Código de Processo Civil de 1939 (arts. 118, e 280, II) versou sobre a indicação na sentença ou despacho dos fatos e circunstâncias dos quais o juiz retirou a motivação do seu convencimento e sobre a necessidade de a sentença ser clara e precisa, contendo fundamentos de fato e de direito.

No Código de Processo Civil de 1973, diversos dispositivos abordam o tratado dever; como o art. 131 que prevê a livre apreciação da prova pelo juiz, mas determina a indicação na sentença dos motivos formadores do convencimento; o art. 165 que trata da obrigatoriedade de motivação das decisões, ainda que concisa; o art. 458 que erigiu como requisito essencial da sentença os fundamentos.

Com a Constituição de 1988 o princípio da motivação das decisões judiciais se tornou garantia constitucional expressa no art. 93, IX, que penaliza com nulidade a decisão carente de fundamentação.

A despeito dessas imposições, sempre existiram muitas decisões com fundamentação insatisfatória. Tendo em vista esse quadro o Código de Processo Civil de 2015 no artigo 11 prevê a nulidade de decisões não fundamentadas, reforçando o disposto na Constituição. A inovação, a ser tratada em outro item, fica por conta §1 do artigo 489 que estabelece parâmetros para definir o que uma decisão não fundamentada.

2.1 Considerações acerca da sentença

A sentença é o pronunciamento, fundamentado nos arts. 485 e 487, por meio do qual o juiz põe fim à fase de conhecimento do procedimento comum, bem como extingue a execução. Toda manifestação do juiz que não tenha caráter decisório e que não se enquadre no conceito de sentença é denominada de decisão interlocutória. Por fim, os despachos, são os demais pronunciamentos do magistrado.

⁶*Ordenações Filipinas*. Ordenação do Livro III, Título LXVI, 7. Disponível em: <<http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>>. Acesso em: 14 de novembro de 2016.

A sentença é muito mais do que um ato judicial dirigido para o fim de encerrar uma fase processual, dentre outras acepções, ela significa a concretização do direito de prestação jurisdicional, representa o cumprimento do encargo do Estado de administração da justiça. O acesso à justiça é plenamente alcançado quando da manifestação judicial acerca do direito afirmado pelo autor, independente do seu reconhecimento ou não.

A sentença como ato processual (ato de conclusão, ato do órgão jurisdicional ou ato do juiz) não foge da necessidade de formalidades. Quanto à sua estrutura, a sentença tem como elementos essenciais o relatório, os fundamentos e o dispositivo, de acordo com o art. 489 do CPC/2015.

O relatório contém o nome das partes e o resumo de tudo já ocorrido no processo, desde a propositura da ação até a prolação da sentença, tem aspecto formal e não possui conteúdo decisório.

Nos fundamentos ocorrerá a apreciação das questões de fato e de direito atinentes ao processo e a apresentação das razões que esteiam a decisão a fim de que elas sejam submetidas a criticidade dos sujeitos processuais e não processuais. A fundamentação é essencial até mesmo para o próprio julgador, pois nela é estabelecida a relação lógica entre as premissas que conduziram ao resultado.

Por fim, o dispositivo é a resolução das questões principais do processo, a conclusão alcançada no silogismo aplicado pelo juiz. É o pronunciamento sobre a resolução ou não do mérito, acolhimento ou rejeição (total ou parcial) do pedido formulado na inicial. Dele surge a autoridade do conteúdo da decisão (art. 502, do CPC) e resulta na imutabilidade dela pela formação da coisa julgada. Já a fundamentação não é objeto da coisa julgada, bem como não é a verdade dos fatos (art. 504, I e II, do CPC).

Faltando um dos elementos essenciais elencados no art. 489 a sentença será nula, podendo a nulidade ser declarada independentemente da provocação das partes. Além dos embargos de declaração e de recurso é cabível o ajuizamento de ação rescisória com base na violação de norma jurídica, art. 966, V, do CPC.

Assim, a sentença é nula se ausente o seu relatório, excetuando-se as proferidas em Juizados Especiais, conforme o art. 38, caput, da Lei 9.099/95 ou sua fundamentação (art. 93, IX, CF). De acordo com Humberto Theodoro Júnior⁷, a ausência do dispositivo, mais do que nulidade, acarreta a inexistência.

2.1.1 Sentença como norma jurídica

Após a superação do positivismo no âmbito jurídico, o juiz é muito mais do que aquele que exerce a simples subsunção. Correntemente é preciso lidar com conceitos abstratos, conflitos principiológicos e inexistência de norma jurídica reguladora, e justamente por isso prevê o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB que na omissão da lei o juiz lançará mão da analogia, costumes e princípios gerais de direito para decidir.

A atividade julgadora traduz-se na criação de uma norma jurídica para cada caso (art. 503, do CPC), se distinguindo das demais normas pela aptidão que possui para a formação de coisa julgada material. O que de fato deve ocorrer é a construção da norma jurídica através da interpretação construtiva do texto legal, identificando-se os significados que dela podem surgir e escolhendo o mais adequado de acordo com as normas constitucionais, direitos fundamentais, individualidades da situação e a máxima concretização possível do direito material.

Conforme ensina Didier Júnior:

⁷THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55. Ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2014, p. 700. “Dispositivo ou conclusão é o fecho da sentença. Nele se contém a decisão da causa. Trata-se do “elemento substancial do julgado”, no dizer de Afonso Fraga. Sua falta acarreta mais do que a nulidade da decisão. Pois “sentença sem dispositivo é ato inexistente – deixou de haver sentença”.

Em outras palavras, o princípio da supremacia da lei, amplamente influenciado pelos valores do Estado liberal, que enxergava na atividade legislativa algo perfeito e acabado, atualmente deve ceder espaço à crítica judicial, no sentido de que o magistrado, necessariamente, deve dar à norma geral e abstrata aplicável ao caso concreto uma interpretação conforme a Constituição, sobre ela exercendo o controle de constitucionalidade se for necessário, bem como viabilizando a melhor forma de tutelar os direitos fundamentais.⁸

A sentença origina mais de uma norma. O dispositivo contém a norma jurídica individualizada, que é aquela que irá reger o caso concreto. Por sua vez, da fundamentação extrai-se a norma jurídica geral, a dita *ratio decidendi*. A despeito de não ser apta para torna-se objeto de coisa julgada, é base para a conclusão do julgado, bem como orientará casos futuros análogos, servindo precedente judicial.

2.2 O conteúdo da fundamentação

A fundamentação é corolário da cognição judicial. A atividade cognitiva antecede o julgamento e nela o juiz irá conhecer as razões, examinar e valorar provas e alegações com o fim de tecer seu convencimento, através da formação de juízos de valor sobre as questões suscitadas pelas partes.⁹

Na cognição haverá a apreciação de todas as questões atinentes ao processo, das quais só algumas serão objeto de julgamento.

As questões principais são aquelas que são postas à atividade cognitiva judicial para que façam parte do objeto do julgamento e da coisa julgada (art. 503, do CPC). São questões incidentais aquelas que servem de fundamento para que o juiz resolva outras, mas sobre elas não haverá decisão, somente o conhecimento, constarão da motivação, mas não do dispositivo.

Questões de fato são as que têm a ver com o substrato fático da demanda, elas compõem o objeto de prova e são atingidas pela preclusão. Exemplo: a existência da conduta, culpa, dano e nexos causal para a configuração da responsabilidade civil subjetiva extracontratual numa ação indenizatória.

Questões de direito são as que se referem ao suporte normativo. Podem ser alegadas a qualquer tempo e não se sujeitam a preclusão. Podem ser apreciadas de ofício, entretanto é necessária a consulta das partes, em respeito ao contraditório, na sua aceitação substancial, e ao princípio da cooperação processual.

As questões prévias são as que tem exame anterior a análise do mérito. Podem ser preliminares ou prejudiciais. As questões preliminares referem-se à verificação dos pressupostos processuais, requisitos para que o processo seja exista, seja eficaz e se desenvolva validamente, e as condições da ação. As questões prejudiciais se relacionam a existência ou modo de ser de uma relação jurídica, não formam o objeto de julgamento, mas são essenciais para sua solução, como por exemplo a filiação na ação de alimentos. As questões prejudiciais repercutem no mérito da causa, as preliminares não.

Por fim, as questões de mérito são todas referentes ao objeto da relação jurídica.

É importante que exista uma lógica sequencial na fundamentação, devendo ocorrer primeiro o exame de admissibilidade para depois ocorrer o de mérito, a

⁸In SARNO BRAGA, P; DIDIER JÚNIOR, F. OLIVEIRA, R. *Curso de Direito Processual Civil*. Salvador: Jus Podivm, vol. II, 2007, p. 255.

⁹ WATANABE, K. *Cognição do Processo Civil*. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 44. "A cognição é prevalentemente um ato de inteligência, consistente em considerar, analisar e valorar as alegações e as provas produzidas pelas partes, vale dizer, as questões de fato e as de direito que são deduzidas no processo e cujo resultado é o alicerce, o fundamento do *judicium*, do julgamento do objeto litigioso do processo".

resolução das questões de fato antes das de direito, em regra. Deve primeiro haver a análise das questões preliminares e prejudiciais, alegadas pelas partes ou que comportam decisão de ofício, pois, elas podem resultar na extinção do processo sem resolução do mérito. Superadas as questões prévias, ou não existindo, passa-se ao mérito (questões fáticas ou jurídicas que compõem a lide)¹⁰.

No exame das questões de fato serão apreciadas as provas produzidas, sua ligação com os fatos e credibilidade. Diante de alegações e provas não aproveitadas para o convencimento do juiz deve ficar clara a razão de sua irrelevância à convicção. Diz ainda Barbosa Moreira:

Há, ainda, outra necessidade, que não mais se refere à extensão da motivação, mas à sua profundidade. É preciso que nos convençamos da insuficiência de referências genéricas e não justificadas. Encontramos em sentenças a seguinte frase: “a prova produzida pelo autor não convence”. Com isso o juiz acha que já se desincumbiu do dever de motivar; equivoca-se, contudo, pois essa afirmação pode ser completamente gratuita e até mesmo arbitrária. É preciso que ele diga por que motivo não lhe pareceu convincente a prova produzida pelo autor. Inversamente, muitas vezes o juiz afirma que as alegações do réu não ficaram comprovadas. Diria eu ao juiz: “convença-me disso, apresente-me as razões pelas quais lhe pareceu que as alegações do réu não ficaram comprovadas”. Essas alusões genéricas são absolutamente insuficientes e os senhores devem, cuidadosamente, abster-se de proceder dessa forma.¹¹

Em seguida, o juiz determinará a norma jurídica a ser utilizada e seus efeitos, norma entendida como fruto da interpretação sistemática dos textos normativos, solucionará eventuais conflitos normativos e realizará o controle de constitucionalidade da norma.

2.3 Fundamentação como instrumento de controle e de legitimação da atividade jurisdicional

Diferente da demais (legislativa e executiva), a função jurisdicional não se submete ao controle de outros poderes. Por isso a sentença é relevante meio de controle da atividade jurisdicional, bem como instrumento para sua legitimação. O voto justifica a atividade legislativa, já a fundamentação lidima o exercício da jurisdição.

Tamanha responsabilidade nas mãos de um sujeito, ou alguns poucos, ainda que sua decisão possa ser revista por recurso, exige que os elementos de convicção sejam expostos de forma nítida e simples, com base explícita e dialética demonstrada.

Tal a importância tem a justificação do poder do Estado-juiz que é obrigação constitucional, prevista no art. 93, IX, da Constituição Federal, a qual em caso de violação tem como consequência nulidade.

Leciona Luiz Guilherme Marinoni:

A legitimidade da decisão jurisdicional depende não apenas de estar o juiz convencido, mas também de o juiz justificar a racionalidade da sua decisão com base no caso concreto, nas provas produzidas e na convicção que formou sobre as situações de fato e de direito, ou seja, não basta o juiz estar convencido - deve ele demonstrar o seu

¹⁰THEODORO JÚNIOR, H. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55. Ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2014, p. 147. “Lide e mérito da causa são sinônimos para o Código. O pedido do autor, manifestado na propositura da ação, revela processualmente qual a lide que se pretende compor através da tutela jurisdicional”.

¹¹ MOREIRA, 1999, p. 47.

convencimento. Isso permite o controle da atividade do juiz pelas partes ou por qualquer cidadão, já que a sentença deve ser o resultado de um raciocínio lógico capaz de ser demonstrado mediante a relação entre o relatório, a fundamentação e a parte dispositiva.¹²

2.4 A fundamentação como instrumento do contraditório efetivo e da cooperação

Compete ao juiz zelar pelo efetivo contraditório (art. 7º do CPC), entendendo-se como efetivo quando plenamente praticado em sua vertente formal e substancial. O contraditório formal circunscreve-se a chamada paridade de armas, participação igualitária no processo por meio da intimação, manifestação, submissão desta à apreciação e da produção de provas. O contraditório substancial é a aptidão para influenciar a decisão judicial na construção da norma jurídica, tanto a que surge da conclusão judicial e rege o caso concreto quanto à que formará, a partir dos argumentos que compõem a motivação, o precedente judicial.¹³

A motivação tem relevância ainda para o integral exercício da dialeticidade recursal pela parte que impugna a decisão judicial, pois o o recorrente deve demonstrar as razões do recurso, os motivos do inconformismo e do pedido de reforma da decisão. Essa exposição não é plenamente possível se a motivação da manifestação judicial é ausente ou insatisfatória.

Essa é a chamada *função endoprocessual* da fundamentação que tem por fim permitir que as partes, a partir do conhecimento dos motivos da decisão, possam verificar o acuro da cognição, ajuizar os recursos pertinentes e para que existam bases para reforma ou manutenção do ato decisório.

A fundamentação tem também estreita relação com o princípio da cooperação, positivado pelo atual CPC que, no art. 6º, enuncia: “*Todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha, em tempo razoável, decisão de mérito justa e efetiva*”.

A cooperação visa ressaltar a necessária dialética. Assim, a decisão judicial, em sua visão ideal, deixa de ser resultado oriundo unicamente da cognição do magistrado, para ser fruto de uma construção solidária entre os sujeitos do processo.

3 A FUNDAMENTAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS E AS DECISÕES PROFERIDAS NOS JUIZADOS ESPECIAIS

Os custos do processo no modelo tradicional de processo civil em relação às causas de menor expressividade financeira e a desproporcionalidade do tempo necessário para o alcance do resultado útil se apresentam como obstáculos ao acesso à justiça. Nesse quadro foram criados e regulamentados os Juizados Especiais com o fim de fortalecer o acesso à justiça e possibilitar a obtenção de uma prestação jurisdicional com esteio na simplicidade, celeridade e eficiência.

A lei dos Juizados Especiais, como é natural, necessita de complementação em diversos pontos, em razão disso prevê a aplicação subsidiária do Código de

¹²MARINONI, L. G. *Teoria Geral do Processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, Vol. I, 2013, p. 106.

¹³SARNO BRAGA, P. DIDIER JR., F. ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, R. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. Ed. Salvador: Jus Podivm, vol. II, 2015, p. 471. “O princípio do contraditório, visto como direito de participação na construção da norma jurídica, precisa ser repensado. Isso porque ele não pode ser visto apenas como sendo um direito de participação na construção da norma jurídica individualizada (aquela estabelecida no dispositivo da decisão); há de ser visto também como um direito de participação na construção da norma jurídica geral (a *ratio decidendi*, a tese jurídica estabelecida na fundamentação do julgado)”.

Processo Civil, respeitados os fundamentos dos Juizados Especiais Cíveis, pois de acordo com o art. 5º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro – LINDB “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e às exigências do bem comum.*”

A sentença, e as decisões em geral, nos Juizados Especiais, tem menor rigor, precisam ser de fácil compreensão pelas partes, as quais na maioria das vezes não estão assistidas por patronos. A menor formalidade é o espírito da desta lei e é sentida, por exemplo, quando se dispensa o relatório da sentença, exigindo somente a fundamentação e um resumo breve do ocorrido durante a audiência.

A motivação das decisões judiciais, que pode ser encarada como dever e direito, é prevista constitucionalmente e sua violação acarreta nulidade (art. 93, IX, da CF). Ela foi reforçada por meio de rol exemplificativo do art. 489, §1º, do CPC que se propõe a ser parâmetro para identificar uma decisão sem fundamento.

Diante dessa previsão surgiram discussões acerca da utilização desse dispositivo no âmbito dos Juizados Especiais Cíveis, tendo em vista a sua regência por lei especial e a utilização subsidiária do CPC, que para ser aplicado exige que haja omissão sobre assunto na Lei 9.099/95 e a harmonia da norma a ser aplicada subsidiariamente com os princípios e regras por ela estatuídos.

Em recente evento do Fórum Nacional dos Juizados Especiais- FONAJE foi aprovado o enunciado 162, segundo o qual “*Não se aplica ao Sistema dos Juizados Especiais a regra do art. 489 do CPC/15 diante da expressa previsão contida no art. 38, caput, da lei 9.099/95*”. A Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (ENFAM) aprovou enunciado no mesmo sentido que diz que “*O art. 489 do CPC/2015 não se aplica ao sistema de juizados especiais*”. Por sua vez, o enunciado 309 do V Encontro do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis prevê que “*o disposto no § 1º do art. 489 do CPCC é aplicável no âmbito dos Juizados Especiais*”.

O entendimento dos dois primeiros enunciados já serviu de base para a formação do precedente abaixo que afasta a aplicação do rol do art. 489, §1º:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO E CONTRADIÇÃO. NÃO VERIFICADO. ARTIGO 489, § 1º DO CPC/2015 INAPLICÁVEL AOS JUIZADOS ESPECIAIS. ENUNCIADO 162 DO FONAJE. FUNDAMENTAÇÃO OBJETIVA E SUCINTA QUE NÃO VIOLAÇÃO O ARTIGO 93, IX DA CF. AUSÊNCIA DE HIPÓTESES PARA REFORMA DO JULGADO. MERO INCONFORMISMO DA PARTE. Embargos conhecidos e rejeitados. Ante o exposto, esta 1ª Turma Recursal resolve, por unanimidade dos votos, em relação ao recurso de VERA LUCIA DA SILVA WULFF, julgar pelo (a) Com Resolução do Mérito - Não-Acolhimento de Embargos de Declaração nos exatos termos do voto.¹⁴

É notável que os enunciados do FONAJE e do ENFAM se manifestam acerca do art. 489 visando afastar a parte referente à obrigação do relatório, todavia não fazem nenhuma ressalva sobre o §1º, o qual é de profunda relevância e visa assegurar o respeito à motivação e prover os sujeitos processuais, inclusive o juiz, com parâmetros para a produção do Direito e a concretização dos direitos processuais das partes.

Ademais, o art. 1.064 do Código de Processo Civil modificou o art. 48 da Lei nº 9.099/95, que tratava dos embargos de declaração, estabelecendo que o seu cabimento se dará nas condições previstas pelo CPC. Por sua vez, o art. 1.022, *caput*, p. ún., II, do CPC prevê como hipótese de cabimento de embargos a omissão sobre questão que deveria ter sido alvo do pronunciamento do juiz,

¹⁴TJ-PR - ED: 000860823201481600831 PR 0008608-23.2014.8.16.0083/1 (Acórdão), Relator: FERNANDA DE QUADROS JORGENSEN GERONASSO, Data de Julgamento: 25/10/2016, 1ª Turma Recursal, Data de Publicação: 27/10/2016

bem como que eles devem ser utilizados para a integração de decisões que se ajustem nas condutas listadas no art. 489, §1º.

Assim, não é admissível conclusão distinta da que a falta de fundamentação é inegavelmente uma omissão seja qual for o procedimento.

3.1 Decisão não fundamentada

A fundamentação, ainda que sucinta, é indispensável, mesmo quando se tratar de decisão discricionária¹⁵. É tão essencial que sua ausência configura culmina na nulidade da sentença, diferentemente da falta do dispositivo que acarreta a inexistência do julgado¹⁶.

A divisa entre uma decisão não fundamentada e uma devidamente motivada sempre foi questão controversa, principalmente pela ausência de critérios de orientação unanimemente fixados. O direito pátrio sempre tratou da necessidade de motivação, todavia, diante do extenso histórico da frouxa aplicação dessa determinação no âmbito judicial, o Código de Processo Civil atual houve por bem balizar melhor a questão da fundamentação.

Seria impossível fixar todas as hipóteses em que o ato decisório pecasse na demonstração das razões que delineiam o dispositivo, assim o § 1º, do art. 489, da Lei 13.105 de 2015 trouxe, como instrumento de orientação, rol exemplificativo¹⁷ para a constituição de uma espécie de “termômetro da motivação”.

3.1.1 Limitação à indicação, à reprodução ou à paráfrase de ato normativo

Não basta a indicação da norma jurídica aplicável ao caso, deve haver a análise da situação fática e suas peculiaridades e da relação de inferência entre elas que demonstre a coerência entre o Direito aplicado e a relação jurídica em questão. É dever consequente do contraditório substancial, pois se todos os sujeitos processuais devem atuar em cooperação para a formação da norma jurídica, devem saber porque as questões que foram trazidas ao conhecimento judicial não foram aproveitadas para reger o caso.

Assim sendo, a limitação a transcrição de um dispositivo legal, dizendo-se após que a pretensão em razão dele deve ser deferida por estar de acordo ou indeferida por estar em desacordo não torna a decisão devidamente fundamentada (art. 489, § 1º, do CPC).

3.1.2 Emprego de conceitos jurídicos indeterminados

A norma é formada pela situação fática e pela previsão de seus efeitos jurídicos. Há casos em que um ou os dois elementos não estão plenamente definidos pelo legislador. Nesse diapasão, da atividade de criação legislativa podem ser extraídas duas técnicas, que em geral são utilizadas em conjunto, a técnica da casuística e a técnica dos conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas gerais.

A técnica da casuística trata da maneira mais completa possível sobre todos os critérios da aplicação do fato jurídico. Na técnica dos conceitos jurídicos indeterminados e das cláusulas gerais a lei possui norma de conteúdo aberto, termos vagos e/ou efeito jurídico indeterminado, mas determinável, necessitando da atividade interpretativa para a descoberta de sua significação.

¹⁵Enunciado 10 da ENFAM: “A fundamentação sucinta não se confunde com a ausência de fundamentação e não acarreta a nulidade da decisão se forem enfrentadas todas as questões cuja resolução, em tese, influencie a decisão da causa”.

¹⁶ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 276. “Pode dizer-se, que há, grosso modo, três espécies de vícios intrínsecos das sentenças, que se reduzem a um só, em última análise: 1. ausência de fundamentação; 2. deficiência de fundamentação; e 3. ausência de correlação entre fundamentação e decisório. Todas são redutíveis à ausência de fundamentação e geram nulidade da sentença”.

¹⁷Enunciado 303 do Fórum Permanente de Processualistas Civis (FPPC). “(art. 489, §1º). As hipóteses descritas nos incisos do §1º do art. 499 são exemplificativas.”

Cláusulas gerais são elementos do qual se utiliza o legislador para prescrever a hipótese normativa e a consequência jurídica de modo indeterminado quanto ao seu significado. São exemplos o devido processo legal e a função social da propriedade. Comportam a intenção de flexibilização legal, ao abranger um grande número de casos e submetê-los a certa consequência jurídica.¹⁸

Nos conceitos jurídicos indeterminados a imprecisão está só na situação de fato que irá se amoldar a hipótese normativa, pois o consequente jurídico é bem delimitado. São exemplos: justa causa, boa-fé, má-fé, diligência normal, excessiva onerosidade, dentre outros.

Ao utilizar conceitos jurídicos indeterminados, o juiz tem por dever explicar o motivo concreto de sua incidência no caso (art. 489, § 1º, II, do CPC).

3.1.3 Utilização de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão

Não se considera fundamentada a decisão judicial que se utilizar de motivos que se prestariam a justificar qualquer outra decisão (art. 489, § 1º, III, do CPC). O dispositivo tencionou evitar a “decisão Bombril”, denominada de “decisão-padrão”, que é aquela que se presta a servir de manifestação para inúmeras espécies de pretensões. Esse tipo de decisão não permite verificar se realmente houve a cognição judicial, e, se houve, qual sua abrangência, não possibilita às partes saber quais argumentos e provas foram importantes para formar as razões da decisão e quais foram rechaçadas, bem como o motivo da rejeição.

3.1.4 Não enfrentamento de todos os argumentos

De acordo com o art. 489, §1º, IV, não se considera fundamentada a decisão que não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador. Assim lecionam Medina e Wambier:

O dever do Poder Judiciário, de examinar causa de pedir e fundamento de defesa é o mesmo. Por isso, não pode o juiz julgar procedente o pedido formulado pelo autor, sem examinar todas as razões expostas pela defesa que, se acolhidas, poderiam ensejar a rejeição do pedido. Correlatamente, deve o juiz examinar se os fundamentos que justificam o acolhimento do pedido encontram-se presentes, não podendo julgar improcedente o pedido sem antes examinar e rejeitar todas as razões que poderiam levar ao seu acolhimento.¹⁹

Poderia se pensar que o diploma processual civil atual obriga o julgador a exaurir todos os argumentos das partes, o que ensejaria discussões sobre o quanto seria afetada a razoável duração do processo. Tal pensamento não corresponde ao objetivo da norma. Muitas vezes a utilização de certo argumento pode ter fim unicamente protelatório, em razão disso o art. 489, §1º, IV, do CPC prevê como exigência mínima que o julgador em sua fundamentação se debruce sobre os argumentos capazes de infirmar a conclusão adotada pela decisão.

Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça em Embargos de Declaração em Mandado de Segurança se manifestou nesse íterim:

¹⁸ENGISCH, K. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 233. “O verdadeiro significado das cláusulas gerais reside no domínio da técnica legislativa. Graças à sua generalidade, elas tornam possível sujeitar um mais vasto grupo de situações, de modo ilacunar e com possibilidade de ajustamento, a uma consequência jurídica. O casuismo está sempre exposto ao risco de apenas fragmentar e provisoriamente dominar a matéria jurídica. Este risco é evitado pela utilização de cláusulas gerais”.

¹⁹GARCIA MEDINA, J. M. ARRUDA ALVIM WAMBIER, T. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. 3. ed. São Paulo: RT, v. II, 2012. p. 193.

“PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquinar tal decisum.

5. Embargos de declaração rejeitados.”²⁰

Braga, Didier Jr. e Oliveira²¹ se manifestam no sentido de que quando houver mais de um argumento e um deles bastar para acolher o pedido autoral o juiz não precisará analisar os outros, mas terá que analisar todos os fundamentos da defesa, bem como quando se julga improcedente a pretensão do postulante é preciso rebater todos os fundamentos do autor, mas não é necessário analisar todos os argumentos da defesa.

Tal inciso é fundamental ainda no que diz respeito ao recurso especial e extraordinário, porquanto a jurisprudência é uníssona na exigência da análise da afirmação de violação à lei federal ou à norma constitucional pelo acórdão recorrido como requisito de admissibilidade para tais recursos²². Daí decorre a frequente utilização dos embargos com fim de prequestionamento, para forçar o juízo a se manifestar sobre a norma a fim de que seja interposto posteriormente o recurso.

²⁰(STJ. 1ª Seção. EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016)

²¹ SARNO BRAGA, P. DIDIER JR., F. ALEXANDRIA DE OLIVEIRA, R. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. Salvador: Jus Podivm, 10ª ed, vol. 2, 2015. “Se a decisão não analisa todos os fundamentos da tese derrotada, seja ela a invocada pelo autor ou pelo réu, será inválida por falta de fundamentação. É o que diz o art. 489, § 1º, IV, do CPC. Essa decisão contraria a garantia do contraditório, vista sob a perspectiva substancial, e não observa a regra da motivação da decisão. Tendo em vista que é omissa, pode ser objeto de controle por meio de embargos de declaração (art. 1022, II, p. ún., II, CPC)”.

²² Súmula 282, STF. É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.

Súmula 356, STF. O ponto omissis da decisão, sobre o qual não foram opostos embargos declaratórios, não pode ser objeto de recurso extraordinário, por faltar o requisito do prequestionamento.

3.1.5 Invocação de precedente ou enunciado de súmula

Os precedentes judiciais têm vultosa relevância nos países de sistema *commom law*, onde impera o direito costumeiro.

O sistema jurídico *civil law*, que tem como principal fonte do Direito a lei positivada, sofreu grandes transformações. O fim do pós-positivismo teve como consequências a valorização da atividade criativa judicial e a aceitação da impossibilidade de se erigir a lei como única fonte de segurança e previsibilidade. Nos dias atuais a segurança jurídica advém em grande parte dos precedentes judiciais, sobretudo em razão da grande utilização de cláusulas gerais nos textos legais.

Marinoni²³ afirma que seria totalmente sem sentido a existência de tribunais superiores com a incumbência de interpretar a lei federal e à Constituição se os tribunais ordinários ignorassem tais interpretações.

A norma extraída da fundamentação, apesar de não ser tocada pela imutabilidade da coisa julgada, dará origem a norma jurídica geral do caso concreto, a qual se chama de precedente judicial. A eficácia obrigatória dos precedentes é restrita aos fundamentos determinantes, entendidos como a *ratio decidendi*, que é a norma jurídica que serve de fundamento a decisão. Essa deve ser diferenciada do *obiter dicta* que são considerações periféricas que não fazem parte do núcleo determinante do precedente.

Um exemplo é o acórdão que em uma ação de cobrança julga procedente a apelação em razão da incompetência absoluta do juízo de primeiro grau e em seu teor se posiciona acerca do adimplemento da dívida cobrada. Tal consideração não é fundamento determinante, logo não faz parte do precedente, posto que sua presença ou ausência na fundamentação não tem o condão de modificar a conclusão do julgado.

A jurisprudência, em sentido estrito, é o conjunto de decisões uniformes em determinada jurisdição acerca de certa questão jurídica. Súmulas, por sua vez, são enunciados normativos que compilam precedentes consolidados em reiteradas decisões.

De acordo com o art. 489, §1º, V, do CPC não se considera fundamentada a decisão que tão somente invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes e demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos. Assim, o juiz deve correlacionar as particularidades da situação jurídica e as bases de constituição do entendimento consagrado do qual está se utilizando.

O termo precedente no dispositivo supracitado, e o constante do art. 489, §1º, V, do CPC, é relativo aos enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional, às sumulas em geral do STF, do STJ ou do próprio tribunal; ao acórdão do STF ou STJ em recursos repetitivo; e ao entendimento firmado em incidente de resolução de demandas repetitivas ou de assunção de competência²⁴.

3.1.6 Rejeição de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte

Segundo o art. 489, §1º, VI, do CPC não se considera fundamentada a decisão que não seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

A distinção, *distinguishing*, é a comparação entre o caso e o precedente a fim de demonstrar que este não é aplicável em virtude de o caso possuir

²³ MARINONI, 2013, p. 135. "É completamente irracional o sistema que possui tribunais superiores para definir o sentido da lei federal e da Constituição e, ainda assim, convive com decisões discrepantes dos tribunais ordinários. Isto não apenas é irracional, como nega a coerência do direito, a segurança jurídica e a igualdade perante as decisões judiciais."

²⁴ Enunciado 11, Escola Nacional de Formação de Magistrados – ENFAM. Os precedentes a que se referem os incisos V e VI do § 1º do art. 489 do CPC/2015 são apenas os mencionados no art. 927 e no inciso IV do art. 932.

especificidades que diferenciam a situação analisada daquela que deu origem ao precedente. A superação, *overruling* ou *overriding*, consiste na revogação do precedente, afasta a utilização, bem como fixa a invalidade da norma geral do caso concreto erigida como paradigma. O *overruling* pode ter como motivação a simples necessidade de mudança, por desarmonia social ou sistêmica, ou o entendimento de que a norma é errada em momento atual, ainda que não estivesse quando de sua criação.

Tais métodos são imprescindíveis, pois, conforme dispõe o art. 926 do CPC, “Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente”. Desta maneira, o julgador ao afastar súmula, jurisprudência ou precedente deve justificar por que o fez, e não só motivar, mas motivar através da utilização da técnica da distinção ou demonstrando que houve a superação do precedente, súmula ou jurisprudência invocadas.

3.1.7 Colisão entre normas

De acordo com § 2º do art. 149, do CPC em caso de conflito entre normas o juiz deve “justificar o objeto e os critérios gerais da ponderação efetuada, enunciando as razões que autorizam a interferência na norma afastada e as premissas fáticas que fundamentam a conclusão”.

As normas são divididas em regras e princípios²⁵. Normas conflitantes não tem como coexistir, é necessário que só uma seja declarada válida. A colisão entre normas é resolvida através critérios consagrados. No critério cronológico a norma posterior será aplicada em detrimento da anterior. No critério hierárquico a norma de hierarquia superior será utilizada. No critério de especialidade a norma especial será privilegiada face a norma geral. Pode ser solucionado ainda por meio da inserção em uma das regras de uma cláusula de exceção que elimine o conflito.

Já a colisão deve ser resolvida por meio da técnica da ponderação, pois a natureza dos princípios impõe que eles se pautem pela máxima proporcionalidade. Conforme ensina Robert Alexy²⁶, princípios são mandamentos de otimização, assim podem ter aplicação gradual, pois o seu cumprimento deve ser feito no ponto máximo alcançável. Não se exclui um princípio para aplicar outro, mas um deles será privilegiado de acordo com cada caso concreto.

Em relação ao conflito entre princípios e normas fala-se na prevalência da regra, exceto quando o princípio em questão for constitucional, caso em que ele deve ser privilegiado, pois a sua violação representaria a transgressão da própria Constituição, nas palavras de Streck²⁷.

Seja no conflito de regras, de princípios ou de princípios e regras, resolvendo-se por ponderação, critérios de cronologia, especialidade, hierarquia ou por cláusula de exclusão, o juiz deve em sua fundamentação justificar o instrumento utilizado para sua solução, bem como o porquê de sua escolha.

²⁵ALEXEY, R. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. Ed. São Paulo: Malheiros, 4ª tiragem, 2015, p. 87. “Tanto regras quanto princípios são normas, porque ambos dizem o que deve ser. Ambos podem ser formulados por meio das expressões deonticas básicas do dever, da permissão e da proibição.”

²⁶*Id. Ibid.*, p. 90. “O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes.”

²⁷STRECK, L. L. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 216. “Desse modo, a violação de um princípio passa a ser mais grave que a transgressão de uma regra jurídica (no dizer de Bandeira de Mello), representando a violação de um princípio constitucional na ruptura da própria Constituição, tendo essa inconstitucionalidade consequências muito mais graves do que a violação de um simples dispositivo, mesmo constitucional (na acepção de Souto Maior Borges)”.

3.2 Decisões nos Juizados Especiais

O procedimento nos Juizados Especiais tem particularidades em todas as suas fases, as quais afetam a cognição judicial e por consequência tem reflexos na fundamentação das decisões.

A Lei dos Juizados Especiais só prevê o pedido genérico quando não for possível desde logo determinar o valor do pedido; para cumulação é necessária a conexidade subjetiva e a conexidade objetiva, identidade dos pedidos e causa de pedir; a soma dos pedidos não pode ser maior que o teto dos juizados, 40 salários mínimos, e todos devem ser admissíveis no procedimento escolhido; não são cabíveis as intervenções de terceiros e a reconvenção (arts. 10 e 31), somente o pedido contraposto (art. 31), desde que fundado nos fatos que formam o objeto da lide; a interpretação do pedido deve ser mais flexível quando a parte não tiver assistência do patrono, considerando-se os pedidos implícitos, aqueles que não estão expressos, mas por razões lógicas consideram-se contidos na petição inicial.

Quanto à tutela provisória, apesar de não estar prevista na Lei nº 9.099/95, se compatibiliza perfeitamente com o procedimento especial nela contido. A controvérsia reside na sua recorribilidade. Existem três posições acerca, uma sustenta que não é possível impugnar as decisões interlocutórias, a não ser por meio de recurso inominado, outra admite a imediata impugnação, mas apenas através de mandado de segurança, e, por fim, há entendimentos no sentido de que são imediatamente recorríveis por meio de agravo de instrumento. A segunda posição tem adoção majoritária.

Quanto à sentença nos Juizados Especiais, assim como as do procedimento comum, deve conter os fundamentos e o dispositivo, mas não há a obrigatoriedade do relatório. O art. 38 da supracitada lei dispensa o relatório e dispõe que a sentença deve conter os elementos de convicção do Juiz e o resumo dos fatos relevantes ocorridos em audiência.

Questão polêmica é o uso da fundamentação “*per relationem*” ou referencial, a qual se dá quando o juiz em lugar de elaborar uma fundamentação própria se serve da argumentação de outro ato do processo, como o parecer ministerial por exemplo, para constituir as razões de sua decisão. O referido uso é chancelado pelos Tribunais Superiores e parte da doutrina. A sua diferença da motivação *aliunde* é que esta se utiliza unicamente de argumentos externos ao processo, como os constantes de precedentes por exemplo.

Um grande exemplo de motivação “*per relationem*” é o da parte final do art. 46, da Lei 9.099/95 que diz que “*Se a sentença for confirmada pelos próprios fundamentos, a súmula do julgamento servirá de acórdão*”.

Afronta a garantia constitucional de motivação que um acórdão que se propõe a rever certa sentença se limite a tão somente confirmá-la realizando a transcrição de seus termos sem explicar razoavelmente as razões da manutenção da decisão recorrida. Portanto, a interpretação no sentido de ser suficiente a simples menção da motivação de outro indivíduo participante no processo padece do vício de inconstitucionalidade, uma vez que a fundamentação referencial deve ainda legitimar as razões da peça da qual está se utilizando, o que não se traduz em somente transcrever os trechos que dela interessam, mas também expor fundamentação própria. O atual Código de Processo Civil harmoniza-se de maneira clara quanto a essa obrigação quando no art. 1021, diz que “*É vedado ao relator limitar-se à reprodução dos fundamentos da decisão agravada para julgar improcedente o agravo interno*”.

CONCLUSÃO

A ênfase dada ao dever de motivação das decisões judiciais pelo Código de Processo Civil de 2015 demonstra a transformação do Estado e a necessidade crescente de que ele se torne legítimo aos olhos dos cidadãos. Não são mais toleradas decisões que sejam fruto da inconstância, de ímpetos, opiniões efêmeras e achismos de quem detém o poder jurisdicional.

O julgador está em posição privilegiada em relação a sociedade geral, e se nesse lugar se encontra sua incumbência é fazer jus a relevância de sua atividade, bem como demonstrar que suas deliberações decorrem da utilização adequada das prerrogativas concedidas pela população.

Uma flexibilização não razoável da fundamentação pode culminar em limitação considerável ao contraditório e à ampla defesa. Quando o art. 93, IX da Constituição Federal estabeleceu a obrigatoriedade das decisões do Poder Judiciário, sob pena de sua nulidade visou assegurar não só o conhecimento amplo do porquê do indeferimento do pedido, mas também a integridade de vários outros direitos por ela afetados.

Na esteira da consubstanciação desse dever o Código de Processo Civil de 2015 trouxe um relevante instrumento para tal tarefa, que a despeito da sua atual positivação sempre foi corolário da sistemática das garantias processuais. Assim, o § 1º, do art. 489, da Lei 13.105/15 é farol para a atividade julgadora, trazendo hipóteses que visam ser parâmetro para juízes na realização do seu ofício, instrumentos para controle de legitimidade pela sociedade e ferramentas para a conquista do devido processo legal de forma efetiva.

Tal como o juiz que atua no procedimento comum, o julgador que exerce seu mister sob a égide do procedimento dos Juizados Especiais não é obrigado a se manifestar sobre argumentos irrelevantes para o deslinde da causa, mas em relação às questões essenciais deve ficar clara a razão do acolhimento ou rejeição dos argumentos.

A exposição dos motivos da decisão constitui condição vital para o usufruto amplo do contraditório substancial, ainda mais no sistema estabelecido pela lei dos Juizados Especiais que em virtude de prever somente o recurso nominado e os embargos de declaração tem como consequência uma grande limitação aos mecanismos de revisão e controle dos atos judiciais.

Os princípios característicos dos da Lei nº 9.099/95 não podem servir como esteio para a transgressão de garantias processuais, o que é muito menos justificável quando o que está em pauta é um direito que tem guarita constitucional.

A oralidade, simplicidade e celeridade não são escusas para que não haja a justificação adequada de decisões judiciais. Pelo contrário, reforcem os motivos de uma fundamentação acurada.

Uma vez que menos complexo o procedimento em razão de fatores como a concentração de atos, impossibilidade de intervenção de terceiros, de reconvenção, da dispensa do relatório, restrição ao pedido genérico e a cumulação de pedidos, mais fácil é a tarefa de fundamentar adequadamente, o que não se confunde de maneira alguma com a fundamentação extensa ou excessivamente técnica.

Se a fonte de legitimação do Poder Legislativo é o voto, a do Poder Judiciário é a motivação. O magistrado é uma extensão do Estado-juiz. Assim sendo, decidir é um ato de manifestação do poder estatal, e como tal deve ser justificado tendo em vista o Estado Democrático de Direito.

REFERÊNCIAS

ALEXEY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 4ª tiragem, 2015.

_____. *Teoria da argumentação jurídica*. São Paulo: Landy, 2001.

BRAGA, Paula Sarno, DIDIER JR., Fredie, OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, ações probatórias, decisão, precedente, coisa julgada e antecipação dos efeitos da tutela*. 10. ed. Salvador: Jus Podivm, vol. II, 2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>.

- _____. Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Institui o Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 jan. 1973. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5869.htm>.
- _____. Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995. Dispõe sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais e dá outras providências. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>.
- _____. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. Diário Oficial da União, Brasília, 17 mar. 2015. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm>.
- _____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Embargos de Declaração no MS 21.315/DF*, Relatora Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª região), Primeira Seção, Julgado em 08/06/2016, Diário da Justiça do dia 15/06/2016. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/118116818/stj-15-06-2016-pg-4069>>.
- _____. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARANÁ. *Embargos de Declaração 000860823201481600831*, 0008608-23.2014.8.16.0083/1 (Acórdão), Relatora Fernanda de Quadros Jorgensen Geronasso, Primeira Turma Recursal, Julgado em 25/10/2016, Diário da Justiça do dia 27/10/2016. Disponível em: <<http://tj-pr.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/400022543/processo-civel-e-do-trabalho-recursos-embargos-embargos-de-declaracao-ed-860823201481600831-pr-0008608-2320148160083-1-acordao>>.
- BUENO, Cassio Scarpinella. *Curso sistematizado de direito processual civil: procedimento comum: ordinário e sumário*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, vol. II, tomo I, 2013.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2.ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CHIMENTI, Ricardo Cunha. *Teoria e prática dos juizados especiais cíveis estaduais e federais*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- DANTAS, Bruno, DIDIER JR, Fredie, TALAMINI, Eduardo, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Breves comentários ao novo Código de Processo Civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.
- DIDIER JR, Fredie. *Curso de Direito Processual Civil: Introdução ao Direito Processual Civil e Processo de Conhecimento*. 16. ed. Juspodivm, 2014.
- _____. *Curso de Direito Processual Civil: Teoria Geral do processo e processo de conhecimento*. 11. ed. Salvador: Juspodivm, vol. I, 2009.
- ENGISCH, Karl. *Introdução ao pensamento jurídico*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.
- Enunciados da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM. Disponível em: <<http://www.enfam.jus.br/wp-content/uploads/2015/09/ENUNCIADOS-VERS%C3%83O-DEFINITIVA-.pdf>>.
- Enunciados do Fórum Nacional de Juizados Especiais- FONAJE. Disponível em: <<http://www.amb.com.br/fonaje/?p=32>>.
- Enunciados do Fórum Permanente de Processualistas Cíveis. Disponível em: <<http://portalprocessual.com/wp-content/uploads/2015/06/Carta-de-Vit%C3%B3ria.pdf>>. Acesso em: 14 out. 2016.

- MARINONI, Luiz Guilherme. *Teoria Geral do Processo*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, vol. I, 2013.
- MEDINA, José Miguel Garcia, WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Recursos e ações autônomas de impugnação*. Processo Civil Moderno. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. II, 2012.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Editora Malheiros, 2005.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. *O que deve e o que não deve figurar na sentença*. Revista da EMERJ, v.II, n.8, 1999.
- NEVES, Daniel Amorim Assumpção. *Manual de direito processual civil*. 8. ed. Salvador: JusPodivm, volume único, 2016.
- Ordenações Filipinas. Disponível em: <http://www1.ci.uc.pt/ihti/proj/filipinas/ordenacoes.htm>. Acesso em: 14 de nov.de 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de Direito Processual Civil – Teoria geral do direito processual civil e processo de conhecimento*. 55. ed. Rio de Janeiro: Forense, vol. I, 2014.
- _____. Notas sobre a sentença, coisa julgada e interpretação. *Revista de Processo* nº 167, São Paulo, ano 34, janeiro de 2009.
- ROCHA, Felipe Borring. *Manual dos juizados especiais cíveis estaduais: teoria e prática*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 8ª ed, 2016.
- SOUZA, Bernardo Pimentel. *Introdução aos recursos cíveis e à ação rescisória*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- STRECK, Lenio Luiz. *Hermenêutica jurídica em crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- WAMBIER, Teresa Arruda Alvim. *Embargos de declaração e omissão do juiz*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.
- WATANABE, Kazuo. *Cognição no Processo Civil*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

A evolução da responsabilidade civil no direito constitucional contemporâneo: do dano moral *in nature* ao dano moral *in re ipsa*

The evolution of civil responsibility in contemporary constitutional law: from the moral damage in nature to moral damage in re ipsa.

Mariana Cristina Garatini¹

Ana Luiza Figueira Porto²

Universidade Estadual Paulista- Unesp

Sumário: Introdução; 1. Da constitucionalização do Direito Privado; 2. Evolução da responsabilidade civil; 3. Teoria do Dano; 4. Dano moral e responsabilidade civil; 4.1 Dano moral *in nature*; 4.2 Dano moral *in re ipsa*; 5. STJ e o dano moral presumido; 5.1 Cadastro de Inadimplentes; 5.2 Protesto Indevido; 5.3 Atraso de voo; 5.4 Diploma sem reconhecimento; Conclusão.

Resumo: O dano moral é uma modalidade de indenização que ampara o sujeito nas lesões cometidas contra direitos imateriais, inseridos no âmbito de sua personalidade, anteriormente desprovidos de tutela jurisdicional, a qual se aplicava apenas infrações contra bens materiais. Em contrapartida, na atualidade esses direitos subjetivos se destinam a preservação dos aspectos mais significativos do que diferencia o homem dos demais seres vivos, a dignidade da pessoa humana. Nos primórdios da proteção dos direitos fundamentais no âmbito civil, era exigido que o indivíduo lesado comprovasse seus três requisitos indispensáveis, dolo, culpa e nexo de causalidade, o que acabava por vezes expondo-o a nova situação humilhante, degradante, logo, nova modalidade se viu imprescindível a de abandonar a prova do dano, adotando-se nova versão do instituto em comento, a qual se denomina dano moral *in re ipsa* e que a cada dia ganha maior espaço no cenário jurídico.

Palavras-chave: dano moral; dano moral presumido; responsabilidade civil; dolo; culpa; nexo de causalidade.

Abstract: Moral damage is a kind of indemnity that protects immaterial rights against injuries committed, those rights are inserted within personalities scope, previously deprived of judicial protection, once these rights were used just to protect material goods.

On the other hand, currently these subjective rights are destined to preserve the most important aspects that makes men unique, the human dignity.

With the start of fundamental rights protection in civil order, the injured was required to prove its three indispensable requirements, negligence, malice and causality connection, This obligation, sometimes ended up exposing men to a new

¹ Mestranda em direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp), campus de Franca. Especialista em Direito Tributário pelo Instituto Brasileiro de Estudos Tributários (IBET). Advogada atuante na área civil.

² Mestranda em direito pela Universidade Estadual Paulista “Júlio de Mesquita Filho” (Unesp), campus de Franca. Advogada atuante na área civil.

humiliating and degrading situation. Then, a new modality was necessary to abandon damages prove, which is called moral damage *in re ipsa* and that day by day gains a more relevant space in the legal conjuncture.

Keywords: moral damage; presumed moral damage; civil responsibility; negligence; malice; causality connection.

INTRODUÇÃO

O direito é instrumento a serviço da sociedade, se adapta as necessárias manifestações que se lhe impõem.

Embasado na premissa acima, todo o olhar voltado a responsabilização das condutas contra o homem na seara das relações de direito privado vem sofrendo grande alteração e evolução.

Primeiramente, as constituições liberais se restringiam a organização do Estado e o Direito Privado a tutela do patrimônio. Com o advento das constituições sociais foram inseridos no texto da Carta Maior os direitos imprescindíveis a convivência e manutenção do homem no âmbito de uma sociedade, os direitos tidos por fundamentais, que se destinam a proteção de um gama de direitos oriundos da dignidade da pessoa humana.

Em adição, o direito constitucional passou a fundamentar, embasar todos os demais ramos de direito, infiltrando-se em todos eles. Em decorrência, ocorreu o que se denomina constitucionalização do direito civil, em que a expansão da proteção dos direitos da personalidade acabou por ser aplicada aos assuntos cotidianos, sendo invocada na tutela do patrimônio e do direito privado.

Essa tutela dos direitos fundamentais nas relações privadas solidificou-se de forma a ser adotada a necessidade de se reparar as infrações cometidas contra o homem e o que lhe é inerente, resultando no instituto da responsabilidade civil.

Portanto, essa nova concepção do campo reparatório do direito civil, amparada na proteção da dignidade da pessoa humana, transformou a ausência de proteção dos direitos da personalidade em um sistema de inclusão de direitos fundamentais no âmbito privado.

Tal fato resultou na despatrimonialização do direito privado e na possibilidade de recomposição, reparação de danos cometidos contra direitos mais importantes do homem, e que tornam cada indivíduo em um ser singular frente os demais da sociedade e que ao mesmo acaba por garantir a isonomia.

Com a evolução da responsabilidade civil, o dano moral, entendido como as lesões sofridas pelo sujeito físico ou jurídico ante a afetação de seu patrimônio de valores exclusivamente ideais, ganha gradativa importância, sendo até mesmo aceita sua presumibilidade em determinadas situações atuais.

Explica-se, o dano moral presumido, em sua expressão latina *in re ipsa*, é a simplificação da prova do dano, pois configura-se de forma mais sucinta, ou seja, pela comprovação da ligação entre o nexo causal e o dano, desvinculando-se da necessidade de haver prova da culpa do agente, elemento que passa a ser irrelevante.

Assim, o dano moral, corriqueiro nas demandas judiciais, não se manteve estagnado, mas aumentou seu campo de incidência com a finalidade de preservar direitos fundamentais em situações determinadas, nas quais o indivíduo por conduta de outrem se vê privado ou potencialmente privado de direitos essenciais a sua subsistência e convivência em sociedade. A importância do tema atingiu tamanha repercussão que o Superior Tribunal de Justiça (STJ) adotou entendimento pacificado a respeito de situações em que se presume o dano.

É essa evolução e pacificação do entendimento do órgão superior de justiça que serão expostos neste trabalho, já que a determinação de situações em que o dano se presume gera maior segurança jurídica a convivência social, pois o sujeito privado de direitos pela ocorrência das hipóteses determinadas terá maior

possibilidade de êxito em eventual demanda judicial, ao se eximir da árdua tarefa de provar lesão de caráter imaterial.

Para a consecução do objetivo delineado será utilizado o método

1. Da constitucionalização do Direito Privado

Remontando a época do liberalismo, século XIX, não havia congruência entre o direito constitucional e o privado, ou seja, estes direitos percorriam caminhos distintos, o que se comprova pelo papel desempenhado por cada diploma. Sendo que o primeiro tratava da organização política dos estados e o segundo tutelava o patrimônio e as relações privadas dos indivíduos.

As constituições liberais abarcavam, de forma geral, apenas matérias referentes a organização, estrutura e competência do Estados e de seus órgãos, enquanto que os códigos de direitos privados, funcionavam como verdadeiras constituições privadas, regulando as relações privadas, tutelando a autonomia privada, a fim de resguardá-la das intervenções estatais.

Com o passar do tempo e evolução da sociedade, a total autonomia da vontade tal como praticada no sistema Liberal, colocando o cidadão em situação de gritante prejuízo e disparidade, sem ter os devidos meios legais para se defender dos grandes contratos de massa acabou por criar novas necessidades sociais, o que fez com que se fizesse necessária a intervenção estatal nas relações privadas, com o intuito de trazer, ao menos, equilíbrio contratual, bem como a proteção dos hipossuficientes, isonomia entre as partes. Assim, teve início o fenômeno da constitucionalização do direito civil, claramente elucidado por FACHIN NETO:

Da constitucionalização do direito civil decorre a migração, para o âmbito privado, de valores constitucionais, dentre os quais, como verdadeiro *primus inter pares*, o princípio da dignidade da pessoa humana. Disso deriva, necessariamente, a chamada *repersonalização* do direito civil, ou visto de outro modo, a despatrimonialização do direito civil. Ou seja, recoloca-se no centro do direito civil o ser humano e suas emanções. O patrimônio deixa de estar no centro das preocupações privatistas [...] sendo substituído pela consideração com a pessoa humana.³

Ou seja, direito constitucional e direito privado, que antes não se comunicavam, passam a ter uma relação de complementaridade e interdependência.

Assim, a constitucionalização do direito civil resta marcada pela transposição da ética individualista, para uma ética social, dando-se atenção às diferenças sociais e econômicas dos contratantes, já que não somente o Estado, mas sim a sociedade como um todo é responsável pela consecução do interesse comum.

Portanto, verificou-se que os institutos que antes eram totalmente fragmentados, passaram a ser interligados, trazendo enormes avanços para o estudo do Direito e benefícios para a sociedade, que passa a proteção da pessoa humana em todos os aspectos, tendo em vista que a constitucionalização do direito civil permite que quando da análise da tutela do direito privado e do patrimônio, seja também observado os direitos fundamentais previstos na Carta Magna.

No Brasil, referida constitucionalização se concretizou a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, quando então o direito constitucional inseriu em seu texto a tutela dos direitos fundamentais do homem e do cidadão, e consequentemente, tais direitos passaram a produzir reflexos em todos os ramos do Direito, inclusive no direito civil, logo, este deixou de tutelar só o patrimônio e os direitos individuais, abarcando também a proteger os direitos inerentes a pessoa humana.

³ FACHINI NETTO, E. "Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). 3 ed. *Livraria do Advogado Editora*, 2010. p. 53.

Com a crescente necessidade da proteção do homem, como indivíduo social, solidificou-se a necessidade de se reparar as infrações cometidas contra este, responsabilizando o infrator por seus atos e pelos danos decorrentes, seja com a finalidade de recomposição da situação primitiva, ou para indenização, ou ainda repressão intimidatória para condutas reiteradas. No campo civil este instituto recebeu o nome de responsabilidade civil.

2. Evolução da responsabilidade civil

Basicamente, a responsabilidade civil surge quando há o descumprimento de uma obrigação ou de um dever, ou seja, de um ato contrário ao direito. Está ligada às ações praticadas pelo indivíduo das quais se exige a reparação, voltando assim ao *status quo*, ou então satisfazendo o dano injustamente gerado.

Ao longo da evolução do campo do direito civil, no que tange a responsabilidade civil, passou-se de um sistema jurídico em que não havia qualquer proteção a dignidade da pessoa humana e consequentemente responsabilização em face de violações contra a mesma, para um sistema de inclusão de direitos fundamentais no âmbito civil, assistindo-se assim a despatrimonialização do direito privado e o surgimento do instituto em questão.

Em decorrência do desenvolver da sociedade e das novas necessidades impostas, como exemplo a tutela do consumidor, entendido como elo mais fraco da relação de consumo, ganha atenção a relação privada em seu todo, já que passa a haver a apuração da responsabilidade das partes contratantes em todas as fases do negócio jurídico, a saber, responsabilidade pré-contratual, responsabilidade contratual e responsabilidade pós-contratual, ou seja, antes, durante e depois da relação jurídica firmada.

Hodiernamente, podemos chamar de clímax da responsabilidade civil a imputação de sanção, (utilizada em sentido amplo) independente da prova da culpa, tão logo ocorra determinada ação reprovável, modalidade a que se atribui o nome de dano presumido ou dano *in re ipsa*.

Ainda, de forma futurista, BRAMBILLA e PALLONE apontam para a necessidade de uma desvinculação total do elemento da culpa a noção de responsabilidade civil, a qual passaria a ter por elemento indispensável o dever de agir segundo a boa-fé e em consonância com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois mesmos nas hipóteses de responsabilidade objetiva, o elemento é a culpa se faz presumido:

A culpa seria removida dos elementos de responsabilidade, dando lugar à pressuposição de responsabilidade propriamente dita (e não mais da culpa), derivada de um dever de agir conforme a boa vontade[...]⁴

No entanto, apesar de louvável a vertente acima, pautada na conduta do homem médio, essa deve ser apreciada com cautela, já que a desvinculação total da culpa dos elementos da responsabilidade civil pode acabar por despersonalizar referido instituto e assim, banalizar sua aplicação, que ficaria sujeita a ocorrência de qualquer situação que aparentemente destoasse da conduta esperada, sem serem observadas as peculiaridades do caso posto *sob judice*.

A aplicação desmedida do posicionamento acima levaria a uma enorme monta de condenações provenientes de meras condutas comuns ao cotidiano em sociedade, tentativa esta que pode ser percebida na atual condução dos processos judiciais, principalmente na esfera cível, em que um grande volume traz a alegação da ocorrência de danos morais, em situações muitas vezes desmedidas, em

⁴ BRAMBILLA, P. A. de S. e PALLONE, J. "A responsabilidade civil hodierna e a necessidade de Estruturação de uma responsabilidade pressuposta como Critério fundante à tutela da dignidade e personalidade Humanas". *CONPEDI*, 2016.p. 18.

tentativa infundada de enriquecimento e não recomposição ou reparação, como objetiva o instituto em questão.

A conclusão que se impõem é que a responsabilidade civil é fruto dos direitos fundamentais consagrados na Constituição de 1988, decorrentes da incorporação do princípio da dignidade da pessoa humana ao seu texto, em seu artigo 1º, inciso III.

Logo, todo ato praticado contra os direitos essenciais ao homem, contra sua dignidade, são passíveis de indenização e/ou implicação dos mais variados tipos de sanções previstas no ordenamento jurídico pátrio.

Esclarece-se que tal evolução só foi possível no evento acima descrito, uma vez que a Constituição anterior, instituída em 1967, não teve esse condão por não ter legitimidade democrática, pois criada dentro de um regime de exceção, sendo o principal objetivo de referido diploma dar sustentáculo as ações dos militares detentores do poder.⁵

Portanto, a promulgação da Constituição de 1988 e a inserção dos direitos fundamentais em seu texto, criou um novo modo de interpretação dos demais diplomas jurídicos, dado que a leitura desses passou a ser feita a luz do Texto Maior, reconhecendo-se a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas (eficácia horizontal dos direitos fundamentais), ou de outro modo, o reconhecimento de que os direitos fundamentais são constantemente violados ou ao menos ameaçados no âmbito das relações privadas⁶.

Sobre o tema acima disposto, SERGIO CAVALIERI elenca algumas situações que refletem a grande revolução pertinente ao tema da responsabilidade civil proveniente da Constituição Cidadã, ao estender a responsabilidade objetiva aos prestadores de serviços públicos, possibilitando assim o alcance de uma grande gama das relações de consumo. E, considerando como o Código Consumerista, o qual atribuiu responsabilidade objetiva a todos os fornecedores de serviços e produtos (2003, p.71).

Sob esta ótica, não foi o Código Civil de 2002 o responsável por legislar a responsabilidade civil, posto que esta veio se solidificando, se formatando ao longo do Código de 1916, código este eminentemente subjetivista, cuja responsabilização ficava adstrita a comprovação da culpa, não havendo espaço para outra forma de responsabilidade e, em decorrência do progresso social, econômico, tecnológico tal sistema subjetivista não mais se sustentava, sendo necessário admitir e, portanto, criar e legislar outras hipóteses de responsabilidade civil que não fundadas na culpa. Assim, ao Novo Código Civil coube o papel de expressar a evolução mencionada, passando a ser caracterizado como objetivista.⁷

Se faz pertinente neste ponto fazer uma ressalva. Dizer que o CC/2002 é objetivista não quer dizer que não há previsão da responsabilidade subjetiva. A previsão do art. 927 se aplica tanto a responsabilidade objetiva como para a subjetiva, visto que para esta última, negligência e imperícia são os elementos subjetivos do ato ilícito *stricto sensu*, que resta configurada apenas quando há a conjugação da conduta culposa, nexos causal e dano, vinculada a um juízo de valor.

E, da análise do art. 186 do Código Civil, conjuntamente com a dicção do Código de Defesa do Consumidor, ficam evidentes os elementos essenciais da responsabilidade civil: ação ou omissão, relação de causalidade e o dano experimentado pela vítima.

Ainda, há que se deixar expresso que o princípio da *restitutio in integrum* é o responsável por reger a responsabilização civil nos tempos atuais, sob a égide

⁵ SARLET, I. W. "Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais". Vol 36/2000. *Revista dos Tribunais*. Out-dez 2000. p. 14."

⁶ Ibidem, p.21.

⁷ CAVALIERI FILHO, S. "Responsabilidade Civil no Novo Código Civil". *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 48/2003. p. 69 – 84. Out - Dez / 2003. Disponível em <http://www.revistadotribunais.com.br>. Acesso em 29 dez 2016.p. 72.

que a reparação do dano deve ser feita de forma completa, reposicionando a vítima *status quo ante*.

Embasado nas considerações acima, a responsabilidade civil subjetiva impescinde de três requisitos, quais sejam, dano, culpa do agente e nexo de causalidade entre a culpa e o dano, ressalta-se que a configuração da responsabilidade subjetiva resta comprovada ante a ocorrência de conduta culposa frente o dano causado; enquanto que a responsabilidade objetiva requer a ocorrência do dano e do nexo causal, não importando a forma como se deu a conduta do agente, portanto, culpa presumida.

3. Teoria do Dano

Tal como descrito acima, a responsabilidade civil, qualquer que seja sua modalidade, está intimamente ligada a ocorrência do dano, entendido este como a lesão ao bem protegido pelo ordenamento jurídico, prejuízo de ordem patrimonial ou moral, objetivando a reparação do mesmo.

O dano é, sem dúvida, o grande vilão da responsabilidade civil. Não haveria que se falar em indenização, nem em ressarcimento, se não houvesse o dano. Pode haver responsabilidade sem culpa, mas não pode haver responsabilidade sem dano. Na responsabilidade objetiva, qualquer que seja a modalidade do risco que lhe sirva de fundamento – risco profissional, risco proveito, risco criado etc. – o dano constitui o seu elemento preponderante. Tanto é assim que, sem dano, não haverá o que reparar, ainda que a conduta tenha sido culposa ou até dolosa.⁸

Exemplifica-se, um concorrente dolosamente planeja incendiar o estoque de mercadorias de comerciante rival, com a finalidade única de se sobrepôr no mercado, porém, apesar de todo o planejamento para a prática de tal ato, o objeto incendiário não ascende e assim, o concorrente não consegue concluir sua conduta e causar o dano almejado. Percebe-se que nesse contexto, olhando apenas para a ação acima descrita, temos a configuração da conduta dolosa (causar incêndio e acabar com a concorrência rival), no entanto, ante a não ocorrência do incêndio, não há a configuração do dano, logo não resta configurada a responsabilidade civil.

Para que reste configurado o dano deve haver a violação de um interesse jurídico, a ocorrência de prejuízo material ou imaterial, que deve ser certa, pois não se admite o dano hipotético ou incerto e a sua subsistência, pois descartado o dano já indenizado ou reparado. Acrescenta-se o caráter sancionador destinando a punir e compensar, logo o quantum indenizatório se mede pela extensão do dano (art. 944, caput, CC).

Quanto à natureza do interesse jurídico violado esta pode ser patrimonial ou extrapatrimonial. O dano patrimonial (art. 402 do CC), sucintamente, é lesão a um interesse econômico, interesse pecuniário, que abrange o decréscimo patrimonial e até mesmo o que a vítima deixou de auferir razoavelmente (certamente) em decorrência do evento danoso.

Já a outra modalidade, o ilícito extrapatrimonial, abarca a lesão ao direito da personalidade humana, atingindo direitos fundamentais, tais como liberdade, igualdade, solidariedade, ou seja, todas as ações que de uma forma ou outra maculam a dignidade da vítima, conforme previsão do art. 5º, V e X, CF.

Por fim, o dano moral tem caráter personalíssimo, pois inerente aos direitos imateriais da pessoa, abrangendo também a pessoa jurídica, quando, por exemplo, violado seu nome no mercado e, também pode ser imputado a interesses coletivos, o que se elucida pela ocorrência de lesão a valores de ordem cultural de uma determinada comunidade.

⁸ CAVALIERI FILHO, S. “Programa de responsabilidade civil”, 9ª ed. *Atlas*, 2010. p.70.

Como o objetivo do presente estudo se voltar a análise da evolução da responsabilidade civil representada pela aplicação do dano moral presumido, aprofunda-se a pesquisa neste aspecto.

4. Dano moral e responsabilidade civil

O dano moral é a modalidade de interesse jurídico extrapatrimonial que maior repercussão teve com a evolução da responsabilidade civil, pois acompanhou seus avanços, ganhando maior incidência juntamente com esses, ao se fazer presente em grande parte dos processos judiciais que envolvam interesses cíveis, tendo exigido a reestruturação do sistema, até se chegar ao presente momento, quando seu ápice resta configurado no dano moral *in re ipsa*, ou seja, o dano presumido.

Tão corriqueira a incidência do dano moral como forma de responsabilização pela conduta danosa, que por vezes se acaba equivalendo seus conceitos, no entanto, a responsabilidade civil é mais abrangente por compreender todas as modalidades de danos, envolvidas nas condutas culposas e dolosas, enquanto que o dano moral se presta a consecução do objetivo dessa, a reparação do prejuízo, quando a natureza do ilícito é de caráter extrapatrimonial.

Caracteriza-se o dano moral na ocorrência de lesões sofridas pelo sujeito físico ou jurídico, ante a afetação de seu patrimônio de valores exclusivamente ideais, vale dizer, não econômicos. É, pois, em síntese, o sofrimento experimentado por alguém, no corpo ou no espírito, ocasionado por outrem, direta ou indiretamente derivado de ato ilícito.

Contemplando o direito à reparação do dano moral, a Constituição Federal de 1988, no seu art. 5º, incisos V e X e no Código Civil/2002 que o inseriu no ordenamento cível, contemplando-o nos arts. 186, 927 e 942, garantem o ressarcimento pelos abalos causados à esfera moral de qualquer pessoa e a obrigatoriedade de sua reparação está também consagrada no Texto Maior, precisamente em seu art. 5º, que expressa que a todo cidadão é "assegurado o direito de resposta, proporcionalmente ao agravo, além de indenização por dano material, moral ou à imagem" (inc. V) e também pelo seu inc. X, que prevê que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação."

Essa reparação, ainda terá como elemento fixador da quantia devida, o fator capaz de desencorajar o ofensor ao cometimento de novos atentados contra o patrimônio moral das pessoas, sustenta-se que a reparação pecuniária apesar de não poder desfazer a lesão em si, já que a recomposição destes por natureza é insuscetível, é apta a proporcionar ao lesado, ao menos, a possibilidade de, através de prazer material, conseguir amenizar a dor, o sofrimento causado.

O dano moral por ser tão corriqueiro nas demandas judiciais, não se manteve estagnado, mas passou e ainda passará por mais modificações, que provavelmente, abarcarão as extensões de sua aplicação.

Em suas raízes, o dano moral está ligado a comprovação de culpa, da ação intencional. Hodiernamente, o dano moral é até mesmo aplicado presumidamente, com abordagem pautada no dogma da dignidade da pessoa humana, dessa forma a prova se restringe ao liame do nexo causal ao ato ilícito, sendo que o Superior Tribunal de Justiça já vem consolidando entendimento sobre determinadas situações, que de forma direta se aplica a indenização moral.

4.1 Dano moral *in nature*

Denomina-se neste trabalho dano moral *in nature*, a forma primordial deste instituto, ou seja, a primeira modalidade aceita no universo jurídico, referindo-se a necessidade da configuração dos três elementos caracterizadores da responsabilidade civil: o dano, nexo de causalidade e a culpa do agente.

No direito pátrio, anteriormente a Constituição Social, não havia previsão legal quanto à responsabilidade civil oriunda de dano de ordem moral, logo, ante

referida ausência, o entendimento predominante, seguia a linha de não se estar diante de direito legalmente reconhecido, o que foi definitivamente afastado ante a promulgação do diploma citado.

Tal previsão de reparação, conforme aludido, resta prevista na Constituição Federal, contudo o rol apresentado nesse diploma não é taxativo, mas meramente ilustrativo, pois a previsão é no sentido de que todo ilícito que afete a pessoa em seus atributos personalíssimos, que o individualizam frente os demais da sociedade, são passíveis de indenização, ressalta-se que para haver a plena reparabilidade abrange-se toda e qualquer espécie de dano ocorrido.

Sequencialmente, o dano moral em sua forma inicial tem por escopo a imprescindibilidade da comprovação do evento danoso na esfera dos direitos personalíssimos, atingindo sua dignidade, causando-lhe sofrimento, dor, ou ainda expondo o sujeito a situação humilhante e vexatória:

Na linha de princípio, só deve ser reputado como dano moral a dor, vexame, sofrimento ou humilhação que, fugindo da normalidade, interfira intensamente no comportamento psicológico do indivíduo, causando-lhe aflição, angústia e desequilíbrio em seu bem-estar. Mero dissabor, aborrecimento, mágoa, irritação ou sensibilidade exacerbada estão fora da órbita do dano moral, porquanto, além de fazerem parte da normalidade do nosso dia-a-dia, no trabalho, no trânsito, entre os amigos e até no ambiente familiar, tais situações não são intensas e duradouras, a ponto de romper o equilíbrio psicológico do indivíduo. Se assim não se entender, acabaremos por banalizar o dano moral, ensejando ações judiciais em busca de indenizações pelos mais triviais aborrecimentos.⁹

Nessa esteira, é elemento indispensável à comprovação de que aquele comportamento atingiu o psicológico do indivíduo, afetando seu âmago, restando excluídos os meros dissabores rotineiros do convívio social, o que causaria a banalização da finalidade da reparação, estando diante de responsabilidade objetiva.

Alude-se que a reparação integral do dano para efetivamente se concretizar pode vir a abranger o dano reflexo, que “se caracteriza pelos efeitos ao patrimônio ou aos demais elementos materiais do acervo jurídico do lesado, como extensão de atentados morais, por exemplo, perda da consideração social, de certa clientela ou de negócios em geral, em razão do uso indevido de imagem alheia”. (BELMONT, 2013, p. 71)

Essa concepção tradicional do instituto do dano moral é a mais comumente aplicada, ressalvadas as hipóteses de culpa presumida, que a cada dia ganham maior espaço no ambiente jurídico.

4.2 Dano moral *in re ipsa*

O dano moral presumido, em sua expressão latina *in re ipsa*, é a simplificação da prova do dano, pois resta configurado de forma mais sucinta, ou seja, pela comprovação da ligação entre o nexo causal e o dano, desvinculando-se da necessidade de haver culpa do agente, elemento esse que passa a ser irrelevante, contrariando a ideia inicial de configuração do dano moral.

A modalidade dano presumido é criação da doutrina e jurisprudência, que mesmo diante da inexistência de previsão legal dessa espécie de dano até a promulgação da Constituição de 1988, não se fez indiferente a situações em que a comprovação da culpa se fazem insustentáveis. Logo, com o surgimento de novas necessidades sociais, hipóteses de culpa objetiva foram sendo traçadas e assim, restou dispensado a prova concreta da culpabilidade.

⁹ CAVALIERI FILHO, S. “Programa de responsabilidade cível”. *Malheiros*, 1996, p. 66, citando decisão do TJRJ, Ap. Cív. 8.218/95, 2ª CC, Rel. Des. Sergio Cavaliere. p. 66.

É claro que, no quadro de uma compreensão ético-social do Direito, não se concebe mais a teoria da responsabilidade civil com base apenas no elemento subjetivo da culpa, sendo aquela considerada devida, objetivamente, quando a natureza mesma da atividade desenvolvida pelo autor do dano já implica grandes riscos para quem dela participa¹⁰.

Nesse novo paradigma o que faz a prova do prejuízo é a consciência do homem médio de que aquela conduta por si só é suficiente para abalar a tranquilidade psíquica do lesado e sua moralidade, ressalta-se, em muitas situações é praticamente impossível comprovar a dor, a humilhação, a situação vexatória, podendo ainda a tentativa de tal comprovação causar novos abalos a pessoa.

A evolução da aplicação do dano presumido é evidenciada pelo atual posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, que já apontou entendimento em diversos acórdãos sobre o tema, elucida-se:

A concepção atual da doutrina orienta-se no sentido de que a responsabilização do agente causador do dano moral opera-se por força do simples fato da violação (damnum in re ipsa), não havendo que se cogitar da prova do prejuízo¹¹.

Dano moral – Prova. Não há que se falar em prova do dano moral, mas, sim, na prova do fato que gerou a dor, o sofrimento, sentimentos íntimos que os ensejam (...)¹².

Não bastasse o entendimento acima, o STJ ainda vem adotando situações determinadas, em que, na sua ocorrência já resta configurado o dano moral *in re ipsa*, trazendo com isso uma maior proteção aos consumidores e contratantes em geral, além de servir para inibir condutas arbitrárias de grandes empresas.

5. STJ e o dano moral presumido

Desde o ano de 2012 a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou sobre determinadas situações cotidianas em que há a presunção do dano moral. Destaca-se dentre os posicionamentos os seguintes temas:

5.1 Cadastro de Inadimplentes

No caso da inscrição indevida do nome em cadastros restritivos de crédito o entendimento da Corte é no sentido de que o dano provém da força dos próprios fatos, restando dispensada sua demonstração. Portanto, nessa hipótese, mesmo que o consumidor não tenha passado por nenhum constrangimento terá direito a reparação, já que, conseqüentemente, pode acabar privando o indivíduo indevidamente negativamente da obtenção de bens indispensáveis ao seu sustento e o de sua família, podendo ainda resultar em exposição a situação vexatória ante a negativa do crédito.

Logo, por se tratar de risco potencial, por poder não se concretizar em todos os casos, objetiva-se impedir ou ao menos desmotivar ações arbitrárias por parte de empresas e demais participantes da cadeia negocial.

Como resultado do dano aplicado, basta ao consumidor provar que a negativação tenha sido injusta, por já estar a dívida paga, por não existir contrato ou por qualquer outra excludente de responsabilidade.¹³

¹⁰ REALE, M. "Visão Geral Do Novo Código Civil". *Revista dos Tribunais*. Vol. 808/2003. p. 11 – 19. 2003. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 29 dez 2016. p.2.

¹¹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 23.575-DF, Relator Ministro César Asfor Rocha, DJU 01/09/97.

¹² BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. REsp nº 86.271-SP, Relator Ministro Carlos A. Menezes, DJU 09/12/97.

¹³ FIUZA, C. A. de C.e AMORIM, B. de A. L. "Pontos De Interseção Entre Os Sistemas De

Logo, ante as fortes evidências de erro exclusivo por parte do fornecedor, gerando possíveis ou concretos óbices ao exercício regular de direitos pelo consumidor lesado, se presume o dano.

É evidente, no entanto, que haverá dano moral ressarcível sempre que o lançamento realizado no cadastro do Serviço de Proteção ao Crédito - SPC, ou no SERASA for indevido. É que os efeitos de tais registros são nocivos ao conceito do devedor, podendo comprometer-lhe a honra e o bom nome no seio da comunidade em que vive. Se não havia razão legítima para explicar o assento, reveste-se a conduta de quem o promoveu do caráter abusivo e ilícito.¹⁴

Ilustra-se o alegado pela decisão de afetação do Recurso Repetitivo do tema 735:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. MANUTENÇÃO INDEVIDA EM INSTITUIÇÕES RESTRITIVAS DE CRÉDITO APÓS QUITAÇÃO DO DÉBITO. OCORRÊNCIA DE DANOS MORAIS. ABALO À HONRA E À REPUTAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. INDENIZAÇÃO DEVIDA. QUANTUM INDENIZATÓRIO RAZOÁVEL. APELO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

Verifica-se dos autos que efetivamente o Apelado teve o seu nome negativado no SPC em decorrência de um saldo residual com a empresa Ré, tendo sido quitado em 11/12/1999. Embora efetuado o pagamento, não fora dado baixa na negativação até 06/07/2000, o que embasa o alegado dano moral causado ao Apelado.

Não se olvida na hipótese dos autos a regularidade da inscrição do nome do Apelado no órgão de proteção ao crédito, todavia, injustificável a sua permanência após a liquidação do débito, gerando o dever de indenizar como tem decidido o Superior Tribunal de Justiça.

O direito à indenização por danos morais em casos de manutenção indevida da inscrição em instituições restritivas de crédito, é presumido, independente da prova objetiva no que concerne ao abalo à honra e a reputação do lesado, fazendo-se desnecessária, pois a prova do prejuízo, que, repita-se, é presumido, uma vez que o dano moral decorre da própria manutenção indevida do nome do autor no cadastro de inadimplentes.

Havendo nexo de causalidade entre o ato ilícito (manutenção indevida) e o prejuízo moral sofrido pelo autor, inafastável a condenação do seu causador.¹⁵

5.2 Protesto Indevido

Outra ocorrência comumente vivenciada é a do protesto indevido de títulos, sobre o tema YUSSEF SAID CAHALI¹⁶ sustenta que

[...]sobrevindo, em razão do ilícito ou indevido protesto de título, perturbação nas relações psíquicas, na tranquilidade, nos sentimentos e nos afetos de uma pessoa, configura-se o dano moral puro, passível de ser indenizado; o protesto indevido de título, quando já quitada a dívida, causa injusta agressão à honra, consubstanciada em descrédito na praça, cabendo indenização por dano moral, assegurada pelo art. 5º, X, da Constituição [...]

Responsabilidade Civil Do Código Civil E Do Código Do Consumidor - Diálogo Das Fontes". Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo. *CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF*. 2016. p. 91.

¹⁴ THEODORO, H. J. "Dano Moral". 2ª ed. *Juarez de Oliveira*, 1999. p. 27.

¹⁵ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. RECURSO ESPECIAL nº 1424792 – BA, RELATOR : MIN. LUIS FELIPE SALOMÃO, publicação 28 de fevereiro de 2014.

¹⁶ CAHALI, Y. S. "Dano Moral", 2ª ed. *Revista dos Tribunais*, 1998.

Não bastasse, o procedimento para sustar os títulos indevidamente protestados se circunda de muita burocracia, causando por si só situação passível de indenização ao retirar a tranquilidade da pessoa e lhe impor condutas desgastantes, que fogem da condução normal do seu dia-a-dia.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO PRIVADO NÃO ESPECIFICADO. AÇÃO DE CANCELAMENTO DE PROTESTO E INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. CHEQUE. PROTESTO REALIZADO FORA DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DO TÍTULO (30 DIAS), DE ACORDO COM O ART. 48 DA LEI N. 7.357/85. PROTESTO INDEVIDO. DEVER DE INDENIZAR. PROCEDÊNCIA DO PLEITO. PREQUESTIONAMENTO. Caso em que a parte autora reclama o cancelamento do protesto, pois realizado fora do prazo de 30 dias, e o pagamento de indenização por dano moral. Segundo entendimento adotado, o protesto realizado fora do prazo contido no art. 48 da Lei m. 7.357/85 mostra-se abusivo e gera o dever de indenizar. Comprovação de que o protesto/inscrição feito em nome da parte autora é indevido. Dano moral *in re ipsa*, independente de comprovação, ínsito ao registro indevido. Na fixação da reparação por dano moral, incumbe ao julgador, ponderando as condições do ofensor, do ofendido, do bem jurídico lesado e aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, arbitrar o valor da indenização que se preste à suficiente recomposição dos prejuízos, sem importar, contudo, enriquecimento sem causa da parte. Caso em que é cabível. RECURSO PROVIDO.¹⁷

5.3 Atraso de voo

A escolha pela modalidade aérea de transporte está ligada à sua rapidez e comodidade, pagando-se, de forma geral, mais por este serviço, assim sendo, a pontualidade é requisito para concretização da escolha feita. Referida matéria é tratada pelo Código de Defesa do Consumidor, sobrepondo-se ao Pacto de Varsóvia:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. COMPANHIA AÉREA. ATRASO NO VOO. 1. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. APLICAÇÃO. 2. DANO MORAL. REVISÃO DO VALOR FIXADO. SÚMULA 7/STJ. 3. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A responsabilidade civil das companhias aéreas em decorrência da má prestação de serviços, após a entrada em vigor da Lei n. 8.078/90, não é mais regulada pela Convenção de Varsóvia e suas posteriores modificações (Convenção de Haia e Convenção de Montreal), ou pelo Código Brasileiro de Aeronáutica, subordinando-se, portanto, ao Código Consumerista. Precedentes.

2. O valor estabelecido pelas instâncias ordinárias pode ser revisto tão somente nas hipóteses em que a condenação se revelar irrisória ou exorbitante, distanciando-se dos padrões de razoabilidade. Não se mostra desproporcional a fixação em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a título de reparação moral decorrente da falha na prestação de serviços por parte da companhia aérea, de modo que sua revisão encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

3. Agravo improvido.¹⁸

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. OVERBOOKING.

¹⁷BRASIL, Superior Tribunal de Justiça Apelação Cível Nº 70058165432, Décima Sexta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 13/03/2014.

¹⁸ Idem. AgRg no AREsp 567681 / RJ, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, DJe 04/11/2014.

INDENIZAÇÃO. DANO MORAL PRESUMIDO. PRECEDENTES. DANOS MATERIAIS. OCORRÊNCIA. REEXAME MATÉRIA FÁTICA. INVIABILIDADE. SÚMULA 07/STJ. INCIDÊNCIA. VALOR. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. FIXAÇÃO COM BASE NO CRITÉRIO DA RAZOABILIDADE.

1.O dano moral decorrente de atraso de voo, prescinde de prova, sendo que a responsabilidade de seu causador opera-se, in re ipsa, por força do simples fato da sua violação em virtude do desconforto, da aflição e dos transtornos suportados pelo passageiro.(REsp 299.532/SP, Rel. Ministro HONILDO AMARAL DE MELLO CASTRO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/AP), DJe 23/11/2009)

2. A reapreciação por esta Corte das provas que lastrearam o acórdão hostilizado é vedada nesta sede especial, segundo o enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

3. O valor da indenização por danos morais deve ser fixado com moderação, considerando a realidade de cada caso, sendo cabível a intervenção da Corte quando exagerado ou ínfimo, fugindo de qualquer parâmetro razoável, o que não ocorre neste feito.

4.O agravo regimental não trouxe nenhum argumento novo capaz de modificar a conclusão alvitrada, a qual se mantém por seus próprios fundamentos.

5.AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO¹⁹.

5.4 Diploma sem reconhecimento

A falta de diploma reconhecido pelo MEC (Ministério da Educação) impossibilita que o indivíduo exerça sua profissão e assim angarie recursos para sua sobrevivência, bem como o frustra quanto aos planos futuros, dentre outras razões claramente expostas no acórdão abaixo e que não deixam dúvidas quanto a aplicação do dano moral presumido nesta hipótese:

DIREITO CIVIL. INDENIZAÇÃO. DANOS MORAIS E MATERIAIS. CURSO NÃO AUTORIZADO PELO MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA.

- Não tendo a instituição de ensino alertado os alunos, entre eles as recorrentes, acerca do risco (depois concretizado) de impossibilidade de registro do diploma quando da conclusão do curso, o dano moral daí decorrente pode – e deve – ser presumido.

- Não há como negar o sentimento de frustração e engodo daquele que, após anos de dedicação, entremeado de muito estudo, privações, despesas etc., descobre que não poderá aspirar a emprego na profissão para a qual se preparou, tampouco realizar cursos de especialização, pós-graduação, mestrado ou doutorado, nem prestar concursos públicos; tudo porque o curso oferecido pela universidade não foi cancelado pelo MEC. Some-se a isso a sensação de incerteza e temor quanto ao futuro, fruto da possibilidade de jamais ter seu diploma validado. Há de se considerar, ainda, o ambiente de desconforto e desconfiança gerados no seio social: pais, parentes, amigos, conhecidos, enfim, todos aqueles que convivem com o aluno e têm como certa a diplomação. A demora, na hipótese superior a 02 (dois) anos, expõe ao ridículo o “pseudo-profissional”, que conclui o curso mas vê-se impedido de exercer qualquer atividade a ele correlata.

- O Código Civil exige dano material efetivo como pressuposto do dever de indenizar, cuja existência deve ser demonstrada nos próprios autos e no curso da ação.

Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.²⁰

¹⁹ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. AgRg no Ag 1410645 / BA, Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, DJE 07/11/2011.

²⁰ Idem. RECURSO ESPECIAL Nº 631.204 - RS, Rel Min. Castro Filho, Terceira Turma, Jul. 25/11/2008.

Além das situações acima dispostas, a Corte do STJ também adota entendimento pacificado quanto a ocorrência de dano *in re ipsa* nos casos de responsabilidade bancária, equívoco administrativo, credibilidade desviada, uso indevido da imagem.

CONCLUSÃO

O atual posicionamento do STJ, solidificando situações em o dano moral resta presumido, representa marcante evolução para a sistemática jurídica brasileira, refletindo em segurança jurídica, já que ao menos desde de 2012 e até mesmo antes desse marco temporal, diversos temas foram julgados uniformemente.

Referido posicionamento, já sedimentado, visa inibir ações até então corriqueiramente praticadas pelas empresas, que antes ficavam em sua maioria impunes frente a dificuldade e até mesmo impossibilidade de se provar a dor, vexame, humilhação. Atualmente a situação é inversa, tem-se a certeza da condenação a ser imposta, logo o Poder Judiciário, representado por um dos seus maiores órgãos, caminha de forma a garantir o respeito a determinados direitos fundamentais violados nas relações de caráter privado.

Nota-se que há um amadurecimento também da Constituição Federal, que por meio dessas decisões tem seu texto de lei aplicado, solidificando a passagem de um sistema patrimonialista para uma legislação social e protetiva, na busca da concretização do princípio *mor* da dignidade da pessoa humana. Para a conclusão de tal objetivo, o cidadão consumidor é privado de nova exposição a possível dano quando da tentativa de comprovar a lesão moral sofrida, resultando em dupla proteção, ou seja, tanto quando da ocorrência do ato ilícito, como quando da sua comprovação.

Contudo, em conformidade com o aludido neste trabalho, não é toda responsabilização civil configurada pela ocorrência de dano moral que pode ser presumida, sob pena de banalizar o instituto que visa a proteção de direitos extrapatrimoniais, personalíssimos e não o enriquecimento ilícito frente a qualquer conduta corriqueira própria da convivência em sociedade.

Por este motivo, buscando a preservação da finalidade real do instituto do dano moral presumido, acima aludida, que sua configuração se faz de forma restritiva, abarcando apenas determinadas situações, após um longo período de consolidação do entendimento jurisprudencial, restando incontroverso que naquela situação houve infração a direito fundamental ou, ao menos, risco iminente de sua ocorrência.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- BELMONTE, A. A. "Tutela da Composição dos danos morais nas relações de trabalho." *LTR Editora*. 2014. Disponível em <http://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/539494774>. Acesso em 9 jan 2017.
- BRAMBILLA, P. A. de S. e PALLONE, J. "A responsabilidade civil hodierna e a necessidade de Estruturação de uma responsabilidade pressuposta como Critério fundante à tutela das dignidade e personalidade Humanas." *CONPEDI*, 2016
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Disponível em: www.stj.jus.br. Acesso em 15 ago 2017.
- CAHALI, Y. S. "Dano Moral", 2ª ed. *Revista dos Tribunais*, 1998.
- CAVALIERI FILHO, S. "Programa de responsabilidade civil". 9ª ed. *Atlas*, 2010.
- _____. "Programa de responsabilidade civil". *Malheiros*, 1996, p. 66, citando decisão do TJRJ, Ap. Cív. 8.218/95, 2ª CC, Rel. Des. Sergio Cavalieri.
- _____. "Responsabilidade Civil no Novo Código Civil". *Revista de Direito do Consumidor*. vol. 48/2003. p. 69 – 84. Out - Dez / 2003. Disponível em <http://www.revistadoatribunais.com.br>. Acesso em 29 dez 2016.

- FACCHINI NETTO, E. "Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado". In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). 3 ed. *Livraria do Advogado Editora*, 2010.
- FIUZA, C. A. de C. "Para uma releitura da teoria geral da responsabilidade civil." *Revista da Faculdade Mineira de Direito (PUCMG)*. v. 7, n.13 e 14, p. 9-15, 2004.
- FIUZA, C. A. de C. e AMORIM, B. de A. L. "Pontos De Interseção Entre Os Sistemas De Responsabilidade Civil Do Código Civil E Do Código Do Consumidor - Diálogo Das Fontes. Direito, globalização e responsabilidade nas relações de consumo." *CONPEDI/UnB/UCB/IDP/UDF*. 2016.
- MARTINS-COSTA, J. "A reconstrução do Direito Privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado." *Revista dos Tribunais*. 2010.
- REALE, M. "Visão Geral Do Novo Código Civil". *Revista dos Tribunais*. Vol. 808/2003. p. 11 – 19. 2003. Disponível em <http://www.revistadostribunais.com.br>. Acesso em 29 dez 2016.
- SARLET, I. W. "Direito fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais". Vol 36/2000. *Revista dos Tribunais*. Out-dez 2000.
- THEODORO, H. J. "Dano Moral". 2ª ed. *Juarez de Oliveira*. 1999.

El Reconocimiento del Derecho Consuetudinario Indígena como Derechos Humanos: su estado en el Derecho Chileno Moderno

The Recognition of Indigenous Customary Law as a Humans Rights: Its status in Modern Chilean Law

Alvaro Espinoza Collao¹

Universidad de Tarapacá - Chile

Sumario: 1.- Introducción. 2.- La Costumbre como manifestación natural de lo Jurídico. 3.- La revitalización del Derecho Consuetudinario Indígena en un Contexto de Pluralismo Jurídico. 4.- La Costumbre Indígena como fuente del Derecho nacional, a partir de su consagración como Derechos Humanos. 5.- Conclusiones. 6.- Bibliografía.

Resumen: En la actualidad estudiar el valor de la costumbre en el Derecho resulta de interés por diversas razones. Primero, porque el devenir del Derecho moderno ha modificado su estructura jurídica, en gran parte debido a la inserción de principios emanados desde los tratados internacionales de Derechos Humanos. En este contexto, el mandato de restablecer un pluralismo jurídico en materia de derechos indígenas, ha elevado el requerimiento de buscar nuevas herramientas para cumplir con esta obligación. En este escenario, el Derecho consuetudinario se expresará como una herramienta eficaz y dúctil para este propósito. Debido a su carácter de manifestación natural de la estructura social y cultural de un pueblo, sobre ello se construye cualquier noción jurídica en un tenor de legitimidad, validez y pertinencia. A partir de esta propuesta, este artículo presenta un estudio de la costumbre como elemento jurídico en el ámbito del Derecho indígena fijado en el sistema jurídico chileno. Para este efecto, se realiza un análisis de naturaleza histórica-jurídica, al mismo tiempo se desarrolla un análisis jurisprudencial tanto nacional como internacional, resaltando su situación en nuestros días, como una herramienta efectiva dentro de la práctica judicial.

Palabras Claves: Costumbre – Derecho Consuetudinario- Indígena- Derechos Humanos.

Abstract: Currently studying the value of custom in the law is of interest for various reasons. First, because the evolution of modern law has modified its legal structure, largely due to the insertion of principles emanating from international human rights treaties. In this context, the mandate to re-establish a legal pluralism in the area of indigenous rights has raised the requirement to seek new tools to comply with this obligation. In this scenario, customary law will be expressed as an effective and ductile tool for this purpose. Due to its character of natural manifestation of the social and cultural structure of a people, on it any legal notion

¹ Abogado, académico de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Tarapacá, sede Iquique- Chile, Doctorando en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona, Master en especialización en Investigación Jurídica por la Universidad de Zaragoza, Master en Educación por la UMCE.

is constructed in a tenor of legitimacy, validity and pertinence. From this proposal, this article presents a study of custom as a legal element in the field of indigenous law set in the Chilean legal system. For this purpose, an analysis of historical-juridical nature is carried out, at the same time a national and international jurisprudential analysis is developed, highlighting its situation in our days, as an effective tool within the judicial practice.

Keys Words: Custom - Customary Law - Indigenous - Human Rights.

Introducción.

La relación entre el Derecho y la costumbre no es un problema filosófico sino histórico². Uno de los reflejos constantes del dinamismo jurídico, consiste en un vaivén permanente entre un Derecho espontáneo de carácter consuetudinario y un Derecho escrito surgido de la reflexión del legislador. Este transitar en la historia se ha manifestado con distintas intensidades, si bien, instantáneamente las referencias son al último proceso de codificación representado por la elaboración del Codex Francés, es posible observar procesos de características similares desde tiempos remotos³.

De esta manera, tempranamente se manifiesta en Roma la transición de un Derecho consuetudinario a una etapa de Códigos. Este proceso se replicará en distintas comunidades de manera simultánea, siendo común la transformación de costumbres conservadas en la memoria de ciertas castas a leyes grabadas sobre tablas y exhibidas públicamente, el ejemplo más visible lo observamos en las leyes de las XII Tablas⁴.

El principal fundamento al que se acude en la génesis de los procesos de codificación, se asienta en la necesidad de seguridad jurídica, según la doctrina esto suele estar ligado a periodos de expansión económica y a instancias de intercambios que manifiestan lo inadecuado de un sistema jurídico. Esto tendría a su vez injerencia en la proliferación de legislación, complejizando el sistema de fuentes del Derecho, produciéndose lo que Cabrillac ha denominado crisis de las fuentes del Derecho⁵.

Conforme lo anterior, es posible observar que la creación jurídica predominante a partir del siglo XIX, centrará mayoritariamente su atención en el estudio de la norma jurídica escrita y en el establecimiento de sistemas jurídicos coherentes⁶. La doctrina más brillante de cada tiempo, estudiará entre sus

² Desde esta perspectiva según Bodenheimer, en nuestra época la costumbre comprende aquellas reglas de conductas que el Estado no considera suficientemente importante para integrarlas como reglas generales. BODENHEIMER, E., *Teoría del Derecho*, (Trad. Vicente Herrero), Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1989, p. 103.

³ En opinión de Ross la aversión de la revolución francesa por el Derecho consuetudinario y la jurisprudencia como fuentes del Derecho, se vincula a una reacción general que tiene como base la existencia de muchas costumbres difíciles de armonizar y de una jurisprudencia corrupta y arbitraria, esto allanará el camino para que “*los revolucionarios ansiaran la ley como la nueva tierra prometida*”. ROSS, A., *Teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p.89.

⁴ SUMNER MAINNE, H., *El Derecho Antiguo*, Editado por Escuela Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1893, p. 21.

⁵ CABRILLAC, R., *Las Codificaciones*, traducido en el proyecto de traducciones de obras francesas contemporáneas del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Editorial Flandes Indiano, Santiago, 2009, pp. 76 – 89.

⁶ Recordemos, que esta cuestión primordial en la separación entre Derecho natural y positivo, ha sido superada desde la inserción de una mirada tridimensional del Derecho. Esta mirada del formalismo jurídico que consiste en una visión reducida, incompleta, unidimensional y formal del Derecho, ha sido sustituida por la concepción que lo comprende en su totalidad como una disciplina tridimensional. LARRAURI TORROELLA, R., “*Enseñanza del concepto de Derecho desde la Filosofía del Derecho contemporánea*”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho* año 4, número 7, 2006, p.154

objetivos los problemas que plantea el paradigma de un sistema jurídico único⁷. Sin embargo, los contrapuntos que genera la existencia de más de un ordenamiento jurídico y la coordinación de esta relación, resultará una cuestión de difícil resolución hasta nuestros días.

En opinión de Bobbio, entre los principales conflictos que esta realidad nos plantea se encontraría: a) determinar si el conjunto de normas se conforma como una unidad; b) definir la existencia de jerarquías entre ellas; c) determinar si este conjunto de normas, logra el carácter de sistema; esto último dirigirá la atención al estudio de las antinomias; d) definir si este sistema es completo, con ello se estudiará la respuesta a las lagunas legales.

Desde esta perspectiva, en momentos en que los movimientos ideológicos respecto a las fuentes del Derecho, parecieran haber logrado un sosiego bajo la sombra del predominio de la ley⁸; el dinamismo constante de la humanidad y su reorientación en su concepción de lo justo, nos pondrá en la necesidad de acudir nuevamente a desempolvar la vieja costumbre como herramienta para resolver los conflictos que se presentan en nuestra sociedad compleja, en este caso en nombre de los Derechos Humanos.

En la percepción moderna del Derecho occidental, los cimientos de su estructura resultan conocidos. Entre lo más relevantes podemos destacar: a) la asunción onnipotente de la ley como principal fuente de Derecho⁹; b) el Estado como único ente encargado de crear el Derecho; c) reducción del juez a la voz de la ley, restringiendo sus facultades de interpretar el Derecho; d) por ello, el Derecho escrito se exhibe en nuestros días como la respuesta acabada de la ciencia jurídica, con miras a terminar con la incerteza e inseguridad. Esto nos permite entender que la política moderna “*disuelva la legitimidad en la legalidad establecida y, mediante ella, termina atentando contra toda legitimidad posible*”, esto ya que la legitimidad del sistema descansa básicamente en la ley, principal expresión del Derecho actual, entonces la comunidad esta distante vaciando su función política de todo contenido real¹⁰.

En la actualidad, un estudio de la costumbre indígena con enfoque jurídico es importante por diversas razones. Primero, porque el Derecho consuetudinario se manifiesta como una de las expresiones de la estructura social y cultural de un pueblo. En esto se construye cualquier expresión de lo jurídico en un contexto de legitimidad, validez y pertinencia. En este sentido, la vieja escuela histórica postulaba que el Derecho emanaba del espíritu del pueblo “*volksgeist*”, igual que la lengua y el folclore¹¹.

⁷ BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, 1994, p.152.

⁸ Un interesante estudio sobre la teoría de las fuentes del Derecho véase en: GARCÍA-GALLO, A., *Antología de las Fuentes del Antiguo Derecho*. Manual de Historia del Derecho Español II, segunda edición, Madrid, 1964.

⁹ Según esta opinión, todo Derecho, en su estado normal, no es más que el resultado de la ley, esto es, de los actos emanados de la potestad suprema del Estado; la ciencia del Derecho se ocupa únicamente de este contexto. Savigny, critica el sentido que ha tomado el Derecho y la Ciencia Jurídica, en cuanto a su carácter variable, señalaba en su tiempo, que es perfectamente posible que el Derecho de hoy sea en un todo distinto del de ayer. Por donde un Código perfecto estimase una necesidad capital, y sólo cuando falta, se cree poder recurrir, como por triste necesidad, a la ayuda del Derecho consuetudinario, que se conceptúa, por lo demás, vago é insuficiente suplemento. SAVIGNY, K., *De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho*, (Trad. Por A. Posadas), La España Moderna, Madrid, p.21

¹⁰ BAUTISTA, R., *La Descolonización de la Política: Introducción a una Política Comunitaria*, Plural Editores, La Paz, 2014, pp. 131-132.

¹¹ Una de las vertientes de esta escuela se dedicará entonces a estudiar el Derecho como una expresión propia y diferenciada de cada pueblo. Por su parte otra línea, se centrará a analizar el Derecho Romano como una expresión superior de perfección de un sistema jurídico. Esta última es la que ha dejado un mayor legado en atención a la realidad del fenómeno jurídico en nuestros tiempos.

Luego, porque se asocia al requerimiento existente en nuestros tiempos para que los Estados apliquen el Derecho propio de los pueblos indígenas en la resolución de sus conflictos. Esto a partir de la vigencia de instrumentos internacionales especiales que consagran los derechos humanos vinculados a los pueblos indígenas, que en términos generales han incorporado la obligatoriedad de que los Estados apliquen las instituciones propias de cada cultura¹². A esto se vincula directamente la revalorización moderna de la costumbre jurídica. Este último factor, además resulta crucial para la relevancia que un buen Derecho tiene en la identidad cultural de un pueblo¹³.

A partir de esta propuesta, se presenta el devenir de la costumbre como elemento jurídico. Pasando desde su situación como institución primaria, a una subordinación absoluta al mandato legal, para volver en nuestros días como una herramienta relevante dentro de la práctica judicial de los tribunales internacionales y nacionales. Todo esto dentro de un contexto de constante tensión entre la norma nacional y los principales instrumentos internacionales que consagran derechos humanos para los pueblos indígenas.

2.- La Costumbre como Manifestación Natural de lo Jurídico.

Desde la perspectiva jurídica la costumbre históricamente se ha manifestado como la forma genuina que tiene la sociedad de resolver sus conflictos. De esto deriva la asociación del Derecho consuetudinario a una etapa primitiva, previa a un Derecho que se presume mejor¹⁴. Sin embargo, desde inicio del siglo XX, estas nociones comenzarán a discutirse en cuanto a adjudicar con exclusividad la ley a las sociedades con escritura y propiedad Privada. En su lugar, se levantarán teorías como el funcionalismo, el particularismo histórico y el concepto de cultura¹⁵.

Un análisis acabado de la costumbre, nos dará cuenta que su relevancia se extiende más allá de su carácter de fuente de Derecho, punto al que se refieren generalmente los estudios con enfoque jurídico como consecuencia del predominio de la teoría normativista¹⁶. Su estudio, nos permite aseverar que en su naturaleza de fuente se constituye como la mayor relevancia en el tiempo, elaborando de

¹² Dentro de estos instrumentos internacionales podemos destacar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos que señala en su artículo N° 27: *"En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma"*.

¹³ Desde las ciencias sociales se ha señalado que la identidad cultural es primordial porque la pertenencia al grupo étnico *"es la primera y la más fundamental de las pertenencias sociales, aquella en la que se crean los vínculos más determinantes porque se trata de vínculos basados en una genealogía común"*. De esta manera, se vinculan aspectos estructurantes para la pertenencia de los individuos a un colectivo, tales como la lengua, la cultura, la religión, la solidaridad, el vínculo a un territorio, entre otros. CUCHE, D., *La Noción de Cultura en las Ciencias Sociales*, (trad. P. Mahler), Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2002, p. 108.

¹⁴ Señala Carbonnier que el Derecho consuetudinario siendo el más antiguo y auténtico, tropieza con el inconveniente de su vaguedad e imprecisión. Esto justificaría el advenimiento del Derecho escrito, el cual será visto y sigue siendo tenido como un medio de certeza con características de formalidad, publicidad, estabilidad que contribuyen a dar seguridad jurídica. CARBONNIER, J., *"Tendances actuelles de l'art législatif en France"*, en *Essais sur les lois*, 2e éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1995, p. 266.

¹⁵ POOLE, D., *"Los usos de la costumbre Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal"*, en *Revista Alteridades*, vol. 16, núm. 31, enero-junio, 2006, pp. 9-21 Universidad Autónoma Metropolitana Unidad, pp. 10-11.

¹⁶ Bobbio, señala que la historia del hombre se exhibe como un conjunto de ordenamientos normativos que se suceden integrándose y contraponiéndose. Así, estudiar una civilización desde el punto de vista normativo, significa cuestionarse respecto a que acciones fueron prohibidas, permitidas y cuales se definieron como obligatorias, es decir cuál fue la dirección en la que se encamino a los individuos. BOBBIO, N., *Teoría General...*, cit. n. 7, p.4.

manera continua, permanente y silenciosa la norma jurídica¹⁷. En este aspecto, Levy – Bruhl destacaba como la fuerza vital de las instituciones jurídicas, que tiene una esfera de aplicación de carácter indefinido¹⁸. Sin embargo, su importancia radica en su carácter multifactorial asociado a elementos de validez y eficacia, como también a una variable de tipo política¹⁹. De esta forma presenta una utilidad permanente para el Derecho, como una amalgama que une las distintas piezas de un rompecabezas.

Grossi indica que la costumbre jurídica es *“un hecho humano que se repite de una manera duradera porque, en este hecho, la conciencia colectiva encuentra un valor que debe observar y conservar”*²⁰. Siendo posible destacar su relevancia como producto social, cuyo origen radica en la colectividad, suprimiendo la ficción de la representatividad democrática de los sistemas modernos. Así, la costumbre nace como elemento natural de la soberanía popular. A *contrario sensu*, cuando el Derecho se incorpora a un Código, su elaboración se construye desde afuera, teniendo como premisa la representación del legislador, perdiendo su construcción espontánea. Uno de los aspectos diferenciadores, consistiría entonces en esta reflexión que se desarrolla bajo un modelo de representación distante.

Las normas que emanan de las prácticas consuetudinarias nacen y actúan simultáneamente en la conciencia colectiva. Por el contrario, la ausencia de esta conexión provoca que en el Derecho reflexivo la coacción pase a tener la naturaleza de un elemento esencial. Por ello, para Weber la costumbre aparece como una norma no garantizada exteriormente mediante coacción, a la que de hecho se atiene el actor en forma voluntaria, ya sea sin reflexión o por comodidad, y cuyo probable cumplimiento puede esperar de otros hombres pertenecientes al mismo círculo por las mismas razones. Desde esta perspectiva, la costumbre no encaja en la naturaleza propia de una norma jurídica, cuyo elemento diferenciador es justamente dicha coacción. Sin embargo, por su naturaleza actúa como una importante fuente generadora de Derecho, en cuanto *“el tránsito de costumbre al Derecho es absolutamente fluido. Por doquier, lo que de hecho se viene haciendo es padre de lo que luego pretende validez”*²¹.

Resulta innegable en todos los tiempos, que junto al Derecho promulgado se desarrollan fenómenos jurídicos paralelos que la técnica moderna no logra encajar plenamente en su noción de sistema jurídico. Dentro de estos espacios marginales, se engloban distintas situaciones, solo a modo de ejemplo : a) zonas de no Derecho en que la norma se repliega o parece ausente bajo un enfoque de realidad; b) antinomias como consecuencia de la existencia de múltiples centros de creación jurídica, quizás la más importante de ellas ocurre en el ámbito internacional y la creación de tratados internacionales; c) la coexistencia de diversos grupos

¹⁷ En este sentido, indicaba Savigny que todo Derecho nace como Derecho consuetudinario, destacando que *“según la expresión no del todo acertada del lenguaje dominante; es decir, todo Derecho es originado primeramente por la costumbre y las creencias del pueblo y después por la jurisprudencia y, por tanto, en todas partes en virtud de fuerzas internas, que actúan calladamente, y no en virtud del arbitrio de un legislador”*. SAVIGNY, K., *De La vocación...*, cit. n.9, p. 21.

¹⁸ LEVY – BRUHL, H., *Sociología del Derecho*, (traducida por Miriam De Winizky), Editorial Universitaria de Buenos Aires, Paris 1961, p.22.

¹⁹ En este sentido, Ross parafraseando a Kelsen, destaca que el Derecho consuetudinario surge de la práctica ejercida por todos los miembros de la comunidad, calificándolo por ello como *“extremadamente democrático”*. Ross, A., *Teoría...*, cit. n. 3, p.370.

²⁰ Para Grossi el Derecho no nace en sus orígenes como una revelación escrita de la divinidad o de la sabiduría de los sabios, sino de un hecho que se repite y se extiende en el tiempo, como de una observancia colectiva que se constituye principalmente como un elemento de adhesión. GROSSI, P., *La Primera Lección de Derecho*, (trad. De Clara Álvarez), Editorial Marcial Pons, 2006, p.85.

²¹ WEBER M., *Economía y Sociedad*, Editorial Fondo de Cultura Económica, (traducido por J. Medina Echavarría et alii)., Madrid, 2002, p.24

vinculados a un Derecho consuetudinario no escrito, el cual de cierta manera reúne a su vez las características de los dos anteriores²².

En este sentido, uno de los principales conflictos presente en nuestros días en el Derecho occidental, será la coordinación de estos grupos diferenciados que coexisten bajo la noción de un orden normativo unitario. Debemos recordar que la noción de sistema jurídico, si bien, aparece generalmente asociada a un territorio geográfico, este elemento no resulta esencial para definir un fenómeno como jurídico, el elemento determinante radica en el factor humano, es decir, el hombre asociado con otros. De esta manera, distintos sistemas jurídicos pueden sobreponerse en un mismo espacio territorial. En esto se resume aquello a lo que se ha denominado pluralismo jurídico.

Esta noción de pluralismo en el Derecho resultará un espacio propicio para resaltar la utilidad de la costumbre como fuente de Derecho en nuestros tiempos. En esto cobra sentido, las líneas de Carbonnier, cuando señalaba que las costumbres como expresión de una ideología se constituyen como un motor de cambio de *las partes envejecidas de un código*, y estas, amparadas en una ideología se constituyen como una fuente impenetrable para el Derecho²³.

Desde esta realidad, la existencia de grupos culturalmente diversificados conllevará a una superposición de sistemas. Frente a ello, aún la respuesta en el Derecho se basa en un ideal ficticio esto es el sistema jurídico como una unidad sin excepciones²⁴. Esto en cuanto entendemos que estos grupos intermedios generan estructuras normativas de distinta naturaleza y con sus propias particularidades²⁵. Hoy en día, este paradigma ha comenzado a mirarse desde una perspectiva amplia, asumiendo la posibilidad de reconocer no solo a la sociedad global la facultad de creación de normas jurídicas, sino también a otros grupos particulares²⁶.

El dinamismo del Derecho determina que iniciado el siglo XXI, este modelo está cambiando nuevamente, como una necesidad de satisfacer los fines del Derecho, con una mirada más pluralista. Como primera etapa, en diversos sistemas se ha acogido positivamente la noción de pluralismo jurídico²⁷, cuestión que

²² Levy – Bruhl destaca que, dentro de las manifestaciones exteriores de la costumbre, existen expresiones negativas que se manifiestan en omitir la aplicación del Derecho, señalando la novedad en su tiempo que representaba la preocupación de las ciencias jurídicas por este fenómeno. LEVY – BRUHL, H., *Sociología...*, cit. n. 15, p.22

²³ CARBONNIER, J., *Ensayos sobre las Leyes*, (traducido por Díez Picazo), L., Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp. 142-144.

²⁴ En esta línea Ehrlich fue uno de los primeros en oponerse a esta concepción resaltando el carácter arbitrario y fictivo de la unidad del orden jurídico. Desde su perspectiva, la fuente principal del Derecho no se encuentra en la legislación, sino en la sociedad misma, esta es posible observarla directamente en la vida social, las transformaciones, los hábitos, los usos de todos los grupos, no solamente de aquellos reconocidos jurídicamente sino también de los grupos ignorados o despreciados por el Derecho e incluso condenados por este Derecho". EHRLICH, E., *"La sociología del diritto"*, Revista internazionale di filosofia del diritto, 1992, pp. 102-107.

²⁵ CARBONNIER J., *Sociología jurídica*, (traducido por L. Díez Picazo), Madrid, 1982, Editorial Tecnos, pp.115-124.

²⁶ El Derecho como un producto social siempre tuvo una naturaleza pluralista, la concepción monista que predomina la realidad jurídica es el resultado de un proceso reaccionario asociado directamente con la formación de los Estados nacionales que se construyen tras la disolución de las sociedades medievales. Previo a ello, existió históricamente un reconocimiento de diversos ordenes normativos como la iglesia, el imperio, los feudos, cofradías. Sobre este punto véase: SÁNCHEZ- CASTAÑEDA, A., *"Los Orígenes del Pluralismo Jurídico"*, en *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad* coord. Oscar Alba, Editado por la Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Bolivia, pp. 30 - 31.

²⁷ Ejemplo de lo anterior son las diversas naciones latinoamericanas, quizás el más amplio lo encontramos en la actual Constitución boliviana del año 2009, en su Art. 1, define al Estado Boliviano como *"Unitario Social de Derecho Plurinacional Comunitario, libre, independiente, soberano, democrático, intercultural, descentralizado y con autonomías, determina que se funda en la pluralidad y el pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico,*

consagrará como una exigencia a partir del requerimiento de la estructura internacional vinculada a los Derechos Humanos.

3.- La Revitalización del Derecho Consuetudinario Indígena en un Contexto de Pluralismo Jurídico.

En la actualidad el concepto Derecho indígena tiene una doble connotación, primeramente, se vincula al ordenamiento jurídico positivo estatal, es decir, a las normas creadas por el Estado, cuyos destinatarios son las comunidades originarias. Un ejemplo, es la propia Ley Indígena creada por el Estado chileno. También, el término se remite exclusivamente al bloque de tratados internacionales que tratan sobre derechos indígenas, ya sea de manera particular, o bien, indirectamente al reconocer derechos comunes a todos los individuos de la especie humana²⁸.

Una vertiente distinta, considera como Derecho indígena, únicamente al conjunto de normas que regulan internamente las relaciones entre sujetos al interior de las comunidades, usualmente se trata de un Derecho cuya principal fuente es la costumbre, por ello su denominación de Derecho Consuetudinario. Se trata de un Derecho generalmente no escrito, que nace de actos reiterados al interior de un grupo humano, respecto a los cuales existe una convicción que deben ser respetados, de ahí su naturaleza jurídica. Entendiendo, que se obedece por un imperativo de naturaleza jurídica, es decir, con carácter de obligatoriedad y no por mera voluntad²⁹.

Desde una perspectiva distinta, se indica que no existiría tal concepto, sino derechos propios de cada población indígena, es decir, modelos particulares respecto a cómo las distintas sociedades ordenan su vida social y resuelven sus conflictos. Estos incluirían tanto sistemas con expresiones originarias, como modelos que han ido incorporando elementos foráneos ya sea por imposición o por el simple devenir de un mundo conectado y globalizado³⁰.

Para Stavenhagen, es posible concebir el Derecho consuetudinario indígena como *“un conjunto de normas legales de tipo tradicional, no escritas ni codificadas, distintas del derecho positivo vigente en un país determinado”*³¹. Debemos destacar que la referencia al carácter de legales de esta norma, desde el Derecho pareciera mal aplicado, en cuanto el concepto ley se vincula a una fuente particular, cuyas características no se condicen con la costumbre desde ninguna perspectiva. Por su parte Aylwin lo conceptualiza como *“aquellas normas y reglas de comportamiento y de convivencia social que existen al interior de cada comunidad o de cada pueblo indígena, y que contribuyen a la integración de cada sociedad, al mantenimiento de*

dentro del proceso integrador del país”. Otro ejemplo de este reconocimiento lo encontramos en: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, está en su artículo N°2 reconoce tanto el carácter pluricultural de la nación como su obligación de respetar el Derecho Consuetudinario Indígena; también en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en su capítulo VIII sobre derechos humanos de los pueblos indígenas; en Ecuador la nueva Constitución del año 2008 en su artículo N°1 se reconoce como plurinacional, entre otros.

²⁸ Un ejemplo de la utilización en este sentido en: NÚÑEZ, M., *Invitación al Estudio del Derecho y los derechos de los pueblos indígenas en el Chile Republicano, en Normativa Nacional e Internacional sobre Pueblos Indígenas*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2010, pp. 13-47.

²⁹ Al respecto Alessandri señalaba que este elemento genera discusión, como critica se indica que tiene poco sentido práctico y lógico, en cuanto contiene un círculo vicioso ya que para la formación de la costumbre se requiere la existencia de un imperativo jurídico, mientras que al mismo tiempo la existencia de este imperativo jurídico sugiere que la costumbre ya existe como tal. ALESSANDRI, A. Et alii, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, Editorial Nascimento, Santiago, 1961, p. 99.

³⁰ SANCHEZ BOTERO, E.” *Reflexiones en Torno de la Jurisdicción especial Indígena en Colombia*”, en El Derecho Indígena de Hoy en América Latina, Revista del IIDH, Vol. 41, 2005, p.226.

³¹ STAVENHAGEN, R., *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, en Antología Grandes Temas de la Antropología, p. 16.

su orden interno y a la solución de los conflictos que puedan surgir, incluyendo, por lo tanto, un sistema de sanciones para quienes violan estas normas”³².

Mientras Yrigoyen critica la referencia a los sistemas normativos indígenas como usos y costumbres destacando que resulta teóricamente limitado para referirse a ellos, ya que sólo destaca su contexto como prácticas aisladas y repetidas inmemorialmente. En contrario, indica que los estudios empíricos sobre los sistemas normativos indígenas dan cuenta de que no sólo se trata de prácticas aislada, sino que tiene un eje cultural que las articula a modo de sistema, teniendo por tanto naturaleza de sistema normativo, autoridades y procedimientos por los cuales regulan su vida social, resuelven conflictos y organizan el orden interno. Resalta su capacidad de adaptación y cambio, pues han tenido que sobrevivir en condiciones de persecución, respondiendo a necesidades y demandas sociales cambiantes³³.

El componente consuetudinario de los derechos indígenas latinoamericanos, resulta quizás su principal particularidad, su atención y estudio de carácter multidisciplinario, ha permitido trazar transversalmente puentes desde distintas áreas de las ciencias sociales³⁴. Sin embargo, su estudio y atención no son exclusividad de la política moderna. Tal como señala Tau, la preocupación por estudiar las costumbres indígenas será tempranamente objeto de interés en el encuentro con Europa. El efecto será una *mestización jurídica*, es decir, el sincretismo de instituciones europeas con las costumbres de las sociedades americanas, en este proceso claramente la relevancia de una y otra resultará asimétrica en su proyección³⁵.

Los datos indican que la corona española ordenará tempranamente el estudio de los usos indígenas con el fin reportar dichos antecedentes para la toma de decisiones. En esta línea Levaggi cita el caso de la Real Cedula del 20 de diciembre de 1553. Este documento histórico incita a las audiencias a informarse por los indios viejos de cada provincia respecto del tributo que estos pagaban a los antiguos señores y sobre la autoridad de los caciques y la sucesión de cacicazgos esto “*como cosa que mucho importa, y conviene al descargo de la conciencia de su majestad*”³⁶.

También los antecedentes demuestran que la idea de que las poblaciones indígenas fueran juzgadas por su propio Derecho consuetudinario estarán presente desde los primeros tiempos. Un ejemplo se observa en Real Cedula de Felipe II dirigida a la audiencia de Charcas del 23 de septiembre de 1580. En esta el monarca haciendo alusión a las injusticias que generaba el juzgar a los indígenas bajo las normas de la corona, señalaba: “*como sabéis tenéis orden precisa de que en los pleitos de los dichos indios no hagan procesos ordinarios y que sumariamente se determinen guardando sus usos y costumbres, no siendo claramente injustas, y de no hacerse así, demás de seguirse tanto daño a los dichos indios, Nos somos de servido*”.

³² AYLWIN, J., “Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Internacional Comparado y en la Legislación Chilena”, en Actas del Segundo Congreso Chileno de Antropología. Tomo I., p. 189.

³³ YRIGOYEN, R., *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2003, p. 16

³⁴ Sobre la materia: CASTRO, M. et alii, *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho, Orientaciones desde la Antropología Jurídica*, Editado por el Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2014.

³⁵ TAU, V., “El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación”, 2000, p. 40, Recurso Electrónico, Disponible en: <http://www.larramendi.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=1115> [visitado 24/07/2017]

³⁶ Véase en este sentido otros ejemplos señalados en LEVAGGI, A., “Notas sobre las vigencias de los derechos indígenas y la doctrina indiana” en Revista Complutense de Historia de América, 17, 79-91, Edit. Universidad Complutense, 1991, p. 79.

En la Recopilación de Indias de 1680 este principio se reiterará señalando: "*ordenamos y mandamos que las leyes y buenas costumbres que antiguamente tenían los indios para su buen gobierno y policía y sus usos y costumbres observadas y guardadas después que son cristianos y que no se encuentran con nuestra Sagrada Religión ni con las leyes de este libro y las que han hecho y ordenado de nuevo se guarden y ejecuten...*"³⁷. Sobre este aspecto Guzmán Brito indica que la Recopilación solo reconocía a la costumbre *secundum legem*, pero guarda silencio respecto de otros tipos de costumbre. Sin embargo, este silencio será suplido por la práctica de los juristas quienes aplicaron otras formas de costumbres incluso *contra legem*³⁸.

Debemos destacar que conforme al modelo de "*status*" que imperaba en el Derecho castellano, resultaba esperable que este modelo se replicará en América existiendo la necesidad de encajar a los indígenas dentro de esta estratificación, cuestión que llevará al establecimiento de un régimen jurídico diferenciado. De esta manera se aplicarán tres categorías del Derecho castellano, la de rústico, miserable y menor. Se les otorgará el carácter de rústicos "*a quienes vivían por fuera del ámbito de la cultura letrada y urbana, y a quienes, por lo tanto, se les permitía regirse según sus costumbres, como una manera de relegarlos a la marginalidad de las instituciones*"³⁹.

Se postula que la intención de respetar las costumbres indígenas tendrá como principal objetivo facilitar la dominación del conquistador, como dice Boaventura de Souza "*esto permitirá el ejercicio de la soberanía colonial sobre los diferentes grupos, reconociendo los derechos precoloniales, para manipularlos, subordinarlos y ponerlos al servicio del proyecto colonial*"⁴⁰. Sostenemos que esto responde también a la realidad de las fuentes jurídicas en Europa de la época, cuyo modelo asentado sobre una noción de pluralismo jurídico, daba valor a la costumbre como fuente de Derecho, conforme al requerimiento de respeto por la diversidad jurídica exigida por las distintas comunidades.

Debemos destacar que cualquier acogimiento de costumbres indígenas estará restringida al límite de no oponerse a la fe cristiana, barrera infranqueable para los propósitos colonizadores⁴¹. En este sentido, la conquista estará sujeta a

³⁷ Recopilación de Indias. 2. 1. 4.

³⁸ Guzmán, resalta que el Derecho especial indígena se conservó en la medida que la población originaria evito la asimilación, pero como efecto directo esta regla de la Recopilación contribuirá a generar nuevas costumbres producto del mestizaje. GUZMÁN BRITO, A., *Andrés Bello Codificador Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile*, Tomo I, ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982, pp. 44-46.

³⁹ Señala Ceballos-Bedoya, que esta condición de "*rústico*", "*miserable*" y "*menor*", hará al indio merecedor de un trato especial por el Derecho, por lo cual se le eximía de muchos pagos ante la justicia y estaba exento de la aplicación de ciertos castigos y de la jurisdicción de la Santa Inquisición. De la misma manera, se intentará crear una jurisdicción especial para los indios, que permitiera solucionar con celeridad y a bajo costo los conflictos en los que estuvieran involucrados. CEBALLOS-BEDOYA, N., "*Usos indígenas del Derecho en el Nuevo Reino de Granada. Resistencia y pluralismo jurídico en el derecho colonial. 1750-1810*", *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 2011, 13, (2), pp. 228-229.

⁴⁰ El autor citando a Griffiths nos habla de un pluralismo jurídico débil, en cuanto los sistemas jurídicos pre coloniales no son considerados en sus propios términos sino puestos al servicio de una dominación altamente centralizada como la colonial. DE SOUSA, B., *Sociología Jurídica Crítica, Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2009, p. 54.

⁴¹ En este sentido, Bonfil indica que bajo este paradigma lo relevante es la situación de contraste, la relación excluyente frente a la religión del conquistador. Desde esta mirada, todos los pueblos aborígenes quedan equiparados, "*porque lo que cuenta es la relación de dominio colonial en la que sólo caben dos polos antagónicos, excluyentes y necesarios: el dominador y el dominado, el superior y el inferior, la verdad y el error*". Con este propósito el orden legal impuesto se conforma como una garantía para el dominio colonial. BONFIL G., *El Concepto de Indio en América: Una Categoría de la Situación Colonial*, en *Anales de la Antropología*, Revista del Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, México, Vol. 9, 1972, pp. 111-112.

principios definidos no por el Derecho, sino por la teología, en esto hundirá sus raíces la presunción civilizatoria. Fuera de ella, podrán existir otras prácticas espirituales pero no otra religión, podrán existir costumbres pero jamás un Derecho contrario al del colonizador⁴². Esta cuestión, sentará conciencia en lo jurídico impidiendo el respeto quizás de las zonas más relevantes de las culturas prehispánicas, así por ejemplo, respecto de las normas de familia y un número importante de normas penales indígenas⁴³.

Posteriormente, manteniendo este concepto monista en la creación jurídica en el proceso de formación del Estado moderno existirá un traspaso de una diversidad de centros de creación jurídica pasando a una monopolización de su producción. Este control en la elaboración jurídica por parte de los nuevos Estados, sumergirá el sentido pluralista del Derecho durante largo tiempo para convertirse en una realidad uniforme⁴⁴. Sin embargo, esta uniformidad en lo jurídico responde más a un deseo de naturaleza utópica que a una descripción de realidad. Esto en cuanto nuestra naturaleza humana de origen diversa, conllevará permanentemente al encauzamiento a fenómenos con matiz de diversidad en el Derecho.

Prueba de lo anterior, es el permanente surgimiento sistemas jurídicos al margen del Estado, o más bien, distintos al Estado. Dentro de ellos se agruparán aquellos a los cuales el sistema reconoce formalmente como el Derecho Internacional o el Derecho canónico. Pero también se mantendrán otros de naturaleza diferente como los sistemas jurídicos indígenas. A esto se refiere Wolkmer cuando nos habla de un pluralismo jurídico estatal y otro pluralismo jurídico comunitario. Dentro del primero se agrupan los modelos reconocidos y controlados con mayor o menor autonomía por el Estado, en los segundos, se integrarán otros espacios con identidad propia, que subsisten independiente del poder del Estado⁴⁵.

En nuestra realidad, aún resulta complejo comprender esta impronta en cuanto convivimos bajo la sombra de un binomio de ideas. Por un lado, la noción de que las normas jurídicas que regulan el comportamiento en sociedad, deben ser similares para todos los ciudadanos. Segundo, toda norma es creación exclusiva del Estado. Este discurso postula aquello denominado una idea monista del Derecho, es decir, un sistema con carácter unitario y universal. Esta concepción monista será el reflejo de las ideas de la burguesía, cuyo objetivo se vincula directamente con la unificación y la reducción de la diversidad desde todas las perspectivas, con miras al reforzamiento del sentimiento nacionalista y del principio de igualdad ante la ley⁴⁶.

En la modernidad la noción de pluralismo jurídico, ha conllevado también el debilitamiento del paradigma de un sujeto único en el Derecho. En este sentido, para analizar la relevancia de la costumbre se debe distinguir entre costumbre

⁴² CLAVERO B., *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2009, p.6.

⁴³ BRAVO, B., "*El Derecho Indiano y sus Raíces Europeas: Derecho Común y Propio de Castilla*" en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Tomo LVIII, Madrid, 1988, p.3.

⁴⁴ Desde esta mirada Grossi, no habla de *absolutismo jurídico* de esta manera la labor de los jueces y de la ciencia jurídica "*quedarán reducidas a un estado de servidumbre hacia el legislador*". Con esto, alude a que la experiencia de lo jurídico, será minimizado a la repetición de la voluntad de un legislador mayoritariamente no jurista. Esto se reflejará, en una mitificación de lo jurídico, cuestión que se traducirá en la ficción del sistema democrático, en cuanto la ley como una expresión de la voluntad general. GROSSI, P., *La Primera Lección...*, cit. n. 20, pp. 54-58.

⁴⁵ WOLKMER, ANTONIO CARLOS, *Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina*, 2003, pp. 7-8.

Disponible en: <http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf> [visitado 3/10/2017]

⁴⁶ KROTZ, E., *Sociedades, Conflictos, Cultura y Derecho desde una Perspectiva Antropológica*, en *Antropología Jurídica: Perspectivas Socioculturales en el Estudio del Derecho*, E. Krotz (coord.), Editorial Anthropos, 2002, p. 16.

indígena y no indígena⁴⁷. En el caso de las sociedades indígenas, la costumbre jurídica penetra en una serie de actos relevantes para cada pueblo, estas particularidades configuran su diversidad que definen su identidad cultural, que traducida en derecho subjetivo de carácter colectivo determina su actual protección consagrada a nivel de Derechos Humanos⁴⁸.

En términos prácticos, esta serie de actos definen las conductas de las personas, configurándose en el imaginario que distingue a un grupo humano de otro. Dentro de estos se integran una serie de materias que aparecen reguladas mediante la costumbre. Entre las más relevantes podemos señalar: a) normas generales de comportamiento público; b) mantenimiento del orden interno; c) definición de derechos y obligaciones de los miembros; d) reglamentación sobre el acceso a recursos, y distribución de los mismos; e) reglamentación sobre transmisión e intercambio de bienes y servicios; f) definición y tipificación de delitos, distinguiéndose generalmente los delitos contra otros individuos y los delitos contra la comunidad o el bien público; g) formas matrimoniales y de construir familia⁴⁹; h) control y solución de conflictos y disputas; i) definición de los cargos y las funciones de la autoridad pública⁵⁰.

El concepto de lo consuetudinario en el Derecho, ha sido revitalizado como una respuesta de las reformas judiciales de las políticas neoliberales en la búsqueda de regular los espacios informales de ejercicio de justicia, en las zonas urbanas esto asumirá diversas formas alternativas de justicia. Mientras en lo rural, la flexibilidad de la categoría de la costumbre como concepto jurídico, se conformará como una alternativa para atender a las poblaciones marginales, esto último apoyado en el concepto de cultura⁵¹. Desde esta perspectiva es posible relacionar las palabras que Roca Trías *"mientras conserva su autonomía, un pueblo tiene un derecho privado nacional"*⁵².

⁴⁷ Señala Barrientos, que el acogimiento de esta distinción, constituye un claro ejemplo de la superación de algunas de las ideas claves del racionalismo propio del proceso de codificación, en cuanto su concepción de una aplicación general de la norma sumergía las diferencias culturales bajo una idea de aparente igualdad. BARRIENTOS, J., *El Código Civil, su Jurisprudencia e historia*, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016, p. 47.

⁴⁸ Recientemente la Corte Interamericana de Justicia en la causa Norín Cantriman y otros contra el Estado de Chile se refirió a este derecho a la identidad cultural señalando: *"Los Estados, para garantizar efectivamente los derechos consagrados en el artículo 7 de la Convención, en relación con el artículo 1.1 de la misma, al interpretar y aplicar su normativa interna deben tomar en consideración las características propias que diferencian a los miembros de los pueblos indígenas de la población en general y que conforman su identidad cultural. La duración prolongada de la prisión preventiva puede afectar de manera diferenciada a los miembros de pueblos indígenas por sus características económicas, sociales y culturales, que, en el caso de dirigentes de la comunidad, puede también tener consecuencias negativas en los valores, usos y costumbres de la comunidad o comunidades en que ejerce liderazgo"*. Caso Norín Cantriman y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) contra el Estado de Chile, N° 327, sentencia de 29 de mayo de 2014. También en otras causas *"mutatis mutandis"*, Caso CIDH: caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. Fonda, Reparaciones y Costas. Sentencia de 129 de marzo de 2006, párr. 154, y Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C N°. 250, párr. 177.

⁴⁹ En este sentido revisar: ESPINOZA, A., *"La Invisibilidad Jurídica de la Familia Andina en el Norte de Chile"*, Revista de Derecho, Vol. XXIX, N°1, año 2016, pp. 119-146.

⁵⁰ STAVENHAGEN, R., *Derecho Consuetudinario...*, cit. n. 31, p. 31.

⁵¹ POOLE, D., *"Los usos de la costumbre"*, cit. n. 15, pp. 11-12.

⁵² La frase que destaca Roca Trías es de Durán i Bas, complementa en esta línea señalando: *"ó es necesario afirmar que las leyes y sobre todo las políticas y civiles, pueden vivir en divorcio con las ideas ó costumbre de un pueblo en vez de ser su expresión en cada época de la historia, ó se debe reconocer que la idea de universalidad, en la cual descansa la de unidad del derecho civil entre todos los pueblos, no debe imperar por ahora, ó sea mientras las condiciones sociales de cada uno no hayan adquirido carácter de universalidad"*. ROCA TRIAS, E., *La Poscodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta*, en Anuario de Historia de Derecho español, N° 82, 2012, p. 180.

Vale recordar que el Derecho a la identidad cultural, se conforma en nuestros días como una garantía protegida a nivel de Derechos Humanos dentro de un número amplio de instrumentos internacionales⁵³. De esta manera, cuando un pueblo deja de dirigirse por su propio Derecho, no solo afecta dicha identidad cultural, sino también pone la coherencia y armonía del sistema jurídico en entredicho, al confrontar su norma interna con los compromisos vinculantes contraídos a nivel internacional. Esto traerá entonces casos difíciles, generando antinomias, propendiendo finalmente a la inseguridad del sistema jurídico.

4.- La Costumbre Indígena como Fuente del Derecho Nacional, a partir de su Consagración como Derechos Humanos.

Respecto a la costumbre jurídica en el Derecho nacional, podemos destacar que antes de la codificación decimonónica, esta ocupaba un lugar relevante en todo el incipiente escenario jurídico nacional. El origen de su estado serán la amplia aplicación que tenían las Siete Partidas, en ella la costumbre aparece profundamente regulada bajo el título de *"Del uso e de la costumbre, e del fuero"*⁵⁴. Además, existía una profusa doctrina sobre la materia siendo uno de los aspectos centrales de la enseñanza jurídica de aquellos tiempos. Este aspecto no será exclusivo de las antiguas colonias americanas sino del Derecho occidental en general⁵⁵.

Mientras en la propuesta codificadora inicial de Bello, se proponía mantener dicha relevancia, esto se contraponía a la tendencia dominante en la época cuyo propósito era su expulsión o subordinación a la ley. En el proyecto original del Código Civil de 1853, se incluirá un título preliminar en que era posible percibir cierta cercanía con las partidas, reconociendo valor e importancia a la costumbre. Esta propuesta no tendrá mayores consecuencias, ya que durante su proceso de revisión existirá una directa oposición a mantener este Derecho antiguo⁵⁶.

⁵³ El derecho a la identidad cultural ha sido incorporado en diversos instrumentos jurídicos, como derecho humano se remonta a la Carta de Banjul (1981) que estableció este derecho en su artículo 22.1, posteriormente la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986) la cual define conceptualmente el derecho cultural como derecho a la identidad.; la Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural de fecha 2 de noviembre de 2001, señala en su Artículo 1. *"La diversidad cultural, patrimonio común de la humanidad. La cultura adquiere formas diversas a través del tiempo y del espacio. Esta diversidad se manifiesta en la originalidad y la pluralidad de las identidades que caracterizan a los grupos y las sociedades que componen la humanidad. Fuente de intercambios, de innovación y de creatividad, la diversidad cultural es tan necesaria para el género humano como la diversidad biológica para los organismos vivos. En este sentido, constituye el patrimonio común de la humanidad y debe ser reconocida y consolidada en beneficio de las generaciones presentes y futuras"*. Complementa, el enfoque de los Instrumentos de Derechos Humanos el artículo N°2 de la Declaración de Naciones Unidas De los Pueblos Indígenas. No obstante, será el convenio 169 sobre pueblos indígenas de la OIT, que en su artículo N° 8 regula la institución en detalle.

⁵⁴ Indica Bravo Lira en su estudio sobre las Siete Partidas, que la costumbre será una fuente principal desde el Derecho Indiano de los siglos XVI, XVII, XVIII y parte del XIX, concluyendo esta característica con la codificación de 1857. BRAVO LIRA, B., *"Vigencia de las Partidas en Chile"*, en *Revista de Estudios Histórico - Jurídicos*, N° 10 (1985), p. 63.

⁵⁵ Dice Pérez Martín que entre los hechos que dan cuenta de la influencia histórica de las Siete Partidas, es posible señalar: a) que su influencia se extendió no solo a Castilla y a las Indias, sino también a Portugal y al resto de Europa, siendo traducida a varios idiomas; b) se constituyó como la obra básica en la formación de los juristas de la baja edad media y la edad moderna; c) se crearán un conjunto de obras a partir de ella como glosas, comentarios, epítomes etc. PÉREZ MARTÍN, A., *"La Obra Legislativa Alfonsina y el puesto que en ella ocupan las Siete Partidas"*, en *Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo* N° 3, 1992, pp. 48-50.

⁵⁶ En el proyecto de Código Civil de 1853, el tenor del artículo era el siguiente: *"La costumbre tiene fuerza de ley cuando se prueba de cualquiera de los dos modos siguientes:*

En este sentido, se suprimirán todos los artículos vinculados a dar valor a la costumbre, optándose por la idea de mantener la línea de los Códigos modernos en aquel entonces. El resultado de ello, será el inicio del tenor del actual artículo 2 de nuestro Código Civil que fija el valor remitido de la costumbre a la ley⁵⁷. En este contexto señalaba Claro Solar: *"En un país como el nuestro en que la ley es obra de poderes determinados por la Constitución que ejercen la soberanía que les ha sido delegada por la Nación, no puede ser al mismo tiempo la obra de la comunidad de los ciudadanos"*⁵⁸.

Dentro del Derecho nacional moderno podemos destacar que el escenario ha cambiado sustancialmente en los últimos años. En la actualidad referencias a la aplicación de la costumbre como fuente de Derecho, han sido incorporadas al sistema jurídico mediante la aprobación de los principales instrumentos internacionales vinculadas al respeto y aplicación del Derecho propio indígena y de otras minorías. Esta inserción cobra relevancia por el valor jerárquico que dentro del sistema normativo se les reconoce a las normas internacionales de derechos humanos, cumpliendo una función integradora, interpretativa y supletoria de los derechos fundamentales⁵⁹.

Un ejemplo, lo encontramos en el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), este resalta la importancia que tiene el reconocimiento y respeto de las costumbres indígenas, destacando que su invisibilidad e inaplicabilidad se encuentra asociada a la vulneración directa de sus derechos humanos. Esto lo realiza en su preámbulo cuyo valor de tiene relevancia para la interpretación de todo el instrumento. En este sentido señala: *"observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores y costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión..."*.

De manera directa el convenio, se hace cargo de esta situación en su artículo 8 indicando: *"1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario. 2. Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio. 3. La aplicación de los párrafos 1 y 2 de este artículo no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los*

1° Por tres decisiones judiciales conformes pasadas en autoridad de cosa juzgada dentro de los últimos diez años; 2° Por declaraciones conformes de cinco personas inteligentes en la materia de que se trata nombradas por el juez de oficio ó á petición de parte. Sólo á falta del primero de estos dos medios podrá recurrirse al segundo y ni el uno ni el otro, ni los dos juntos, valdrán, si durante dicho tiempo se hubiere pronunciado decisión judicial contraria, pasada en autoridad de cosa juzgada".

⁵⁷ Complementa indicando que sus fuentes de inspiración son el artículo 10 del Código Austriaco y el artículo 3 del Código Holandés, ambos tenidos a la vista por Bello. BARRIENTOS, J., *El Código Civil*, cit. n. 47, pp. 46-47.

⁵⁸ CLARO SOLAR, L., *Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo I, Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago, 1898, p. 42.

⁵⁹ Un estudio en profundidad sobre esta materia véase en: NASH, C. et alii, *"Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile"*, en Revista Estudios Constitucionales, Año 15, No 1, 2017, pp. 15 – 54.

derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes"⁶⁰.

Asimismo, se ha declarado que el reconocimiento del pluralismo jurídico asociado a revaloración de la costumbre como fuente primaria, se conforma como instrumento de defensa eficaz contra la asimilación. Al respecto se refiere el anexo de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas: *"Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales..."*. Luego, continúa: *"Afirmando además que todas las doctrinas, políticas y prácticas basadas en la superioridad de determinados pueblos o individuos que la propugnan aduciendo razones de origen nacional o diferencias raciales, religiosas, étnicas o culturales son racistas, científicamente falsas, jurídicamente inválidas, moralmente condenables y socialmente injustas"*. Esto quedará plasmado en su artículo N° 5 que indica: *"Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado"*.

Por su parte la Comisión de Derechos Económicos Sociales y Culturales, ha ratificado que dentro del Pacto de Derechos Económicos, sociales y culturales de 1966 se entiende incorporada en su artículo 15 la protección de la identidad cultural⁶¹. Complementando que ha señalado que una manera de reducir la discriminación es mediante el reconocimiento por parte de los Estados de las diversas identidades culturales de los individuos y comunidades que habitan su territorio⁶². Por su parte, el artículo 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos estipula que: *"En los Estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma"*.

Respecto a la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), si bien, no ha tratado de manera directa el valor del Derecho Consuetudinario indígena, ha interpretado favorablemente consagrando la posibilidad de acudir a otros instrumentos jurídicos distintos a la Convención Americana de Derechos Humanos que sí contienen este deber. En esta perspectiva ha señalado: *"En consecuencia, si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana. Si la propia Convención establece que sus regulaciones no tienen efecto restrictivo sobre otros instrumentos internacionales, menos aún podrán traerse restricciones presentes en esos otros instrumentos, pero no en la Convención, para limitar el ejercicio de los derechos y libertades que ésta*

⁶⁰ En la misma línea, la OIT en su guía de aplicación del convenio indica: *"La implementación eficaz de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos internacionalmente... exige el reconocimiento y la aceptación de las costumbres, el derecho consuetudinario y los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas, en especial a lo que respecta a los derechos colectivos, de fundamental importancia para los pueblos indígenas"*.

⁶¹ Este derecho a la identidad cultural aparece también consagrado en una serie de declaraciones e instrumentos jurídicos solo por mencionar algunos: la Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas, aprobada por la Asamblea General en su resolución 47/135 del 18 de diciembre de 1992, su artículo 1.1, establece que *"Los Estados protegerán la existencia y la identidad nacional o étnica, cultural, religiosa y lingüística de las minorías dentro de sus territorios respectivos y fomentarán las condiciones para la promoción de esa identidad"*. Sobre la materia véase: MARTÍN RODRÍGUEZ, G., *Cuestiones Generales sobre el Derecho de Minorías: Una Visión Global*, en *Cadernos de Dereito Actual* N° 3 (2015), pp. 517-534.

⁶² CDESC: "Right of everyone to take part in cultural life (art. 15, para. 1 (a), of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights)". General Comment, mim. 21, 21 de diciembre de 2009, párrafo 23, p. 6.

reconoce”⁶³. Por lo precedente, la CIDH ha utilizado el propio Convenio 169 para resolver los asuntos sometidos a su competencia, así por ejemplo en los casos Yatama y Moiwana⁶⁴.

Otra forma en la cual la CIDH ha reconocido el valor de las prácticas consuetudinarias, es mediante la valoración del derecho de propiedad de carácter comunitario regulado conforme a sus costumbres. Por ejemplo, Previamente, en el caso Awas Tingni la corte ya había recurrido al Derecho consuetudinario para acreditar el dominio de la tierra, reconociendo que *“producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”*⁶⁵. Este reconocimiento del derecho consuetudinario indígena modifica el sistema jurídico de propiedad propio del Derecho occidental, permitiendo la coexistencia de dos sistemas con distintos alcances, imponiendo además a los Estados la obligación de adecuar su Derecho interno.

Esta línea jurisprudencial se ha mantenido en el tiempo, así en el caso de la Comunidad Moiwana, la Corte indico: *“en el caso de comunidades indígenas que han ocupado sus tierras ancestrales de acuerdo con sus prácticas consuetudinarias -pero que carecen de un título formal de propiedad- la posesión de la tierra debería bastar para que obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro”*⁶⁶. El mismo principio se reiteró en el caso del Pueblo Saramaca en el año 2007, señalando: *“... a ser titulares de derechos bajo forma colectiva sobre el territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado, el cual incluye las tierras y los recursos naturales necesarios para su subsistencia social, cultural y económica, así como administrar, distribuir y controlar efectivamente dicho territorio, de conformidad con su derecho consuetudinario y sistema de propiedad comunal”*⁶⁷.

En otra materia la costumbre indígena se ha aplicado para reconocer las formas familiares con que se estructura la vida en las comunidades. Así en el caso Aloeboetoe, la Corte reconoció el Derecho consuetudinario familiar de los *maroons* a la cual pertenecen los saramakas tribu de las víctimas, para efectos de definir quiénes serían los titulares que tuvieran derechos a indemnización de perjuicios. Frente a ello, se consideró el carácter matrilineal y el régimen de poligamia presente en su estructura social, junto al sistema de cuidado de los miembros de la familia que se encuentra a cargo de un grupo comunal que sigue la línea materna.

En este caso, pese a la oposición del Estado de Surinam que en su defensa solicitó que no se reconociera carácter vinculante al Derecho consuetudinario; y que solo se utilizará el concepto de familia occidental fijado en su Código Civil. La Corte se pronunció respecto si el Derecho de familia de Surinam resultaba aplicable a este pueblo, señalando: *“En este sentido, las pruebas producidas permiten deducir que las leyes de Suriname sobre esa materia no tienen eficacia respecto de aquella tribu; sus integrantes las desconocen y se rigen por sus propias reglas y el Estado, por su parte, no mantiene la estructura necesaria para el registro de matrimonios, nacimientos y defunciones, requisito indispensable para la aplicación de la ley surinamesa. Además, los conflictos que ocurren en estas materias no son sometidos por los saramacas a los tribunales del Estado y la intervención de éstos en las materias mencionadas, respecto de los saramacas, es prácticamente*

⁶³ Opinión Consultiva, CIDH, OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

⁶⁴ CIDH: caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005. Serie C, N°. 124.

⁶⁵ Caso Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

⁶⁶ Este principio fue reconocido por la CIDH: En el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo). Posteriormente en el caso: CIDH: caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005.

⁶⁷ Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. CIDH., Excepciones Preliminares, Fondo, y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Serie C, N°. 172, p.97, p. 30

inexistente. Cabe señalar también que en este proceso Suriname reconoció la existencia de un derecho consuetudinario saramaca"⁶⁸.

Finalmente, la Corte optará por no aplicar íntegramente el Derecho común, indicando de manera expresa: *"Estos términos deben ser interpretados según el derecho local. Este, como ya se ha indicado, no es el derecho surinamés porque no es eficaz en la región en cuanto a derecho de familia. Corresponde pues tener en cuenta la costumbre saramaca. Esta será aplicada para interpretar aquellos términos en la medida en que no sea contraria a la Convención Americana. Así, al referirse a los "ascendientes", la Corte no hará ninguna distinción de sexos, aun cuando ello sea contrario a la costumbre saramaca"*.

Podemos destacar que este requerimiento de aplicación del Derecho Consuetudinario indígena no es un fenómeno aislado, sino que se integra dentro de un proceso de reivindicación mayor que plantean los pueblos originarios, su fin es alcanzar formas de autodeterminación y autogobierno crecientes en esto la aplicación de un Derecho propio cumple una papel orgánico⁶⁹. Como señala Anaya este derecho tiene un carácter estructural que entra en contradicción con cualquier actuar de naturaleza colonizadora o imperialista, en virtud de este principio *"las contingencias y legados del encuentro e interacción humanos deben conformarse a la idea esencial de que todos y todas tienen el mismo derecho a controlar su destino"*⁷⁰.

Este bloque de instrumentos de protección específica de los derechos de los pueblos indígenas, ha contribuido a fortalecer las reivindicaciones de los distintos pueblos colonizados. Este proceso ha llevado a una serie de cuestionamientos respecto de herencias centrales en el orden jurídico en las repúblicas americanas. Primeramente, se han quebrado ciertos espejismos, como la noción de que el Estado representa una nación homogénea, con una sola identidad cultural, reemplazándose por el reconocimiento de la diversidad cultural. Un segundo aspecto, se asocia al reconocimiento de un pluralismo jurídico amplio, cuestionándose el monopolio de la producción jurídica por el Estado, moviéndose con ello las bases del derecho en general⁷¹.

Desde la perspectiva de la legislación nacional la Ley de Desarrollo y Fomento indígena, Ley N° 19.253 del año 1993, sigue la misma línea de los tratados internacionales. Esta cuestión responde a una realidad común entre un número amplio de ordenamientos jurídicos en Latinoamérica⁷². En el caso de Chile

⁶⁸ Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, CIDH, Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (Reparaciones y Costas).

⁶⁹ A lo precedente se refiere el artículo N° 4 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas (DDPI) *"Los Pueblos Indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones"*. De la misma manera el artículo 1 N°1 del Pacto de derechos civiles y políticos, *"Todos los pueblos tienen el derecho de libre determinación. En virtud de este derecho establecen libremente su condición política y proveen asimismo a su desarrollo económico, social y cultural"*. En el caso de este último instrumento existen diversos contrapuntos respecto de la extensión de su aplicación a las minorías dentro de los Estados, en especial por la interpretación del concepto pueblo. Véase en este sentido: STAVENHAGEN, R., *Derecho Internacional y derechos indígenas*, en *Derechos Humanos y Pueblos indígenas, Tendencias Internacionales y Contexto Chileno*, editor Aylwin, J., Santiago, Instituto de Estudios Indígenas, 2004, pp. 20-26.

⁷⁰ ANAYA J., *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Editorial Trotta, Madrid 2005, p. 374.

⁷¹ Según resalta, con ello ha comenzado a reconocerse a los pueblos y comunidades indígenas no solo la garantía a tener su propio Derecho, sino también sus propias formas de justicia. YRIGOYEN R., *"Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos"*, en *Revista El Otro Derecho*, número 30. junio de 2004. ILSA, Bogotá, Colombia, p. 173.

⁷² En Latinoamérica continental todos países salvo Chile y Uruguay, han reconocido constitucionalmente una composición pluralista, a partir de ello se establece un estatuto de mayores o menores derechos. De manera particular, algunos incorporado a nivel

la ley indígena en su art. 54 señala: *“La costumbre hecha valer en juicio entre indígenas pertenecientes a una misma etnia, constituirá derecho, siempre que no sea incompatible con la Constitución Política de la República. En lo penal se la considerará cuando ello pudiere servir como antecedente para la aplicación de una eximente o atenuante de responsabilidad”*.

Durante el último tiempo, la tarea más relevante la vienen realizando los Tribunales de Justicia nacionales, quienes mediante una interpretación extensa de la norma han reconocido paulatinamente un espacio diferenciado de Derecho, favoreciendo la aplicación primaria de la costumbre en el contexto indígena, incluso contra norma expresa y aún en conflicto con normas vinculadas a derechos fundamentales⁷³. Este factor resulta relevante, para una posición doctrinaria para la cual la norma consuetudinaria sólo adquiere naturaleza jurídica desde el instante en que el juez la acoge y aplica, siendo necesario que un agente del sistema jurídico oficial transforme en visible lo invisible⁷⁴. En palabras de Guzmán Brito, son costumbres jurídicas aquellas que un juez decida aplicar, *“cuando considere que la regularidad de que se trate atañe o no al campo propio de lo jurídico”*⁷⁵.

Nuestra Corte Suprema ha ratificado el valor diferenciado que tiene la costumbre entre indígenas, en este sentido ha señalado: *“A partir de la ratificación del citado Convenio, incorporado a nuestro ordenamiento de acuerdo a lo prevenido en el artículo 5° de la Constitución Política de la República lo anterior se plasma como derecho a la dignidad de las personas el derecho a la identificación y reconocimiento étnico. A consecuencia de ello, si bien el artículo 1° de la Constitución impone la igualdad formal de las personas, su dignidad determina el reconocimiento de sus diferencias, lo que permite a todas las personas mantener una historia vital ligada a valores propios de su cultura originaria, en el caso de autos, a la mapuche”*⁷⁶.

Recientemente nuestro tribunal superior, ha debido pronunciarse en materia de aplicación de medidas de protección respecto a niños indígenas pertenecientes a la etnia aymara que habita en el norte de Chile. De esta manera analizó la conveniencia de aplicar una medida de separación de la madre, bajo el argumento de aplicarse el interés superior de los menores frente a una presunta vulneración de derechos por negligencia y descuido de la madre. Al mismo tiempo, debió manifestarse sobre uno de los espacios jurídicos de mayor conflicto en el Derecho latinoamericano en la actualidad, esto es la antinomia que se produce de manera transversal, entre un Derecho de familia nacional de raíz occidental y la existencia de un Derecho consuetudinario indígena. Paralelamente, este caso presenta la particularidad que el contrapunto se produce entre normas de igual jerarquía, ambas incorporadas dentro de la estructura internacional de Derechos Humanos, cuestión que se genera al confrontar la Convención de Derechos del Niños y el convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo.

constitucional el derecho a regularse por su propio Derecho consuetudinario, así por ejemplo: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, está en su artículo N°2 reconoce tanto el carácter pluricultural de la nación como su obligación de respetar el Derecho Consuetudinario Indígena; también en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 en su capítulo VIII sobre derechos humanos de los pueblos indígenas; en Ecuador la nueva Constitución del año 2008 en su artículo N°1 se reconoce como plurinacional, entre otros.

⁷³ Un trabajo interesante en esta materia puede verse en: CASTRO M. et alii., *Jurisprudencia Indígena, Cosmovisión y Legislación*, Santiago, 2009, p. 9-239.

⁷⁴ Desde esta posición se postula que para analizar la cuestión de las fuentes del derecho que se debe tener como base el dogma constitucional, respecto a la función del juez que consiste en resolver conflictos aplicando el Derecho existente, a partir de ello es posible reconocer desde un mismo criterio que elementos se conforman como fuente del Derecho. ROSS, A., *Teoría...*, cit. n. 3, p. 358.

⁷⁵ GUZMÁN BRITO, A., *“El Fundamento de Validez de la Costumbre como Fuente de Derecho”*, en Revista Chilena de Derecho, Vol. 22 N° 3, 1995, p. 628.

⁷⁶ Corte Suprema Segunda Sala (Penal), rol 28842-2015, Ministerio Público con Claudio Huentecol Huentecol y otra.

Al respecto la Corte Suprema indico dentro de sus considerandos: *“En este contexto, y siendo la madre de los niños miembro de la etnia aimara, debe tenerse presente la Ley sobre Protección Fomento y Desarrollo de los Indígenas y la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 30 señala que los niños pertenecientes a una minoría étnica tienen derecho a tener su propia vida cultural y emplear su propio idioma. Esto redundo en que los tribunales de justicia, en todas las medidas concernientes a los niños, deben tener como consideración primordial el interés superior del niño, lo que ciertamente impone a los jueces el deber de atender a las costumbres y forma de vida del grupo social a que pertenecen”*.

En los autos señaló como hechos que la madre de los menores señala ser analfabeta, oriunda de Laguna del Huayco, localidad situada al interior de la Comuna de Pica donde no existe acceso a red social alguna, lo que le impidió obtener documentos de identidad para ella y sus hijos, por lo que no accedieron a tiempo a los sistemas de salud y educación, estas circunstancias constituirán la base del alegato para fundar el actuar negligente de la progenitora. El tribunal de primera instancia, en su sentencia dispuso el ingreso definitivo de las niñas a un Hogar de resguardo. En segunda instancia la Corte de Apelaciones confirmo la sentencia⁷⁷.

Teniendo presente estos antecedentes, el tribunal superior, revocará la sentencia de primera y segunda instancia, interpretando el carácter diferenciado de la norma para la situación descrita, acudiendo a la normativa internacional plasmando el respeto por las circunstancias propias de los pueblos indígenas. En este sentido señalaba: *“En la especie, se trata de una familia aimara que vivió hasta hace poco tiempo en un poblado de la precordillera, de manera que su relación con el Estado claramente no podría ser de la entidad que pueda esperarse de las personas que no integran comunidades tan minoritarias, razón por la cual el juicio relativo a la afectación a los derechos de los niños también debe hacerse desde esta perspectiva. Así, no es posible descalificar a la madre por no haber integrado a los niños a las redes sociales”*⁷⁸.

En otra materia, vinculada a la prueba del Estado Civil de la población indígena, siguiendo el tenor de la ley 19. 253 como del Convenio de la OIT, la Corte de Apelaciones de Temuco, clarificando conceptos ha reconocido la pertinencia de la diferenciación jurídica frente a conflictos que involucren a la población indígena, reconociendo el valor que la costumbre reviste para la resolución de estos asuntos, así ha indicado: *“ Desde los primeros albores de nuestro vida republicana se ha reconocido que no es aplicable el derecho común a los pueblos originarios existentes en nuestra patria en relación a la forma de constitución y de acreditación del estado civil, como consecuencia de aceptarse que la familia en dichos pueblos se estructura sobre la base de moldes, valores, y creencias diversas a las del modelo occidental predominante... El efecto propio de la sentencia que reconoce a un indígena de nuestra patria, es validar el estado civil adquirido conforme a su derecho consuetudinario, y por lo mismo equiparar su situación con la de la filiación legítima, propia del derecho común, eliminando con ello toda forma de discriminación, que pueda originarse en la forma diversa de constitución de las respectivas familias”*⁷⁹.

⁷⁷ Causa Álvarez – Ticuna Tribunal de Familia de Iquique, RIT P-997-2008, del 6 de marzo del 2009, confirmada sin modificación por la Corte de Apelaciones de Iquique, en causa Rol 34-2009, del 6 de mayo del 2009.

⁷⁸ Causa Álvarez – Ticuna, Corte Suprema - Rol: 3784-2009, de fecha 10 de septiembre del 2009.

⁷⁹ En esta causa el tribunal reconoció otro espacio de diferenciación jurídica, señalando que no es necesario que quienes tienen la calidad de indígenas deban de recurrir a las normas del Código Civil, para constituir dicho estado a través de las correspondientes acciones filiativas en un juicio de carácter contencioso. Ratificando que deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su Derecho consuetudinario en su aplicación preferente por sobre las normas del Derecho común, validando con ello el estado civil adquirido conforme a su Derecho consuetudinario, y por lo mismo equiparar su situación con la de la

Mediante esta interpretación, se ratifica que conforme a la normativa vigente en Chile deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su Derecho consuetudinario, cuestión que permite avalar el alcance amplio que se debe dar a las normas del art. 4 de la ley 19.253, en su aplicación preferente por sobre las normas del derecho común. De esta manera el valor de la costumbre, se levanta nuevamente como una herramienta necesaria en el Derecho, permitiendo el respeto por valores que desde lo jurídico se configuran en la actualidad como esenciales.

En esta línea pero en un asunto de distinta naturaleza, se ha generado en materia de violencia intrafamiliar, existiendo a la fecha una amplia jurisprudencia en que nuestros tribunales han favorecido la aplicación de acuerdos reparatorios tratándose de población indígena, esto pese a que la Ley N° 20.066 que regula la materia prohíbe expresamente esta circunstancia⁸⁰. Actualmente, existe una clara tendencia a favorecer la aplicación de la costumbre indígena, permitiendo que los conflictos dentro de las comunidades se han resueltos conforme a sus propias tradiciones⁸¹.

Sin embargo, la misma Corte se ha pronunciado en un sentido adverso, inclinándose por no reconocer lo señalado en los tratados internacionales, favoreciendo la normativa interna. Así se ha declarado que: *“Que no obstante dicha circunstancia el tribunal a quo rechazó la excepción de cosa juzgada argumentando, por una parte, que la facultad de conocer y juzgar las causas civiles y criminales, resolverlas y ejecutar lo juzgado corresponde exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley; y por otro, que nadie puede ser juzgado por comisiones especiales sino por el tribunal establecido por la ley y que se halle establecido por anterioridad por esta”*.

Consideramos que esta interpretación transgrede lo señalado en el artículo 9° numeral 1 del Convenio de la OIT suscrito por Chile, que señala *“que en la medida en que ello sea compatible con el sistema jurídico nacional y con los derechos humanos internacionalmente reconocidos, deberán respetarse los métodos a los que los pueblos interesados recurren tradicionalmente para la represión de los delitos cometidos por sus miembros”*. Esta interpretación impide dar valor al convenio, obstaculizando cualquier forma de pluralismo judicial, ya que esto siempre resultará incompatible con el sistema jurídico nacional que a nivel constitucional solo reconoce a los tribunales que integran el poder judicial. Así, una sentencia dictada por la comunidad a la que pertenece el imputado o una sanción penal impuesta por ellos, no puede tener valor para resolver jamás un conflicto en que el poder judicial sea competente.

Desde esta perspectiva, resaltamos que el valor de una interpretación armónica con el valor que los Derechos Humanos se conforma como la principal vía para velar por la armonía y coherencia del sistema jurídico, al respecto nuestra Corte Suprema en el considerando cuarto de la causa rol N° 10.635-2011 del 04 de enero de 2012, señalaba: *“Que, claramente, la primera cuestión es de*

filiación legítima, propia del Derecho común, eliminando con ello toda forma de discriminación, que pueda originarse en la forma diversa de constitución de las respectivas familias. Para ello, se reconoce un rol diverso a la institución de la posesión notoria, *“dado que mientras en este último es solo un medio de prueba, en el ámbito indígena el constituye un título, que reconoce la existencia del estado civil ya adquirido conforme a la costumbre de los pueblos originarios”*. Corte de Apelaciones de Temuco, causa Civil-332-2013, de fecha quince de julio de dos mil trece

⁸⁰ En esta línea ver los siguientes fallos: Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 02 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 581-2012; Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 21 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 635-2012; Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 17 de julio de 2012, rol de ingreso N° 499-2012. 5.- Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 4 de enero de 2012, rol de ingreso N° 1192-2011 entre otros.

⁸¹ Un estudio en profundidad sobre esta materia y sus alcances en: CALDERÓN, C., *“Hacia una comprensión “trágica” de los conflictos multiculturales”*, en Revista Chilena de Derecho, vol. 42 No 3, 2015, pp. 975 – 1001.

interpretación jurídica, puesto que ha de razonarse en torno a si el Convenio, en cuanto tratado internacional incorporado al ordenamiento jurídico interno, lo hace como ley común o con rango constitucional, de modo que sólo en este último caso pudiera tener preeminencia sobre la ley 20.066. Pudiera también generarse discusión en torno a la especialidad de los cuerpos normativos, puesto que uno atiende al hecho y el otro, a los sujetos. Pero, sea cual sea la discusión, el tema es de interpretación legal.”

Resulta relevante para este efecto el mecanismo denominado control de convencionalidad, este ha sido definido por Aguilar Carvallo como “*el acto de control que efectúa el juez nacional en cuanto a la conformidad de la norma interna respecto de la norma internacional y, más específicamente, en cuanto a la conformidad de la ley a los tratados internacionales respecto de los cuales el Estado ha consentido en obligarse*”⁸². El propósito principal de este control será armonizar de manera integral todo el sistema jurídico, evitando desarticulaciones que provoquen la posibilidad de demandas en contra del Estado frente a incumplimiento por compromisos contraídos a nivel internacional, velando al mismo tiempo por la eficaz protección de los derechos humanos. Se ha destacado que este resulta un mecanismo eficaz para expulsar aquellas normas contrarias a los Derechos Humanos⁸³. En conclusión, los organismos internos tienen la obligación de interpretar las normas internas de formas que sean compatibles con los compromisos contraídos a nivel internacional permitiendo la eficacia de las normas que consagran Derechos Humanos.

La Corte Interamericana ha señalado respecto a este tipo de conflictos “*Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, dicho tratado obliga a todos sus órganos, incluidos sus jueces, quienes deben velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas o interpretaciones contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana*”⁸⁴.

Otro de los principios instalados en la jurisprudencia de la CIDH, que opera a favor del reconocimiento del Derecho consuetudinario indígena, es el denominado

⁸² Señala el autor que este control puede tener su origen tanto en la Constitución cuando esta ha previsto expresamente la superioridad jerárquica de los tratados internacionales por sobre las normas infra- constitucionales, o bien, mediante la jurisprudencia nacional cuando se ha consagrado un órgano jurisdiccional que vele por la conformidad de las leyes a los tratados internacionales. También tiene su fuente en el propio Derecho Internacional por tres vías: a) mediante el impedimento de invocar el derecho interno para no cumplir con las obligaciones derivadas del ámbito internacional, b) en la obligación de adecuar su orden jurídico interno al derecho internacional y; c) en la obligación del Estado de garantizar el goce de los derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales. AGUILAR CAVALLO, G., “*El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado*”, en Revista Direito GV, São Paulo 9(2), Jul-Dez 2013, pp. 721-727.

⁸³ NASH ROJAS, C., “*Control de convencionalidad. Precisiones conceptuales y desafíos a la luz de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano Año XIX, Bogotá, 2013, p. 482.

⁸⁴ Corte IDH: Caso Fontevecchia y D’ Amico vs. *Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011. Serie C no 238, par. 93; Cfr. Corte IDH. Un argumento de naturaleza similar se utilizó en el Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No 239, paras. 281-282.

principio pro persona. Este promueve la noción de acudir a la interpretación más extensiva cuando se trate de reconocer las dimensiones de los derechos protegidos en los instrumentos internacionales. Reconoce que los tratados sobre derechos humanos son instrumentos que deben adaptarse a los cambios sociales y a la movilidad humana, este ejercicio solo será posible realizarlo con una interpretación evolutiva, siendo el criterio que tutela la actividad de los tribunales internacionales de derechos humanos. Se considera tal como indica la Corte IDH, el objeto y fin de dichos instrumentos es la eficaz protección de la persona humana, objetivo que no podría alcanzarse de no contemplar una interpretación evolutiva⁸⁵.

En resumen, si bien, los tribunales están desarrollando una tarea relevante en la materia, pareciera no ser suficiente para contribuir a otorgar la debida seguridad jurídica. En este sentido De Souza, se pregunta *¿si el Derecho puede ser emancipatorio?*, destacando que en la actualidad el Derecho atraviesa un estado que denomina de transición. Este proceso se distingue porque las cuestiones complejas que plantea, no logran encontrar un entorno social o cultural propicio para obtener su respuesta⁸⁶. Por lo anterior, es posible postular que en el estado actual del Derecho legislado, es posible encontrar esta respuesta nuevamente en la costumbre, su fundamento se justifica en la legítima dependencia a la expresión natural de lo jurídico, debiendo atenderla, vinculándolo y prestando garantías para una debida retroalimentación. De tal forma, de evitar que sus caminos se bifurquen, impidiendo la disociación de ambos Derechos, con ello se evita la fijación de aquello que la doctrina ha denominado un Derecho de subordinación⁸⁷. Mientras que un correcto diálogo entre ambas vertientes acerca el constructo jurídico a la tendencia democrática propia de nuestros tiempos.

5.- Conclusiones.

- 1.- La cuestión respecto a la existencia de un Derecho propio indígena pareciera que no tienen discusión, considerando incluso los primeros albores de la colonización. El reforzamiento de la relevancia que tiene la costumbre indígena como herramienta jurídica se encuentra asociado al derecho a la identidad cultural, siendo las normas jurídicas un factor esencial de la expresión social.
- 2.- La normativa vigente compuesta por normas de origen internacional como nacional, conforman actualmente un bloque efectivo que promueve la aplicación del Derecho Consuetudinario Indígena para proteger el derecho a la autodeterminación de nuestros pueblos. A partir de su existencia es posible observar un cambio progresivo en la práctica judicial de nuestros tribunales. No obstante, este camino se encuentra con puertas abiertas, planteando un desafío genérico a todos quienes intervienen en la construcción de la realidad normativa.
- 3.- En nuestro sistema jurídico se observa aún un uso escaso de esta validación, sin embargo, la jurisprudencia incipiente, permite observar una actitud aperturista. El reto se plantea como una oportunidad para el Derecho, mediante el reconocimiento real de la existencia de un pluralismo jurídico, única vía para una realidad emancipadora a partir del Derecho. Esto a la espera que una adecuada técnica legislativa establezca cánones modernos y respetuosos a nuestra conformación históricamente diversa.

⁸⁵ AGUILAR, G. Y NOGUERA, H., *"El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa"*, en Revista de Derecho Público, Vol. 84, 1º Semestre 2016, pp. 13-43.

⁸⁶ DE SOUZA SANTOS, B., *"Derecho y Emancipación"*, en Pensamiento Jurídico Contemporáneo N°2, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Quito, 2012, p. 63.

⁸⁷ Señala Gurvitch que la relación entre un Derecho espontáneo y el Derecho organizado, tiende a dialogar en permanente tensión. La causa se justifica en que un Derecho espontáneo nunca logra una plena representación en el Derecho legislado. Al mismo tiempo, el carácter móvil y dinámico de lo espontáneo contribuye al distanciamiento generando permanentes conflictos. GURVITCH, G., *Elementos de la Sociología Jurídica*, (Trad. José Cajica), Editorial José Cajica, Puebla, México, 1970, pp. 221-255.

6.- Bibliografía.

- AGUILAR CAVALLLO, G., "El Control de Convencionalidad: Análisis en Derecho Comparado", en Revista Direito GV, São Paulo 9(2), Jul-Dez 2013.
- AGUILAR, G. y NOGUERA, H., "El principio favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa", en Revista de Derecho Público, Vol. 84, 1º Semestre 2016, pp. 13-43.
- ALESSANDRI, A. Et alii, *Curso de Derecho Civil*, Tomo I, Vol. I, Editorial Nascimento, Santiago, 1961.
- ANAYA, J., *Los Pueblos Indígenas en el Derecho Internacional*, Editorial Trotta, Madrid 2005.
- AYLWIN, J., "Derecho Consuetudinario Indígena en el Derecho Internacional Comparado y en la Legislación Chilena", en Actas del Segundo Congreso Chileno de Antropología. Tomo I.
- BARRIENTOS, J., *El Código Civil, su Jurisprudencia e historia*, Tomo I, Editorial Thomson Reuters, Santiago, 2016.
- BAUTISTA, R., "La Descolonización de la Política: Introducción a una Política Comunitaria", Plural Editores, La Paz, 2014.
- BOBBIO, N., *Teoría General del Derecho*, Editorial Temis, 1994.
- BODENHEIMER, E., *Teoría del Derecho*, Trad. Vicente Herrero, Editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1989.
- BONFIL G., *El Concepto de Indio en América: Una Categoría de la Situación Colonial*, en Anales de la Antropología, Revista del Instituto de Investigaciones Antropológicas de la UNAM, México, Vol. 9, 1972.
- BRAVO, B., "El Derecho Indiano y sus Raíces Europeas: Derecho Común y Propio de Castilla" en Anuario de Historia del Derecho Español, Tomo LVIII, Madrid, 1988.
- BRAVO, B., "Vigencia de las Partidas en Chile", en Revista de Estudios Histórico - Jurídicos, N° 10 (1985).
- CABRILLAC, R., *Las Codificaciones*, traducido en el proyecto de traducciones de obras francesas contemporáneas del Departamento de Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Editorial Flandes Indiano, Santiago, 2009.
- CALDERÓN C., "Hacia una comprensión "trágica" de los conflictos multiculturales", en Revista Chilena de Derecho, vol. 42 No 3, 2015.
- CARBONNIER, J., *Ensayos sobre las Leyes*, traducido por Díez Picazo, L., Editorial Civitas, Madrid, 1998.
- CARBONNIER, J., *Sociología jurídica*, Traducido por L. Díez Picazo, Madrid, 1982, Editorial Tecnos.
- CARBONNIER, J., *Tendances actuelles de l'art législatif en France*, en *Essais sur les lois*, 2e éd., Répertoire du notariat Defrénois, Paris, 1995.
- CASTRO, M. et alii., *Jurisprudencia Indígena, Cosmovisión y Legislación*, Santiago, 2009.
- CASTRO, M. et alii, *Los Puentes entre la Antropología y el Derecho, Orientaciones desde la Antropología Jurídica*, Editado por el Programa de Antropología Jurídica e Interculturalidad de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, 2014.
- CEBALLOS-BEDOYA, N., "Usos indígenas del Derecho en el Nuevo Reino de Granada. Resistencia y pluralismo jurídico en el derecho colonial. 1750-1810", Revista Estudios Socio-Jurídicos, 2011, 13.
- CLARO SOLAR, L., *Derecho Civil Chileno y Comparado*, Tomo I, Establecimiento Poligráfico Roma, Santiago, 1898
- CLAVERO B., *Derecho Indígena y Cultura Constitucional en América*, Editorial Siglo XXI, Madrid, 2009.
- CUCHE, D., *La Noción de Cultura en las Ciencias Sociales*, trad. P. Mahler, Ediciones Nueva Visión, Buenos Aires, 2002.

- DE SOUSA B., *Sociología Jurídica Crítica, Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Editorial Trotta, Madrid, 2009.
- DE SOUZA S., B., “Derecho y Emancipación”, en *Pensamiento Jurídico Contemporáneo* N°2, Corte Constitucional para el Periodo de Transición, Quito, 2012
- EHRlich, E., “*La sociologia del diritto*”, *Revista internazionale di filosofia del diritto*, 1992.
- ESPINOZA, A., “*La Invisibilidad Jurídica de la Familia Andina en el Norte de Chile*”, *Revista de Derecho*, Vol. XXIX, N°1, año 2016.
- ROCA TRIAS. E., *La Poscodificación civil: la unidad de Códigos, una política muerta*, en *Anuario de Historia de Derecho español*, N° 82, 2012.
- GARCÍA- GALLO, A., *Antología de las Fuentes del Antiguo Derecho. Manual de Historia del Derecho Español II*, segunda edición, Madrid, 1964.
- GROSSI, P., *La Primera Lección de Derecho*, trad. De Clara Álvarez, Editorial Marcial Pons, 2006.
- GURVITCH, G., *Elementos de la Sociología Jurídica*, Trad. José Cajica, Editorial José Cajica, Puebla, México, 1970.
- GUZMÁN BRITO, A., Andrés Bello Codificador *Historia de la Fijación y Codificación del Derecho Civil en Chile*, Tomo I, ediciones de la Universidad de Chile, Santiago, 1982.
- GUZMÁN BRITO, A., “*El Fundamento de Validez de la Costumbre como Fuente de Derecho*”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 22 N° 3, 1995.
- KROTZ, E., *Sociedades, Conflictos, Cultura y Derecho desde una Perspectiva Antropológica*, en *Antropología Jurídica: Perspectivas Socioculturales en el Estudio del Derecho*, E. Krotz (coord.), Editorial Anthropos, 2002.
- LARRAURI TORROELLA, R., “*Enseñanza del concepto de Derecho desde la Filosofía del Derecho contemporánea*”, en *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho* año 4, número 7, 2006
- LEVAGGI, A., “*Notas sobre las vigencias de los derechos indígenas y la doctrina indiana*” en *Revista Complutense de Historia de América*, 17, 79-91, Edit. Universidad Complutense, 1991.
- LEVY – BRUHL, H., *Sociología del Derecho*, traducida por Miriam De Winizky, Editorial Universitaria de Buenos Aires, Paris 1961.
- MARTÍN RODRÍGUEZ, G., *Cuestiones Generales sobre el Derecho de Minorías: Una Visión Global*, en *Cadernos de Dereio Actual* N° 3 (2015).
- NASH, C. et alii, “*Los usos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia en Chile*”, en *Revista Estudios Constitucionales*, Año 15, No 1, 2017.
- NÚÑEZ, M., *Invitación al Estudio del Derecho y los derechos de los pueblos indígenas en el Chile Republicano, en Normativa Nacional e Internacional sobre Pueblos Indígenas*, Editorial Librotecnia, Santiago, 2010.
- PÉREZ MARTIN, A., “*La Obra Legislativa Alfonsina y el puesto que en ella ocupan las Siete Partidas*”, en *Glossae Revista de Historia del Derecho Europeo* N° 3, 1992.
- POOLE, D., “*Los usos de la costumbre Hacia una antropología jurídica del Estado neoliberal*”, en *Revista Alteridades*, vol. 16, núm. 31, enero-junio, 2006.
- ROSS, A., *Teoría de las fuentes del Derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007.
- SÁNCHEZ BOTERO, E., “*Reflexiones en Torno de la Jurisdicción especial Indígena en Colombia*”, en *El Derecho Indígena de Hoy en América Latina*, Revista del IIDH, Vol. 41, 2005.
- SÁNCHEZ- CASTAÑEDA, A., “*Los Orígenes del Pluralismo Jurídico*”, en *Pluralismo Jurídico e Interculturalidad* coord. Oscar Alba, Editado por la Comisión de Justicia de la Asamblea Constituyente, Bolivia.
- SUMNER MAINNE, H., *El Derecho Antiguo*, Editado por Escuela Tipográfica del Hospicio, Madrid, 1893.

- SAVIGNY K., De la vocación de nuestro siglo para la Legislación y para la Ciencia del Derecho, Trad. Por A. Posadas, La España Moderna, Madrid.
- STAVENHAGEN, R., *Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, en Antología Grandes Temas de la Antropología.
- STAVENHAGEN, R. *Derecho Internacional y derechos indígenas, en Derechos Humanos y Pueblos indígenas*, Tendencias Internacionales y Contexto Chileno, editor Aylwin, J., Santiago, Instituto de Estudios Indígenas, 2004,
- TAU, V., *El poder de la costumbre: Estudios sobre el Derecho Consuetudinario en América hispana hasta la Emancipación*, 2000, p. 40, Recurso Electrónico, Disponible en:
<http://www.larramendi.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=1115>
- WEBER M., Economía y Sociedad, Editorial Fondo de Cultura Económica, traducido por J. Medina Echavarría et alii., Madrid, 2002.
- WOLKMER, A., Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina, 2003, pp. 7-8. Disponible en:
<http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/clacso/otros/20111021100627/wolk.pdf>
- YRIGOYEN R., “*Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos*”, en Revista El Otro Derecho, número 30. Junio de 2004. ILSA, Bogotá, Colombia.
- YRIGOYEN, R., *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*. Fundación Myrna Mack, Guatemala, 2003.

2.- NORMAS CITADAS

Carta de Banjul (1981)	Constitución de Ecuador (2008)
Código Civil chileno	Convenio N° 169 de la OIT
Código Civil Austriaco	Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986)
Código Civil Holandés	Declaración de Naciones Unidas De los Pueblos Indígenas (2007).
Constitución de Bolivia (2009)	Ley de Violencia Intrafamiliar en Chile
Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917)	Proyecto de Código Civil (1853).
Constitución de la República Bolivariana de Venezuela (1999)	Recopilación de Indias

3.- JURISPRUDENCIA

- Caso Aloeboetoe y otros Vs. Surinam, CIDH, Sentencia de 10 de septiembre de 1993 (*Reparaciones y Costas*)
- Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, CIDH., Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 15 de junio de 2005.
- Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, CIDH., Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001.
- Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam. CIDH., Excepciones Preliminares, Fondo, y Costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2007.
- Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, CIDH., Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 de junio de 2005.
- Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay. CIDH, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 29 de marzo de 2006.

Caso Masacres de Río Negro Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012 Serie C No. 250.

Caso *Fontevicchia y D' Amico vs. Argentina*. CIDH., Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2011.

Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. CIDH., fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012.

Corte Suprema Segunda Sala (Penal), rol 28842-2015, Ministerio Público con Claudio Huentecol Huentecol y otra.

Corte Suprema - Rol: 3784-2009, de fecha 10 de septiembre del 2009.

Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 02 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 581-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco, causa Civil-332-2013, de fecha quince de julio de 2013.

Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 21 de agosto de 2012, rol de ingreso N° 635-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 17 de julio de 2012, rol de ingreso N° 499-2012.

Corte de Apelaciones de Temuco, de fecha 4 de enero de 2012, rol de ingreso N° 1192-2011.

Corte de Apelaciones de Iquique, en causa Rol 34-2009, del 6 de mayo del 2009.

Norín Catrimán y otros (dirigentes, miembros y activista del pueblo indígena mapuche) contra el Estado de Chile, N° 327, sentencia de 29 de mayo de 2014.

Opinión Consultiva, CIDH, OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985.

Tribunal de Familia de Iquique, RIT P-997-2008, del 6 de marzo del 2009.

A tutela dos direitos humanos dos migrantes pelo Sistema Interamericano de Direitos Humanos

The protection of human rights of migrants in the Inter-American System of Human Rights

Laura Maria Silva Cortez¹

Thiago Oliveira Moreira²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumário: 1. Considerações iniciais. 2. A proteção normativa destinada aos migrantes pelo sistema interamericano. 3. Opiniões consultivas a respeito da proteção dos migrantes no continente americano. 4. A concretização dos direitos dos migrantes em casos contenciosos julgados pela Corte IDH. 5. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Resumo: Os constantes casos de violações de direitos humanos dos migrantes no continente americano indicam o seu maior risco a terem suas garantias mais fundamentais desrespeitadas pelos Estados. A partir desse contexto, este estudo tem por objetivo examinar como o sistema interamericano tem protegido os direitos humanos dos migrantes e se a referida tutela tem sido adequada para a efetivação de suas garantias. Para atingir tal finalidade, serão apresentadas as normas interamericanas que têm uma especial aplicabilidade para os referidos sujeitos. Em seguida, será abordada a atuação da CIDH na elaboração de estudos, relatórios e recebimento de denúncias de violação aos direitos dos migrantes. Também serão descritas as interpretações normativas expostas em opiniões consultivas emitidas pela Corte Interamericana. Por fim, serão narradas as sentenças proferidas pela Corte IDH em casos contenciosos nos quais a condição de migrante foi elementar para as violações aos instrumentos internacionais.

Palavras-chave: migrantes; sistema interamericano de direitos humanos; jurisprudência.

Abstract: The constant cases of human rights violations against migrants in the Americas indicate their higher risk to have their most fundamental guarantees disrespected by States. In this context, this study aims to examine how the inter-American system has been protecting the human rights of migrants and whether such protection has been adequate for the enforcement of their rights. To achieve this purpose, it will present the inter-American norms that have a special applicability for the migrants. Then, the normative interpretations established in the Inter-American Court advisory opinions will be described. Finally, it will narrate the Inter-American Court judgments of the contentious cases in which the migrant status was elementary to the violation of the international instruments.

¹ Acadêmica em Direito na Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

² Doutorando em Direito pela Universidade de Coimbra (UC-PT) e pela Universidade do País Basco (UPV/EHU - ES). Mestre em Direito pela UFRN e pela UPV/EHU – ES. Professor Adjunto da UFRN (Departamento de Direito Privado). Membro do Conselho Nacional da Academia Brasileira de Direito Internacional.

Keywords: migrants; inter-American human rights system; jurisprudence.

1. Considerações iniciais

As nefastas violações de direitos humanos nas guerras do século XX evidenciaram que a soberania absoluta dos Estados não era capaz de garantir direitos imprescindíveis à efetivação da dignidade de cada indivíduo. Em razão disso, manifestou-se a essencialidade da construção de uma ordem jurídica que assegurasse direitos mínimos a todas as pessoas, independentemente de sua nacionalidade – simplesmente por serem humanos.

Nesse contexto, com a finalidade de consolidar a dignidade da pessoa humana como valor universal e absoluto, promulgou-se a Carta das Nações Unidas em 1945 – documento por meio do qual a Organização das Nações Unidas (ONU) foi instituída. Posteriormente, em 1948, a Declaração Universal de Direitos Humanos reafirmou a igualdade, liberdade e fraternidade como ideais a serem perseguidos universalmente. Com o intuito de melhor desenvolver o conteúdo do referido documento internacional, a Assembleia Geral da ONU proclamou dois pactos com força coercitiva: o Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Paralelamente ao sistema global, as particularidades culturais e históricas de cada continente motivaram a criação de sistemas regionais de proteção aos direitos humanos. Sob essa conjuntura, com a finalidade de assegurar e efetivar os direitos humanos no continente americano, é instituída a Organização dos Estados Americanos em 1948, a partir da proclamação da Carta de Bogotá. Assim, em âmbito interamericano, os Estados membros passaram a adotar instrumentos normativos e adotar mecanismos para sua efetivação dos direitos humanos no continente, como a Comissão e a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH e Corte IDH).

Entretanto, apesar do empenho internacional em garantir os direitos humanos a todas as pessoas, certos grupos sociais possuíam particularidades que demandavam uma proteção especial. Em decorrência disso, o Direito Internacional passa a proteger sujeitos que não encontraram na tutela geral uma efetividade satisfatória de seus direitos e, portanto, precisam de tutela específica. Seria esse o caso, dentre inúmeros outros, dos migrantes, cujos direitos estão mais expostos a violações por encontrarem-se em país diverso do qual são nacionais.

É preciso atentar que ocorreu a vertiginosa intensificação dos fluxos migratórios ocasionada pelas terríveis consequências da Segunda Guerra Mundial, mas a ordem internacional não apresentava qualquer proteção especial para os migrantes – somente um órgão destinado a refugiados oriundos de determinados conflitos³. Por tal razão, o seu tratamento estava subordinado apenas à tutela internacional conferida a qualquer pessoa e à generosidade das leis de cada Estado, o que se mostrava insuficiente para assegurar seus direitos em razão de sua vulnerabilidade.

Diante dessa conjuntura, a consciência da necessidade de uma proteção especial dos migrantes faz com surja uma inquietação diante dos constantes casos de violações de direitos sofridas por esses sujeitos no continente americano: como a jurisprudência do sistema interamericano tem tutelado os direitos humanos dos migrantes?

Com o fim de esclarecer a questão exposta, este estudo abordará a proteção interamericana dos direitos humanos dos migrantes com a pretensão de demonstrar como suas garantias têm sido tuteladas pelo sistema regional. Para atingir a referida finalidade, será necessário examinar as normas interamericanas de proteção aos referidos sujeitos, assim como verificar a sua aplicação e

³ O Alto Comissariado para os Refugiados foi órgão criado em 1921 pelo Conselho das Nações Unidas e destinava-se, inicialmente, ao tratamento dos refugiados russos oriundos da Revolução Comunista e, posteriormente, passou a abranger os refugiados armênios na Grécia.

concretização pela CIDH e pela Corte IDH.

A atualidade e pertinência do tema proposto pode ser constatada a partir do aumento significativo do número de migrantes no Brasil. Segundo dados da Polícia Federal, a quantidade de migrantes que chegaram ao país aumentou 2,6 vezes entre 2006 e 2015, em especial em decorrência dos desastres naturais ocorridos no Haiti em 2010⁴. Além disso, ressalte-se que recentemente foi sancionada a Lei de Migração, que trouxe significativas mudanças na ordem jurídica ao substituir a legislação anterior.

Também é relevante atentar às constantes notícias de estrangeiros que são explorados para trabalhar em exaustivas jornadas. Eles correspondem a 35% dos trabalhadores resgatados em situação análoga à escravidão no Estado de São Paulo entre 2010 e 2016⁵ – apesar de representarem apenas 0,9% da população brasileira em 2015⁶. A alarmante estatística expõe que os migrantes estão expressivamente mais vulneráveis à exploração laboral, situação à qual se submetem na busca desesperada pela subsistência.

Diante disso, espera-se contribuir para fomentar ainda mais a discussão político-jurídica a respeito da tutela interamericana dos direitos humanos dos migrantes e, de algum modo, buscar a concretização das garantias mínimas desse grupo social ainda tão discriminado, explorado e invisível.

2. A proteção normativa destinada aos migrantes pelo sistema interamericano

Desde a instituição do sistema interamericano, seus Estados membros adotaram diversos instrumentos de proteção com a finalidade de assegurar e efetivar os direitos humanos no continente. Além das garantias destinadas aos americanos em geral, tais diplomas também apresentam normas reservadas a determinados grupos sociais que, em decorrência de sua vulnerabilidade⁷, demandam uma especial tutela⁸. A seguir, serão examinadas algumas das normas da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e Convenção Americana sobre Direitos Humanos (CADH ou Pacto de São José da Costa Rica), as quais têm especial aplicabilidade às pessoas que estão fora do Estado do qual são nacionais⁹: os migrantes.

A princípio, é importante esclarecer que os direitos humanos não surgem a partir da nacionalidade, mas em decorrência dos atributos da pessoa

⁴ MANTOVANI, F.; VELASCO, C. *Em 10 anos, número de imigrantes aumenta 160% no Brasil, diz PF*. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/em-10-anos-numero-de-imigrantes-aumenta-160-no-brasil-diz-pf.html>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

⁵ Ministério do Trabalho e Emprego *apud* MAGALHÃES, L.F.A.; MACIEL, L. *Análise: 35% dos resgatados em ações de combate ao trabalho escravo são imigrantes*. 2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/03/29/analise-or-35-dos-resgatados-em-acoes-de-combate-ao-trabalho-escravo-sao-imigrantes/>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

⁶ EXAME. *O panorama da imigração no Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/o-panorama-da-imigracao-no-brasil/>>. Acesso em: 27 ago. 2017.

⁷ “...los inmigrantes y los solicitantes de protección internacional son especialmente vulnerables al ser dependientes en el país y la sociedad que los recibe, aunque cada uno de ellos no lo sea de la misma manera”. LA SPINA, E. “Situaciones de vulnerabilidad vs. exclusión para los inmigrantes en el contexto sureuropeo de crisis económica”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, Número 34, 2016, p. 186 - 187.

⁸ Nesse sentido: MOREIRA, T.O. “El Estado constitucional cooperativo y la concreción de los derechos humanos de los migrantes por la jurisdicción”, en SOLANES CORELLA, A. (ed.), *Derechos humanos, diversidad y convivencia: Actas del III Congreso internacional MULTIHURI*, Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València, València, 2017, p. 102.

⁹ OEA. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA, 2015, p. 67.

humana¹⁰. Por tal razão, os direitos previstos nos instrumentos interamericanos não estão restritos aos residentes das Nações signatárias, mas a todas as pessoas que estiverem em seu território na ocasião da violação. Portanto, tanto os nacionais quanto estrangeiros e apátridas estão sujeitos à jurisdição dos Estados-membros e, assim, são igualmente titulares dos direitos humanos assegurados¹¹.

Nesse sentido, o direito à igualdade e não discriminação constitui fundamento básico do sistema interamericano e, por isso, é expresso em seus quatro principais instrumentos¹². A CIDH elucidou que tal garantia pode ser repartida em duas concepções: a vedação ao tratamento arbitrariamente desigual, seja por distinção, exclusão, restrição ou preferência; e a obrigação de criar condições de igualdade real para grupos que foram historicamente excluídos e apresentam um maior risco de sofrerem discriminação¹³. Dessa forma, em decorrência da vulnerabilidade que os expõem mais a sofrer violações de direitos, os migrantes necessitam de uma maior proteção estatal para o estabelecimento de uma igualdade substancial em relação aos demais indivíduos.

Ressalte-se que a Corte IDH considera que o desenvolvimento e capacidade de afetar todas as atuações do Estado convertem o princípio da igualdade em norma de *ius cogens*¹⁴. Tais normas expressam valores tão fundamentais à condição humana que são consideradas imperiosas e inderrogáveis, vinculando todos os sujeitos do direito internacional independentemente da sua vontade¹⁵. Assim, é nítida a importância do princípio citado para a ordem jurídica internacional.

Ademais, cumpre abordar que a CIDH se manifestou no sentido de que o direito de migrar seria decorrência do direito à circulação e residência, cuja garantia seria indispensável para o livre desenvolvimento da pessoa¹⁶. Tais direitos foram assegurados inicialmente no art. 8º da Declaração Americana, que expressa o direito de todos de fixar residência, circular livremente e abandonar voluntariamente o território do Estado do qual é nacional. Posteriormente, a CADH desenvolve as garantias mencionadas ao estabelecer que todos têm direito a circular em território no qual estejam legalmente e fixar residência de acordo com as disposições legais (art. 22.1), assim como sair livremente de qualquer país (22.2). O mesmo dispositivo normativo também veda o impedimento de ingresso e a expulsão do território do Estado do qual a pessoa é nacional (art. 22.5).

Por conseguinte, de acordo com a Comissão, o direito de migrar internacionalmente estaria implícito no direito de sair de qualquer país, inclusive o próprio. A Corte Interamericana, em conformidade com o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas, asseverou que o direito a sair de um território não pode estar sujeito a uma determinada finalidade ou fixação de prazo. Isto posto, a liberdade em apreço abrangeria a partida temporária para viajar ao exterior, bem como a saída permanente com o fim de emigrar¹⁷. Assim, ao expressar o direito à

¹⁰ *Ibidem*, p. 39.

¹¹ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos: Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano*. RT, 2011, p. 22.

¹² Arts. 3º e 45 da Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA), preâmbulo e art. 2º da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem, art. 24 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos e no art. 3º do Protocolo de San Salvador sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

¹³ OEA. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA, 2015, p. 92.

¹⁴ TORRES-MARENCO, Verónica. "La migración en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". *Vniversitas*, Bogotá, n. 122, p. 41-76, jan. 2011, p. 56.

¹⁵ BICHARA, J. Imigração Ilegal e Direito Internacional: alguns aspectos da atualidade. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XXIV, 2015, Belo Horizonte. *Direito internacional dos direitos humanos II*. Florianópolis: CONPEDI, 2015, p. 221 - 240.

¹⁶ OEA. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Op. cit.*, p. 116.

¹⁷ *Ibidem*, p. 126.

saída de qualquer Estado, tais órgãos interamericanos defendem que a Declaração e Convenção também assegurariam o direito à migração¹⁸.

Entretanto, deve-se atentar que o direito a sair de um território, consagrado nos referidos instrumentos interamericanos, não implica necessariamente no direito a ingressar em outro país. Isso porque, atualmente, cada Estado é soberano para permitir que um migrante ingresse ou não em seu território, salvo se o estrangeiro cumprir os requisitos para ser considerado refugiado¹⁹. Dessa forma, não é possível concluir que existiria propriamente um direito a migrar, visto que, diante das atuais disposições normativas, as nações podem decidir se permitem ou não o ingresso de estrangeiro para fins migratórios.

Além disso, é válido ressaltar que o direito a sair livremente de qualquer país pode sofrer limitações, conforme disposições dos arts. 22.3 e 30 da CADH. Tais restrições devem estar expressamente fixadas em lei, destinar-se a prevenir crimes ou proteger a segurança nacional, segurança ou ordem públicas, moral, saúde pública, assim como os direitos e liberdades das demais pessoas. Com o fim de verificar a adequação da medida restritiva à liberdade tomada pelo Estado, a Corte utiliza os critérios da legalidade, necessidade e proporcionalidade²⁰.

Após expostas as normas destinadas à proteção dos migrantes em geral, também é oportuno trazer ao estudo as disposições que buscam tutelar grupos específicos de pessoas em migração: os solicitantes de asilo e refugiados. Previamente ao exame de sua proteção, é essencial tecer considerações a respeito de suas distinções.

Os órgãos do sistema regional em apreço consideram como refugiado a pessoa está fora do país do qual é nacional em decorrência de fundado temor de perseguição por sua raça, religião, nacionalidade, opinião política ou por pertencer a um grupo social e que, por tal receio, não pode buscar a proteção de seu país²¹. Também é qualificada dessa maneira o apátrida que, por consequência dos citados temores, não pode ou não queira voltar ao país de sua residência habitual. Por último, o conceito também pode abranger as pessoas que saíram de seu país de origem porque sua vida, segurança ou liberdade estavam sendo ameaçadas por violência generalizada, agressão estrangeira, conflitos internos, violação massiva de direitos humanos ou circunstâncias que perturbem gravemente a ordem pública²².

Por sua vez, o solicitante de asilo é considerado pela Corte IDH como aquele que pediu o reconhecimento da condição de refugiado mas ainda não teve seu requerimento avaliado definitivamente pelo país de acolhimento²³.

Esclarecidas tais conceituações, merece ser abordado o direito ao asilo, cuja garantia também decorre da liberdade de circulação e residência. O art. 27 da Declaração Americana e art. 22.7 da CADH estabelecem que todos têm direito a asilo se perseguidos por delitos políticos ou crimes comuns conexos com políticos, de acordo com a legislação nacional do local onde se busca o asilo e convênios internacionais. Em razão da tradição latino-americana do asilo, o direito também é regulado por dois instrumentos adotados pelos Estados membros da OEA

¹⁸ Nesse sentido: MANTERO DE SAN VICENTE, O. *El Derecho a Migrar*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2010, p. 87 – 109.

¹⁹ “É importante registrar que o conceito estabelecido para refugiado, conforme preconiza a Convenção de 1951, tem sido alargado em vários momentos, contemplando situações novas e não agasalhadas pela referida norma internacional, como se depreende da leitura do Protocolo sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1966...” GUERRA, S. “O instituto jurídico do refúgio à luz do direito internacional e alguns desdobramentos na união europeia”. *Revista Jurídica*, vol. 2, n. 47, Curitiba, 2017, p. 69.

²⁰ OEA. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA, 2015, p. 126.

²¹ Para um estudo aprofundado da proteção dos refugiados no sistema interamericano, vide: MAHLKE, H. *Direito Internacional dos Refugiados: novo paradigma jurídico*. Arraes Editores, 2017, p. 95-114.

²² OEA. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Op. cit.*, p. 69.

²³ *Ibidem.*, p. 69.

em 1954: a Convenção sobre Asilo Territorial e Convenção sobre Asilo Diplomático²⁴.

Além disso, intrinsecamente relacionado ao direito de solicitar asilo está o princípio de não devolução (*non-refoulement*)²⁵, expresso no art. 22.8 da Convenção Americana. Tal norma veda que um solicitante de asilo ou refugiado seja expulso ou devolvido a outro país – ainda que seja para o Estado do qual é nacional – em que seu direito à vida ou liberdade pessoal seria colocado em risco de violação motivada por sua raça, nacionalidade, religião, condição social ou opinião política. Em razão disso, a Corte afirmou que somente poderia haver a devolução de um estrangeiro se constatado que ele pode obter, por meio de um procedimento justo e eficiente de asilo, uma proteção internacional adequada no Estado destino²⁶. Desse modo, em virtude de sua relevância, o princípio em exame é considerado pedra angular da proteção dos refugiados²⁷.

A partir do exposto, constata-se que o sistema interamericano, ao reconhecer a vulnerabilidade dos migrantes, buscou a tutela de seus direitos humanos ao destinar-lhes dispositivos normativos específicos.

Após a descrição da proteção em abstrato do grupo social em análise, cumpre atentar à atuação da CIDH como órgão que supervisiona a concretização de tais normas no continente americano.

3. Atuação da Comissão Interamericana na proteção dos migrantes no continente americano

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) foi instituída em 1959, no âmbito da OEA, com o objetivo de promover e supervisionar o cumprimento dos direitos humanos no continente americano²⁸. Desde a sua criação, tal órgão apresenta a proteção dos migrantes como um de seus focos de trabalho, razão pela qual houve a criação de uma relatoria específica para o tema²⁹. Também realiza visitas aos países membros da OEA, elabora informativos e estudos temáticos, recebe denúncias de violações dos seus direitos humanos, dentre outras atribuições, conforme será explanado.

O reconhecimento da especial vulnerabilidade dos migrantes pela Assembleia Geral da OEA culminou na criação, em 1996, da Relatoria sobre Trabalhadores Migratórios e Membros de suas Famílias³⁰. A sua instituição visa à efetivação dos direitos dos migrantes nos países membros da OEA por meio da elaboração de recomendações, relatórios, estudos e comunicados³¹.

²⁴ *Ibidem*, pp. 208-209.

²⁵ “En cuanto al principio de no devolución, sin duda el non refoulement constituye la base de la institución del asilo tal como lo presenta la Convención de Ginebra en su artículo 33 que imposibilita la expulsión o devolución de un refugiado en las fronteras de los territorios donde su vida o su libertad peligre por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social o de sus opiniones políticas, salvo los casos en los que el refugiado suponga un peligro para la seguridad del país o una amenaza para la comunidad en caso de delito grave”. SOLANES CORELLA, A. “Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y la regulación jurídica española”. In.: *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), 7, 2014, p. 199.

²⁶ OEA. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA, 2015, p. 221.

²⁷ Para uma análise das obrigações do Estado brasileiro em relação aos refugiados, vide: BICHARA, J. “Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil”. *Revista de Informação Legislativa*, 209, 2016.

²⁸ Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur. Organización Internacional para las Migraciones. *Op. cit.*, p. 35-36.

²⁹ *Ibidem*, p. 17.

³⁰ *Ibidem*, pp. 35-36.

³¹ CASTRO FRANCO, A. *La Gobernanza Internacional de las Migraciones: de la gestión*

Posteriormente, em 2012, o objeto da Relatoria foi ampliado para abranger não somente os trabalhadores migrantes, mas todas as pessoas em contexto migratório e suas famílias³².

No exercício de suas funções, a Relatoria mencionada elaborou relatórios que expõem o contexto fático das migrações em determinado país, elucidam as garantias aplicáveis e, por fim, emitem recomendações aos membros da OEA. Apesar da sua relevância para a efetivação dos direitos humanos dos migrantes, tais documentos apresentam caráter político e, assim, não possuem valor normativo³³.

O primeiro relatório foi elaborado em 2010, abordando as imigrações nos Estados Unidos da América (EUA). Após a realização de visitas a centros de detenção do Arizona e do Texas, a Comissão constatou que havia um preocupante crescimento na quantidade de detenções de migrantes baseada em mera presunção de necessidade³⁴. Diante desse contexto, a Relatoria reiterou que a detenção é medida excepcional e, por isso, deveria ser eliminada a prática de obrigatoriamente deter amplas classes de migrantes³⁵, sugerindo alternativas à detenção e estabelecendo suas condições. Também recomendou a eliminação da deportação expedita para solicitantes de asilo e populações vulneráveis, assim como afirmou a necessidade da proteção ao devido processo legal por meio da garantia de representação legal e utilização de linguagem que possa ser compreendida pelo migrante³⁶.

Posteriormente, em 2013, a Relatoria desenvolveu relatório discorrendo sobre os direitos humanos dos migrantes no México. Assim como nos EUA, a Comissão manifestou sua preocupação com a utilização excessiva da detenção migratória automática³⁷. Ademais, verificou as precárias condições de detenção dos migrantes, que sofriam frequentemente maus tratos, não possuíam atenção médica e estavam sujeitos a péssimas condições higiênicas³⁸. Em razão disso, dentre diversas orientações, recomendou a eliminação de critérios preconceituosos de controle migratório, a determinação legal de presunção geral de liberdade de migrantes e o dever de informar sobre o direito a solicitar assistência consular³⁹.

Em 2015, outro relatório pertinente ao presente estudo foi elaborado para tratar sobre as famílias e crianças não acompanhadas migrantes nos EUA. Contudo, para garantir a sistematicidade deste trabalho, tal relatório será examinado no capítulo seguinte.

Outra importante atribuição da Comissão consiste no recebimento de denúncias de vítimas de violações de direitos humanos, garantindo o seu acesso à

migratória a la protección de los migrantes. Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 376.

³² Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur. Organización Internacional para las Migraciones. *Derechos humanos de la niñez migrante*. IPPDH Mercosur, 2016, p. 36.

³³ CASTRO FRANCO, A. *La Gobernanza Internacional de las Migraciones: de la gestión migratoria a la protección de los migrantes*. Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 381.

³⁴ OEA. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*. OEA, 2010. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/migrantes2011.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2017, p. 163.

³⁵ *Ibidem*, p. 164.

³⁶ *Ibidem*, p. 172.

³⁷ OEA. COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*. OEA, 2013. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2017, p. 251.

³⁸ *Ibidem*, pp. 250-251.

³⁹ *Ibidem*, pp. 252-254.

justiça internacional em condições de igualdade⁴⁰. A partir das referidas denúncias, a CIDH pronuncia-se a respeito de sua admissibilidade, toma (ou não) medidas provisórias, oportuniza a conciliação entre as partes, assim como elabora relatórios a partir das provas apresentadas⁴¹. Assim, o órgão interamericano exerce essencial papel para a tutela dos migrantes com o impulsionamento do desenvolvimento da jurisprudência e opiniões consultivas pela Corte IDH, conforme será abordado no subtópico seguinte.

Diante disso, nota-se o fundamental papel da Comissão Interamericana na busca de efetivação dos direitos humanos dos migrantes com a elaboração de estudos, recomendações e recebimento de denúncias. A seguir, serão examinadas as manifestações de outro importante órgão da OEA, a Corte Interamericana.

4. Manifestações da Corte Interamericana pertinentes à tutela dos migrantes

O Pacto San José da Costa Rica instituiu a Corte IDH como órgão jurisdicional pertencente ao sistema interamericano. Tal tribunal internacional supranacional possui competência consultiva relativa à interpretação da Convenção Americana e demais tratados interamericanos de proteção aos direitos humanos. Além disso, é responsável pelo processamento e julgamento em casos de violação a direitos humanos nos Estados membros da OEA que ratificaram a Convenção⁴², exercendo competência contenciosa para deferir medidas cautelares ou proferir sentenças definitivas e inapeláveis⁴³.

Tais manifestações são marcos de referência para estudo e aplicação das garantias normativas já expostas e, por isso, adiante serão abordadas opiniões consultivas e decisões jurisdicionais da Corte IDH.

4.1. Opiniões consultivas que abordam a proteção interamericana dos migrantes

A competência consultiva da Corte IDH é exercida por meio da elaboração de opiniões consultivas (OC), as quais consistem em guias de interpretação que, requeridas por Estados ou órgãos da OEA, estabelecem padrões para a aplicação de direitos humanos no continente americano⁴⁴. Em razão de sua relevância para a adequada aplicação das expostas normas, serão examinadas a OC-16/1999, OC-18/2003 e OC-21/2014, manifestações em que a Corte elucidou essenciais aspectos referentes à tutela dos migrantes.

Cumprido ressaltar, desde logo, que a interpretação normativa realizada pela Corte IDH nas opiniões consultivas vincula o Poder Judiciário dos Estados partes⁴⁵. Na Opinião Consultiva 21, tal tribunal supranacional manifestou que, no exercício de controle de convencionalidade, o Estado e o seus órgãos jurisdicionais devem atentar também às interpretações realizadas pela Corte em opiniões consultivas, documentos nos quais exerce toda a sua autoridade potestativa interpretativa⁴⁶. Dessa forma, as opiniões consultivas emitidas Corte

⁴⁰ CASTRO FRANCO, Alexandra. *Op. cit.*, p. 15.

⁴¹ CASTRO FRANCO, A. *La Gobernanza Internacional de las Migraciones: de la gestión migratoria a la protección de los migrantes*. Universidad Externado de Colombia, 2016, pp. 381-382.

⁴² MAZZUOLI, V.O.; GOMES, L.F. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. RT, 2010, p. 31.

⁴³ *Ibidem*, pp. 32-33.

⁴⁴ Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur. Organización Internacional para las Migraciones. *Derechos humanos de la niñez migrante*. IPPDH Mercosur, 2016, p. 25.

⁴⁵ SAGÜES, N.P. "Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad". *Pensamiento Constitucional*, 20, 2015, p. 278.

⁴⁶ Corte IDH. *Derechos y Garantías de Niñas Y Niños en el Contexto de la Migración y/o en*

vinculam os Estados membros visto que são provenientes do “intérprete último”⁴⁷ dos instrumentos interamericanos⁴⁸.

Inicialmente, a Corte Interamericana abordou os direitos dos migrantes à informação sobre assistência consular como garantia ao devido processo legal na Opinião Consultiva n° 16, solicitada pelo México em 1999. Nessa manifestação, o órgão interamericano entendeu que a Convenção de Viena sobre as relações consulares consagra a garantia de que tais sujeitos devem ser informados, sem demora, sobre seus direitos com o fim de oportunizar a comunicação ao seu consulado⁴⁹. Isto posto, o direito à notificação consular apresenta duplo propósito: assegurar o direito do Estado de origem de tutelar os seus nacionais em contexto de migração, assim como permitir que o migrante obtenha assistência consular, cuja garantia é essencial para proporcionar o devido processo legal⁵⁰.

Posteriormente, na Opinião Consultiva n° 18 de 2003, também requerida pelo México, a Corte IDH manifestou-se sobre a condição jurídica e direitos dos migrantes não documentados. Na oportunidade, foi reiterada a obrigação estatal de garantir os direitos humanos a partir da adoção de mecanismos internos para efetivá-los e da aplicação do princípio da igualdade e não discriminação, independentemente da sua situação migratória⁵¹. Como bem adverte Loretta Ortiz Ahlf, “*la gran transcendencia de la OC-18 constituye sin lugar a dudas, la determinación de que el principio fundamental de respeto al derecho de igualdad y no discriminación, constituye una norma de ius cogens*”⁵². Além disso, a Corte também afirmou que os direitos sociais dos migrantes devem ser respeitados ainda que estejam em situação irregular, visto que tais direitos decorrem da relação de trabalho e não de seu *status* migratório⁵³.

Após o pedido da Argentina, Brasil, Paraguai e Uruguai em 2014, a Corte também exerceu sua competência consultiva para esclarecer as obrigações estatais referentes à tutela dos direitos de crianças migrantes. Na Opinião Consultiva n° 21, o órgão interamericano afirmou a necessidade de que os direitos humanos infantis sejam garantidos sob a perspectiva de seu desenvolvimento e proteção integral, os quais devem se sobrepôr à análise de sua condição migratória. Além disso, foi elucidado que o acesso à justiça e o devido processo legal devem ser observados em todo o processo migratório e que o superior interesse da criança deve ser consideração primordial na adoção de qualquer decisão que lhe afete. Por último, a Corte vedou a privação da liberdade para fins cautelatórios em processo

Necesidad de Protección Internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21, p. 53.

⁴⁷ SAGÜES, Néstor Pedro. *Op. cit.*, p. 281.

⁴⁸ Contudo, alguns doutrinadores possuem opinião divergente, como García Belaunde. Este autor não aceita que as opiniões consultivas tenham caráter jurisdicional ao alegar que se trata de um pronunciamento em abstrato, o qual apresenta natureza apenas consultiva e não possui contraditório. (GARCÍA BELAUNDE, D. “El control de convencionalidad y sus problemas”. *Pensamiento Constitucional*, 20, 2015, p. 140-141).

⁴⁹ “En la Opinión Consultiva n. 16, la CtiADH vinculó el derecho a la información sobre la asistencia consular (consagrado en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963) a las garantías del debido proceso legal bajo el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La CtiADH agregó que aquel derecho subjetivo se ha cristalizado a lo largo de los años, siendo titular de él todo ser humano privado de su libertad en otro país. En virtud de aquel derecho, toda persona debe ser inmediatamente informada por el Estado receptor de que puede contar con la asistencia del cónsul del país de origen, antes de prestar cualquier declaración ante la autoridad policial local”. CANÇADO TRINDADE, A.A. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Del Rey, 2013, p. 100.

⁵⁰ CASTRO FRANCO, A. *La Gobernanza Internacional de las Migraciones: de la gestión migratoria a la protección de los migrantes*. Universidad Externado de Colombia, 2016, p. 383-384.

⁵¹ VERAS, N. S. “Direitos Humanos dos Migrantes na Jurisprudência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. *Textos & Debates*, 18, p. 613.

⁵² ORTÍZ AHLF, L. *Derechos Humanos de los Indocumentados*. Tirant lo Blanch, 2013, p. 128.

⁵³ CASTRO FRANCO, Alexandra. *Op. cit.*, p. 384.

migratório e proibiu que os Estados expulsem, devolvam, transfiram ou não admitam uma criança cuja vida, segurança ou liberdade estejam em risco em outro Estado⁵⁴.

À vista do exposto, depreende-se que as opiniões consultivas emitidas pela Corte IDH são fundamentais para a adequada interpretação das normas internacionais de proteção aos direitos humanos dos migrantes mediante a sua análise em abstrato. Entretanto, também é imperiosa o exame da aplicação de tais dispositivos normativos pela Corte em casos concretos, como se fará adiante.

4.2. A concretização dos direitos dos migrantes em casos contenciosos julgados pela Corte IDH

Assim como nas opiniões consultivas, as sentenças proferidas pela Corte Interamericana são essenciais para o estabelecimento de padrões de proteção de direitos humanos no continente americano. Por tal razão, a seguir serão brevemente abordadas as decisões nas quais a condição de migrante foi elementar para a violação de direitos humanos, ainda que relacionada com outras circunstâncias⁵⁵.

Prefacialmente, é oportuno esclarecer que, em atenção às disposições do art. 68 da Convenção Americana, as decisões proferidas pela Corte IDH possuem força vinculante em relação aos Estados partes. Assim, se o Estado assumiu o compromisso internacional de respeitar os direitos previstos no referido instrumento, obrigou-se a cumprir as determinações da Corte se expressamente submetido à sua jurisdição.

Após realizado o referido esclarecimento, é possível examinar a primeira ocasião na qual a Corte IDH apreciou a violação de um direito humano motivado pela condição de estrangeiro. No Caso Yean e Bosico Vs. República Dominicana, houve a negativa de emissão de certidão de nascimento a duas crianças nascidas em território dominicano em razão da condição migratória de seus pais – considerados “em trânsito”⁵⁶. O órgão jurisdicional destacou, em sua sentença condenatória, que o Estado atuou de forma discriminatória ao exigir arbitrariamente requisitos distintos das exigências usuais para que as vítimas para adquirissem a nacionalidade dominicana. Também afirmou que o *status* migratório não é transmissível aos filhos e sequer pode ser condição para atribuição de nacionalidade ou impedir o exercício de seus direitos⁵⁷.

Outro relevante julgamento para o presente estudo foi o caso Vélez Lóor Vs. Panamá, de 2010, no qual analisou-se a detenção de um estrangeiro por não portar documentação para permanência no referido Estado. A Corte condenou o Panamá ao elucidar que, ainda que possua a possibilidade de controlar o ingresso e saída de estrangeiros em seu território, tal mecanismo deve ser compatível com os direitos humanos consagrados na CADH. Ademais, a ordem de detenção foi considerada arbitrária porque não teve fundamento jurídico razoável, além de que seu prolongamento indevido transformou a detenção em medida punitiva, que sequer foi analisada por autoridade judicial⁵⁸.

⁵⁴ FALCÓN, J. G. “Los derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, en ERAZO, X; ESPONDA, J; SJ, M.Y. (Ed.). *Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local*. LOM Ediciones, [2015], p. 58-61.

⁵⁵ JUÁREZ, K.A.C. “La protección de los derechos de las personas migrantes extranjeras en treinta y cinco años de jurisdicción de la corte interamericana de derechos humanos”, en ARNAIZ, A.S; MULLOR, J.S; ROA, J.E.; *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch, 2017, p. 357-381.

⁵⁶ Para uma análise mais detida, vide: REIS, U.L.S. *O Brasil e o Combate à Apatridia no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*, Lumen Juris, 2017, p. 74-76.

⁵⁷ Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur. Organización Internacional para las Migraciones. *Op. cit.*, p. 30.

⁵⁸ Corte IDH. Caso Vélez Lóor vs. Panamá. Resumen oficial emitido por la Corte. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

Por sua vez, no Caso Nadege Dorzema e outros vs. República Dominicana⁵⁹, o Estado foi denunciado pelo uso excessivo da força contra migrantes haitianos, os quais foram detidos e posteriormente expulsos. Em sua decisão condenatória, de 2012, a Corte reconheceu a violação à proibição de expulsão coletiva, elucidando que tal procedimento deve assegurar, dentre outros direitos, que o estrangeiro seja informado dos motivos que ocasionaram a medida e que seja possibilitada a revisão da decisão perante autoridade competente. Também concluiu que houve um tratamento discriminatório provocado por sua condição migratória, o que impediu o exercício de direitos assegurados na Convenção – como o direito à vida, integridade pessoal, além de garantias judiciais.

Já no Caso Família Pacheco vs. Bolívia⁶⁰, as vítimas foram expulsas do Estado sob a alegação de que estariam em situação irregular, sem que sua solicitação de asilo sequer fosse examinada. Ao analisar as circunstâncias fáticas, a Corte reconheceu a violação ao direito de solicitar e receber asilo e esclareceu que o solicitante tem direito ao devido processo legal na análise de suas petições. Também demonstrou a inobservância ao princípio de não devolução, visto que, independentemente de sua condição migratória, caso a vida ou integridade pessoal de um estrangeiro esteja em risco em outro país, não poderá ser devolvido. Demais disso, a decisão manifestou o desrespeito ao princípio do interesse superior e da unidade familiar, uma vez que as crianças não foram consideradas como interessadas nos procedimentos de solicitação de asilo e expulsão.

Por último, a mais recente manifestação jurisdicional a respeito da proteção dos migrantes foi julgada em 2014, no Caso Pessoas Dominicanas e Haitianas Expulsas vs. República Dominicana⁶¹. A denúncia relatava que as pessoas de origem ou ascendência haitiana frequentemente eram tratadas de maneira pejorativa e discriminatória pelas autoridades, assim como tinham dificuldades em obter documentos de identificação e estavam sujeitas a um padrão sistemático de expulsões. Diante desse contexto, a Corte reiterou seus precedentes ao afirmar o dever estatal de prevenir, evitar e reduzir a apatridia com o reconhecimento da nacionalidade dominicana⁶², além de asseverar que o procedimento de expulsão deve observar o princípio do superior interesse da criança e a vedação à sua privação de liberdade cautelar⁶³.

A partir das decisões descritas, é possível constatar que, por diversas oportunidades na apreciação de casos contenciosos, a Corte Interamericana condenou Estados submetidos à sua jurisdição com a finalidade de buscar a concretização dos direitos humanos dos migrantes. Além disso, em tais manifestações foram elucidados aspectos essenciais acerca da interpretação e aplicação das garantias, esclarecendo as obrigações estatais para sua efetivação no continente americano.

5. Considerações finais

A partir da realização deste estudo, percebe-se que o sistema interamericano tem se empenhado para tutelar os direitos humanos dos migrantes mediante a adoção de instrumentos de proteção, emissão de pareceres consultivos ou proferimento de sentenças em casos contenciosos.

⁵⁹ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

⁶⁰ Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana.

⁶¹ Corte IDH. Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana.

⁶² Conforme Caso Yean e Bosico Vs. República Dominicana.

⁶³ Em consonância com o Caso Família Pacheco vs. Bolívia.

Inicialmente, diante da inexistência de instrumento específico, foram abordados os dispositivos normativos da Declaração Americana e CADH que possuem uma especial aplicabilidade aos migrantes. Tais normas buscam oferecer às pessoas em contexto migratório a proteção especial exigida em decorrência de sua vulnerabilidade.

Em seguida, foram abordadas as atribuições da Comissão Interamericana na elaboração estudos, recomendações, além do recebimento de denúncias de violações. Tais funções mostram-se essenciais para a verificação da situação de cada país membro da OEA, assim como para a promoção dos direitos humanos no continente.

Ademais, a pesquisa também examinou as manifestações consultivas da Corte IDH, as quais estabeleceram padrões para a aplicação dos direitos humanos dos migrantes no continente americano a partir da interpretação, em abstrato, das normas pertinentes.

Por último, foram analisadas sentenças proferidas pela Corte no julgamento de casos contenciosos em que a condição de migrante foi elementar para a violação dos direitos humanos das vítimas, ainda que relacionada a outras circunstâncias.

Após o desenvolvimento do presente estudo, nota-se o empenho do sistema regional examinado na proteção de suas garantias. Entretanto, também é possível constatar que inexistência de instrumentos normativos específicos demandam que significativas obrigações estatais sejam somente evidenciadas em opiniões consultivas ou sentenças, cuja elaboração apenas ocorre após requerimento ou denúncia. Em razão disso, até que a Corte se manifeste, persistem as lacunas normativas que perpetuam o desrespeito das garantias mais básicas dos migrantes.

Demais disso, apesar da força vinculante das decisões da Corte Interamericana, depreende-se que alguns Estados ainda permanecem tomando medidas violadoras de direitos após condenação. Conforme já exposto, a República Dominicana foi condenada em 2005 e 2014, dentre outros fundamentos, por insistir na mesma prática: impedir a emissão de documentos de identificação de estrangeiros. Dessa forma, observa-se as sentenças da Corte IDH ainda carecem de efetividade ao permitir que os Estados condenados continuem desrespeitando os direitos humanos das pessoas em contexto migratório.

Diante disso, conclui-se que ainda há uma extensa jornada para que os direitos humanos dos migrantes sejam efetivamente protegidos pelo sistema interamericano. Para que tal cenário seja revertido, é imperiosa a elaboração de instrumentos específicos que regulamentem, com mais atenção, as obrigações estatais ao considerar as particularidades que a condição migratória impõe. Também se mostra essencial que seja garantida a imperatividade das decisões da Corte e que, assim, tais manifestações efetivamente obstem violações às garantias de sujeitos tão discriminados, vulneráveis e invisíveis.

Referências bibliográficas

- ARANTES, José Tadeu. *O panorama da imigração no Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/o-panorama-da-imigracao-no-brasil/>>. Acesso em: 27 ago. 2017.
- BICHARA, J. "Anteprojeto de Lei de Migrações e Promoção dos Direitos dos Migrantes no Brasil". *Revista de Informação Legislativa*, 209, 2016.
- BICHARA, J. Imigração Ilegal e Direito Internacional: alguns aspectos da atualidade. In: Congresso Nacional do CONPEDI, XXIV, 2015, Belo Horizonte. *Direito internacional dos direitos humanos II*. Florianópolis: CONPEDI, 2015
- CANÇADO TRINDADE, A.A. *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional: memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Del Rey, 2013.
- CASTRO FRANCO, A. *La Gobernanza Internacional de las Migraciones: de la gestión migratoria a la protección de los migrantes*. Universidad Externado de Colombia, 2016.

- EXAME. *O panorama da imigração no Brasil*. 2015. Disponível em: <<http://exame.abril.com.br/brasil/o-panorama-da-imigracao-no-brasil/>>. Acesso em: 27 ago. 2017.
- FALCÓN, J. G. "Los derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", en ERAZO, X; ESPONDA, J; SJ, M.Y. (Ed.). *Migración y derechos humanos: mediación social intercultural en el ámbito local*. LOM Ediciones, [2015].
- GARCÍA BELAUNDE, D. "El control de convencionalidad y sus problemas". *Pensamiento Constitucional*, 20, 2015.
- GUERRA, S. "O instituto jurídico do refúgio à luz do direito internacional e alguns desdobramentos na união europeia". *Revista Jurídica*, vol. 2, n. 47, Curitiba, 2017.
- Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos del Mercosur. Organización Internacional para las Migraciones. *Derechos humanos de la niñez migrante*. IPPDH Mercosur, 2016.
- JUÁREZ, K.A.C. "La protección de los derechos de las personas migrantes extranjeras en treinta y cinco años de jurisdicción de la corte interamericana de derechos humanos", en ARNAIZ, A.S; MULLOR, J.S; ROA, J.E.; *Diálogos Judiciales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Tirant Lo Blanch, 2017.
- LA SPINA, E. "Situaciones de vulnerabilidad vs. exclusión para los inmigrantes en el contexto sureuropeo de crisis económica", en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 34, 2016.
- MAGALHÃES, L.F.A.; MACIEL, L. *Análise: 35% dos resgatados em ações de combate ao trabalho escravo são imigrantes*. 2017. Disponível em: <<https://www.brasildefato.com.br/2017/03/29/analise-or-35-dos-resgatados-em-acoes-de-combate-ao-trabalho-escravo-sao-imigrantes/>>. Acesso em: 27 ago. 2017.
- MAHLKE, H. *Direito Internacional dos Refugiados: novo paradigma jurídico*. Arraes Editores, 2017, p. 95-114.
- MANTERO DE SAN VICENTE, O. *El Derecho a Migrar*. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2010, p. 87-109.
- MANTOVANI, F; VELASCO, C. *Em 10 anos, número de imigrantes aumenta 160% no Brasil, diz PF*. 2016. Disponível em: <<http://g1.globo.com/mundo/noticia/2016/06/em-10-anos-numero-de-imigrantes-aumenta-160-no-brasil-diz-pf.html>>. Acesso em: 27 ago. 2017.
- MAZZUOLI, V.O; GOMES, L.F. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos: Pacto de San José da Costa Rica*. RT, 2010.
- MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Os Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos: Uma análise comparativa dos sistemas interamericano, europeu e africano*. RT, 2011.
- MOREIRA, T.O. "El Estado constitucional cooperativo y la concreción de los derechos humanos de los migrantes por la jurisdicción", en SOLANES CORELLA, A. (ed.), *Derechos humanos, diversidad y convivencia: Actas del III Congreso internacional MULTIHURI*, Instituto de Derechos Humanos de la Universitat de València, València, 2017.
- OEA. CIDH. *Derechos humanos de los migrantes y otras personas en el contexto de la movilidad humana en México*. OEA, 2013. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/informe-migrantes-mexico-2013.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2017.
- OEA. CIDH. *Derechos humanos de migrantes, refugiados, apátridas, víctimas de trata de personas y desplazados internos: Normas y estándares del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, OEA, 2015.
- OEA. CIDH. *Informe sobre inmigración en Estados Unidos: Detenciones y debido proceso*. OEA, 2010. Disponível em: <<https://www.oas.org/es/cidh/migrantes/docs/pdf/migrantes2011.pdf>>. Acesso em: 4 out. 2017.

- OEA. Corte IDH. Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado Plurinacional de Bolivia. Sentencia de 25 de noviembre de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana.
- OEA. Corte IDH. Caso Nadege Dorzema vs. República Dominicana. Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana. Sentencia de 24 de octubre de 2012 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- OEA. Corte IDH. Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana. Sentencia de 28 de agosto de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Resumen oficial emitido por la Corte Interamericana.
- OEA. Corte IDH. Caso Vélez Loo vs. Panamá. Resumen oficial emitido por la Corte. Sentencia de 23 de noviembre de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).
- OEA. Corte IDH. Derechos y Garantías de Niñas Y Niños en el Contexto de la Migración y/o en Necesidad de Protección Internacional. Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014. Serie A No. 21
ORTÍZ AHLF, L. *Derechos Humanos de los Indocumentados*. Tirant lo Blanch, 2013.
- REIS, U.L.S. *O Brasil e o Combate à Apatridia no Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos*, Lumen Juris, 2017.
- SAGÜES, N.P. "Las opiniones consultivas de la Corte Interamericana, en el control de convencionalidad". *Pensamiento Constitucional*, 20, 2015.
- SOLANES CORELLA, A. "Derechos humanos y asilo: sobre las deficiencias del SECA y a regulación jurídica española". In.: *Anuario de la Facultad de Derecho* (Universidad de Alcalá), 7, 2014.
- TORRES-MARENCO, Verónica. "La migración en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos". *Vniversitas*, 122, p. 41-76.
- VERAS, N. S. "Direitos Humanos dos Migrantes na Jurisprudência Consultiva da Corte Interamericana de Direitos Humanos". *Textos & Debates*, 18.