CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 13– 2020

Volumen Ordinario - junio

ISSN 2340-860X

Cadernos de Dereito Actual
Nº 13. Ordinario - junio - *2020*

EQUIPO EDITORIAL

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

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

COMITÉ CIENTÍFICO

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidad 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 Barczi**, *Pavol Jozef Šafárik University in Košice (Eslovaquia),* **Francielle Vieira Oliveira**, *Universidade do Minho (Portugal),* **Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**, *Universidad de los Andres (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).* **Sebastién 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 Paraiba, 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 (***Universitá 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).* **Santiago Trujillo Santana (***Universidad Fernando Pessoa, Canarias).* **Cláudia Ribeiro Pereira Nunes (***Universidade Veiga de Almeida, Brasil).* **Jorge Miranda (***Universidade de Lisboa, Portugal).* **Nuno Garoupa (***Texas A&M University School of Law, EEUU).* **Marco Olivetti (***Università LUMSA, Italia).* **Deilton Ribeiro Brasil** *(Universidade de Itaúna-MG, Brasil).* **Beata Stepien Zalucka** *(University of Rzeszów, Polonia).* **María Camacho Zegarra** *(Universidad ESAN, Perú).* **Antonio-Carlos Pereira Menaut** *(Universidad de Santiago de Compostela, España).* **José Ignacio Martínez Estay** *(Universidad de los Andes, Chile).* **Valter Moura do Carmo** *(Universidade de Marília, Brasil),* **Hadassah Santana** *(Universidade Católica de Brasilia, Brasil).* **Letícia Mirelli Faleiro e Silva** *(Universidade de Itaúna, Brasil).* **Eduardo Leite** *(Instituto Latino Americano das Nações Unidas, Brasil).* **Ana Maria Davila Lopes** *(Universidade de Fortaleza, Brasil).* **Oscar Coronado Rincón** *(Universidad de Sonora, México).* **Erick Urbina Lovón** *(Universidad de Lima, Perú).* **Enrique Varsi**

Rospigliosi *(Universidad de San Marcos, Perú).* **Eduardo Vera-Cruz Pinto** *(Universidade de Lisboa, Portugal).* **Marco Antonio Marques da Silva** *(Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, Brasil).*

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción.

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

Cadernos de Dereito Actual

Número 13 (2020) · ISSN 2340-860X · ISSNe 2386-5229

SUMARIO

Artículos de investigación

The public policy clause as the general clause in commercial arbitration in the Polish law in the context of the principles of social coexistence
Karol Ryszkowski 10

A few remarks about the future of provisions on making a will contrary to the testamentary formalities law
Mariusz Załucki 20

Character of effet utile and interpretation of EU law through CJEU jurisprudence
Dimitris Liakopoulos 32

The crime of violating health emergency rule during a pandemic in Brazil.
Heron Gordilho & Ester Gondim 70

Agência reguladora de resíduos sólidos: uma necessidade
Magno Federici Gomes & Viviane Kelly Silva Sá 80

Cooperativismo de crédito en Brasil
Daniel Francisco Nagao Menezes 99

A nacionalidade como um direito humano e os desafios da apatridia
Marília Oliveira Leite Couto & Deilton Ribeiro Brasil 117

A atuação das forças armadas, do ministério público e da polícia militar na proteção ambiental no Brasil
Paulo Campanha Santana & Márcia Dieguez Leuzinger 132

A educação como política de integração local de crianças refugiadas: uma análise sobre sua efetividade no Estado Espanhol
Isabelle Dias Carneiro Santos 154

Guarda de la Naturaleza: Conocimientos Ecológicos Tradicionales de los Pueblos Indígenas y Estrategias de Protección
Salvador Millaleo Hernández 202

A Defensoria Pública e os processos de luta por direitos humanos no Brasil
Antonio Henrique Graciano Suxberger & Alberto Carvalho Amaral 231

La pena natural. Un criterio de oportunidad procesal necesario para Cuba
Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez 248

Vulneração de gênero no âmbito do direito à saúde no Brasil: um olhar sob a premissa da obra "Holocausto brasileiro"
Angelita Maria Maders 269

A educação em direitos humanos na graduação em direito no Brasil
Andrey Philippe de Sá Baeta Neves & Rafhael Lima Ribeiro 285

A Tributação Extrafiscal Aplicada Para As Taxas Por Meio Da Utilização Do Princípio Da Capacidade Contributiva
Clayton dos Santos Queiroz & Maria de Fátima Ribeiro 313

La punición. Criterios y bases judiciales del castigo
Ezequiel Kostenwein 328

O papel das forças extraparlamentares no processo de criação do direito: o juiz, o ativismo e a democracia
Patrícia Spagnolo P. Costa & José Rodrigo Rodríguez 349

Jurisdição e erro: existe o direito de errar por último?
Leonardo Mattietto 372

Los menores y su captación por las sectas religiosas.
María del Pilar Mesa Torres 383

A perda da nacionalidade brasileira e a extradição ao escrutínio do Supremo Tribunal Federal
André Ricci de Amorim & Gabriela Borghi Affonso 406

A violação de direitos decorrente de testes de orientação sexual no âmbito da União Europeia
Dionis Mauri Pening Blank 427

Globalização e neoliberalismo: uma análise dos seus impactos sobre a justiça fiscal
Lívio Augusto de Carvalho Santos 442

El Policía Ambiental en el Valle de Aburrá: Un estudio de Representaciones Sociales de Educación Ambiental y Medio Ambiente
Diana Espinosa Rojas 457

Las nuevas guerras y el patrimonio cultural material: La destrucción de los bienes culturales en los conflictos del siglo XXI; el caso del Estado Islámico
Christopher Schreinmoser 474

Responsabilidade internacional: Estudo do caso Bayev and others v. Russia
Aldy Mello de Araújo Filho 492

Sistema de Financiamento do Agronegócio e Sustentabilidade: uma perspectiva a partir do Direito Brasileiro
Carolina Merida 517

Recensiones

O direito achado na rua, o pluralismo jurídico critico e as práticas emancipadoras
Alberto Carvalho Amaral 535

Comentarios jurisprudenciales

Una nueva sentencia que confirma la ineficacia del sistema de tutela del trabajador para los casos de despido arbitrario en Argentina
María Florencia Suárez 542

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 10-19
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

The public policy clause as the general clause in commercial arbitration in the Polish law in the context of the principles of social coexistence

Karol Ryszkowski[1]
Cracow University of Economics

Summary: 1. Preliminary remarks. 2. The public policy clause as the general clause. 3. The nature of general clauses. 4. The uniqueness of the public order clause within general clauses. 5. The general clause of the rules of social coexistence. 6. The public order clause in the substantive civil law. 7. Conclusion.

Abstract: This article is attempting to aid in defining the concept of public policy clause and its meaning in the commercial arbitration in the Polish law. Complete understanding of a particular legal institution is usually possible by delimiting it from other similar legal categories. The issue of general clauses is, on the one hand, one of the issues inherent in the substantive civil law and, on the other hand, in the notion and meaning of the public policy clause in the commercial arbitration. The works of legal academics present various theoretical approaches to the nature of general clauses. It is proper to start the attempt at defining the exceptional general clause – that of public policy – with examining the norms of civil law, which particularly oftentimes refer to other general clauses, including the principles of social coexistence, which has major place in Polish legal system.

Keywords: material and procedural public policy, arbitration, arbitral tribunal, arbitral rules, contract law, company law.

1. Preliminary remarks

This article is attempting to aid in defining the concept of the public policy clause and its meaning in the commercial arbitration in the Polish law. Complete understanding of a particular legal institution is usually possible by delimiting it from other similar legal categories. The issue of general clauses is, on the one hand, one of the issues inherent in the substantive civil law and, on the other hand, in the notion and meaning of the public policy clause in the commercial arbitration. The works of legal academics present various theoretical approaches to the nature of general clauses. It is proper to start the attempt at defining the exceptional general clause – that of public policy – with examining the norms of civil law, which particularly oftentimes refer to other general clauses, including the principles of social

[1] Has a postdoctoral degree in Banking Law at the Faculty of Law and Administration at the Jagiellonian University, under the auspicies of the President of the Narodowy Bank Polski. PhD in Legal Studies – the field of Private business law granted by the Resolution of the Council of the Faculty of Law and Administration at the Jagiellonian University of 26th March 2018 on the basis of the doctoral dissertation entitled The procedural public policy clause in the Polish commercial arbitration law in relation to other legal systems (C.H. Beck, Warsaw 2019), supervisor Professor Andrzej Szumański, Ph.D., full professor of the Jagiellonian University. From 1st October 2018 to the present time Assistant professor at the Institute of Law, Cracow University of Economics. Lawyer at the civil law notary office for many years. Emails: karol.ryszkowski@uek.krakow.pl ; ryszkowskikarol@gmail.com

Recibido: 10/02/2020
Aceptado: 15/05/2020

coexistence, which has major place in Polish legal system. To define the notion of the public policy clause and to give its content in the commercial arbitration in the Polish law (and thus in a trial), it is impossible not to refer to a separate branch of law connected with it – the substantive civil law. One of the issues inherently related to the concept and content of the public policy clause in the commercial arbitration and to the substantive civil law is the issue of general clauses[2]. One of the main discussion about the meaning of the public policy clause in the Polish commercial arbitration in the jurisprudence and the legal doctrine as well, is about its connection with the general clause of the principles of social coexistence, which is commonly used by Polish legislator in many legal acts, for example the Polish Civil Code[3].

2. The public policy clause as the general clause

The doctrine qualifies the public policy clause within the group of norms referred to as general clauses[4]. Their *ratio legis* is to leave the considerable discretion to the body applying the law in order to enable the appropriate reaction of the state even in situations that cannot be predicted on the basis of equity criteria[5]. This is in harmony with the Roman proverb *Ad ea, quae frequentius accidunt, iura adaptantur* (Laws are adapted to those cases that occur very often). Thus, it is necessary to make this concept more specific in the judicial practice by the court in each individual case[6]. The very nature of the general clauses results in their vague nature, which gives a certain discretion to the body applying the law.
In case-law, this issue is also not in doubt. The Polish Supreme Court (hereinafter as the Supreme Court) in its judgment of 16 February 2011[7] stated that the clause of: "(...) *ordre public* (public policy) is a general clause and as such is conceptually open, and the explanation of its content is left to the court adjudicating in a given case".
In the same year, the District Court in Warsaw, in its decision of 12th August 2011[8], ruled that the clause "... of legal order, as every general clause, is undefined, which leaves the discretion (discretion) to the court deciding in a particular case". The view that the public order clause was included in the general clauses, as well as its imprecision and thus discretion, was maintained by the Supreme Court, which in its judgment of 9th March 2012[9], stated that in "... literature was aptly raised that the public policy clause, like every general clause, is undefined, which leaves the court adjudicating in a particular case highly discretionary ..."[10].
The public order clause is a general clause that protects state interests related to the sovereignty of the state, since public order is the concept expressing the general outline of legally protected values[11]. The limit of freedom of arbitration is limited by

[2] RYSZKOWSKI, K., "Klauzula porządku publicznego jako klauzula generalna w arbitrażu handlowym w prawie polskim", "Przegląd Prawa Handlowego", 2014, No.3, p. 17.
[3] Act of 23rd April 1964 - Civil Code (Journal of Laws No. 16, item 93, as amended).
[4] BŁASZCZAK, Ł., "Kontrola orzeczenia arbitrażowego ze szczególnym uwzględnieniem klauzuli porządku publicznego", "ADR. Arbitraż i Mediacja" 2008, No. 3, p. 12.
[5] RYCKO, N., "Stosowanie klauzuli porządku publicznego przez Polski Sąd Państwowy w sprawach dotyczących arbitrażu", BECZEK W. (ed.), *Prace laureatów konkursu na najlepszą pracę magisterską dotyczącą problemów sądownictwa polubownego i mediacji im. prof. dr. hab. Jerzego Jakubowskiego. Edycja piąta*, Warszawa 2012, p. 210.
More about the equity in the commercial arbitration see RYSZKOWSKI, K., "Adjudication on principles of equity in the proceedings before the arbitral tribunal in the Polish law compared to other legal systems", "Cadernos de Dereito Actual", No 12 (2019), p. 09-19.
[6] RYSZKOWSKI, K., *Klauzula procesowego porządku publicznego w arbitrażu handlowym w prawie polskim na tle innych systemów prawnych*, Warszawa, 2019, p. 54.
[7] Judgment of the Supreme Court of 16th February 2011 (II CSK 425/10), LEX No. 1027168.
[8] VII Co 300/10.
[9] I CSK 312/11.
[10] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 54.
[11] BŁASZCZAK, Ł., LUDWIK, M., *Sądownictwo polubowne (arbitraż)*, Warszawa 2007, p. 282.

this legal institution[12], which also limits the autonomy of the parties[13]. Due to its indeterminacy, it leaves considerable discretion to the case-law[14], to which the concept is embodied. Due to the existing diversity, all foreign solutions are not acceptable *en bloc*, without a defense measure, which is the non-eliminated public policy clause[15]. There should be pointed out the pejorative relationship which, despite the professionalism of arbitration, has a chance of occurring. Because greater freedom is encumbered with a greater possibility of error by the arbitral tribunal[16].

3. The nature of general clauses

A characteristic aspect of the general clauses is their linguistic aspect, because they are formulated in regulations through indefinite phrases, such as: "good faith", "good morals", or a flagship example of the "principles of social coexistence" invaluable in civilism. Due to the wide set of designations, defining their ranges is *a priori* impossible. It seems more accurate to say that each general clause has a certain semantic intuition, thanks to which one can assess the need to apply a particular clause in a given factual state[17].

The doctrine presents various theoretical approaches to the nature of general clauses. According to *M. Pilich*, in relation to the public order clause, there is an adequate consideration of two of them, namely the general clause as a norm which refers to a set of other norms or assessments or as a norm which requires the assessment to be formulated by the adjudicating body in the light of the specific circumstances of a given case[18].

According to the first concept, general clauses, and in particular the public policy clause, refer to non-legal norms, including political, cultural and moral ones[19]. Thus, general clauses enrich legal norms with additional criteria of a non-legal nature: moral, ethical or equity[20].

The second concept contradicts the referring nature of general clauses, justifying such a claim based on the false supposition of the existence of a systematic, non-legal set of assessments or norms. Proponents of this view maintain that the general clauses warrant self-assessment by the adjudicating body[21].

Personally, in the context od all general clauses I support the second view, because it is the view that has been adopted in the practice and it is also intuitively correct.

4. The uniqueness of the public order clause within general clauses

The uniqueness of the public policy clause is indicated, among others, by its dissimilarity with the other general clauses, which means that both of the above-mentioned approaches cannot be considered mutually exclusive on its basis[22].

---

[12] KNAWA, W., "Granice swobody w stosowaniu prawa w postępowaniu przed sądami arbitrażowymi", https://www.kkg.pl/wp-content/uploads/2015/02/14_2008_PDF_PL.pdf

[13] ŁASZCZUK, M., SZPARA, J., *System Prawa Handlowego, Arbitraż Handlowy, Tom 8*, SZUMAŃSKI, A., (ed.), Warszawa, 2015, p. 707.

[14] PIASECKI, K., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. 3: Komentarz do artykułów 1096–1217 k.p.c. oraz aktów prawnych UE regulujących międzynarodowe postępowanie cywilne*, PIASECKI K., (ed.), Warszawa 2007, p. 158.

[15] PIASECKI, K., "Skuteczność i wykonalność w Polsce zagranicznych cywilnych orzeczeń sądowych", Warszawa 1990, p. 92.

[16] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 55.

[17] RYCKO, N., *op. cit.*, p. 210.

[18] PILICH, M., "Klauzula porządku publicznego w postępowaniu o uznanie i wykonanie zagranicznego orzeczenia arbitrażowego", "Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2003, No. 1, p. 187.

[19] PILICH, M., *op. cit.*, p. 168.

[20] RYCKO, N., *op. cit.*, p. 211.

[21] RYCKO, N., *op. cit.*, p. 211.

[22] RYCKO, N., *op. cit.*, p. 211.

The clause "(...) of public policy referring to the values" on the edge of the legal system "as assessment criteria is definitely legal and not unlawful"[23]. Although in the light of arbitration proceedings in Polish law the literal wording of provisions refers to the legal order, and thus this institution does not constitute a reference to non-legal norms, it is still a kind of reference[24].
On the other hand, the adjudicating body is not legitimized by the public policy clause to make an assessment solely on the basis of its own conviction. The basic principles of the legal order applied by such a body must comply with certain premises, and in particular fall within the legal norms of the court. Compared to other general clauses, where any valid reason can be the basis for use, there is a significant restriction of the freedom of adjudication regarding the public policy clause, however the deciding authority decides on the classification of standards as basic and on the manner of violation. This approach cannot therefore be rejected in its entirety[25].
Contrary to other general clauses, the public policy clause is more precise, although it is not a reference in the strict sense, because it would not have an open character proper to general clauses[26].
In turn, *M. Pilich* believes that making a choice between one and the other of the above positions depends on the view on the axiology of the legal system. It suggests that a compromise position should be adopted, which implies that the judge would not be embarrassed by the formulated catalog of absolutely protected values, while respecting the fact of "stiffening" the public order clause by widely accepting certain values as momentous due to the integrity of the legal order[27].
The above position is supported by one of the features of the discussed legal institution, namely the change in time and place of the public order clause, which cannot be eliminated by the once and for all established and unchanging catalog of absolutely protected values, as well as its protective function against commonly shared in a given a society of values, not values shared only by the adjudicator in the case[28].
Two postulates related to the way these legal institutions are used are related to the issue of the freedom to adjudicate in the context of the application of the public policy clause, and more generally of all general clauses. The first is a ban on their abuse. Their application cannot result in undermining the certainty of the applicable legal order or be a facilitating alternative if it is possible to issue a ruling on more precise provisions appropriate for typical situations, since general clauses can be used only in cases expressly demanding it. Related to this is the second postulate which requires the fullest justification of the reasons for each such ruling[29].
These postulates are aimed at avoiding too much discretion in application of the law by the authority issuing the ruling.

5. The general clause of the rules of social coexistence

The Supreme Court's decision of 29th March 1979[30] concerns a general clause other than a public policy clause, namely good (bad) faith, however, based on the analogy, the Supreme Court's view regarding this clause can be applied to public policy.
The Supreme Court ruled that the concept of: "(...) good (bad) faith as an element of legal constructions has the character of so-called general clause. The essence and

[23] PILICH, M., *op. cit.*, p. 187.
[24] RYCKO, N., *op. cit.*, p. 211.
[25] RYCKO, N., *op. cit.*, p. 211.
[26] RYCKO, N., *op. cit.*, p. 211.
[27] PILICH, M., *op. cit.*, p. 187.
[28] RYSZKOWSKI, K., Klauzula porządku publicznego…, p. 18.
[29] RYCKO, N., *op. cit.*, p. 211-212.
[30] Order of the Supreme Court of 29th March 1979 (III CRN 59/79).

function of all general clauses in civil law is the possibility of taking into account various factual circumstances in the assessment, which cannot - in isolation from a specific factual situation (legally relevant situation) - be according to some scheme having an absolute value - assessed once and for all and in the same way". And the very concept of good faith falls together with other general clauses (with the principles of fair dealing and decency) in the next general clause, namely the principles of social coexistence[31]. The latter clause consists of a flexible system of rules which change over time[32].

In the Polish Code of Civil Procedure[33] (in the wording before 17th October 2005[34]), the violation of the rules of social coexistence by the arbitral tribunal was a premise for setting aside the arbitration award (Article 712 § 1 item 4 of the Code of Civil Procedure in the pre 17th October 2005 version), taken under deliberation *ex officio* (Article 714 Code of Civil Procedure) and before 5th February 2005[35] the condition for refusal by a common court to issue a decision on the enforceability of an arbitral award (Article 711 § 3 of the Code of Civil Procedure in the pre 5th February 2005 version and Article 711 § 4 of the Code of Civil Procedure, in the version in force until 16th October 2005, in which they were replaced by decency)[36].

According to the original version of Article 712 § 1 item 4 of the former Code of Civil Procedure, the party "... may demand that the arbitration award be set aside if (...) the decision on the parties' requests is incomprehensible, contains contradictions or violates the rule of law or the principles of social coexistence in the Polish People's Republic;". In the version applicable from 5th February 2005, the phrase "... in the Polish People's Republic;" was deleted[37].

In addition, in accordance with Article 714 of the former Code of Civil Procedure version, in force until 4th February 2005, stated that the court "... is bound by the grounds for a petition to set aside an arbitration award, but it takes *ex officio* into consideration whether the award does not violate the rule of law or the principles of social coexistence in the Polish People's Republic", while since 5th February 2005 "... he is bound by the grounds for a petition to set aside an arbitration award, but he takes *ex officio* to consider whether the award violates the rule of law or decency"[38].

Containing the second condition of Article 711 § 3 of the former Code of Civil Procedure, until 4th February 2005, the court stated that the court "... would refuse to issue such a decision if it appears from the arbitration court files that the verdict or settlement violates the rule of law or the principles of social coexistence in the Polish People's Republic", whereas on 5th February 2005, in accordance with Article 711 § 4 of the former Code of Civil Procedure, the court "... refuses to declare the effectiveness or enforcement clause, if it appears from the files of the arbitral tribunal that the verdict or settlement by its content violates the rule of law or decency"[39].

---

[31] PAGACZ, G., "Klauzula porządku publicznego w międzynarodowym arbitrażu handlowym", BECZEK W. (ed.), *Prace laureatów konkursu na najlepszą pracę magisterską dotyczącą problemów sądownictwa polubownego i mediacji im. prof. dr. hab. Jerzego Jakubowskiego. Edycja piąta*, Warszawa 2012, p. 94.

[32] Resolution of the Supreme Court from 29th March 1979 (III CRN 59/79), see http://www.arslege.pl/orzeczenie/2317/postanowienie-sadu-najwyzszego-izba-cywilna-z-dnia-29-marca-1979-r-iii-crn-59–79/.

[33] ERECIŃSKI, T., "Arbitraż a sądownictwo państwowe", "Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 1994, No. 2, p. 7.

[34] Act of 17th November1964 - Code of Civil Procedure (Journal of Laws No. 43, item 296 as amended).

[35] I.e. before the entry into force of the Act of 28th July 2005 amending the Act - Code of Civil Procedure (Journal of Laws No. 178, item 1478).

[36] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 58.

[37] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 58.

[38] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 58-59.

[39] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 58-59.

6. The public order clause in the substantive civil law

The public order clause cannot be found in the branch of the substantive law, which is fundamental to the entire legal system of a given state, namely the civil law. In the light of the original wording of the Polish Civil Code, the concept of a three-part limitation of contractual freedom was expressed, despite the absence of such an *expressis verbis* concept in the Civil Code itself. It was postulated (in particular *W. Czachórski*) a threefold restriction of contractual freedom, namely by: mandatory provisions of the Act, principles of social coexistence, principles of the system and the aims of the Polish People's Republic. At that time, the principles of the political system and the objectives of the Polish People's Republic were a normative concept, because Article 4 of the Civil Code, and in addition they performed a role similar to the public order clause[40]. This provision ceased to apply on 1st October 1990[41].
Pursuant to the Article 4 of the Civil Code, the provisions of "... civil law should be translated and applied in accordance with the principles of the political system and the purposes of the Polish People's Republic". The doctrine postulated the elimination of the general clause from this Article due to its overt contradiction with the idea of the rule of law[42], and thus with the public policy clause that forms part of it[43].
Contradiction with the Act is a contradiction not with a given provision, but with a legal norm, then referring to public order is unjustified. Basic norms for a given country that define its system can be derived, among others from its constitution. This author also argued that in the situation of normalizing the state system in the concept of the Act, recognizing the principles of the system and the objectives of the Polish People's Republic as a non-statutory restriction of contracting freedom leads to a violation of the rule of law. This would lead to the prohibition of legal acts contrary to the so-called postulates of the legal system[44].
M. Olechowski indicates, however, that such threats are an immanent feature of general clauses, which are particularly clearly visible in undemocratic regimes. General clauses are only instruments whose content and functions are determined depending on the systemic conditions of a given country. The public policy clause can play a special role here[45].
The current lack of a public policy clause in Title I "General provisions" of the third book "Commitments" of the Civil Code is assessed differently in doctrine*. Z. Radwański* emphasizes the strengthening of protection of the parties' freedom, as the public order clause exposed this freedom to the demands of the legal system[46].
M. Safjan (comparing Article 55 of the Code of Obligations[47] with the identical Article 353^1 of the Civil Code) takes the position that: "the criterion of decency and public order mentioned in Article 55 of the Code of Obligations largely coincides with the general clause of the principles of social coexistence"[48]. He indicates that the restrictions that result from the provisions of the Act to the extent that they require respect for the basic principles derived from the entire legal order, refer to that appearing in Article 55 of the Code of Obligations and in other public policy clauses. It also states that the public order clause regarding autonomous significance (not

[40] OLECHOWSKI, M., "Porządek publiczny jako ograniczenie swobody umów", "Państwo i Prawo" 1999, No. 4, p. 66.
[41] RYSZKOWSKI, K., *Klauzula procesowego porządku*..., p. 59.
[42] SAFJAN, M., "Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji) ", "Państwo i Prawo" 1990, No. 11, p. 59.
[43] RYSZKOWSKI, K., *Klauzula procesowego porządku*..., p. 59.
[44] OLECHOWSKI, M., *op. cit.* , p. 66-67.
[45] OLECHOWSKI, M., *op. cit.* , p. 67.
[46] OLECHOWSKI, M., *op. cit.* , p. 70.
[47] Regulation of the President of the Republic of Poland of October 27th 1933 - Code of Obligations (Journal of Laws No. 82, item 598, as amended),
[48] SAFJAN, M. "Zasada swobody umów (uwagi wstępne na tle wykładni art. 353^1 k.c.)", "Państwo i Prawo" 1993, No. 4, p. 14.

overlapping with the Act) was mainly absorbed by the clause of social coexistence rules[49].

The view that the public order clause was absorbed by the clause of social coexistence in the light of the substantive civil law is not accepted in the civil procedure, and in particular in the jurisprudence of the Supreme Court[50].

Even in the literature on the subject, this position is not shared in its entirety, since the rules of social coexistence are accepted norms of conduct closely related to moral rules, relative to good faith in an objective sense, and with the principles of equity. If public order was understood as the basic principles of the social, economic or state system, then only the first element of public order could be considered as overlapping, at least in part, with the clause of social coexistence rules[51].

In addition, the doctrine indicates the impossibility of expanding the catalog of restrictions "(...) with such elements that were not directly expressed in the content of the provision (Article 353^1 of the Civil Code), and which were previously derived many times, especially in arbitration practice, e.g. from general assumptions of the socio-economic system"[52].

It is worth referring to the judgment of the Supreme Court of 07th May 2003[53], which, based on Article 5 of the Civil Code, indirectly indicates the possibility of contradiction with the principles of the rule of law in its use, and indicating the manner of applying the clause of the rules of social coexistence by analogy, indicates the rules of applying the public order clause. According to Supreme Court's view, the provision of "(...) Article 5 of the Civil Code being a general norm, it does not specify what should be understood by the principles of social coexistence. The doctrine and case law unanimously emphasize that special care must be taken when adopting abuse of rights. In practice, this should occur in emergency situations. It is important to bear in mind two fundamental circumstances, namely that it is presumed that a person exercising his right does so in a manner consistent with the principles of social coexistence and that he appeals in particular to the general clauses provided for in Article 5 of the Civil Code cannot indirectly undermine the force of applicable laws. Such a practice - as is emphasized in the doctrine and case-law - could lead to a violation of the rule of law in a democratic state ruled by law (...). Application of Article 5 of the Civil Code (...), therefore, requires a comprehensive assessment of all the specific circumstances of the case under consideration in close connection with the specific facts. In another ruling of the Supreme Court, he emphasized that it is not possible to generally refer to - by the nature of things - indefinite principles of coexistence, but it should be specifically indicated which of the principles of social coexistence adopted in society would be violated in a particular situation (...) This position has already been approved in the literature"[54].

In the judgment of 27th June 2001[55], the Supreme Court ruled that by applying "(...) Article 5 of the Civil Code however, one must bear in mind its special nature resulting from the use of general clauses in it. The use of provisions containing general clauses, although indispensable, poses a threat to certain principles of the rule of law, which is why, when interpreting provisions containing general clauses, the constitutional legal aspect acquires particular significance".

This ruling is an interesting contribution to examining the compatibility of the use of general clauses through the prism of another general clause, namely the public policy clause. However, this will not be *idem per idem* study, due to the different scope of each general clause. The Article 5 of the Civil Code itself states that one cannot "...

---

[49] SAFJAN, M. *Kodeks cywilny, t. 1: Komentarz do art. 1–449[10]*, PIETRZYKOWSKI, K. (ed.), Warszawa 2011, p. 1266.

[50] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 62.

[51] OLECHOWSKI, M., *op. cit.* , p. 71.

[52] SAFJAN, M., Zasada swobody umów..., p. 14.

[53] Judgment of the Supreme Court of 07th May 2003 (IV CKN 120/01), LEX No. 141394.

[54] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 62-63.

[55] Judgment of the Supreme Court of 27th June 2001 (II CKN 604/00).

make his right of use which would be contrary to the socio-economic purpose of this right or to the principles of social coexistence. Such action or omission by the rightholder shall not be considered as exercising his right and shall not enjoy protection"[56].
In the judgment of 26th October 2005[57] the Court of Appeal in Poznań decided that the ruling "... of the Arbitration Court issued in violation of Article 64 of the Civil Code and Article 65 § 1 and 2 of the Civil Code. it violates the rule of law, as it forces the defendant to conclude a specific, unfavorable contract, even though the obligation to conclude this contract does not result from the act or from the obligations assumed by the defendant. In this way, the principle of freedom of economic activity is violated, including in the freedom to shape the content of contracts, as well as in the freedom to choose an economic partner"[58].
In the judgment of 20th December 2006[59], the Supreme Court stated that the principles of social coexistence "(...) undoubtedly fall within the concept of" legal order", and the violation of which means unlawful action, in order to be effective, should indicate what principles of social coexistence - in the circumstances of the present case - they have been infringed". Thus, the Supreme Court ruled in this judgment about the inclusion in the public order of the principles of social coexistence in the light of the legal status introduced by the amendment to the Code of Civil Procedure (of 28th July 2005), which did not introduce premises alternative to the repealed provisions containing the principles of social coexistence[60].
The doctrine, on the basis of the Supreme Court judgment of 7th May 2003[61], presents the position according to which the exercise of law (understood as the omission or action of the right holder), which would violate the principles of social coexistence, would also be a violation of the public order clause[62].
A more moderate position indicates that good morals and principles of social coexistence may also be part of the public order clause[63].
This last view corresponds to the judgment issued under the Code of Civil Procedure before the judgment of 12th March 2002 cited in the amendment Article[64] in which the Supreme Court ruled that the concepts of "(...) rule of law and principles of social coexistence are not the same. Including them in one normative category of general clauses does not mean that they can be used interchangeably and assign the same content"[65].

As we can see there are differences in both doctrine and jurisprudence and hence doubts in practice. My conclusion will try to fix them.

7. Conclusion

In my opinion, the view that includes all violations of the principles of social coexistence as violations of public order is too far-reaching, since not every violation of legal regulations causes a violation of public order, all the more not every violation of decency should result in the activation of the public order clause. The condition of violating the principles of social coexistence must therefore meet the same requirements as the condition of contradiction with the basic principles of the legal

[56] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 63.
[57] I ACa 172/05.
[58] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 63.
[59] Judgment of the Supreme Court of 20th December 2006 (IV CSK 263/06).
[60] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 64.
[61] IV CKN 120/01.
[62] PAGACZ, G., "*op. cit.*, p. 94.
[63] ERECIŃSKI, T., CISZEWSKI, J., *Międzynarodowe postępowanie cywilne*, Warszawa 2000, p. 347.
[64] Judgment of the Supreme Court of 12th March 2002 (IV CKN 844/00).
[65] RYSZKOWSKI, K., Klauzula porządku publicznego…, p. 20.

order[66], in order to maintain state's legal stability and party confidence in the Polish arbitration.

My view is consistent with the opinion of the Supreme Court expressed against the background of the previous legal status, which in the content of the justification of the judgment of 3rd September 1998[67] stated that: "(...) it is assumed that a request for violation of the rule of law is justified when the effect an arbitration award violates the basic principles of the state legal order (...). Similarly, when it comes to those indicated in Article 712 § 1 item 4 of the Code of Civil Procedure criterion of principles of social coexistence, it is necessary to indicate specific principles of social coexistence with which the effects of an arbitration award cannot be reconciled"[68].

The above considerations lead to the unequivocal conclusion that the public policy clause is the general clause, which does not coincide with all the principles of social coexistence. General clauses can also be found in other branches of law, and in particular in the civil procedural law, primarily in a relationship with the public policy clause. The above remarks will therefore apply by analogy there[69].

Bibliography:

BŁASZCZAK, Ł. LUDWIK, M., *Sądownictwo Polubowne (Arbitraż)*, Warszawa, 2007,

BŁASZCZAK, Ł., "Kontrola orzeczenia arbitrażowego ze szczególnym uwzględnieniem klauzuli porządku publicznego", "ADR. Arbitraż i Mediacja" 2008, No. 3,

BÖCKSTIEGEL, K. H., "Public Policy as a Limit to Arbitration and its Enforcement", "*IBA Journal of Dispute Resolution*", 2008, http://www.arbitration-icca.org/media/0/12277202358270/bckstiegel_public_policy...iba_unconference_2008.pdf, 26.10.2014,

ERECIŃSKI, T., CISZEWSKI, J., *Międzynarodowe postępowanie cywilne*, Warszawa 2000

ERECIŃSKI, T., "Arbitraż a sądownictwo państwowe", "Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego" 1994, No. 2,

KNAWA, W., "Granice swobody w stosowaniu prawa w postępowaniu przed sądami arbitrażowymi", https://www.kkg.pl/wp-content/uploads/2015/02/14_2008_PDF_PL.pdf,

OLECHOWSKI, M., "Porządek publiczny jako ograniczenie swobody umów", "Państwo i Prawo" 1999, No. 4,

PAGACZ, G., "Klauzula porządku publicznego w międzynarodowym arbitrażu handlowym", BECZEK W. (ed.), *Prace laureatów konkursu na najlepszą pracę magisterską dotyczącą problemów sądownictwa polubownego i mediacji im. prof. dr. hab. Jerzego Jakubowskiego. Edycja piąta*, Warszawa 2012,

PIASECKI, K., *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz, t. 3: Komentarz do artykułów 1096–1217 k.p.c. oraz aktów prawnych UE regulujących międzynarodowe postępowanie cywilne*, PIASECKI K., (ed.), Warszawa 2007,

PIASECKI, K., "Skuteczność i wykonalność w Polsce zagranicznych cywilnych orzeczeń sądowych", Warszawa 1990,

PIETRZYKOWSKI, K. (ed.), *Kodeks cywilny, t. 1: Komentarz do art. 1–449[10]*, Warszawa 2011,

PILICH, M., "Klauzula porządku publicznego w postępowaniu o uznanie i wykonanie zagranicznego orzeczenia arbitrażowego", "Kwartalnik Prawa Prywatnego" 2003, No. 1,

RYCKO, N., "Stosowanie klauzuli porządku publicznego przez Polski Sąd Państwowy w sprawach dotyczących arbitrażu", BECZEK W. (ed.), *Prace*

[66] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 64.
[67] Judgment of the Supreme Court of 3rd September 1998 (I CKN 822/97).
[68] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 64.
[69] RYSZKOWSKI, K., Klauzula procesowego porządku..., p. 64.

laureatów konkursu na najlepszą pracę magisterską dotyczącą problemów sądownictwa polubownego i mediacji im. prof. dr. hab. Jerzego Jakubowskiego. Edycja piąta, Warszawa 2012,

RYSZKOWSKI, K., "Adjudication on principles of equity in the proceedings before the arbitral tribunal in the Polish law compared to other legal systems", "Cadernos de Dereito Actual", No 12 (2019), http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/427/241,

RYSZKOWSKI, K., "Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 7.5.2009 r. - Problem zdatności arbitrażowej sporów ze stosunku spółki", *"ADR. Arbitraż i Mediacja"*, 2011, No.3(15),

RYSZKOWSKI, K., "Klauzula porządku publicznego jako klauzula generalna w arbitrażu handlowym w prawie polskim", *"Przegląd Prawa Handlowego"*, 2014, No.3,

RYSZKOWSKI, K., "Klauzula porządku publicznego w postępowaniu przed sądem polubownym a zdatność arbitrażowa", *"ADR. Arbitraż i Mediacja"*, 2013, No.1(21),

RYSZKOWSKI, K., *Klauzula procesowego porządku publicznego w arbitrażu handlowym w prawie polskim na tle innych systemów prawnych*, Warszawa, 2019,

RYSZKOWSKI, K., "Orzekanie na zasadach słuszności w postępowaniu przed sądem arbitrażowym - summum ius summa iniuria?", *"ADR. Arbitraż i Mediacja"*, 2011, No.1(13),

RYSZKOWSKI, K., "Problem formy uchwały o powołaniu pełnomocnika w trybie art. 210 § 1 KSH", PINIOR, P., RELIDZYŃSKI, P., WYRZYKOWSKI, W., ZIELIŃSKA, E., ŻABA, M. (ed.), *Prawo handlowe. Między teorią, praktyką a orzecznictwem. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Januszowi A. Strzępce*, Warszawa, 2019,

RYSZKOWSKI, K., "Problem *small claims* w arbitrażu handlowym w prawie polskim", ÌZAROVA, Ì., FLEJSZAR, R., HANIK-POSPOLÌTAK R. (ed.), *Maloznačnìspori : êvropejskij ta ukraïns'kij docvìdvirìšennâ* / - Kijów: VD "Dakor", 2018,

RYSZKOWSKI, K., "The relationship between economic conditions and liberty in Poland on the background of other European legal systems" , ZAMBAM, N., J., KUJAWA, H., A., Estudos Sobre Amartya Sen, Volume 6,

RYSZKOWSKI, K., PROKOCKI, P., *"Losy prawa rzymskiego na Wschodzie od śmierci Justyniana Wielkiego do upadku Cesarstwa Bizantyjskiego"*, http://www.edukacjaprawnicza.pl/artykuly/artykul/a/pokaz/c/artykul/art/losy-prawa-rzymskiego-na-wschodzie-od-smierci-justyniana-wielkiego-do-upadku-cesarstwa-bizantyjskiego.html, 24.6.2013,

SAFJAN, M., "Klauzule generalne w prawie cywilnym (przyczynek do dyskusji) ", "Państwo i Prawo" 1990, No. 11,

SAFJAN, M. "Zasada swobody umów (uwagi wstępne na tle wykładni art. 3531 k.c.)", "Państwo i Prawo" 1993, No. 4,

SZUMAŃSKI, A., (ed.), *System Prawa Handlowego, Arbitraż Handlowy, Tom 8*, Warszawa, 2015.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 20-31
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A few remarks about the future of provisions on making a will contrary to the testamentary formalities law

Mariusz Załucki[1]
AFM Krakow University, Poland

Summary: 1. Introduction; 2. The requirement to preserve the form of a will; 3. The form of the will nowadays; 4. The consequences of failure to comply with the testamentary formalities; 5. Some conclusions; 6. Literature.

Abstract: The provisions on the form of a will are a group of those legal solutions which are generally imperative in a given system. In many cases, the range of solutions that a potential testator may choose is traditional and does not take into account the needs of society, especially in the world of new technologies. Failure to comply with the provisions on the form of a will traditionally leads to the invalidity of the will. In the text, the author presents the basic models related to this and wonders about the possible direction of evolution of the regulations in this area.

Keywords: will, testament, testamentary formalities, strict compliance, substantial compliance.

1. Introduction

Individual legal systems provide for regulations under which certain legal actions may be performed only within the framework of instruments designed by the legislator. These instruments are commonly referred to as the form of legal actions, i.e. the manner in which a legal action, and specifically the declaration of will creating it, is expressed outside. The provisions of civil law usually express the general principle of freedom of form of legal action. This means that declarations of will may be expressed by any behaviour of entities intending to perform a legal action, and only if the law (or the will of the parties) provides otherwise, the declaration of will must take the form indicated by it. Thus, there are such legal actions where the declaration of will cannot be made in any way, but must take one of the forms provided for by the law[2].

Such requirements apply, for example, to wills, where it is stressed, inter alia, that the formalism of a will is to protect the testator on the one hand and to protect the security of legal transactions on the other. In the common perception of doctrine, solutions providing for formal requirements of dispositions of property upon death create a "safe haven", thus allowing for the protection of succession property against

---

[1] Full Professor of Law, Head of the Institute of Private Law at AFM Krakow University (Poland), mzalucki@afm.edu.pl. The article is part of a project funded by the National Science Centre, agreement No. UMO-2018/29/B/HS5/00361.

[2] ZAŁUCKI, M., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019, p. 224 et seq.

Recibido: 25/03/2020
Aceptado: 20/04/2020

the routine of applying legal mechanisms, also in exceptional circumstances[3]. A lawmaker who wants to introduce the principle that the will of the person drawing up a legal act should be implemented to the fullest extent possible must seek to ensure that only the true will of that person is respected. Therefore, in individual legal systems there are regulations concerning the form of legal acts, including the form of a will[4].

However, the latter regulations are often controversial. This is because the modern legal system and social needs are significantly ahead of the legislator when it comes to choosing the tools to be used[5]. Legislation on the form of a will usually provides for the possibility to use one of the traditional instruments, while social needs are completely different. If they already use dispositions of property upon death, testators rarely care about the rules on form - most often due to a lack of legal knowledge - and perform acts upon death in a form convenient to them. However, most continental European legislation, as a result of such conduct, provides for the nullity of a will drawn up contrary to the statutory requirements, the consequence of which will generally be a statutory succession[6]. Only a few legislators in Europe see the need for a different view of the obligation to keep the form of a will, a view that will allow the last will to remain in force[7]. At a completely different pole, however, are the solutions of some Anglo-American countries that provide for specific statutory mechanisms to keep the testator's will in force. Thus, there are significant differences between the various solutions in the world. This raises the problem of further development of the law of succession and the question of the right paradigm of change. One such increasingly popular model is the Anglo-American doctrine of substantial compliance, on the basis of which an increasing number of legislators base their solutions[8].

Therefore, this statement will present selected regulations concerning the form of a will and will also discuss the consequences of drawing up a will contrary to the statutory framework of this legal action. In the latter context, two different views encountered in contemporary legal systems will be presented and an attempt will be made to outline further perspectives for the development of the law in this area. It may be assumed that within the framework of discussions on the future of succession law in individual European countries, the provisions on drafting a will contrary to the provisions on testamentary formalities are among those that need to be changed.

2. The requirement to preserve the form of a will

[3] LANGBEIN, J. H., "*Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law"*, Columbia Law Review 1987, No. 87, p. 4

[4] ZIMMERMANN, R., "*Testamentsformen: »Willkür« oder Ausdruck einer Rechtskultur*?", Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 2012, p. 473 et seq.

[5] Cf., for example, BREITSCHMID, P., "*Revision der Formvorschriften des Testaments – Bemerkungen zur Umsetzung der 'Initiative Guinand'"*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1995, No. 3, p. 179 et seq.

[6] NIEDOŚPIAŁ, M., *Testament. Zagadnienia ogólne testamentu w polskim prawie cywilnym*, Kraków-Poznań 1993, p. 9 et seq.

[7] Cf. HENRICH, D., SCHWAB, D. (eds.), *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, Bielefeld 2001, passim.

[8] LANGBEIN, J.H., "*Substantial Compliance with the Wills Act*", Harvard Law Review 1975, No. 3, pp. 489-531.

Further remarks should be made by recalling that the formal requirements of the law for the validity of a will are essential. As has already been said, one of the basic requirements imposed by the legislator on wills is that wills must be drawn up in a specific manner described in the law[9]. This leads to general acceptance of the position according to which a will is a formal legal act. This view is accepted not only in *civil law* states, but also in *common law* systems[10]. Individual legal systems provide for regulations according to which the disposition of property upon death by the testator may take place only within the framework of instruments designed by the legislator. The form of a will is therefore the way in which the testator's declaration of last will should be expressed externally, allowing for its contents to be recorded, building the legal act of testing. It is a certain set of formalities concerning the validity of the testator's declaration of last will provided for by the law of succession[11].

The testator's declaration of will can therefore not be made in any way. It must adopt one of the forms provided for by law. In this respect, the principle of *numerus clausus* is applied in individual legal systems. The range of possible solutions in this respect is wide, with the reservation, however, that some forms of will are more common than others[12].

The multiplicity of forms of will provided for by law is intended to make it easier for the testator to draw up an undefaulting will. In addition, strict adherence to the requirements of the form is an objective that can protect the will against forgery and preserve its authenticity. It can also make it easier to check whether the testator has acted with a will to test (*cum animo testandi*)[13], whether his will has included the drafting of a will for a given content and whether his declaration has not been sometimes flawed. It is therefore assumed that the testator's declaration of will must be preserved in such a way that its contents can be known to others at the time of his death, often many years after it was made[14]. The legal requirement to test in a certain form is therefore intended to ensure that the testator's declaration of will can be reproduced in the future[15].

The primary purpose of the will form regulations is therefore to give the testator's declaration of will a form in which the will survives until it is restored, i.e. sometime after the opening of the succession. The method of fixation depends on whether the testator's declaration of will is made by way of speech or otherwise. In the context of testamentary inheritance, the most popular is the use of a written document for this purpose, while the admissible method of fixing the testator's last

---

[9] Cf. KERRIDGE, R., *Parry and Kerridge: The Law of Succession*, London 2016, p. 39 et seq.; MILLER, G., *The Machinery of Succession*, Aldershot–Brookfield–Singapore–Sydney 1996, pp. 12–13.

[10] Cf. DUKEMINIER, J., SITKOFF, R.H., Wills, Trusts and Estates, New York 2009, passim.

[11] REID, K.G.C., DE WAAL, M.J., ZIMMERMANN, R. (eds.), Testamentary Formalities. Comparative Succession Law, vol. 1, Oxford 2011, passim.

[12] See also POUND, R., "*The Role of the Will in Law"*, Harvard Law Review 1954, No. 1, p. 1 et seq.

[13] Cf. GLOVER, M., "*Therapeutic Function of Testamentary Formality"*, Kansas Law Review 2012, No. 61, p. 139 et seq.

[14] Cf. RUDNICKI, J., "*Rola formy testamentu. Uwagi na tle porównawczym"*, Forum Prawnicze 2013, No. 4, p. 35.

[15] Ibidem.

will depends on the current concept of a given legislator. In particular legal systems, detailed solutions differ from one another[16].

Failure to comply with the formal requirements of a will, and therefore failure to comply with the provisions on the form of will, generally leads to the invalidity of the relevant disposition. As we know, civil law is governed by the rule that if the act reserves a special form for a legal transaction, an action performed without this form is null and void. Despite its fairly common occurrence, in succession law, legislators usually decide to emphasize the importance of this rule by providing for a provision of the law expressing it. This was done, for example, by the Polish legislator, who in the content of the provision of art. 958 of the Civil Code explicitly indicates the invalidity of a will drawn up contrary to the formal requirements of the law[17]. However, the rigorism of the form resulting from the unilateral nature and the mortis causa character of the will is sometimes mitigated. Recently, in particular, some legal systems have developed certain solutions for maintaining the validity of wills despite their being drawn up in contravention of the provisions of the law on form, or providing only for the possibility of the optional annulment of the will at the request of a person having a legal interest in it.

3. The form of the will nowadays

The regulations on the form of a will have evolved over the years since old Roman times. Nowadays, it is mainly French, German and Austrian legislation, as well as the English regulation, that has had a significant impact on the shape of legal acts of succession in other countries[18]. The French Civil Code was in force or was taken as a model in the development of its own codifications in many European countries, as well as in America, Africa or Asia. The German and Austrian regulations are a mandatory reading of all comparative studies on the shape of private law in many European systems; many legislators have long drawn on these models. The English solutions, on the other hand, have found their place in colonial areas, including the current area of the United States of America, and with some differences have also been adopted in other common law countries, especially Australia, New Zealand and South Africa. The picture that emerges from the analysis of the current solutions concerning the form of wills in many modern countries prima facie leads to the conclusion that most of the legislation has a very traditional approach to this issue. Despite a number of differences characterising specific statutory solutions, the most common forms of wills are holographic wills, witnesses' wills and public wills, where the testator's last will is declared in the presence of an official[19].

The holographic will still exists in France (Article 970 of the French Civil Code), Germany (§ 2231 of the German Civil Code) and Austria (§ 578 of the Austrian Civil Code), but also, for example, in Italy (Article 602 of the Italian Civil Code), Spain (Article 688 of the Spanish Civil Code), several state laws of the United States of

[16] Cf. SCHMOECKEL, M., OTTE, G. (eds.), Europäische Testamentsformen, Baden-Baden 2011, passim.

[17] ZAŁUCKI, M., *Kodeks cywilny.., op. cit.*, p. 1997.

[18] REID, K.G.C., DE WAAL, M.J., ZIMMERMANN, R. (eds.), Testamentary Formalities…, op. cit., passim.

[19] Cf. ZAŁUCKI, M., Vidoetestament. Prawo spadkowe wobec nowych technologii, Warszawa 2019, pp. 56-66.

America (§ 2-502 of the Uniform Probate Code), Central and Eastern European countries (Article 1041 of the Romanian Civil Code, § 1533 of the Czech Civil Code or Article 7:15 et seq. of the Hungarian Civil Code, Article 949 of the Polish Civil Code). The element characterising this form of will is the testator's handwriting and his signature. Usually the testator may draw up such a will in any language, including a secret code. It is also permitted for the testator to use a leg instead of a hand, or to write with a writing tool in his mouth. Neither the testator's tool nor the medium on which the disposition is fixed is more important. Increasingly, a will made in some part using mechanical means of writing is also considered valid. In many systems, holographic wills are moving towards written wills, i.e. wills where, in principle, only the testator's own handwritten signature appears to be a necessary requirement, although this is not so obvious at all. Over the years, there has been a tendency to mitigate the formal requirements of this will, which has been the case in various legal systems, such as the place and nature of the signature, the medium, the dating or the unitas actus principle. Liberalisation of the rules concerning handwriting and the testator's signature in a holographic will took place e.g. in Belgium and France, while the requirement of dating a handwritten will was abandoned in Germany[20].

A will drawn up in the presence of witnesses is, in turn, a form of will which consists of the testator declaring his will orally or confirming a disposition previously made in writing. It is often prepared by a person with legal knowledge who, having listened to the testator's will, gives his intentions the legally correct wording. A form based on this construction can currently be found in English law (§ 9 Wills Act 1837), some state laws of the United States of America (§ 2-502 Uniform Probate Code), Austria, South Africa or New Zealand. It is also known in the Polish law (art. 952 of the Civil Code)[21].

On contrast, wills drawn up in the presence of an official person are primarily a form characteristic of legislation in which the notary plays an important role. This form of will is still found in French law (Article 971 of the French Civil Code), Austrian law (§ 581-583 of the Austrian Civil Code) and German law (§ 2232 of the German Civil Code), but also, for example, in Dutch law (Article 4:94 of the Dutch Civil Code), Hungarian law (§ 7:14 of the Hungarian Civil Code) or Polish law (Article 950 of the Civil Code). This form of will may also have two forms. First, it may consist in a declaration of will orally to the official, who then draws up the relevant minutes. Secondly, it can only consist in depositing a previously prepared document with the official. The presence of the official is first and foremost a guarantee of the authenticity of the will; however, it can also have a wider meaning. As we know, a will is a legal act that can only be drawn up by a person who has the so-called "capacity to test". The official person can therefore also ensure that the testator is aware of the importance of his or her action, which is not always possible with private wills. Particularly noteworthy in this respect is Dutch law, considered by many to be a model of modern legislation, where in principle only the possibility of drawing up a will before a notary is provided for (cf. Article 4:94 of the Dutch Civil Code) . In the context of the transformation of the law of succession in the world, the Dutch proposal, in force since 1 January 2003, may come as a bit of a surprise, although it is precisely here that the rigour of the lack of form is strongly mitigated, which will be discussed further. It should be noted, however, that the notarial form has also

[20] REID, K.G.C., DE WAAL, M.J., ZIMMERMANN, R. (eds.), Testamentary Formalities..., op. cit., passim.
[21] Ibidem.

evolved over the years towards a reduction of its rigour, which is related, for example, to the abolition of additional requirements for witnesses when drawing up notarial wills (e.g. Spain and the Netherlands)[22].

These traditional forms of will do not always go hand in hand with the needs of society. Legislators are slowly confronted with the problem of considering whether the mechanisms known back in Roman times can properly fulfil their function today. The world has been discussing for some time the need to modernise the current forms of wills[23]. It should be noted that a certain shift in the perception of testamentary successions occurred in the second half of the 20th century, particularly in common law states, where it has often been suggested that the strict formal requirements for dispositions of property upon death, applied in a literal manner, distorted the main purpose of the test - the transfer of property to persons indicated according to the will of the testator[24]. This trend, which is still valid to this day, has evolved over the years and has led to the introduction into some legislation of solutions allowing the maintenance of dispositions which do not meet all the statutory criteria, as well as forms of wills which meet the challenges of the times we live in[25]. In the latter area, the forms of wills are, among others, electronic wills (Nevada)[26] and non-rigid written wills (Australia, New Zealand, South Africa, among others)[27]. This paradigm has also appeared in other legal systems, and today it is the basis for discussions on the future shape of the law of succession in some jurisdictions. The legislative changes, however, are very slow, carefully made, without any undue haste. An example of this kind of twisted legislative work, in which, among other things, the current need to amend the law on the form of wills in the context of the requirements of modern times was widely analysed, is the Law Reform Commission of the Canadian province of Saskatchewan in 2004[28], the achievements of the Austrian Law Commission

[22] Ibidem.

[23] See, among others, the following statements: BREITSCHMID, P., "*Testament und Erbvertrag - Formprobleme: Die Einsatzmöglichkeiten für die Nachlassplanung im Lichte neuerer Rechtsentwicklungen"*, *Testament und Erbvertrag*, ed. Breitschmid, P., Bern-Stuttgart 1991, p. 27 et seq..; idem, "*Revision der Formvorschriften des Testaments - Bemerkungen zur Umsetzung der «Initiative Guinand»"*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1995, No. 3, p. 179 et seq.; KENNEDY, D., "*From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's 'Consideration and Form'"*, Columbia Law Review 2000, No. 100, p. 94 et seq.; CHAMPINE, P.R., "*My Will Be Done: Accommodating the Erring and the Atypical Testator"*, Nebraska Law Review 2001, No. 3, p. 388; VAN ERP, S., "*New Developments in Succession Law"*, Electronic Journal of Comparative Law 2007, No. 3, pp. 12–13; SCALISE JR., R.J., "*New Developments in Succession Law: The U.S. Report"*, Electronic Journal of Comparative Law 2010, No. 2, p. 7 et seq.; ZIMMERMANN, R., "*Testamentsformen…*", op.cit., p. 473 et seq.; MUSCHELER K., *„Das eigenhändige Testament – gestern, heute und morgen*", Successio – Zeitschrift für Erbrecht 2014, No. 1, p. 24 et seq.

[24] Cf. GULLIVER, A. G. , TILSON, J., "*Classification of Gratuitous Transfers*", Yale Law Journal 1941, No. 1, p. 1 et seq.; LANGBEIN, J.H., "*Substantial Compliance…",* op. cit., p. 489 et seq.

[25] WENDEL, P. T., "*Setting the Record Straight: The 'Flexible Strict Compliance' Approach to the Wills Act Formalities"*, Oregon Law Review 2016, No. 2, *passim*.

[26] Cf. GRANT, J. K., "*Shattering and Moving Beyond the Gutenberg Paradigm: The Dawn of the Electronic Will"*, University of Michigan Journal of Law Reform 2008, No. 1, p. 105 et seq.

[27] See, for example, PEART N., "*New Zealand's Succession Law: Subverting Reasonable Expectations"*, Common Law World Review 2008, No. 4, p. 356 et seq.

[28] Law Reform Commission of Saskatchewan, *Report on Electronic Wills*, Saskatoon 2004.

announced in 2009[29], consultations conducted in the Australian state of Victoria in 2013[30] and the proposal of the Swiss Federal Office of Justice from 2016[31]. The conclusions of this work, as well as other sources, even if they do not contain ready-made legislative proposals, justify the need to take a new look at traditional instruments of succession law. This is currently a common trend, supported by the doctrine of many countries, including Germany, Austria, Switzerland, France, the United States of America, Canada, England, Scotland, Australia, South Africa, Spain and Poland[32]. Thus, the law of succession is currently undergoing transformations. These transformations are at different stages in individual countries.

4. The consequences of failure to comply with the testamentary formalities

The testator's failure to comply with formal requirements generally results in the invalidity of the disposition of the last will. This is a typical sanction found in

[29] WELSER, R. "*Die Reform des österreichischen Erbrechts; Gutachten", 17. Österreichischen Juristentages*, Wien 2009, passim.

[30] Victorian Law Reform Commission, *Succession Laws: Consultation Paper*, Melbourne 2013.

[31] *Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht)*, Bern 2016.

[32] GRUNDMANN S., *Favor Testamenti. Zu Formfreiheit und Formzwang bei bei privatschriftlichen Testamenten*, Archiv für die civilistische Praxis 1987, No. 4/5, s. 429-476; SPITZER, M. "*Neues ze letzwilligen Verfügunen. Ein Beitrag zu Nottestament und Testierfähigkeit"*, Österreichische Notariats Zeitung 2006, No. 14, p. 77 et seq; WELSER, R. "*Die Reform des österreichischen Erbrechts"*, *Zivilrechtsgesetzgebung heute : Festschrift Gerhard Hopf zum 65. Geburtstag*, Wien 2007, p. 249 et seq.; DUNAND, J.-P., "*Le testament oral en droit suisse et dans l'ancien droit neuchâtelois"*, *Pour un droit pluriel: études offertes au professeur Jean-François Perrin*, eds. KELLERHALS, J., MANAI,, S., ROTH, R., Basel 2002, p. 33 et seq.; BREITSCHMIDT, P., "*Bericht zu den Konturen eines 'zeitgemässen Erbrechts' zu Handen des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der 'Motion Gutzwiller'"*, Not@lex/succesio 2014, pp. 7-27; COTTIER, M. "*Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz: Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller 'Für ein zeitgemässes Erbrecht' zuhanden des Bundesamtes für Justiz",* Not@lex/succesio 2014, pp. 29-55; BEYER, G. W. , HARGROVE, C. G., "*Digital Wills: Has the Time Come for Wills to Join the Digital Revolution?"*, Ohio Northern University Law Review 2007, No. 33, p. 865 et seq.; MC NARY, A. *The New Alberta Wills and Succession Act—What's In It?...and What's Out*, Edmonton 2011, p. et seq.; MILLER, G., "*Reforming the Formal Requirements for the Execution of a Will"*, Denning Law Journal 1993, No. 1, p. 71 et seq.; BURNS, F., "*Surviving Spouses, Surviving Children and the Reform of Total Intestacy Law in England and Scotland: Past, Present and Future",* Legal Studies 2013, No. 1, pp. 85-118; CROUCHER, R. F., "*Statutory Wills and Testamentary Freedom – Imagining the Testator's Intention in Anglo-Australia Law"*, Oxford University Commonwealth Law Journal 2007, No. 2, p. 241 et seq.; SONNEKUS, J.C., "*Videotestamente naas skriftelike testament"*, Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 1990, No. 1, p. 114 et seq.; SNEIL, S., HALL, N., "*Electronic Wills in South Africa"*, Digital Evidence and Electronic Signature Law Review 2010, No. 7, p. 67; ECHEVERRÍA, J.D., "*¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de Sucesiones del Código Civil? (un ejercicio de prospectiva)*", El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho 2009, No. 3, pp. 26-35; COBIELLA, M.E.C., DE JOZ LATORRE, CH., "*La modernización del derecho de sucesiones. Algunas propuestas*", Cuestiones de Interés Jurídico 2017, No. 7, pp. 1-68; RAMÓN FERNÁNDEZ, F., "*El testamento y la futura reforma del código civil en materia de discapacidad: Algunas reflexiones*", Actualidad Jurídica Iberoamericana 2019, No. 10, pp. 346-373; SILVERIO SANDOVAL, J., "*El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica*", Boletín del Ministerio de Justicia 2019, No. 2222, pp. 1-60; ZAŁUCKI, M., "*Współczesne tendencje rozwoju dziedziczenia testamentowego – czyli nie tylko o potrzebie wprowadzenia wideotestamentu do nowego kodeksu cywilnego"*, Roczniki Nauk Prawnych 2012, No. 2, pp. 23-52.

different legal systems. As an example, Polish law may be indicated here, where the provision of Article 958 of the Civil Code states that a will drawn up in violation of the provisions on form is invalid[33]. A similar path is followed by the Austrian law, which provides in § 601 of the Austrian Civil Code, if a mandatory formal requirement was not complied with when a final will was drawn up, the last will be invalid. A corresponding provision is also contained in the Spanish Civil Code: the will in whose execution the formalities respectively established have not been observed shall be null and void (Article 687 of the Spanish Civil Code). Also in German law, a will made contrary to the requirements of form is not valid (§ 125 of the German Civil Code). English law is also familiar with this type of solution (indicating in Section 9 of Wills Act: "no will shall be valid unless")[34]. Courts in these countries generally do not have the possibility to keep such wills in force. The only option is in principle the so-called conversion of wills, i.e. the recognition that an invalid will fulfils the statutory requirements of another form of will[35]. So if the testator made a will, e.g. in the form of a video recording, according to the above legal regulations, although his intention to make a will would be obvious and in the case we would have an indisputable proof of his action with *animus testandi*, such a will would most probably turn out to be void.

However, the world, as you would expect, is in the opposite direction. Formal requirements are being eased, and the testator's last will is being kept in force. This is manifested, among other things, in Dutch law, which as a rule provides for the nullity of wills drawn up in breach of statutory requirements, but this applies only to certain requirements (lack of the testator's or notary's signature), and in the case of the other requirements, failure to comply with the rules on the form of the will does not automatically result in the nullity of the will, it is only voidable (see Article 4:109.4 of the Dutch Civil Code). - "the non-observance of other formal requirements set by law for the validity of a last will makes the last will voidable")[36]. In this system, the aforementioned video will could remain in force. In some countries, however, the statutory solutions go much further. Examples of these solutions are, for example, the provision of Article 8 of the Succession Law of 2006 of the State of New South Wales, Australia ('The document, or part of the document, forms the deceased person's will, if the Court is satisfied that the person intended it to form his or her will')[37], the provision of Article 714 of the Quebec Civil Code ('A will that does not fully meet the requirements of that form is valid nevertheless if it meets the essential requirements thereof and if it unquestionably and unequivocally contains the last wishes of the deceased')[38], or Section 2-503 of the Uniform Probate Code, a model act in the United States of America, According to which "although a document or writing added upon a document was not executed in compliance with Section 2-502 [witnessed or holographic wills], the document or writing is treated as if it had been

[33] ZAŁUCKI, M., *Kodeks cywilny.., op. cit.*, p. 1997.

[34] REID, K.G.C., DE WAAL, M.J., ZIMMERMANN, R. (eds.), Testamentary Formalities..., op. cit., passim.

[35] However, conversion is not a mechanism known in all legal systems.

[36] REID, K.G.C., DE WAAL, M.J., ZIMMERMANN, R. (eds.), Testamentary Formalities..., op. cit., passim.

[37] Cf. LANGBEIN. J. H., "*Absorbing South Australia's Wills Act Dispensing Power in the United States: Emulation, Resistance, Expansion*", Adelaide Law Review 2017, No. 38, pp. 1-11.

[38] VAN ERP, S., "*New Developments..",* op. cit., p. 13.

executed in compliance with that section if the proponent of the document or writing establishes by clear and convincing evidence that the decedent intended the document or writing to constitute: (1) the decedent's will, (2) a partial or complete revocation of the will, (3) an addition to or an alteration of the will, or (4) a partial or complete revival of his [or her] formerly revoked will or of a formerly revoked portion of the will[39]. In applying the above provisions, there would rather be no doubt as to the validity of a will drawn up in video form. The expectations of society would also seem to be the same.

In this light, it should be noted that many jurisdictions will admit a document into probate if it is in substantial compliance with the wills act formalities. To satisfy the substantial compliance standard: 1. there must be clear and convincing evidence that the testator intended the document to be his last will and testament, and 2. the will substantially complies with the wills act formalities. Similar doctrine, called the harmless error doctrine, gives the courts even more leeway to change a will by only requiring that the testator intended the document to be his last will and testament. It does not require that the document be in substantial compliance with the wills act formalities. This is also called the dispensing power because it allows the courts to dispense with the strict wills act formalities as long as there is clear and convincing evidence for the remedy[40]. Whereas previous departures focused on whether the document in question was in "substantial compliance" with will formalities, the harmless error doctrine focuses on the decedent's intent. For example, California's Probate Code Section 6110(c)(2), provides as follows: "If the will was not executed in compliance with paragraph (1) [, the will shall be treated as if it was executed in compliance with that paragraph if the proponent of the will establishes by clear and convincing evidence that, at the time the testator signed the will, the testator intended the will to constitute the testator's will". It seems that there is no turning back from this kind of trend in the law of succession.

5. Some conclusions

In the light of the above, it should be noted that there is a fundamental conviction in civil law science that attempts to liberalise the formal requirements for wills should be made with great caution. Traditionally, two extreme positions can be distinguished in this regard. On the one hand, legislators base their solutions on the doctrine called "*strict compliance*", which is characterized by strict formalism. In particular, the argument is raised that the invalidity of the decisions made as a result of the application of the rules on the form of wills does not constitute an obstacle against a strict interpretation of these rules. It is generally up to the testator to ensure that his last will is fulfilled by strict compliance with the rules governing the form of wills. One of the objectives of the regulations on form is to ensure that declarations which do not comply with the provisions of the law do not have legal effects, which is to justify the necessity to declare invalid any dispositions made contrary to the regulations on form. On the other hand, regulations rooted in the doctrine described as "*substantial compliance*" can be found more and more

[39] WIESBROD, R.K., HORTON, D., URICE, S. K., Wills, Trusts and Estates. The Essentials, New York 2018, p. 152.

[40] UZCATEGUI J., "*Application of the Harmless Error Doctrine in California and Beyond*", Sacks, Glazier, Franklin & Lodise Newsletter, https://www.trustlitigation.la/Harmless-Error-T-E-Quarterly-FINAL.pdf (23.03.2020).

frequently. According to this doctrine, the fulfilment of the testator's will is of the utmost importance, and therefore, it is necessary to strive to respect the testator's wishes and intentions, despite the existence of certain formal defects in the will. There are also indirect solutions which, as a rule, underline the testator's obligation to observe the form of the will, but which introduce certain mechanisms that allow the mortis causa disposition to be upheld when it does not meet all the formal requirements of the law. This is the direction taken, for example, by the well-known institution in many systems of conversion of wills, which converts an invalid disposition of property upon death into a replacement but valid disposition, the purpose of which is, inter alia, to protect persons who are not properly aware of the statutory requirements of carrying out a particular legal act. The reference to *animus testandi* as the basis for the normative constructions leading to the maintenance of a testamentary disposition is nowadays a trend that can be observed in different legal systems. The use of the *favor testamenti* rule has therefore been gaining in importance in succession law for some time. It is no longer just a question of interpreting the will in such a way as to give the disposition a reasonable content, but also of providing a broader interpretation to keep the testator's disposition in force against the rules on form. This trend will be difficult to reverse in the coming years. In fact, an increasingly widespread liberalisation of the rules is to be expected.

6. Literature

BEYER, G. W. , HARGROVE, C. G., "*Digital Wills: Has the Time Come for Wills to Join the Digital Revolution?"*, Ohio Northern University Law Review 2007, No. 33.

BREITSCHMID, P. "*Revision der Formvorschriften des Testaments - Bemerkungen zur Umsetzung der «Initiative Guinand»"*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1995, No. 3.

BREITSCHMID, P., "*Revision der Formvorschriften des Testaments – Bemerkungen zur Umsetzung der 'Initiative Guinand'"*, Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins 1995, No. 3.

BREITSCHMID, P., "*Testament und Erbvertrag - Formprobleme: Die Einsatzmöglichkeiten für die Nachlassplanung im Lichte neuerer Rechtsentwicklungen"*, *Testament und Erbvertrag*, ed. BREITSCHMID, P., Bern-Stuttgart 1991.

BREITSCHMIDT, P., "*Bericht zu den Konturen eines 'zeitgemässen Erbrechts' zu Handen des Bundesamtes für Justiz zwecks Umsetzung der 'Motion Gutzwiller'"*, Not@lex/succesio 2014.

BURNS, F., "*Surviving Spouses, Surviving Children and the Reform of Total Intestacy Law in England and Scotland: Past, Present and Future",* Legal Studies 2013, No. 1.

CHAMPINE, P.R., "*My Will Be Done: Accommodating the Erring and the Atypical Testator"*, Nebraska Law Review 2001, No. 3.

COBIELLA, M.E.C., DE JOZ LATORRE, CH., "*La modernización del derecho de sucesiones. Algunas propuestas*", Cuestiones de Interés Jurídico 2017, No. 7.

COTTIER, M. "*Ein zeitgemässes Erbrecht für die Schweiz: Bericht zur Motion 10.3524 Gutzwiller 'Für ein zeitgemässes Erbrecht' zuhanden des Bundesamtes für Justiz",* Not@lex/succesio 2014.

CROUCHER, R. F., "*Statutory Wills and Testamentary Freedom – Imagining the Testator's Intention in Anglo-Australia Law"*, Oxford University Commonwealth Law Journal 2007, No. 2.

DUKEMINIER, J., SITKOFF, R.H., Wills, Trusts and Estates, New York 2009.

DUNAND, J.-P., "*Le testament oral en droit suisse et dans l'ancien droit neuchâtelois"*, *Pour un droit pluriel: études offertes au professeur Jean-François Perrin*, eds. KELLERHALS, J., MANAI,, S., ROTH, R., Basel 2002.

ECHEVERRÍA, J.D., "*¿Qué reformas cabe esperar en el Derecho de Sucesiones del Código Civil? (un ejercicio de prospectiva)*", El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho 2009, No. 3.

GLOVER, M., "*Therapeutic Function of Testamentary Formality"*, Kansas Law Review 2012, No. 61.

GRANT, J. K., "*Shattering and Moving Beyond the Gutenberg Paradigm: The Dawn of the Electronic Will"*, University of Michigan Journal of Law Reform 2008, No. 1.

GRUNDMANN S., *Favor Testamenti. Zu Formfreiheit und Formzwang bei bei privatschriftlichen Testamenten*, Archiv für die civilistische Praxis 1987, No. 4/5.

GULLIVER, A. G. , TILSON, J., "*Classification of Gratuitous Transfers*", Yale Law Journal 1941, No. 1.

HENRICH, D., SCHWAB, D. (eds.), *Familienerbrecht und Testierfreiheit im europäischen Vergleich*, Bielefeld 2001.

KENNEDY, D., "*From the Will Theory to the Principle of Private Autonomy: Lon Fuller's 'Consideration and Form'"*, Columbia Law Review 2000, No. 100.

KERRIDGE, R., *Parry and Kerridge: The Law of Succession*, London 2016.

LANGBEIN, J. H., "*Excusing Harmless Errors in the Execution of Wills: A Report on Australia's Tranquil Revolution in Probate Law"*, Columbia Law Review 1987, No. 87.

LANGBEIN, J.H., "*Substantial Compliance with the Wills Act*", Harvard Law Review 1975, No. 3.

LANGBEIN. J. H., "*Absorbing South Australia's Wills Act Dispensing Power in the United States: Emulation, Resistance, Expansion*", Adelaide Law Review 2017, No. 38.

Law Reform Commission of Saskatchewan, *Report on Electronic Wills*, Saskatoon 2004.

MC NARY, A. *The New Alberta Wills and Succession Act—What's In It?...and What's Out*, Edmonton 2011.

MILLER, G., "*Reforming the Formal Requirements for the Execution of a Will"*, Denning Law Journal 1993, No. 1.

MILLER, G., *The Machinery of Succession*, Aldershot–Brookfield–Singapore–Sydney 1996.

MUSCHELER K., *„Das eigenhändige Testament – gestern, heute und morgen*", Successio – Zeitschrift für Erbrecht 2014, No. 1.

NIEDOŚPIAŁ, M., *Testament. Zagadnienia ogólne testamentu w polskim prawie cywilnym*, Kraków-Poznań 1993.

PEART N., "*New Zealand's Succession Law: Subverting Reasonable Expectations"*, Common Law World Review 2008, No. 4.

POUND, R., "*The Role of the Will in Law"*, Harvard Law Review 1954, No. 1.

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., "*El testamento y la futura reforma del código civil en materia de discapacidad: Algunas reflexiones*", Actualidad Jurídica Iberoamericana 2019, No. 10.

REID, K.G.C., DE WAAL, M.J., ZIMMERMANN, R. (eds.), Testamentary Formalities. Comparative Succession Law, vol. 1, Oxford 2011.

RUDNICKI, J., "*Rola formy testamentu. Uwagi na tle porównawczym"*, Forum Prawnicze 2013, No. 4.

SCALISE JR., R.J., "*New Developments in Succession Law: The U.S. Report"*, Electronic Journal of Comparative Law 2010, No. 2.

SCHMOECKEL, M., OTTE, G. (eds.), Europäische Testamentsformen, Baden-Baden 2011.

SILVERIO SANDOVAL, J., "*El testamento ológrafo en soporte digital y la firma biométrica*", Boletín del Ministerio de Justicia 2019, No. 2222.

SNEIL, S., HALL, N., "*Electronic Wills in South Africa"*, Digital Evidence and Electronic Signature Law Review 2010, No. 7.

SONNEKUS, J.C., "*Videotestamente naas skriftelike testament"*, Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg 1990, No. 1.

SPITZER, M. "*Neues ze letzwilligen Verfügunen. Ein Beitrag zu Nottestament und Testierfähigkeit"*, Österreichische Notariats Zeitung 2006, No. 14.

UZCATEGUI J., "*Application of the Harmless Error Doctrine in California and Beyond*", Sacks, Glazier, Franklin & Lodise Newsletter, https://www.trustlitigation.la/Harmless-Error-T-E-Quarterly-FINAL.pdf (23.03.2020).

VAN ERP, S., "*New Developments in Succession Law"*, Electronic Journal of Comparative Law 2007, No. 3.

Victorian Law Reform Commission, *Succession Laws: Consultation Paper*, Melbourne 2013.

Vorentwurf und erläuternder Bericht zur Änderung des Zivilgesetzbuchs (Erbrecht), Bern 2016.

WELSER, R. "*Die Reform des österreichischen Erbrechts; Gutachten", 17. Österreichischen Juristentages*, Wien 2009.

WELSER, R. "*Die Reform des österreichischen Erbrechts"*, *Zivilrechtsgesetzgebung heute : Festschrift Gerhard Hopf zum 65. Geburtstag*, Wien 2007.

WENDEL, P. T., "*Setting the Record Straight: The 'Flexible Strict Compliance' Approach to the Wills Act Formalities"*, Oregon Law Review 2016, No. 2.

WIESBROD, R.K., HORTON, D., URICE, S. K., Wills, Trusts and Estates. The Essentials, New York 2018.

ZAŁUCKI, M., "*Współczesne tendencje rozwoju dziedziczenia testamentowego – czyli nie tylko o potrzebie wprowadzenia wideotestamentu do nowego kodeksu cywilnego"*, Roczniki Nauk Prawnych 2012, No. 2.

ZAŁUCKI, M., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2019.

ZAŁUCKI, M., Vidoetestament. Prawo spadkowe wobec nowych technologii, Warszawa 2019.

ZIMMERMANN, R., "*Testamentsformen: »Willkür« oder Ausdruck einer Rechtskultur?*", Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht 2012.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 32-69
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Character of effet utile and interpretation of EU law through CJEU jurisprudence

Dimitris Liakopoulos[1]
Tufts University; Massachusetts Law School, De Haagse Hogenschool

Summary: 1.Introductory premises; -2.The effet utile of EU interpretative methods; -3.The relationship between effet utile, and effectiveness of EU law; -4.Effet utile and competences of EU Institutions; -5.Effet utile and CJEU competences; -6.Effet utile and compliance with EU law; -7.Effet utile in case law on the functioning of the internal market and competition; -8.Effet utile and European Citizenship; -9.Effet utile and effectiveness of the directives; -10.Effet utile, direct effectiveness and protection of individual rights; -11.Effet utile and state responsibility for infringement in EU law; -12.Effet utile and primacy of EU law; -13.Concluding remarks; -14.References.

Abstract: In the context of EU law interpretation, the reference to effet utile has contributed to the construction of EU order as a new legal order due to the lack of uniformity between laws of different member states characterized by autonomy, direct applicability and primacy over national rights. As we can see from the analysis of CJEU jurisprudence the effet utile is not only a criterion for the resolution of conflict between internal rules and Union norms or more broadly a tool for defining the areas of EU and states competence.

Keywords: effet utile, European Union law, interpretation of EU treaties, CJEU.

1. INTRODUCTORY PREMISES.

A recurring element in the interpretation of EU law by the Court of Justice of the European Union (CJEU) is the reference to the concept of effet utile[2]. I speak of notion and not of expression as, Ormand pointed out in 1975. It is possible to see that alongside some sentences that since the first years of activity of CJEU contain the expression effet utile[3], in many others the same concept is inserted, made through similar expressions, such as "reasonable and useful application", "effectiveness", "real scope", "practical effectiveness", "full effectiveness", "concrete effectiveness", etc. in other pronouncements, even though there is no express reference to terminology, it is the objective of ensuring the effet utile of Union's law

[1] Full Professor of European Union Law at the Fletcher School-Tufts University (MA in international law and MA of Arts in Law and diplomacy). Full Professor of International and European Criminal and Procedural Law at the De Haagse Hogenschool-The Hague. Professor of International Law at Massachusetts Law School. Attorney at Law a New York and Bruxelles. ORCID ID: 0000-0002-1048-6468. The present work is updated until April 2020. (prof. d.liakopoulos984@gmail.com)

[2] In all the text we use the term in french language.

[3] V. DEGAN, *L'interprètation des accord en droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1963.

Recibido: 23/04/2020
Aceptado: 10/05/2020

to guide the reasoning of CJEU.

The use of different formulas but all referable to the notion of effet utile is due to multiple reasons, among which the most significant are the context of the various rulings, with reference to the subject matter being examined, the type of act considered, the competence exercised; the plurilingualism present in the European legal system, where French is usually the working language of CJEU and the expression effet utile (and related ones like pleine effectivitè, pleine applicaton, plein effet, peine effectivitè, efficacitè) have been variously translated in the other official languages of EU[4]. The nationality and training of the rapporteur judge has the task of proposing to CJEU the draft text of what will become the pronunciation of the organ.

Given the aforementioned linguistic diversity and referring to French jurisprudence, the first sentence in which the expression effet utile is shown in case C-30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen of 23 February 1961, in which the CJEU justified an extension of powers of the then community in a sector that remained the responsibility of the member states, so that "l'effet utile du traitè bne soit pas grandement diminuè et sa finalitè gravement compromise"[5].

Likewise in C-34/62, Germany v. Commission sentence of 15 July 1963 with reference to the common customs tariff, CJEU stated that "si la Commission devait en tout cas de laisser orienter par la seule nècessitè de promouvoir les èchanges commerciaux avec les pays tiers, la consèquence serait que toute demande de dèrogation devrait être satisfaite, ce qui priverait le tarif douanier commun de tout effet utile (...)"6. Already these two examples confirm the non terminological coincidence in different language versions of EU jurisprudence. Not every difference between the different language versions has been eliminated and the effet utile is often rendered in French with different terms, which obviously conditions the translation in different languages makes it less easy to analyze.

In the context of EU law interpretation, the reference to effet utile has contributed to the construction of EU legal order due to the lack of uniformity between laws of different member states characterized by autonomy, direct applicability and primacy over national rights, to the point that the Cruz Vilaça judge considers the effet utile as the guarantor of integrity of this legal system[7]. Suffice it to consider the reference to effet utile in fundamental sentences such as C-22/62, Van Gend en Loos of 5 February 1963[8] and C-6/64, Costa v. ENEL of 15 July 1964[9] or the same in the known Simmenthal sentence[10].

CJEU referred to effet utile in interpreting both primary and derivative law[11],

---

[4]P. PESCATORE, *Monisme, dualisme et "effet utile" dans la jurisprudence de la Cour de justice de la communautè europèenne, in Une communautè de droit. Festscrhfit für Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, Berlin, 2003, pp. 332ss, for example the expression effet utile does not have a correspondent in English or German or in other languages, which is probably incorrect. In German the concept is rendered as Effektivitätsgrundsatz, Wirksamkeit or praktische Wirksamkeit, in English utilize as effectiveness, full effect, efficacy, practical effect, full effectiveness or effet utile. This also raises the question whether and to what extent the English effectiveness is the effet utile.

[5]CJEU, C-30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen of 23 February 1961, ECLI:EU:C:1961:2 I-00001

[6]ECLI:EU:C:1963:18, I-00131.

[7]J.L. DA CRUZ VILAÇA, "Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour", in A. ROSAS, E. LEVITS, Y. BOT,. *The Court of Justice and the construction of Europe. Analyses and perspectives on sixty years of case-law*, Springer, The Hague, 2013, pp. 280ss.

[8]CJEU, C-22/62, Van Gend en Loos of 5 February 1963, ECLI:EU:C:1963:1, I-00001.

[9]CJEU, C-6/64, Costa v. ENEL of 15 July 1964, ECLI:EU:C:1964:66, I-01141, par. 114.

[10]M. ACCETTO, S. ZLEPTNIG, "The principle of effectiveness. Rethinking its role in community law", in *European Public Law*, 11, 2005, pp. 382ss. H.G. SCHERMERS, D.F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, Wolters Kluwer, The Hague, 2001, pp. 22ss.

[11]In particular, with reference to the directive, the relationship between the characteristic obligation of result that connects the directive and the purpose immanent in the treaty qualifies

including recommendations[12], as well as EU treaties concluded with other international subjects[13], those concluded between its member states[14].

It is also significant to recall how CJEU attributed value to its own jurisprudence. In C-283/81, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health sentence of 06 October 1981[15], it affirms its interpretative effectiveness. After referring to joined cases C-20 to 30/62, from Costa en Schaake NV and others v. Administratie der Belastingen sentence of 27 March 1963[16] declares: "(...) the loss of the obligation for the judges of last resort to effect a preliminary reference can result from a constant CJEU jurisprudence that independently from the nature of the proceedings from which has been produced resolves the litigation point in question, even in the absence of a strict identity between the disputed matters (...)"[17].

---

in particular terms the effect of the norms of such acts.

[12]CJEU, C-322/88, Grimaldi of 13 December 1989 ECLI:EU:C:1989:646, I-00407, the CJEU after recalling the non-binding nature of the recommendations, adds that: "(...) to comprehensively understand the question raised by the national court, it must be emphasized that the acts in question cannot be considered for this reason devoid of any effect Legal: National judges are obliged to take into account the recommendations for the purpose of settling disputes submitted to their judgment in particular when they are of assistance in interpreting national rules adopted for the purpose of ensuring their implementation or aim to complete Community rules having binding nature (...)".

[13]As for example the CJEU acknowledged the effet utile of a decision adopted under the association agreement between the European economic community and Turkey. See case: C-237/91, Kus v. Landeshauptsdath Wiesbaden of 12 December 1992, ECLI:EU:C:1992:527, I-06781, par. 29. C-192/89, Sevince v. Staatsecretaris van Justice of 20 September 1990, ECLI:EU:C:1990:322, I-03461, declared that: "(...) in the context of Article 6 (1) of Decision No. 1/80 (...) although this provision limits itself to regulating the situation of the Turkish worker from the point of view of employment and not of the right of residence, these two aspects of the personal situation of the Turkish worker are intimately connected and that the aforementioned provision, recognizing to such a worker, after a certain period of regular employment in the member state the access to any subordinate work of his choice, necessarily implies, unless he renders the right which it attributes to him totally ineffective, the existence at that time at least of a right of residence for the person concerned and adds that this also applies to Article 6 (2) of Decision 1/80, given that in the absence of the right of residence, recognition of the Turkish worker after one year to regulate work activities , of the right to renew the work permit at the first employer would be devoid of any effect (...)", parr. 29-30. For further details see: L.C. CONANT, *Justice contained: law and politics in the European Union*, Cornell University Press, Ithaca, 2018.

[14]For example with reference to the Brussels Convention of 27 September 1968 on the juridical competence and the execution of decisions in civil and commercial matters, the CJEU in the judgment C-21/76, Bier v. Mines de Potasse d'Alsace of 30 November 1976, ECLI.EU:C:1976:166, I-01735, states that adopting as the sole criterion that of the place where the event generating the damage occurred would risk depriving of any effet utile a provision of the Convention. In case V-145/86, Hoffmann of 4 February 1988, ECLI:EU:C:1988:61, 1988: I-00645, the CJEU acknowledges that: "(...) the application in the field of enforcement of procedural rules of the requested state cannot prejudice the practical effectiveness of the Convention's system with regard to exequatur (...)", par. 29.

[15]CJEU, C-283/81, Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health of 06 October 1981, ECLI:EU:C:1981:335, I-03415

[16]ECLI:EU:C:1963:6, I-00061.

[17]In the same spirit of orientation the case: C-480/08, Teixeira of 23 February 2010, ECLI:EU:C:2010:83, I-01107, where the CJEU refers to par. 74 of the previous case C-413/99, Baumbast and R. of 17 September 2002, ECLI:EU:C:2002:493, I-07091, observed that: "(...) taking into account the context and the aims pursued by Regulation No. 1612/68 and in particular by Article 12 thereof, that provision cannot be interpreted restrictively and must not be deprived of its effet utile and adds that it cannot be relied upon on the basis of that judgment that the granting of the right of residence de quo is subject to a condition of economic self-sufficiency, given that the CJEU has in no way even implicitly based its reasoning on such a condition (...)", par. 67. For further details see: E. GUILD, S. PEERS, J. TOMKIN, *The EU citizenship directive. A commentary*, Oxford University press, oxford, 2014. M. JACOB, *Precedent and case-based reasoning in the European Court of Justice: Unfinished business*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

Moreover, the use of effet utile is directly proportional to the degree of indeterminacy of the rule to be interpreted which explains its greater relevance in the first decades of European integration and with reference to acts not directly applicable, first of all to the provisions of treaties and above all to directives[18].

With reference to the "quantity" of the norms interpreted through the prism of effet utile[19], which in some cases CJEU does it evaluated with reference to a single provision[20], in others it referred to a group of complementary provisions used jointly or to the general principles[21] or the entire treaty[22] or the even broader way to the spirit of law that characterizes the process of European integration and derives from its general system[23].

---

[18]K.LENAERTS, J.A. GUTIERREZ FONS, *Les mèthodes d'interprètation de la Cour de justice de l'Union europèenne*, ed. Larcier, Bruxelles, 2020.

[19]U. SADL, "The role of effet utile in preserving the continuity and authority of European Union law: Evidence form the citation web of the pre accession case law of the Cout of Justice of the EU", in *European Journal of Legal Studies*, 8, 2015, pp. 18ss., which is affirmed that: "(...) the court did not use effet utile (...) when the law was exhausted (...)".

[20]C-9/61, Netherlands v. High Authority of 12 July 1962, ECLI:EU:C:1962:27, I-00413, which the court declared that: "(...) the measures that the member states must adopt in order to fulfill the obligations deriving from the (...) treaty, measures indicated in the first article of the recommendation, would risk to remain ineffective in the absence of any control on their observance or of penal provisions (...)". In the judgment C-262/88 INT, Barber of 17 May 1990, ECLI:EU:C:1990:209, I-001889, the court declared that: "(...) the method of adopting to verify the observance of the principle of equal pay should be noted that if the national courts they were obliged to proceed to an evaluation and a comparison of all the advantages of various kinds granted according to the cases to male or female workers. The jurisdictional provision would be difficult to implement and the effective effect of article 119 (157 TFEU) would be equally reduced (...)". In the case C-415/93, Bosman of 15 December 1995, ECLI:EU:C:1995:463, I-04921, the court observed that: "(...) the rules on citizenship cannot be considered compliant with (...) treaty. This standard would otherwise be deprived of its effet utile and the fundamental right to freely access an occupation that it individually confers to every worker of the community, would be established (...)", par. 29. In this respect the CJEU refers to the case C-222/86, Unectef v. Heylens of 15 October 1987, ECLI:EU:C:1987:442, I-04097, which is affirmed that: "(...) since free access to employment constitutes a decision of a national authority with which the benefit of this right is refused is essential to ensure the individual the effective protection of his right (...)". For further analysis: K. LENAERTS, I. MASELIS, K. GUTMAN, *EU procedural law*, Oxford University Press, 2014, pp. 134ss. A. HARTKAMP, C. SIBURGH, W. DEVROE, *Cases, materials and text on European Union law and private law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017, pp. 282ss.

[21]CJEU, C-4/69, Lütticke of 28 April 1971, ECLI:EU:C:1971:4, not published, which the court declares: "(...) the action of damages (...) is conceived as an autonomous remedy (...) would be contrary to this autonomy, as well as with the whole system of legal remedies established by the treaty, the consideration of damages can have unfortunate consequences to those of the action due to failure (...) ", par. 6. Also in sentence C-245/01, RTL Television of 23 October 2003, ECLI:EU:C:2003:580, I-12489, the court states that "(...) it is necessary to interpret the provision in question according to the ratio and of the purpose of the legislation of which it is part (...) ", par. 99, here the CJEU refers to par. 37 the case C-257/00, Givane and others of 9 January 2003, ECLI:EC:C:2003:8, I-00345, parr. 102-103. For further details see: S. PEERS, *EU justice and home affairs law*, Oxford University Press, Oxford, 2014. E. BERRY, M. J. HOMEWOOD, B. BOGUSZ, *Complete EU law: text, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2015. P. CRAIG, G. DE BÚRCA, *The evolution of EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

[22]CJEU, joined cases C-46/87 and 227/88, Hoeechst v. Commission of 21 September 1989, ECLI:EU:C:1989:337, I-02859, in which it establishes that the article of a regulation "(...) cannot receive an interpretation that leads to results contra with the general principles of Community law in particular fundamental rights (...)", par. 12; and the case C-30/59, De Gezamenlijke Steenkolenmijnen of 23 February 1961, op. cit.

[23]CJEU, C-9/70, Grad v. Finanzamt Transtein of 6 October 1970, ECLI:EU:C:1970:78, I-00825, the effective effect no longer corresponds to the notion of international law when the CJEU refers to the spirit of law deriving from the general system of treaty, understood as inspired

With regard to this last point, it should be pointed out that especially with reference to the external action of the then EEC, CJEU offered such an extensive interpretation of EU competences itself to cross over into the theory of implicit powers that had previously been evoked[24]. In C-22/70, Commission v. Council sentence of 31 March 1971[25], CJEU declares that "if community norms are adopted for the attainment of treaty purposes, the member states cannot outside the ambit of common institutions, assume engagements acts to affect such rules or to alter the effectiveness"26. And in joined cases C-3, 4 and 6/76 Kramer of 14 July 1976[27], it states that the member states "are not from now on held not only to avoid assuming (...) commitments that could hinder the community in the accomplishment of the assigned task of art. 102 of the Act of Accession but also to conduct a joint action within the Commission for Fisheries"28.

Unlike these first two judgments, the relevance of the effet utile does not seem to emerge in the subsequent jurisprudence concerning the parallelism of competences, characterized by a clear reference to implicit powers. We refer to the opinions n. 1/76 of 26 April 1976[29], n. 2/91 of 19 March 1993[30] and n. 2/92 of 24 March 1995[31]. A relevant exception is C-476/98, Commission v. Germany sentence of 5 November 2002[32] where CJEU recalls the previous jurisprudence (sentence

---

by a federalist vesion. See in argument: R. ORMAND, "L'utilisation particulière de la mèthode d'interprètation des traitès selon leur "effet utile" par la Cour de Justice des communautès europèennes", in *Revue Trimestrielle de Droit Europèen*, 14, 1976, pp. 625ss, which is affirmed that. "(...) la Cour, simplement, considèrant le système du traitè sos une vision fèdèraliste en dèduit les règles qui sì'imposent et confronte alors la norme à ces dernières (...)".

[24]C. DE VISSCHER, "L'interprètation judiciaire des traitès d'organisation internationale", in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1958, pp. 18ss, compared the reasoning followed by the International Court of Justice in order to derive the theory of implicit powers to that of the CJEU in the judgment Fèdèchar of 1956 (CJEU, C-8/55, Fèdèration Charbonnière de Belgique v. High Athority of 16 July 1956, op. cit.) concluding that the latter has no need to resort to the implicit powers, by referring to two "classical" criteria such as that of effet utile and that of logical-systematic integration. See also: F. DUMON, *La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des mèthodes d'interprètation, in rencontre judiciaire et universitaire, 27-28 septembre 1986*, Luxembourg, 1986, pp. 4ss.

[25]ECLI:EU:C:1971:32, I-00263.

[26]M.DERLÉN, J. LINDHOLM, *The Court of Justice of the European Union. Multidiciplinary perspectives*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2018.

[27]ECLI:EU:C:1976:114, I-01279.

[28] F. MARTUCCI, *Droit de l'Union europèenne*, LGDG, Paris, 2019.

[29]The CJEU refers to the Kramer judgment and declares: "(...) the competence of the community to conclude such an agreement is not expressly provided for in the treaty. The CJEU has had the opportunity to state (...) that the competence to undertake international commitments can not only to be explicitly attributed by the treaty but may also derive implicitly from its provisions. The CJEU has concluded that whenever Community law has given certain powers internally to the institutions of the community, in order to achieve a certain objective the community is competent to assume the commitments internationals necessary to achieve this objective even in the absence of express provisions in this regard (...)", par. 3.

[30]According to the CJEU: "(...) the competence to undertake international commitments can not only be attributed directly by the treaty, but can also be derived implicitly from its provisions. The CJEU has concluded that whenever Community law has attributed to the institutions of the community certain poems on the internal level, in order to achieve a certain objective, the community is competent to assume the international commitments necessary to achieve this objective even in the absence of express provisions in this regard (...)", par. 7.

[31]The CJEU has affirmed that: "(...) it is true that like the court stated in the aforementioned opinion 1/76 the external competence based on the powers of internal action of the community can be exercised without the prior issue of an internal legislative act, and thus become exclusive. refers to the hypothesis in which the stipulation of an international agreement is necessary to achieve treaty objectives that cannot be achieved with the adoption of autonomous norms (...)", par. 32

[32]ECLI:EU:C:2002:631, I-09855. See also: S. GARBEN, I GOVAERE, *The division o competences between the EU and the member states*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017. S. ANDERSEN, *The enforcement of EU law: the role of the European*

AETS) and declares that: "(...) in the field of external relations, the court has ruled that EU tasks and aims of the treaty would be compromised in the case in which member states could enter into international commitments including provisions designed to affect the provisions adopted by the community or to alter their scope (...)"[33].

It should also be stressed that the effet utile has been recalled and applied by CJEU with reference to numerous matters within EU competence from those relating to numerous profiles of the single market[34] and competition[35] to those inherent to agriculture[36] and environment but also to issues relating to common commercial policy[37], immigration[38] and fundamental rights[39]. In the light of jurisprudential practice, Sadl's opinion according to which: "(...) the function of effet utile has been narrower than commonly assumed in the literature (...)"[40]

Having regard to the different CJEU competences, references to the effet utile are present above all in the interpretative judgments which it made as a preliminary

---

Commission, Oxford University Press, Oxford, 2012.

[33]CJEU, C-476/98, Commission v. Germany of 5 November 2002, op. cit., par. 136

[34]CJEU, C-28/67, Molkerei of 3 April 1968, ECLI:EU:C:1968:17, I-00181, with regard to the issue of intra-community duties, where the CJEU stated that: "(...) the prohibition established by Article 95 would lose its effectiveness deriving from the treaty if it depended on national enforcement measures not covered by the treaty without the which the prohibition itself would remain ineffective (...)".

[35]CJEU, C-46/87, Hoechst v. Commission of 21 September 1989, ECLI:EU:C:1989:737, I-02859

[36]CJEU, C-44/79, Hauer of 13 December 1979, ECLI:EU:C:1979:290, I-03727, in which the CJEU observes that "(...) any questions relating to the violation of fundamental rights by acts emanating from the institutions of the community can be assessed solely on the basis of Community law. The reference to special assessment criteria, typical of the legislation or of the constitutional structure of a member state would inevitably undermine the unity of the common market and compromise the cohesion of the community, since it would impair the unity and effectiveness of Community law (...)", par. 14.

[37]CJEU, C-260/90, Leplat v. Territory of French Polynesia of 12 February 1992, ECLI:EU:C:1992:66, I-00643, with reference to the interpretation of a decision by the Council on customs duties, he stated: "(...) an interpretation of Article 133 TEEC (200 TFEU) which limits its scope of application to customs duties strictly speaking would lead to deprive the system of this article of meaning and render it practically ineffective in so far as it is possible to elude the application by establishing taxes which, although not strictly customs duties, would nevertheless have the same effects on trade between the member states (...)", par. 18.

[38]CJEU, joined cases C-281, 283, 284, 285 and 287/85, Germany and others v. Commission of 9 July 1987, ECLI:EU:C:1987:351, I-03203, as well as the case of the joined cases C-643 and 647/15, Hungary v. Council of 6 September 2017, ECLI:EU:C:2017:618, published in the electronic Reports of the cases, where it is stated that "(...) a restrictive interpretation of the concept of temporary measures contained in Article 78, paragraph 3 TFEU (...) would also reduce significantly the effet utile of this rule (...)", par. 75

[39]CJEU, C-13/94, P. and S. And Cornwall County Council of 30 April 1996, ECLI.EU:C:1996:170, I-02143, which the CJEU has affirmed that: "(...) the scope of the directive cannot be reduced only to discrimination due to belonging to one or other sex. Given its purpose and the nature of the rights it seeks to protect, the directive it can also be applied to discriminations that originate as in the case in question in the sex change of the person concerned (...) tolerating such discrimination would amount to placing the respect of dignity and freedom in the face of such a person which it is entitled and which the court must protect (...)", parr. 20-22. For further analysis see: D. CHALMERS, G. DAVIES, G. MONTI, *European Union law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

[40]U. SADL, *The role of effet utile in preserving the continuity and authority of European Union law: evidence form the citation web of the pre accession case law of the Court of Justice of the EU,* op. cit., pp. 42ss. Whcih is affirmed that: "(...) the role of effet utile is to establise the law (...) and also to convey am impression of doctrinal continuity, effectivennes and relevance. At the same time the rethorical appeal to effet utile or the effectiveness and relevance. At th same time, the rethorical appeal to effet utile or the effectiveness of EU law is detached form the question of de facto effectivennes in terms of compliance with the rulings (...)".

ruling. This circumstance is not surprising given that the appeal pursuant to art. 267 TFEU[41] is the one in CJEU that is most called to rule. Moreover, the effet utile is also referred to in various judgments given following appeals for infringement and cancellation as well as in some CJEU opinions and to a lesser extent also in the judgment of the Tribunal of First Instance (now General Court (GC)). The Luxembourg judges recall the effet utile both in a positive sense by affirming that it is necessary to follow a certain interpretation in order to ensure the effet utile of EU law in a negative sense, that is to say in order to counter interpretations that would lead to failure or mitigating the EU effectiveness. A clear statement in C-51/76, VNO case of 1st February 1977 which CJEU notes that: "(...) the effet utile of the act (a directive) would be attenuated if the persons administered were, moreover, to use them in court and national courts to take it into consideration as an element of Community law (...)"[42].

In the end, the effet utile understood as a general duty to adapt national laws to EU interpretation, in order to render effective the EU order created, constitutes the link between the principle of primacy and effectiveness of protection. It is not just a criterion for the resolution of the conflict between internal rules and Union norms or more broadly a tool for defining the areas of Union and states competences, specifying that states are obliged to cooperate both by applying the direct effect norms both through the implementation of rules that do not have direct effect, ensuring to individuals an effective protection, in case of failure to implement.

2.THE EFFET UTILE OF EU INTERPRETATIVE METHODS

Numerous authors report the effet utile in the teleological interpretation method[43]. According to Kutscher: "(...) ce principe relève de l'interprètation tèlèologique"[44], while Tridimas affirmed that: "(...) the need to ensure the effectiveness of community has derives form the objectives of the treaty and its is a specific application of the teleological method of interpretation (...)"[45]. We share this opinion and we believe that the interpretation according to the criterion of effet utile can be considered as a branch or rather as a reflection of the teleological interpretation of which implies a particular nuance that pertains to the practicability of a decision[46]. It is considered with effet utile as a synonym of functional or purposive teleological interpretation which, when it concerns the treaties, assumes the name of

[41]A. HATJE, J.P. TERHECHTE, P.C. MÜLLER-GRAFF, *Europarechtswissenschaft*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2018. J. SCHWARZE, V. BECKER, A. HATJE, J. SCHOO, *EU-Kommentar*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2019.

[42]C-51/76, VNO of 1st February 1977, ECLI:EU:C:1977:12, I-00113, par. 23, similar assertion was repeated in numerous other sentences. We recall the case C-38/77, Enka of 23 November 1977, ECLI:EU:C:1977:190, I-02203, in which the CJEU recalls that in the previous VNO judgment it has already stated that "in cases where the Community authorities have, by directive, imposed on the member states to adopt a certain behavior, the effet utile of the act would be attenuated if the administrators were precluded from using it in court and the national judges to take it into consideration (...)", par. 9. and that of C-127/78, Spitta of 31 January 1979, ECLI:EU:C:1979:22, I-00171, which is affirmed that: "(...) the establishment of a transitory period would probably have pushed the operators to import large quantities of meat (...) which would have diminished the practical effectiveness of the measure adopted by the Commission (...)", par. 9.

[43]G. BECK, *The legal reasoning of the court of justice of the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 196ss.

[44]H. KUTSCHER, *Mèthodes d'interprètation vues par un juge à la Cour, in Rencontre judiciaire et universitaire, 27-28 septembre 1976*, Luxembourg, 1976, pp. 3ss.

[45]T. TRIDIMAS, "The Court of justice and judicial activism", in *European Law Review*, 2, 1996, pp. 206ss.

[46]In the light of the effet utile linked to the teleological criterion, every rule of the Union must have a meaning that is coherent and at the same time serving the objectives outlined in the treaty.

constitutional interpretation. The same Rasmussen[47] even though in a highly critical sense, keeps effet utile and teleological interpretation, while for some others: "(...) le recours à l'effet est une manifestaton spèciale de l'interpètation tèlèologiche (...)"[48]. The Schockweiler approach is also similar, according to which the teleological method must necessarily give rise to the theory of effet utile and lead to the affirmation of implicit powers[49].

The effet utile should not instead be traced back, in whole or in part, to the teleological method. Recourse to the criterion of effet utile is a hermeneutical tool that goes beyond mere teleological interpretation. Thus we include the effect useful in systematic interpretation[50], while in Everling's opinion the interpretation according to the effet utile defined as that "(...) according to which provisions are to be interpreted in such a way that they may fulfil the objective for which they are established (...)"[51] is attributable to the teleological and systematic interpretation[52].

According to our opinion we can thus connect the effet utile to the functional argument within the dynamic criteria of interpretation, described as that which in case of doubt prescribes that the normative disposition is interpreted or of an institute to function effectively. Instead the teleological argument requires that in case of doubt the normative disposition is interpreted in a manner consistent with the aims explicitly or implicitly pursued by a norm or set of rules of the Union legal order.

We do not fully agree with the opinions just described because to what extent they underestimate or overestimate according to the perspective chosen part of the practice of which considered as a whole, the real nature of the effet utile emerges instead the cameleontic character of the effet utile also in the context of the interpretation of EU law, a character which has already emerged in relation to the interpretation of international treaties. In my opinion it does not lend itself to a rigid definition and is not a priori ascribable to a single interpretative method unless one ignores a part of the pertinent jurisprudence since it was used by CJEU in the context of different interpretative methods. Also with reference to the interpretation of EU law, the observation made in general terms is confirmed, according to which behind the argument of usefulness in appearance, technical and objective, lies a strong dose of value choice (and of judicial policy) a considerable creativity in the legal transaction.

If it is true that in most of the cases in which CJEU's jurisprudence is referred to, effet utile has been valued in the context of the dynamic and teleological

---

[47]H. RASMUSSEN, *On law and policy in the European Court of Justice*, ed. Springer, Dordrecht, 1986, pp. 178ss, which is affirmed that: "(...) most commentators quietly accept the court's constant recourse to the effet utile and the teleological method of interpretation (...)". in the same orientation see also: S. WEATHERILL, "Activism and restraint in the European court of justice", in P. CAPPS et al. (eds.), *Asserting jurisdiction. International and European legal perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 268ss. H.G. SCHERMERS, D.F. WAELBROECK, *Judicial protection in the European Union*, Wolters Kluwer, The Hague, 2001. M. POIARES MADURO, "Interpreting European law: judicial adjudication in the content of constitutional pluralism", in *European Journal of Legal Studies*, 1, 2007.

[48] J.C. DE CARVALHO MOITINHO DE ALMEIDA, "L'interpretation par la Cour de justice de l'Union du droit europèen de procèdure civile", in K. BRADLEY et al. (eds.), *Of courts and constitutions. Liber amicorum in honour of Nial Fennelley*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014, pp. 30ss

[49]F. SCHOCKWEILER, "La Cour de justice des communautès europèennes dèpasse-t-elle les limites de ses attributions?", in *Journal des Tribunaux. Droit europèen*, 1995, pp. 76ss.

[50]K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, "To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice", in *EUI working paper*, 2013/9, pp. 28

[51]U. EVERLING, "Reflections on the reasoning in the judgments of the Court of justice of european communities", in K. THORUP, J. ROSENLOV, *Festkrift til Ole Due*, København, Gec Gads Forlag, Copenhagen, 1994, pp. 494ss.

[52]U. EVERLING, On the judge-made law o the european community's courts, in D. O'KEEFFE (ed.), *Judicial review in European Union law. Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 33ss

interpretation of EU law on other occasions it has used it in more restrictive terms, referable to to a mere literal interpretation or a systematic interpretation. Consider the first sentence in which the notion of effet utile was used although with different words. In C-8/55, Fèdèration Charbonnière de Belgique v. High Authority sentence of 16 July 1956[53] CJEU stated that "(...) without making an extensive interpretation it is permissible to apply an interpretative norm" according to which a juridical rule implicitly includes also the norms without which it would not make sense or could not be applied in a reasonable and useful way[54].

The examination of the pertinent jurisprudence confirms the distinction between a minimum effet utile, preparatory to practice to reject a proposed argument (a certain interpretation of a rule cannot be accepted because it would mean depriving the text of its effet utile) and a maximum effet utile, which is usually the result of an autonomous choice of the legal operator. With reference to the Union order a similar construction is found in the position in which the effet utile implies not only that the interpretation must provide meaning to the norm (which is obvious) but also that the provisions of the treaty must be interpreted so that they achieve their goals to the extent possible. It is possible to include in the notion of useful efficacy the idea that the interpretation that allows the interpreted arrangement to prevail and that assures the greatest practical utility must prevail[55].

The reconstruction that states that effet utile operates on higher levels is more complex and in our opinion fully consistent with jurisprudential practice: to avoid an absurd or improper result, to give the treaties a minimum of effectiveness and to give them maximum effectiveness. A tripartition having regard to its intensity, the effet utile can be traced back to the ab absurd reasoning (it demonstrates the truth of a proposition, through the absurd to which the contrary proposition would lead) or refers to the context and to the end, or still pursues the fullness of its effects (maximum effect)[56].

In some cases CJEU uses the effet utile in the strict sense in order to avoid that EU law rule produces an absurd or improper result[57]. In joined cases C-7/56 and 7/57, Algera sentence of 11 July 1957[58] CJEU has observed that: "(...) the control provided by the treaty would be ineffective if each institution had the power to adopt internal regulations to establish the number or scale of salaries of its employees. Such an interpretation would lead to absurd results (...) any other interpretation would empty art. 78 (now 93 TFEU) of its content and must therefore be rejected (...)"59. And in the subsequent C-1/58, Stork sentence of 4 February 1959 it states that: "(...) it cannot be assumed that the compilers of the treaty wanted n. 1 of art. 65 TEEC had application and had not instead-and for an indefinite period-n. 2 of the same article, despite the close connection between the two provisions. Starting from the aforementioned purposes of the agreement (relating to the transitional

---

[53]CJEU, C-8/55, Fèdèration Charbonnière de Belgique v. High Authority of 16 July 1956, ECLI:EU:C:1956:7 I-00245.

[54]CJEU, C-20/59, Italy v. High Authority of 15 July 1960, ECLI:EU:C:1960:33, I-00325, which is affirmed that: "(...) doctrine and jurisprudence agree unanimously that the norm sanctioned by a treaty implicitly foresee other norms without which the former cannot find suitable and reasonable application (...)".

[55]P. PESCATORE, *Les objectifs de la Communautè europèenne comme principles l'interpètation dans la jurisprudence de la Cour de justice, in W.J. Ganschof van der Mersch*, Bruylant, Bruxelles, pp. 328ss. K. BRADLEY et al. (eds.) *Of courts and constitutions. Liber amicorum in honour of Nial Fennelley,* Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014, pp. 30ss.

[56]As we can observed in case: CJEU: C-228/18, Budapest Bank and others of 2 April 2020, ECLI:EU:C:2020:678, not yet published.

[57]The effective effect operates in the context that the effects of EU law produce on the competences of the organization in relation to that of the member states, in order to exclude the interpretation of a provision that would make it lose all practical effectiveness. Effective effectiveness is accompanied by the necessary effect, the exclusion of which would have the consequence of mitigating or reversing the pursuit of the objectives of the treaty.

[58]CJEU, C-7/56 and 7/57, Algera of 11 July 1957, ECLI:EU:C:1957:7, I-00081.

[59]C. VIRSEDA FERNÁNDEZ, *Uniòn europea*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2020.

provisions) as set out in par. 2, n. 1, par. 12 must be interpreted as meaning that lett. 2 is also applicable to agreements entered into after the entry into force of the treaty but before the establishment of the common market. Only this interpretation makes it possible to avoid the absurd hypothesis of the arbitrary separation of the rules of art. 65, just proposed (...)"[60].

Other examples of this first way of using the effet utile are derived from the sentence: joined cases C-2 and 3/62, Commission v. Belgium and Luxembourg of 14 December 1962, which CJEU in the matter of admissibility of an appeal, states that: "(...) the Commission is required to monitor the application of the provisions of the treaty and cannot therefore be deprived of fundamental power (...) to ensure compliance. If by means of a request for dispensation or it were possible to evade it, this would lose all effectiveness and in the substance it adds that the increases of certain import duties make presume the existence of a discrimination and a protection both in each contrast with the fundamental principle of the free movement of goods, which would become completely inoperative in the event of generalization of such practices (...) "61. According to CJEU, if the defendants' thesis were accepted, it would inevitably lead to an absurd result in that it is diametrically opposed to that of the treaty and the exceptions, admitted in the agricultural sector, to the rules established for the establishment of the common market, constitute exceptional provisions to be interpreted strictly. It is therefore not possible to extend the scope of application to the point of transforming the exception into a rule and making the treaty inapplicable to most processed products (...)"[62].

Finally, in case C-6/72, Continental Can of 21 February 1973[63] concerning an appeal for annulment of a Commission decision on abuse of dominant position, CJEU states: "(...) since it contemplates the creation of a scheme to ensure that competition is not altered in the common market (treaty) makes it all the more imperative that competition is not eliminated. This requirement is so essential that without it, numerous provisions of the treaty would become devoid of object (...) the restrictions of competition that the treaty admits in certain cases, for reasons inherent to the need to reconcile the various objectives to be reached therefore (...) a limit beyond which the weakening of competition could jeopardize the achievement of the common market goals (...)"[64].

In other cases CJEU uses the effet utile in a broader sense in order not to deprive the norm of most of its value or to recognize a minimum of effectiveness. This approach also emerges in case C-9/56, Meroni of 13 June 1958[65] in which CJEU recognized that: "(...) from the express mention made of it, no valid argument can be drawn to exclude the possibility that this faculty exists in the hypothesis in which the express mention is lacking and this because (...) the argument to the contrary is admissible only when no other interpretation proves to be suitable to be compatible with the text, the context and their purposes. Any other solution would make it difficult, if not impossible, to exercise the right of appeal granted to companies and associations (...)". A combination of this approach and the more restrictive one emerges in the sentence of joined cases C-463/11, L of 18 April 2013, which is precised that: "(...) the question raised refers to the consequences that a cumulative application the two national provisions (...) could have on the effectiveness of the directive (...)"[66].

In most cases CJEU has emphasized the extended notion of effet utile that

[60]CJEU, C-1/58, Stork & CO of 4 February 1959, ECLI:EU:C:1959:4, I-00043, par. 5.
[61]C. VIRSEDA FERNÁNDEZ, *Uniòn europea*, op. cit.,
[62]CJEU, joined cases C-2 and 3/62, Commission v. Belgium and Luxembourg of 14 December 1962, ECLI:EU:C:1962:45, I-00425.
[63]CJEU, C-6/72, Continental Can of 21 February 1973, ECLI:EU:C:1973:22, I-00215.
[64]CJEU, C-6/72, Continental Can of 21 February 1973, op. cit.,
[65]CJE, C-9/56, Meroni of 13 June 1958, ECLI:EU:C:1958:7, I-00133.
[66]CJEU, joined cases C-463/11, L. of 18 April 2013, ECLI:EU:C:2013:247, published in the electronic Reports of the cases.

time to the teleological interpretation that ensures the norm the greatest possible effectiveness, excluding the interpretations that diminish or compromise its purpose[67]. In this way CJEU maximizes its evolutionary character in which the usefulness of effectiveness is oriented in the sense of attributing the greatest possible powers and competences to the organization. In this regard, it has been highlighted that the effet utile, the teleological interpretation, also becomes a creative act. The effective effect entails the obligation for the judge to apply and interpret every provision of the treaty so that within the sphere of the powers assigned, EU law can produce all its legal or actual or potential consequences without being in any limited or altered way by any obstacle of domestic law or national jurisdiction not expressly established. The effet utile imposes on the judge not only a negative obligation, that of refusing any interpretation likely to deprive a text of its pruned or diminishing its relevance but also a positive obligation, consisting in obtaining from the provision all the reasonable consequences that it involves in function of his role and his attitude to the treaty[68].

Among the first examples of this approach is C-34/62, Germany v. Commission sentence of 15 July 1963 in which CJEU affirmed that: "(...) the restrictive interpretation of the notion of market proposed by the appellant would artificially isolate the markets of the single goods, in full contrast with the economic reality in which the interdependence of markets (...)"69. In the subsequent joined cases C-56 and 48/64, Consten sentence of 13 July 1966[70] CJEU states that an expression contained in a Regulation should be interpreted taking into account its purpose and economy. The Grad sentence of 1970 also points out, where the reference to effet utile according to CJEU: "(...) would not (...) comply with the purpose of the directives in question (...)", as well as that C- 33/70, SACE sentence of 17 December 1970 which is affirmed that: "(...) the effectiveness of Directive 68/31 must be assessed in the light of this complex of provisions. To this end it is appropriate to consider not only the form of the act in question, but also its substance, as well as its function in the treaty system according to the political-economic purpose pursued by the Council (...)"[71].

Other examples are given by C-187/87, Saarland case of 22 September 1988 which the court affirmed that: "(...) only the interpretation according to which it places the obligation to communicate to the Commission the general data relating to a project for the disposal of radioactive waste before the final authorization for disposal itself allows the purpose of said standard to be realized. It is to such a suitable interpretation to safeguard the effet utile of the rule that priority must be given (...)"[72]. Consider, also in C-39/72, Commission v. Italy sentence of 7 February

---

[67]J.M. SOREL, V. BORÉ EVENO, "1969 Vienna convention. Article 31. General rule of interpretation", in O. CORTEIN, P. KLEIN, *The Vienna convention on the law of treaties. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 804ss which affirmed that: "(...) even though the ECJ has also invoked effectiveness in numerous cases it goes beyond the stage of merely applying this means to favour ends-focused interpretations (...)". See also in argument: I. BUGA, *Modification of treaties by subsequent practice*, Oxford University Press, Oxford, 2018. D. PEAT, *Comparative reasoning in international courts and tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.

[68]R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruylant, Bruxelles, 1976, pp. 238ss, "(...) il doit leur donner tout leur sens et faire porter à leurs dispositions toutes les consèquences utiles, explicites ou implicites que la lettre et l'esprit commandent (...)".

[69]C-34/62, Germany v. Commission, op. cit.,

[70]CJEU, C-56 and 48/64, Consten of 13 July 1966, ECLI:EU:C:1966:41, I-00458.

[71]CJEU, C-33/70, SACE of 17 December 1970, ECLI:EU:C:1970:118, I-01213, par. 13.

[72]CJEU, C-187/87, Saarland of 22 September 1988, ECLI:EU:C:1988:439, I-05013, par. 24. In the same spirit of orientation see also the case: C-434/97, Commission v. France of 24 February 2000, ECLI:EU:C:2000:98, I-01129 which the court when examining an appeal against two directives it refers to par. 19 of the aforementioned judgment in Saarland states that according to its settled case-law. "(...) when a provision of Community law is susceptible to multiple interpretations, priority must be given to that which is suitable for safeguarding the effet utile of the provision (...)", par. 21.

1973 which is affirmed that. "(...) for the practical application of the slaughter premium scheme, regulations of the Council and Commission have established precise terms. The observance of these terms was essential for the effectiveness of the measures in question, given that they could fully achieve their purpose only on the condition that they be applied simultaneously in all member states at the time established according to the political and economic purpose pursued by the Council (...)"[73]. In C-7/71, Commission v. France case of 14 December 1974 which CJEU recognized that: "(...) the frailty of the provisions of the treaty cannot be presumed. The member states have agreed to establish a community of unlimited duration with permanent bodies vested with effective powers, deriving from a limitation of powers or from a transfer of powers from the states to the community itself. Consequently, only an express provision of the treaty could withdraw the powers thus conferred on the community and return them to individual member states (...)"[74]. In C-36/75, Rutili case of 28 October 1975 CJEU with reference to the notion of public order as a limit to the free movement of workers has affirmed that: "(...) as it authorizes an exception to the fundamental principles of equality of treatment and free movement of workers, must be understood in a restrictive sense so that its scope cannot be determined unilaterally by each member state without the control of Community institutions (...)"[75].

In C-48/75, Royer case of 8 April 1976 CJEU has declared that: "(...) the freedom left to member states (...) as regards the choice of forms and means of implementation of the directive does not detract from their obligation to choose the most suitable forms and means to guarantee the real effectiveness of the directives (...)"[76] while in C-440/00, Kühne & Nagel sentence of 13 January 2004[77] CJEU recalling paragraphs 32-33 of C-62/99, Bofrost sentence of 29 March 2001 reiterates that: "(...) in order for the directive to have a effet utile, it is essential to guarantee the workers concerned access to the information that they allow to establish whether they have the right to request negotiations between the central management and workers' representatives[78].

The teleological interpretation, valuing the criterion of effet utile, has allowed CJEU to affirm some of the most important principles of EU law such as its uniform application, the primacy over national rights of member states of the direct effect of Treaty and directives norms. In particular, in interpreting a text we must have recourse to a teleological approach which goes beyond the rule of the effectiveness of the single provision since it considers that of the whole treatise.

3.THE RELATIONSHIP BETWEEN EFFET UTILE, AND EFFECTIVENESS OF EU LAW

The question of relationship between useful and effective effects is complex[79]. Frequently the two terms are considered synonyms[80] this is favored also by the fact

[73]CJEU, C-39/72, Commission v. Italy of 7 February 1973, ECLI:EU:C:1973:13, I-00101, par. 14.
[74]CJEU, C-7/71, Commission v. France of 14 December 1971, ECLI:EU:C:1971:121, I-01003, par. 18-20.
[75]CJEU, C-36/75, Rutili of 28 October 1975, ECLI:EU:C:1975:137, I-01219, parr. 27-28.
[76]CJEU, C-48/75, Royer of 8 April 1976, ECLI:EU:C:1976:57, I-00497, par. 74-75.
[77]CJEU, C-440/00, Kühne & Nagel of 13 January 2004, ECLI:EU:C:2004:16, I-00787.
[78]CJEU, C-62/99, Bofrost of 29 March 2001, ECLI:EU:C:2001:188, I-02579, par. 46
[79]J. BENGOETXEA, *The legal reasoning of the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1993, pp. 235ss. which in the context of the functional argument of dynamic interpretation states that teleology is sometimes expressed with the ut ut ut magis valeat quam pereat, but speaking immediately afterwards of effet utile and effectiveness (useful effet) which would be the most usual functional criterion to which the court resorts in its interpretations.
[80]N. FENNELLY, "Legal interpretation at the European Court of justice", in *Fordham International*

that in English the effet utile is often accompanied by effectiveness which does not seem completely inadequate[81].

The confusion increases if we consider that the meaning of the concept of effectiveness of EU law is vague and not unambiguous[82]. This it can detect: "(...) both as a whole and regards the interpretation of individual rules (effet utile) (...)"[83]. A more articulated opinion leads to effet utile to an alleged static dimension of the principle of effectiveness (relating to the definition of the methods of entry of EU rules into national laws) which also includes the primacy the direct effect on teleological interpretation while its dynamic dimension (relative to the procedures for the recognition of the rights that derive from the European norms) includes the principles of equivalence of effectiveness in the strict sense and of responsibility of the community institutions[84].

According to our opinion, in some cases useful efficacy and effectiveness are relatively synonymous, as long as it remains on the interpretative level. In these cases the effectiveness is attributable to what we have indicated as the maximum size of the effet utile according to which when a EU law rule is susceptible to multiple interpretations, preference should be given to the one that ensures greater effectiveness[85]. If we consider the question of the application of EU law in such a context, effectiveness is a practical consequence of interpretation of EU law according to its effet utile[86]. The guiding star of all the reasoning is always represented by the effet utile, while the effectiveness is in this respect, a tool to ensure the effective application of Community law in member states.

The principle of effectiveness has long emerged in CJEU jurisprudence[87] up to find a recognition in primary law with the Treaty of Lisbon. Starting with C-33/76, Rewe case of 16 December 1976 CJEU states that the procedural autonomy of member states states that their procedural legislation with reference to rights conferred by Community rules must be equivalent to that provided for in relation to to the application of rights conferred by the national legal systems and for what is

---

Law Journal, 21, 1997, pp. 658ss P. NICOLAIDES, M. GEILMANN, "What is effective implementation of EU law?", in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 19, 2012, pp. 40ss.

[81]J. BENGOETXEA, N. MACCORMICK, L. MORAL SORIANO, "Integration and integrity in the legal reasoning of the European court of justice", in G. DE BÚRCA, J.H.H. WEILER, *The European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 65ss. G. BECK, *The legal reasoning of the European Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2012. R.M. CHEVALLEIR, "Methods and reasoning of the European court in its interpretation of community law", in *Common Market Law Review*, 2, 1965, pp. 25,

[82]F. SNYDER, "The effectiveness of european community law. Institutions, processes, tools and tecniques", in *Modern Law Review*, 56, 1993, pp. 26ss. M. LASSER, *Judicial deliberations. A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*, Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 212ss. A. O'NEILL, *Decisions of the ECJ and their constitutional implications*, Butterworts, London, 1994.

[83]J. MAZÁK, M.K. MOSER, "Adjudication by reference to general principles of EU law: a second look at the Mangold case law", in M. ADAMS et al. (eds.), *Judging Europe's judges*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 62ss.

[84]K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice*, op. cit.

[85]K. LENAERTS, J.A. GUTIÉRREZ-FONS, *To say what the law of the EU is: methods of interpretation and the European Court of Justice*, op. cit.

[86]E. FINTON, "Strengthening the effectiveness of community law. Direct effect, article 5 EC and the European Court of Justice", in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999, pp. 308ss. J.L. DA CRUZ VILAÇA, *Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour, in the Court of Justice and the construction of Europe. Analyses* and perspectives on sixty years of case-law, op. cit.,

[87]S. PRECHAL, R. WIDDERSHOVEN, "Redefining the relationship between "Rewe-effectiveness" and effective judicial protection", in *Review of European Administrative Law*, 2011, pp. 32s. P. ROTT, "The court of justice's principle of effectiveness and its unforesseable impact on private law relationships", in D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (eds), *The involvement of EU law in private law relationships*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 182ss.

most effective here in recognizing the rights deriving from the Union. CJEU declares that a prohibition sanctioned by the treaty and that provided for by a Regulation: "(...) have direct effect and give individuals rights that the national courts must protect (...)". Accordingly, the principle of loyal cooperation[88] they have "(...) the task of guaranteeing the jurisdictional protection of individuals under the provisions of EU law having direct effect (...)"89.

In the following joined cases C-430 and 431/93, Van Schijndel of 14 December 1995 is affirmed that: "(...) in the absence of community discipline it is up to the internal legal order of each member state to designate the competent judges and establish the procedural procedures of judicial appeals intended to guarantee the protection of the rights pertaining to individuals under the provisions of Community law having direct effect. These methods cannot be less favorable than those concerning similar domestic appeals, nor can they render the exercise of the rights conferred by the Community legal order practically or excessively difficult (...)"[90].

The evolution and further crystallization of these statements have been confirmed by the C-201/02, Wells case of 7 January 2004 which is affirmed that: "(...) the procedural rules applicable fall within the legal order internal of each member state by virtue of the principle of procedural autonomy of member states provided that they are no less favorable than those concerning similar appeals of an internal nature (and principle of equivalence) and do not make it practically impossible or excessively difficult to exercise the rights conferred by the Community legal system (principle of effectiveness) (...) "would be contrary to the effectiveness (of a directive on the subject of environmental impact) considering as the mere modification of an existing authorization the adoption of decisions that in similar circumstances to that of the main cause, they replace not only the terms but also the substance of a previous concession (...)"[91]. In a different context, CJEU follows a similar interpretation in a directive relating to public procurement procedures, and in C-406/08, Uniplex case of 28 January 2010 is affirmed that: "(...) the procedural methods of appeal in proceedings intended to ensure the protection of rights conferred by Community law on candidates and tenderers affected by decisions of the contracting authorities and must not endanger the effectiveness of the directive (...)"[92].

The Rewe sentence of 1976 has also favored the emergence of a second very well-known jurisprudential vein in which the effectiveness of the right of the union refers to a substantial question that is the effective jurisdictional protection of the rights of individuals deriving from EU law[93]. In C-14/83, Von Colson case of 10 April 1984 CJEU observed that: "(...) the complete implementation of the directive although it does not impose (...) a specific form of sanction (...) implies nonetheless that the sanction itself is such as to guarantee effective and effective jurisdictional protection (...)"[94].

By interpreting the right of the union through the prism of effet utile and the objective of ensuring its effective application, CJEU recognizes the right to restitution of unduly paid sums or to compensation for damage. In this regard, in C-199/82, San

[88]M. KLAMMERT, *The principle of loyalty in EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2014.
[89]C. VIRSEDA FERNÁNDEZ, *Uniòn europea*, op. cit.,
[90]CJEU, joined cases C-430 and 431/93, Van Schijndel of 14 December 1995, ECLI:EU:C:1995:441, I-04705, par. 17
[91]CJEU, C-201/02, Wells of 7 January 2004, ECLI:EU:C:2004:12, I-00723, par. 67, par. 30. See also: S. WETHERILL, *Law and values in the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
[92]CJEU, C-406/08, Uniplex of 28 January 2010, ECLI:EU:C:2010:45, I-00817, par. 27. See also: P. CRAIG, *EU administrative law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
[93]J. TEMPLE LANG, "Basic princples of european law applying to national courts", in *Svensk Juristidning*, 2011, pp. 136ss. J.L. DA CRUZ DE VILAÇA, "Le principe reproduites aux articles 31 à 33 des Conventions de Vienne. Approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprètation?", in *Revue Generale de Droit International Public*, 115, 2011, pp. 352ss.
[94]CJEU, C-14/83, Von Colson of 10 April 1984, ECLI:EU:C:1984:153, I-01891, par. 23

Giorgio case of 9 November 1983[95] affirmed that: "(...) the right to obtain reimbursement of taxes collected by a member state contrary to Community law rules is the consequence and the complement of the rights recognized to individuals by the community rules (...) the reimbursement can be requested only on the conditions of merit and form, established by the national air legislation on the subject, as shown by the constant jurisprudence of the court, such conditions cannot be less favorable to those concerning similar appeals of national law and which must not in any case make it practically impossible to exercise the rights conferred by Community law (...)"[96].

In the following CJ-295 to 298/04, Manfredi case of 13 July 2006, CJEU after having recalled that "it is up to the internal legal system of each member state to establish procedural procedures of appeals intended to guarantee the protection of rights due to individuals by virtue of the direct effect of EU law provided that these methods comply with the principles of equivalence and effectiveness (...) a national rule under which the limitation period for lodging an appeal for damages begins on the day in which the agreement or concerted practice has been put in place could make it practically impossible to exercise the right to claim compensation for the damage caused by such a forbidden agreement or practice, in particular if this national provision also provides for a limitation period for drinking and this term cannot be suspended (...)"[97]. In the absence of a Community regulation on the repetition of unduly collected national taxes, it is up to the internal legal system of each member state to designate the competent judges and establish procedural procedures and jurisdictional appeals intended to guarantee the protection of rights pertaining to individuals under Community law rules, provided that these methods are no less favorable than those concerning similar domestic appeals (principle of equivalence) nor do they make it practically impossible or excessively difficult to exercise the rights conferred by the Community legal order (principle of effectiveness) (...)"[98].

The reference to effectiveness has jurisprudential origin but has been followed recognized in the primary law according to art. 19, par. 1, lett. 2 TEU member states establish the necessary legal remedies to ensure effective judicial protection in the areas governed by EU law. Art. 197 TFEU[99] provides that the effective implementation of EU law is considered a matter of common interest while art. 47, lett. 1 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (CFREU) establishes rights to every person and freedoms guaranteed by EU law that have not been violated having the right to an effective remedy before a judge.

4.EFFET UTILE AND COMPETENCES OF EU INSTITUTIONS

CJEU has interpreted the rules of the treaty conferring jurisdiction on

[95]CJEU, C-199/82, San Giorgio of 9 November 1983, ECLI:EU:C:1983:318, I-03595.

[96]CJEU, C-432/05, Unibet of 13 March 2007, ECLI:EU:C:2007:163, I-02271, the CJEU recalls its consolidated jurisprudence starting from the aforementioned Rewe ruling and reiterates that it is the duty of national judges by virtue of the duty of sincere cooperation to guarantee the legal protection of telling you that you are entitled to individuals in the law of Community law and that "(.. .) in the absence of a Community regulation on the matter, it is for the internal legal system of each member state to designate the competent judges and to establish the procedural procedures for appeals intended to guarantee the protection of the rights pertaining to individuals under Community law (...)", par. 39. It also affirms: "(...) even if in principle it is for national law to determine the legitimacy and the interest to act of an individual, Community law requires that the national legislation does not damage the right to an effective legal protection (...) ", par. 42.

[97]CJEU, joined cases C-295 to 298/04, Manfredi of 13 July 2006, ECLI:EU:C:2006:461, I-06619, parr. 77-78.

[98]CJEU, joined cases C-295 to 298/04, Manfredi of 13 July 2006, op. cit., par. 45-46. the CJEU is referred at parr. 110-111, the precedent sentence of C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation of 13 March 2007, ECLI.EU:C:2007:161, I-02107

[99]N. FOSTER, Foster on EU law, Oxford University Press, Oxford, 2017

institutions "in such a way that they may fulfill their effet utile, that is the purpose to which they are destined (...)"[100]. In the joined cases C-6 and 11/69, Commission of the European Communities v. French Republic of 10 December 1969 is declared that: "(...) articles 108, n. 3 and 109, no. 3 (now 143 and 144 TFEU) grant the Community institutions powers of authorization and intervention which would have no sense if member states, on the pretext that their action falls solely within monetary policy, could derogate unilaterally and outside the control of those institutions, to their obligations under the provisions of the Treaty[101]. In C-125/76, Cremer sentence of 11 October 1977 on agricultural policy it acknowledges that "the council had to be unable to do otherwise and to ensure the practical effectiveness of regulation, to resort to approximate and flat-rate evaluation criteria (...)"[102].

In C-303/05, Advocaten voor de Wereld case of 3 May 2007 is declared that: "(...) the European arrest warrant could also have been regulated by an agreement in the discretion of the council includes the possibility of privileging the legal instrument of the framework decision (...) this conclusion is not affected by the fact that in accordance with art. 31, n. 1 of the framework decision starting from the 1st January 2004, the latter only replaces in the relations between member states the corresponding provisions of the previous conventions concerning extradition listed in this provision (...) other interpretation that you do not find supported in TEU provisions would risk depriving the essential aspect of its effet utile from the faculty recognized to the council of adopting framework decisions in sectors previously governed by international conventions (...)"[103].

Similarly in C-540/13, European Parliament v. Council case of 16 April 2015,CJEU acknowledged that "if Parliament's argument according to which the abrogation by the Lisbon Treaty of the specific procedures for the adoption of measures related to police and judicial cooperation in criminal matters would make it impossible to adopt similar measures in the conditions provided for by the general acts adopted in the context of loyal cooperation under the conditions laid down by the general acts adopted in the context of such cooperation before such acts were modified to be adapted to the Treaty of Lisbon, this would actually complicate or even prevent the effective implementation of these acts, thus compromising the achievement of the objective pursued by the authors of the treaty (…). The interpretation of article 9 of Protocol on transitional provisions proposed by Parliament according to which this article only implies that the acts attributable to police and judicial cooperation in criminal matters are not automatically repealed following the entry into force of the Treaty of Lisbon would deprive the aforementioned article of any effet utile (...)"[104]. A passage is also reported in C-344/04, IATA and ELFAA case of 10 January 2006[105] in which CJEU with reference to the conciliation committee established under the codecision procedure (now ordinary legislative procedure) declares: "(...) the authors of the treaty wanted to attribute a effet utile to the chosen procedure and to attribute to the conciliation committee a wide discretionary power. By adopting these methods of resolving the disagreement they have precisely tried to obtain that the approximation of the points of view of the Parliament and Council take place on the basis of an examination of all aspects such disagreement, and with the active participation of the Commission (...)"[106].

---

[100]C-524/04, Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation of 13 March 2007, op. cit.,
[101]CJEU, joined cases C-6 and 11/69, Commission of the European Communities v. French Republic of 10 December 1969, ECLI:EU:C:1969:68, not published, parr. 14-15.
[102]CJEU, C-125/76, Cremer of 11 October 1977, ECLI:EU:C:1977:148, I-01593, par. 21
[103]CJEU, C-303/05, Advocaten voor de Wereld of 3 May 2007, ECLI:EU:C:2007:261, I-03633, parr. 41-42.
[104]CJEU, C-540/13, European Parliament v. Council of 16 April 2015, ECLI:EU:C:2015:224, published in the electronic Reports of the cases, parr. 45-46.
[105]CJEU, C-344/04, IATA and ELFAA of 10 January 2006, ECLI:EU:C:2006:10, I-00403
[106]CJEU, C-307/14, Ivansson and others of 10 July 2014, ECLI:EU:C:2014:2058, published in the electronic Reports of the cases,

With reference to institutions' obligation to comply with EU law, a passage from C-27/04, Commission v. Council sentence of 13 July 2004 which CJEU in the matter of decisions of the Council in the matter of excessive public deficits, declares: "(...) characterized by the importance that the authors of the treaty reserve to the respect of the budget discipline and the purpose of norms envisaged for the implementation of this discipline, it is necessary to provide the said regulations with an interpretation that ensures all their effet utiles (...)"[107].

In a different aspect in joined cases C-271/281 and 289/90, Spain and others v. Commission of 17 November 1992 (in a dispute concerning the telecommunications sector) before an appeal for the annulment of a directive, it declares that "(...) the Commission for the purpose of favoring the effective exercise of the right to free performance of services could specify the obligations deriving from this article without the need for a legislative budget of the Council. This being the case, a limitation of the power of the Commission such as that considered by the Belgian government would lead to rendering practically ineffective art. 90, n. 3 (now, art. 106 TFEU)"[108].

A further example is provided in joined cases C-281, 283, 284, 285 and 287/85, Germany and others v. Commission of 8 July 1987 concerning an action for annulment concerning the coordination of migration policies. In this judgment CJEU observes that: "(...) when an article of TEEC in this case art. 118 (now art. 156 TFEU) entrusts the Commission with a specific task, it must be admitted if one does not want to deprive the provision of any effectiveness, which it therefore necessarily attributes to it the indispensable powers to perform that mission. This is the sense in which the 2nd sub-paragraph of art.118 should be interpreted in order to attribute to the Commission all the powers necessary to organize consultations. (...) Collaboration between states, contemplated by art. 118, can take place only in the context of organized consultations. If there were no initiative on this point, this collaboration, even if required by the treaty, would risk remaining a dead letter (...)"[109].

CJEU protected Commission's powers in a dispute that saw it opposed to a member state and based on the notion of effet utile, recognized the violation of the duty of loyal cooperation. In C-433/03, Commission v. Germany case of 14 July 2005 acknowledged that the fact that the German government has committed itself to denounce bilateral agreements since the conclusion of a multilateral agreement on behalf of the community "is not such as to demonstrate that the obligation of loyal cooperation (...) has been respected. Such a complaint, intervening after the negotiation and conclusion of the aforementioned agreement would be devoid of any effet utile since it would in no way facilitate the multilateral negotiations conducted by the Commission (...)"[110].

With reference to competences of the Commission in the field of competition, the relevance of the effet utile emerges in C-1/09, CELF II case of 11 March 2010 which is affirmed that: "(...) a decision to suspend the proceeding would produce de facto the same result of a decision rejecting the application for safeguard measures (...) would be tantamount to maintaining the benefit of an aid during the period in which it was given its execution, which would be incompatible with the object itself of art. 88, n. 3 EC (now 108 TFEU) and would deprive this provision of its effet utile. The national judge cannot suspend the proceedings without depriving art. 88, n. 3 EC, of its effet utile (...)"[111].

---

[107]CJEU, C-27/04, Commission v. Council of 13 July 2004, ECLI:EU:C:2004:436, I-06649, par. 74.

[108]CJEU, C-271/, 281 and 289/90, Spain and others v. Commission of 17 November 1992, ECLI:EU:C:1992:440, I-05833, par. 21.

[109]CJEU, C-271/, 281 and 289/90, Spain and others v. Commission of 17 November 1992, op cit., par. 28-29.

[110]CJEU, C-433/03, Commission v. Germany of 14 July 2005, ECLI:EU:C:2005:462, I-06985, pp. 72

[111]CJEU, C-1/09, CELF II of 11 March 2010, ECLI:EU:C:2010:136, I-02099, parr. 31-32

In C-284/12, Deutsche Lufthansa case of 21 November 2013[112], is affirmed that: "(...) national judges could consider that a measure does not constitute an aid within the meaning of art. 107, par. 1 TFEU and consequently not suspend the execution when instead in the decision to start the formal investigation procedure the Commission has contacted that this measure can present elements of aid, the effet utile of art. 108, par. 3 TFEU would have nullified (...) national judges could decide to suspend the execution of the measure in question and to order the recovery of the sums already paid (…) decide to order provisional measures in order to safeguard the interests of the parties involved and effet utile of the Commission decision to initiate the formal investigation procedure"[113].

Following the increase in EU competence, CJEU has used the effet utile in order to recognize certain attributions to the institutions in further areas of action. As we see in C-176/03, Commission v. Council case of 13 September 2005[114]

concerning an appeal for the annulment of a framework decision that is enforceable to the protection of environment through criminal law, after having recalled that the criminal legislation does not fall in principle within EU competence, adding that: "(...) consultation may not, however, prevent EU legislature, when the application of effective, proportionate and dissuasive penalties by the competent national authorities constitutes an indispensable measure to combat serious environmental violations, to take measures in relation to criminal law of member states and that it deems necessary to guarantee the full effectiveness of the name it issues in the matter of environmental protection (...)"[115]. In C-440/05, Commission v. Council case of 23 October 2007 concerning an appeal for annulment of a framework decision aimed at reinforcing the criminal for the repression of pollution caused by ships, CJEU reiterates and affirming that EU legislator: "(...) it can impose on member states the obligation to introduce such sanctions to guarantee the full effectiveness of the rules it emanates in this area (...)"[116].

Another relevant line of jurisprudence that relates the effet utile with the competent institutions relates to access to information in the context of the exercise of control powers in the field of competition. For example in T-112/98, Mannesmannröhren-Werke case of 20 February 2001[117] is affirmed that: "(...) to preserve the effet utile (of a regulation the Commission can oblige the enterprise to furnish her all the necessary information with regard to the facts of which the latter is aware and if necessary to communicate the relative documents of which it is in possession even if they can be used to ascertain that the same company or another company have behaved in an anti-competitive manner (...)"[118].

In other respects the right of access to documents is repeatedly referred to

[112]CJEU, C-284/12, Deutsche Lufthansa of 21 November 2013, ECLI:EU:C:2013:755, published in the electronic Reports of the cases.

[113]CJEU, C-284/12, Deutsche Lufthansa of 21 November 2013, op. cit.. in the same spirit of orientation see also the case C-199/06, CELF of 12 February 2008, ECLI:EU:C:2008:79, I-00469, which the CJEU declares that: "(...) the decision of the Commission cannot have the effect of remedying the invalid acts of execution for the fact that they were adopted in breach of the prohibition laid down in that article. Any other interpretation would lead to the non-compliance by the member state concerned with the art. 88, n. 3 EC and would deprive the latter of its practical effectiveness (...)", par. 40.

[114]CJEU, C-176/03, Commission v. Council of 13 September 2005, ECLI:EU:C:2005:542, I-07879, in the same spirit see also: T-517/12, Alro of 16 October 2014, ECLI:EU:T:2014:890, published in the electronic Reports of the cases. For further analysis see: L. NORMAN, *The mechanism of institutional conflict in the EU*, Routledge, New York, London, 2016.

[115]CJEU, C-176/03, Commission v. Council of 13 September 2005, op. cit., par. 48.

[116]CJEU, C-440/05, Commission v. Council of 23 October 2007, ECLI:EU:C:2007:625, I-09097, par. 66

[117]GC, T-112/98, Mannesmannröhren-Werke of 20 February 2001, ECLI:EU:T:2001:61, I-00729.

[118]GC, T-112/98, Mannesmannröhren-Werke of 20 February 2001, op. cit., par. 65. which states the case C-347/87, Orkem of 18 October 1989, ECLI:EU:C:1989:129, I-01083, par. 34

CJEU in relation to the obligations of the institutions and the effet utile. As we can see in joined cases C-514 and 605/11, P, LPN of 14 November 2013[119] is affirmed that the need to verify if the general presumption, inherent to the circumstance that the disclosure of the documents related to a proceeding for non-fulfillment during the pre-litigation phase of the same risk of altering the nature of this procedure as well as modifying its performance is effectively applied "(...) cannot be interpreted in the sense that the Commission should individually examine all the documents requested in the case in question. Such a requirement would deprive that general presumption of its effet utile, or allow the Commission to respond to a global access request in an equally global manner (...)"[120].

5.EFFET UTILE AND CJEU COMPETENCES

According to C-514/11 P, API case of 21 September 2010 with reference to the secrecy of the memoirs filed by an institution in the context of a jurisdictional proceeding which damages the request to renounce it, states that "such disclosure would disregard the specificities of such category of documents and would be tantamount to submitting a substantial part of the judicial procedure to the principle of transparency. This would lead to depriving the exclusion of CJEU from the number of institutions to which the principle of transparency applies, in accordance with art. 255 EC (now art. 15 TFEU)[121].

With reference to EU legal system judicial competences and the various means of redress available, in T-440/03, Arizmendi and others v. the tribunal sentence has ruled that: "(...) any act of an institution, although adopted by the same in the exercise of a discretionary power, can in principle be the subject of an appeal for compensation damages (...) the treaty and general principles of Community law, both the applicable secondary law (...) a contrary approach would be incompatible with a community law and would deprive the appeal for damages of its practical effectiveness as it would prevent the judge from assessing the legitimacy of an act of an institution of such an appeal (...)"[122].

In this regard, in T-79/13, Accorinti case of 7 October 2015[123] is affirmed that: "(...) the appeal for compensation constitutes an autonomous jurisdictional remedy, endowed with its own particular function in the system of means of appeal and subordinate as for its exercise, under assumptions conceived in view of its specific object (...) the appeal for compensation has as its object the request for reparation of a damage deriving from an act or from an unlawful conduct attributable to an institution or a EU organ (...)"[124]. This autonomy of the appeal for compensation cannot be called into question due to the simple fact that a claimant decides to file an appeal for annulment and a claim for compensation in succession. The inadmissibility of an action for annulment does not render inadmissible a claim for compensation subsequently proposed for the simple fact that similar or even identical grounds of illegality are deducted with these appeals. Such an interpretation would be contrary to the very principle of the autonomy of the remedies and would deprive

[119]CJEU, joined cases C-514 and 605/11, P, LPN of 14 November 2013, ECLI:EU:C:2013:738, published in the electronic Reports of the cases.
[120]CJEU, joined cases C-271/15 P, Sea Handling of 14 July 2016, ECLI:EU:C:2016:557, published in the electronic Reports of the cases, par. 69. See also in for further analysis: K. BACON, K. BACON QL, *European Union law of state aid,* Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 213ss.
[121]CJEU, C-514/11 P, API of 21 September 2010, ECLI:EU:C:2010:738, published in the electronic Reports of the cases, par. 95.
[122]GC, T-440/03, Arizmendi and others v. Council and Commission of 18 December 2009, ECLI:EU:T:2009:530, I-04843.
[123]GC, T-79/13, Accorinti of 7 October 2015, ECLI:EU:T:2015:756, published in the electronic Reports of the cases
[124]GC, T-79/13, Accorinti of 7 October 2015, op. cit.,

of its effet utile art. 268 TFEU bed in conjunction with art. 340, lett. 3 TFEU[125].

As regards jurisdiction, the reference to effet utile characterizes C-246/80, Broekmeulen sentence of 6 October 1981 which is stated that: "(...) it is up to member states to adopt, each in its own territory the necessary measures to ensure the full implementation of rules adopted by EU institutions (...) affect the exercise of the rights conferred by EU law, the practical effectiveness of this requires that CJEU can rule on questions of interpretation and validity which may arise in the context of such a dispute (...)"[126].

In C-72/15, Rosneft sentence of 28 March 2017 CJEU rejects the Council's argument that it would not be competent to check the legitimacy of the provisions of a Regulation, as the grounds of illegality inferred in court would essentially be to challenge the principle decisions taken in CFSP area. In this regard it states that its competence "(...) has no limit as regards a Regulation adopted on the basis of art. 215 TFEU[127] which gives effect to Union positions defined in the CFSP framework. Such regulations constitute Union acts adopted on the basis of TFEU, with regard to which EU judges, in accordance with the competences attributed to them by the treaties, must guarantee a control, in principle complete, of legitimacy (...)"[128].

The statement contained in C-5/14, Kernkraftwerke Lippe-Ems case of 4 June 2015 which CJEU after recalling its consolidated jurisprudence reaffirms that "(...) the effectiveness of EU law would risk to be compromised and the effet utile of art. 267 TFEU would be diminished if, due to the pending procedure of constitutional verification, the national judge would be prevented from submitting preliminary questions to the court and to immediately give an EU law application consistent with court's decision or jurisprudence (...)"[129]. Similarly in C-689/13, PFE case of 5 April 2016 is affirmed that: "(...) the effet utile of art. 267 TFEU would be attenuated if the national court were prevented from immediately applying EU law in a manner consistent with a ruling or with court jurisprudence (...)"[130].

6.EFFET UTILE AND COMPLIANCE WITH EU LAW

In joined cases C-143/88 and 92/89, Zuckerfabrik of 21 February 1991 is affirmed that the impossibility for a national judge not to apply a Regulation in case of doubts about its legitimacy. "(...) The national judge called upon to apply Community rules within the sphere of his competence has the obligation to guarantee the full effectiveness of Community law and in case of doubts about the validity of the community regulations to take into account the interest of the community so that the same regulations are not excluded without a strict guarantee (...) if the controversial community act is not deprived of any practical effectiveness in the absence of immediate application (...)"[131]. In C-465/93, Atlanta case of 9 November

[125]GC, T-79/13, Accorinti of 7 October 2015, op. cit., par. 61
[126]CJEU, C-246/80, Broekmeulen of 6 October 1981, ECLI:EU:C:1981:218, I-03111, par. 16
[127]A. MANGAS MARTÍN, *Tratado de la Uniòn Europea, Tratado de Funcionamiento,* ed. Marcial Pons, Madrid, 2018
[128]CJEU, C-72/15, Rosneft of 28 March 2017, ECLI:EU:C:2017:236, published in the electronic Reports of the cases, par. 106.
[129]CJEU, C-5/14, Kernkraftwerke Lippe-Ems of 4 June 2015, ECLI:EU:C:2015:354, published in the electronic Reports of the cases, par. 36
[130]CJEU, C-689/13, PFE of 5 April 2016, ECLI:EU:C:2016:199, published in the electronic Reports of the cases, par. 39.
[131]CJEU, C-143/88 and 92/89, Zuckerfabrik of 21 February 1991, ECLI:EU:C:1991:65, I-00415, parr. 30-31. For further details see: L. WOODS, P. WATSON, *Steiner & Woods European Union law,* Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 37ss E. BERRY, M.Y. HOMEWOOD, B. BOGUSZ, *Complete European Union law. Texts, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2013. G. CONWAY, *European Union law,* ed. Routledge, London & New York, 2015. R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS, *Oxford principles of European Union Law,* Oxford University Press, Oxford, 2018.

1995 recognizes the need for the deed not to be deprived of effet utile and adds that: "(...) the urgent provision may cause the legal regime established by such Regulation throughout the Community. It is required to take into consideration the cumulative effect caused in the event that a plurality of judges also issue urgent measures for similar reasons, and the specificity of applicant's situation that differentiates him from the other economic operators concerned (...)"[132]. With reference to the directive, it is possible to call C-157/11, Sibilio case of 15 March 2012 which CJEU firmly states that "(...) member states are not allowed to apply legislation that may jeopardize the achievement of the objectives pursued by a directive and consequently depriving the directive itself of its effet utile (...)"[133].

7.EFFET UTILE IN CASE LAW ON THE FUNCTIONING OF THE INTERNAL MARKET AND COMPETITION

Already in C-67/63, Sorema case of 19 March 1964 CJEU pronounced itself on an annulment appeal against a decision of the High Authority against an affirmed association of companies: "(...) any different interpretation would remove art. 65 by any practical effectiveness (...)"[134]. Similar is the approach in C-5/94, Völk case of 8 July 1969[135] which is affirmed that: "(...) the agreement can affect the trade between member states is necessary that based on a complex of objective elements in law or in fact it seems probable that it is capable of exerting a direct or indirect, actual or potential influence on exchanges between member states, in a way that could harm the achievement of the aims of a single market between states (...)"[136]. In C-68/94, France v. Commission case of 31 March 1998 establishing an appeal for the annulment of a decision of the Commission on the subject of competition, acknowledges that: "(...) a concentration transaction which creates or strengthens a dominant position of the interested parties with a third party entity to the transaction is likely to be incompatible with the system of undistorted competition aimed at by the treaty. (...) This Regulation would thus be deprived of a significant part of its effet utile, without this being necessary for the general economy of the Community regime for controlling operations of concentration (...)"[137]. In C-70/72, Commission v. Germany sentence of 12 July 1973, Luxembourg judges already had the opportunity to use the effet utile to affirm the obligation of member states to recover the illegitimate state aid "(...) for a effet utile the abolition or modification (of state aid granted) may imply the obligation to request reimbursement of aid granted in breach of the treaty (...)"[138].

Another consistent line of jurisprudence that values the effet utile for the purposes of compliance with EU law started with C-13/77, Inno v. ATAB sentence of 16 November 1977[139] which is affirmed that: "(...) the treaty obliges member states to refrain from issuing or maintaining in force provisions that can render practically ineffective (...)"[140].

In C-229/83, Leclerc case of 10 January 1985 is affirmed that: "(...) the full

---

[132]CJEU, C-465/93, Atlanta of 9 November 1995, ECLI:EU:C:1995:369, I-03761, parr. 42-44.
[133]CJEU, C-157/11, Sibilio of 15 March 2012, ECLI:EU:C:2012:148, published in the electronic Reports of the cases
[134]CJEU, C-67/63, Sorema of 19 March 1964, ECLI:EU:C:1964:18, I-00293.
[135]CJEU, C-5/94, Völk of 8 July 1969, ECLI:EU:C:1969:205, I-02553.
[136]CJEU, C-5/94, Völk of 8 July 1969, op. cit., parr. 5-6. In the same spirit in case: C-1/71, Cadillon v. Höss of 6 May 1971, ECLI:EU:C:1971:48, I-00363.
[137]CJEU, C-68/94, France v. Commission of 31 March 1998, ECLI:EU:C:1998:148, I-01375, par. 171
[138]CJEU, C-70/72, Commission v. Germany of 12 July 1973, ECLI:EU:C:1973:87, I-00813, par. 13.
[139]CJEU, C-13/77, Inno v. ATAB of 16 November 1977, ECLI:EU:C:1977: I-02115.
[140]CJEU, C-13/77, Inno v. ATAB of 16 November 1977, op. cit., par. 31. In the same spirit of orientation in the next cases: C-136/86, BNCI v. Aubert of 3 December 1987, ECLI:EU:C:1987:524, I-04789. C-41/90, Höfner of 23 April 1991, ECLI:EU:C:1991:161, I-01979. C-55/96, Job Centre of 11 December 1997, ECLI:EU:C:1997:603, I-07119.

and uniform application of Community law and the effectiveness of its enforcement acts and to abstain from issuing or from maintain in force measures of a legislative or regulatory nature, which can render the competition rules to be applied to companies practically ineffective (...)"[141].

In the subsequent CJEU jurisprudence has also used the effet utile in order to allow member states to apply the competition rules aimed at companies. According to the same, although the articles of the treaty "(...) concern the behavior of the companies and not the legislative or regulatory provisions of member states, the treaty obliges the latter to abstain from enacting or maintaining in force measures that can practically render ineffective the rules on the prohibition of agreements (...)"[142].

An express reference to the effet utile is contained in C-35/99, Arduino sentence of 19 February 2002[143] which is stated that: "(...) the conduct of companies and not the legislative provisions or regulations issued by the member states that this it removes the fact that this article, in conjunction, obliges member states not to adopt or maintain in force measures of a suitable legislative or regulatory nature and eliminate the effet utile of the competition rules applicable to companies (...)"[144].

CJEU has applied the same argumentative scheme that values the effet utile also to contrast the regulations of member states limiting the right to free movement of workers. In C-149/79, Commission v. Belgium case of 17 December 1980 is declared that: "(...) the reference to provisions of the internal legal order to limit the scope of the rules of Community law would have the effect of diminishing the unity and effectiveness of this right (...) at the same time prevent the practical effectiveness and the scope of provisions of the treaty relating to the free movement of workers and equal treatment of citizens of all member states from being limited by interpretation of the concept of public administration drawn from the sole national law and which preclude the application of Community rules (...)"[145]. In another profile, in C-291/05, Eind of 11 December 2007 is affirmed that: "(...) the right of the migrant worker to return and reside in the member state of which he is a citizen after having carried out an activity subordinate employment in another member state is conferred by Community law as necessary to ensure the effet utile of the right to free movement of workers (...)"[146].

Another profile on which CJEU recognizes the need to preserve the effet utile of EU law in view of its uniform application relates to the notion of the state that according to CJEU is to be understood in a broad sense. In C-152/84, Marshall case of 26 February 1986 was affirmed that: "(...) it is incompatible with the mandatory nature (of a directive) to exclude in principle that the obligation that it imposes may be relied on by the interested parties against a member state regardless of the quality in which it acts as an employer or as a public authority (...)"[147]. In the subsequent C-282/10, Dominguez sentence of 24 January 2012[148] CJEU recalls that: "(...) the administrators, if they are able to enforce a directive not against an individual but a state can do so regardless of the role in which it acts, as an employer or as a public authority (...) it is advisable to prevent the state from benefiting from its non-

[141]CJEU, C-229/83, Leclerc of 10 January 1985, ECLI:EU:C:1985:1, I-0001, par. 14.
[142]CJEU, joined cases C-209 to 213/84, Asjes of 30 Aril 1986, ECLI:EU:C:1986:188, I-01425.
[143]CJEU, C-35/99, Arduino of 19 February 2002, ECLI:EU:C:2002:97, I-01529.
[144]CJEU, C-35/99, Arduino of 19 February 2002, op. cit., par. 34. the CJEU refers the precedent case: C-267/86, Van Eycke v. ASPA of 21 September 1988, ECLI:EU:C:1988:427, I-04769, inpar. 45 recall the joined cases: C-94 and 202/04, Cipolla of 5 December 2006, ECLI:EU:C:2006:758, I-11421.
[145]CJEU, C-149/79, Commission v. Belgium of 17 December 1980, ECLI:EU:C:1980:195, I-01845, par. 32.
[146]CJEU, C-291/05, Eind of 11 December 2007, ECLI:EU:C:2007:771, I-10719, par. 32.
[147]CJEU, C-152/84, Marshall of 26 February 1986, ECLI:EU:C:1986:84, I-00723, parr. 47-49
[148]CJEU, C-282/10, Dominguez of 24 January 2012, ECLI:EU:C:2012:33, published in the electronic Reports of the cases

compliance with EU law (...)"[149].

In the aforementioned Van Eycke sentence of 1988 taken up in numerous subsequent rulings CJEU recalling its constant jurisprudence according to which member states are obliged not to adopt or maintain in force measures also having the character of law or Regulation "(...) suitable to render the competition rules practically ineffective to be applied to companies (...) a member state imposes or facilitates the conclusion of agreements in contrast with art. 85 (now 101 TFEU) or reinforce the effects of such agreements, or take away from its own legislation its public character, delegating to private operators the responsibility for adopting economic intervention decisions[150].

In C-198/01, CIF sentence of 9 September 2003, CJEU recalls that the obligation "(...) to disapply national legislation in conflict with Community law is incumbent not only on the national judge but also on all the organs of the state, including administrative authorities (referring to Fratelli Costanzo case of 1989 paragraph 31) which implies the obligation to take all the necessary measures to facilitate the full effectiveness of Community law (...)"[151]. In C-280/06, ETI sentence of 11 Deecember 2007 is declared that: "(...) the fact that a disposal of the assets is decided not by individuals but by the legislator in the perspective of a privatization is also irrelevant. Restructuring or corporate reorganization measures adopted by the authorities of a member state cannot legitimately result in the impairment of the effectiveness of Community competition law (...)"[152].

The effet utile has also been used with reference to the free movement of workers seeking employment. In C-292/89, Antonissen case of 26 February 1991 which is affirmed that: "(...) a restrictive interpretation of art. 48, lett. 3 (now art. 45 TFEU) would compromise the actual possibilities of a citizen of a member state who is looking for a job to find a job in other member states would therefore deprive that provision of its effet utile, which is effective or art. 48 it is guaranteed if EU legislation or in the absence of it the legislation of a member state gives the interested parties a reasonable deadline that allows them to take notice of the job

---

[149]CJEU, C-282/10, Dominguez of 24 January 2012, op. cit., par. 38. and in par. 31, refers to judgment C-103/88, Fratelli Costanzo of 22 June 1989, ECLI:EU:C:1989:256, I-01839, which is stated that: "(...) if the necessary conditions exist, according to the CJEU's jurisprudence so that the provisions of a directive may be invoked by individuals before national courts, all administrative bodies including those of local authorities, such as municipalities, are required to apply the aforementioned provisions (...)". See also: R. SCHÜTZE, T. TRIDIMAS, *Oxford principles of European Union Law*, op. cit.,

[150]See ex multis: C-2/91, Meng of 17 November 1993, ECLI:EU:C:1993:885, I-05751. C-185/91, Reiff of 17 November 1993, ECLI:EU:C:1993:886, I-05851. C-245/91, Ohra Sckadeverzekeringen ECLI:EU:C:1991:887, I-05851. joined cases C-401 and 402/92, Tankstation of 2 June 1994, ECLI:EU:C:1994:220, I-02119. C-153/93, Delta of 9 June 1994, ECLI:EU:C:1994:240, I-02517. C-379/92, Peralta of 14 July 1994, ECLI:EU:C:1994:296, I-03453. C-412/93, Leclerc-Siplec of 9 February 1995, ECLI:EU:C:1995:26, I-00179. joined cases C-140 and 142/94, DIP of 17 October 1995, ECLI:EU:C:1995:330, I-03257. C-134/94, Esso Espaňola of 30 November 1995, ECLI:EU:C:1995:299, I-04223, par. 18. C-70/95, Sodemare of 5 June 1997, ECLI:EU:C:1997:301, I-03395. C-35/96, Commission v. Italy of 18 June 1998, ECLI:EU:C:1998:303, I-03851. C-266/96, Corsica Ferries of ECLI:EU:C:1996:306, I-03949. C-38/97, Librandi of 1st October 1998, ECLI:EU:C:1998:454, I-05955, par. 44. C-67/96, Albany of 21 September 1999, ECLI:EU:C:1999:430, I-05751. joined cases C-115 to 117/97, Brentjens of 21 September 1999, ECLI:EU:C:1999:434, I-06025, par. 65. C-219/97, Maatschappij of 21 September 1999, ECLI.EU:C:1999:437, I-06121, par. 55. For further details see: F. NICOLA, B. DAVIES, *European Union law stories,* Cambridge University Press, Cambridge, 2017. J. USHERWOOD, S. PINDER, *The European Union. A very short introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2018. J.L. DA CRUZ VILAÇA, *European Union law and integration. Twenty years of judicial application of European Union law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014. T.H. FOLSOM, *Principles of European Union law, including Brexit*, West Academic, Minnesota, 2017, pp. 278ss. D. GERARDIN, A. LAYNE-FARRAR, N. PETIT, *EU competition law and economics*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

[151]CJEU, C-198/01, CIF of 9 September 2003, ECLI:EU:C:2003:430, I-08055, par. 49.

[152]CJEU, C-280/06, ETI of 11 December 2007, ECLI:EU:C:2007:775, I-10893, par. 44.

offers on the territory of the member state in question, the necessary measures to be taken (…). This term does not therefore prejudice the effectiveness of the principle of free movement. If, after the deadline in question, he proves that he continues to look for work and can actually be hired, the person concerned cannot be obliged to leave the territory of the host Member State (...)"[153]. A similar approach to the free movement of goods has been with C-446/09, Phillips and Nokia case of 1st December 2011 in which CJEU rejects the comments presented to it by certain parts of the proceedings and by some governments, according to which "(...) each omission of destruction, resulting from the said requirement relating to the burden of proof, of imitation and copy goods found in the customs territory of the Union undermines the effet utile of Regulations no. 3295/94 and 1383/2003. (...) The effect of legal regulations must be considered that the effectiveness of the fight against illegal operations is not diminished by the fact that the customs authority that blocked the goods is obliged to put an end to this intervention whenever the authority competent to rule on the merits ascertains that it is not duly demonstrated that the goods are intended to be placed on EU market (...)"[154].

A further consequence of the reference to the effect useful for the purposes of compliance and uniform application of EU law emerges from C-453/00, Kühne & Heitz sentence of 13 January 2004 in which CJEU recognizes the obligation to withdraw an administrative act resulting from an internal judgment based on a misinterpretation of EU law. According to it the norm to be interpreted: "(...) must be applied by an administrative body in the sphere of its competences also to legal relationships arisen and established before the moment in which the judgment of the court arose on the request for interpretation (...) the principle of legal certainty applies to certain conditions and pursuant to the principle of loyal cooperation also to the administrative body which will have to re-examine a final decision in order to take into account the interpretation of the relevant provision of Community law in the meantime accepted from the court (...)"[155].

A final further relevant profile of the effet utile referring to the behavior of the state authorities in implementing EU law emerges in C-439/08, VEBIC case of 7 December 2010 which is stated that: "(...) is up to the national competition authorities to weigh the need and usefulness of their intervention for the effective application of EU competition law. Nevertheless, as the Commission rightly pointed out, an almost systematic non-appearance of those authorities would be liable to compromise the effet utile of articles 101 and 102 TFEU (...)"[156].

The reference to the effet utile for the purposes of compliance and uniform application of EU law is also present in various judgments on social rights of workers starting from C-75/63, Unger case of 19 March 1964 in which CJEU regarding the definition of an employed person believes that: "(...) the fact that art. 48, n. 2 (now 48 TFEU) mentions certain elements of the notion of worker as employment and remuneration, shows that the treaty attributes to this notion a community meaning (...)"[157]. Let us recall in case also C-93/89, Ciechelski case of 11 March 1982: "(...) given the difficulties it insists on the interpretation of these provisions it is necessary to examine them in the light of articles 48-51 of the Treaty, which constitute the foundation, and limitation of regulations adopted in the field of social security (...) were applied solely to domestic law. In case of doubt, these regulations must be interpreted bearing in mind the aforementioned purpose (...)"[158]. The C-34/69, Duffy case of 10 December 1969, which is observed that: "(...) have the purpose of

[153]CJEU, C-292/89, Antonissen of 26 February 1991, ECLI:EU:C:1991:80, I-00745, par. 21.
[154]CJEU, C-446/09, Phillips and Nokia of 1st December 2011, ECLI:EU:C:2011:796, I-12435, parr. 72-73.
[155]CJEU, C-453/00, Kühne & Heitz of 13 January 2004, ECLI:EU:C:2004:17, I-00837, par. 22.
[156]CJEU, C-439/08, VEBIC of 7 December 2010, ECLI:EU:C:2010:737, I-12471, parr. 60-61.
[157]CJEU, C-75/63, Unger of 19 March 1964, ECLI:EU:C:1964:19, I-00177
[158]CJEU, C-1/67, Ciechelski of 11 March 1982, ECLI:EU:C:1967:89, I-00951, par. 3.

guaranteeing the free movement of workers, giving them certain rights; one would place oneself outside the scope of these regulations if one were to impose on workers a reduction of their rights without the compensation of the advantages provided for by the regulations (...)"[159]. In C-3/70, Di Bella case of 17 June 1970, CJEU has affirmed that: "(...) they have the purpose of assuring the worker and his successors of the advantages corresponding to the various periods worked and insurance matured and do not allow regulation to be interpreted in such a way as to prevent interested parties from benefiting from certain benefits because of their residence (...)"[160]. In C-23/71, Janssen case of 27 October 1971 is stated that: "(...) would not be achieved, if the insurance periods accrued in accordance with the laws of a member state were lost by the worker taking advantage of freedom of movement guaranteed, moves to another place of work and is therefore subject to the social security system of another member state (...)"[161].

CJEU has used the effective effect to ensure the uniform application of EU law with particular reference to the directives (concerning the link between effectiveness and effectiveness of directives, including direct effectiveness) also in other areas. Among the most significant is the free movement of capital, on which in C-190/92, Emerging Market case of 10 April 2014 is declared that: "(...) the circumstance that non-resident investment funds are outside the uniform EU regulatory framework established by UCITS directive, which governs the methods of creating and operating investment funds within the Union (…) cannot in itself be sufficient to demonstrate the diversity of situations of said funds. Given that the UCITS Directive does not apply to funds subject to legislation identical to external investment funds it would deprive the freedom of movement of capital of any effet utile (...)"[162].

With reference to the freedom to provide services, we can refer to C-33/74, Von Binsbergen case of 3 December 1974, which is affirmed that: "(...) the residence requirement in the state in which the service must be provided may remove all practical relevance to art. 59 (now art. 56 TFEU), which instead proposes precisely the elimination of obstacles to the free provision of services by persons not resident in the state in whose territory the service is performed (...)"[163]. As well as in the Laval of 2007 and Rüffert of 2008 cases which in relation to the posting of workers carried out in this sector, they recognized that a directive cannot be interpreted as allowing the host member state: "(...) to subordinate the realization of a provision of services on its territory to the respect of working and employment conditions that go beyond the imperative norms of minimum protection explicitly the level of protection of which the host member state has the right to expect compliance by the companies established in other member states in favor of their workers posted on its territory. Such an interpretation would end up depriving the directive of effet utile (...)"[164].

I also remember the sector of motor vehicle traffic, where C-344/82, Gambetta Auto case of 9 February 1984, which CJEU dealt with a directive that "(...) aims to abolish the control of green card at the border. In this regard it is essential that the stationing status is easily identifiable, which is guaranteed by the issuing of an admission registration plate. To expect that this plate is valid, however, would be equivalent to replacing the control of the green card with the systematic control of

[159]CJEU, C-34/69, Duffy of 10 December 1969, ECLI:EU:C:1969:71, I-00169, par. 7.
[160]CJEU, C-3/70, Di Bella of 17 June 1970, ECLI:EU:C:1970:55, I-00415, parr. 10.11
[161]CJEU, C-23/71, Janssen of 27 October 1971, ECLI:EU:C:1971:101, I-00859, par. 13.
[162]CJEU, C-190/12, Emerging Market of 10 April 2014, ECLI:EU:C:2014:249, published in the electronic Reports of the cases, par. 67
[163]CJEU, C-33/74, Von Binsbergen of 3 December 1974, ECLI:EU:C:1974:131, I-01299, par. 11.
[164]CJEU, C-341/05, Laval un Partneri of 18 December 2007, ECLI:EU:C:2007:809, I-11767. CJEU, C-346/06 Rüffert of 3 April 2008, ECLI:EU:C:2008:189, I-01989. For further comments see: D. SACK, "Europeanization through law compliance and party differences. The ECJ's Rüffert judgment C-346/06 and amendments to public procurement laws in German Federal State", in *Journal of European Integration,* 34 (3), 2012, pp. 244ss.

registration, making the directive practically ineffective (...)"[165].

8.EFFET UTILE AND EUROPEAN CITIZENSHIP.

The effet utile has been enhanced by CJEU also with reference to European citizenship in various ways. First of all, the C-200/02, Zhu and Zhen case of October 19, 2004 which is declared that: "(...) the refusal to allow the parent, citizen of a member state or a third state, which actually has custody of a member state or a third state, which effectively has custody of a child (having) a right of residence to stay with that child in the host member state would deprive the latter of the right of residence of any effet utile (...)"[166]. In relation to the right to family reunification in joined cases C-356 and 357/11, O and S. of 25 July 2008[167], CJEU states that the discretion granted to member states in executing a directive "should not be used" by them in such a way as to prejudice the objective of the directive and its effet utile (...)"[168].

With regard to the right of residence of citizens of third family states of EU citizens in C-127/08, Metock sentence of 25 July 2008[169] is affirmed that: "(...) in consideration of the context and the aims pursued by the Directive 2004/38 the provisions of the same cannot be interpreted restrictively and must not be deprived of their practical effectiveness (...) that they have entered with the latter in the host member state and those who stay with him in this member state, without it being necessary to distinguish in this second case, according to whether third country nationals have entered the aforementioned member state before or after the Union citizen or before or after becoming his family member (...)"[170]. In this context, in C-34/09, Zambrano case of 8 March 2011, CJEU noted that: "(...) art. 20 TFEU precludes national measures that have the effet utile of depriving EU citizens of the actual and effective enjoyment of the rights attributed by their status as citizens (...) the refusal to stay opposite a person, a citizen of a third state, in the member state where his young children reside, citizens of that member state, which he has at his charge, as well as the refusal to grant that person a work permit produce such an effect (...)"[171]. In the subsequent C-256/11, Dereci and others sentence of 15 November 2011, CJEU acknowledges that: "(...) the criterion relating to the deprivation of the essential core of the rights conferred by the status of Union citizen refers to hypotheses marked by the fact that the Union citizen is obliged, in fact, to leave the territory not only of the member state of which he is a citizen, but also of the Union as a whole.

This criterion therefore has a very particular character in that it concerns the hypothesis in which, despite the fact that the derived secondary right of residence of

---

[165]CJEU, C-344/82, Gambetta Auto of 9 February 1984, ECLI:EU:C:1984:50, I-00591, par. 13.
[166]CJEU, C-200/02, Zhu and Zhen, of 19 October 2004, ECLI:EU:C:2004:639 I-09925, par. 45.
[167]CJEU, C-356 and 357/11, O. and S., of 25 July 2008, ECLI:EU:C:2008:776, published in the electronic Reports of the cases.
[168]CJEU, C-356 and 357/11, O. and S., of 25 July 2008, op. cit., par. 74. nel par. 43 the CJEU referred also il case: C-578/08, Chakroun of 4 March 2010, ECLI:EU:C:2010:117, I-01839. See also: C. BARNARD, *The substantive law of the European Union. The four freedoms,* Oxford University Press, Oxford, 2016.
[169]CJEU, C-127/08, Metock of 25 July 2008, ECLI:EU:C:2008:449, I-06241.
[170]CJEU, C-127/08, Metock of 25 July 2008, op. cit., par. 84 and 93. In the same spirit the case: C-457/12, S. and G. of 12 March 2014, ECLI:EU:C:2014:136, published in the electronic Reports of the cases, which is declared that: "(...) the practical effectiveness of the right of free movement of workers may require that a right of residence be granted to the citizen of a third country, the worker's family, a citizen of the Union in the member state of which the latter owns citizenship (...)", par. 40.
[171]CJEU, C-34/09, Ruiz Zambrano of 8 March 2011, ECLI:EU:C:2011:124, I-01177, parr. 42-43, where in a situation purely internal to the member state in question (Belgium). The court of Justice finds a sufficient connecting factor between the concrete situation and Union's right to protection of the status of EU citizen.

third-country nationals is not applicable. A right of residence cannot, exceptionally, be denied to the citizen of a third state, a family member of a citizen of a member state, to the detriment of the effectiveness of citizenship of the Union enjoyed by the latter citizen (...)"[172].

Finally, with reference to the right of residence of a non-EU citizen with the family member, a European citizen of which the first is dependent in C-423/12, Reyes sentence of 16 January 2014 is stated that: "(...) non it may be required (...) by this descendant to prove that he has tried in vain to find a job or to receive support for the sustenance of the authorities of the country of origin and/or to have tried by any other means to ensure his livelihood. The requirement of such additional demonstration (...) is likely to make the possibility for the same descendant to benefit from the right of residence in the host Member State excessively difficult and risks depriving articles. 2, par. 2, lett. c) and 7 of Directive 2004/38 of their effet utile (...)"[173].

The importance of the continuity of family life connected to the need to protect the effet utile of the right of free movement of a Union citizen, brings CJEU in C-456/12, O case of 12 March 2014 to declare that: "(...) when, during an actual stay of the Union citizen in the host Member State (...) a family life has developed or consolidated in the latter member, the practical effectiveness of the rights to the citizen of the Union concerned derive from art. 21, par. 1 RFEU requires that the family life that the citizen has led in the host Member State may continue on his return to the member state of which he holds the citizenship, thanks to the granting of a derivative right to the family member concerned, a citizen of a third country. Indeed, in the absence of such a derivative right of residence, such a citizen of the Union would be deterred from leaving the member state of which he has the nationality in order to avail himself of his right of residence, pursuant to art. 21, par. 1 TFEU, in another member state (...) the practical effectiveness of art. 21, par. 1 TFEU requires that the EU citizen can continue on his return to the member state of which he owns the citizenship the family life he led in the host state if said citizen and the family member interested third-country national, have acquired, in this last member state, a right of permanent residence pursuant to art. 16, parr. 1 and 2 of Directive 2004/38 (...)"[174].

9.EFFET UTILE AND EFFECTIVENESS OF THE DIRECTIVES.

With reference to the directive that CJEU has obtained through the interpretative prism of effet utile the major consequences. In VNV case of 1977, by resorting to a formula with the most correct answer in the subsequent jurisprudence, is declared that: "(...) it would be incompatible with the binding effect (of a directive) to exclude in principle that the obligation (...) imposed may be relied on by the persons concerned. Particularly in cases where the Community authorities have by directive imposed on member states to adopt a certain behavior, the effet utile of the act would be attenuated if the persons administered were precluded from using them in court and the national courts to take it into consideration (...)"[175]. Also significant

[172]CJEU, C-256/11, Dereci and others of 15 November 2011, ECLI:EU:C:2011:734, I-11315, parr. 66-67

[173]CJEU, C-423/12, Reyes of 16 January 2014, ECLI:EU:C:2014:16, published in the electronic Reports of the cases, parr. 25-26

[174]CJEU, C-456/12, O. of 12 March 2014, ECLI:EU:C:2014:135, published in the electronic Reports of the cases, parr. 54-55

[175]Parr. 52-53. In par. 24 the CJEU adds that it is the responsibility of the national judge: "(...) if the competent authorities, within the exercise of their right reserved to them in terms of the form and means for implementing the directive, have remained within the limits of discretion traced by the directive itself (...)". This formula, including the reference to effet utile, was reiterated in almost identical terms, ex multis in environmental judgments, for example in case: C-72/95, Kraaijeveld of 24 October 1996, ECLI:EU:C:1996:404, I-05403, par. 56. C-435/97, WWF and others of 16 September 1999, ECLI:EU:C:1999:418, I-05613, part. 69. C-

is C-61/11 PPU, El Dridi case of 28 April 2011 which is affirmed that: "(...) they cannot apply a regulation even of criminal law, such as to compromise the achievement of the objectives pursued by a directive and so to deprive the latter of its effet utile (...)"[176]. In C-176/12, Association de médiation sociale case of 15 January 2014[177] CJEU has observed that: "(...) excludes from the calculation of the company staff a certain category of workers, produces the consequence of subtracting some employers of work to the obligations envisaged (by a directive) and to deprive their employees of the recognized rights of the latter. Consequently it is capable of emptying these rights of their substance, thus removing its effet utile from the directive (...)"[178].

According to CJEU, the need to ensure the effet utile of a non-transposed directive imposes the obligation to interpret national law in accordance with its provisions[179]. In C-106/89, Marleasing case of 13 November 1990[180], after recalling par. 26 of Von Colson sentence of 1984, is stated that: "(...) it follows that in applying national law, regardless of whether it is a matter of rules before or after the directive, the national court must interpret its own national law in the light of the letter and purpose of the directive in order to achieve the result pursued by the latter (...)"[181].

CJEU has extended the obligation of interpretation in accordance with other acts. With reference to an international treaty concluded by EU (treaty TRIPS) in C-53/96, Hermès case of 16 June 1998 is observed that: "(...) since the community is a contracting party to the TRIPS agreement and this agreement regards the community trademark, the courts under art. 99 of Regulation n. 40/94 when they are required to apply national rules in order to adopt provisional measures for the protection of the rights deriving from a Community trademark, they are obliged to do so as far as possible in the light of the letter and the purpose of art. 50 of TRIPS agreement (...)"[182]. In relation to an act of the then third pillar of the Union in C-

287/98, Linster of 19 September 2000, ECLI:EU:C:2000:468, I-06917.

5888 [176]CJEU, C-61/11, El Dridi of 28 April 2011, ECLI:EU:C:2011:268, I-03015, par. 55.

[177]CJEU, C-176/12, Association de mèdiation sociale of 15 January 2014, ECLI:EU:C:2014:2, published in the electronic Reports of the cases,

[178]CJEU, C-176/12, Association de mèdiation sociale of 15 January 2014, op. cit., par. 25. the CJEU referred in par. 38 of the previous judgment C-385/05, Confèdèration gènèrale du travail of 18 January 2007, ECLI:EU:C:2007:37, I-00611, which is declared that: "(...) a national regulation which has the consequence of exempting certain employers from the obligations envisaged (by a directive) and to deprive their employees of the rights they have recognized, is such as to nullify these rights and thus neutralize the effectiveness of the directive (...)". For further details see: M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary references to the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 402ss.

[179]The question of conforming interpretation has often been applied in applicative practice as an expedient to overcome this structural obstacle to the production of vertical and horizontal direct effects summarized in the expression of the unenforceability to individuals of norms contained in the directive that are not implemented or not correctly performed that the effective effect and compliant interpretation are mutually exclusive approaches. In the first one the supranational disposition to produce effects in the second is the internal rule, properly interpreted and that it is still reasonable the intuition that saw in the first sentences on the interpretation conforming to directive not implemented a solution that attenuated the scope of the orientation that denied and still strongly denies the enforceability to individuals of provisions of directive that are not implemented and / or are not correctly carried out, given that even if by different means we can guarantee the maximum possible effectiveness of the supranational nomad by overcoming in some cases the rigidity of the jurisprudence that it denies in relations inter-individual the effect useful to directives not correctly transposed.

[180]CJEU, C-106/89, Marleasing of 13 November 1990, ECLI:EU:C:1990:395, I-04135.

[181]CJEU, C-106/89, Marleasing of 13 November 1990, op. cit., par. 8. in par. 20 which is referred to the case: C-334/92, Wagner Miret of 16 December 1993, ECLI:EU:C:1993:945, I-06911, which is affirmed that: "(...) any national judge, when interpreting and applying national law, must assume that the state has intended to fully comply with the obligations deriving from the directive in question (...)".

[182]CJEU, C-53/96, Hermès of 16 June 1998, ECLI:EU:C:1998:292, I-03603, par. 28

105/30, Pupino case of 16 June 2005 its recognized "(...) that its preliminary jurisdiction would be deprived of the essential aspect of its effet utile whether individuals did not have the right to enforce framework decisions in order to obtain a conforming interpretation of national law before the courts of member states (...)"[183].

The effet utile of a directive according to CJEU must be preserved even before the member state executes it. In C-129/96, Inter-Environment Wallonie case of 18 December 1997 the duty of loyal cooperation and its affirmed that is recalled: "(...) if the member states are not obliged to adopt (the measures of implementation of a directive) before the deadline for transposition (...) pending this deadline they must refrain from adopting provisions that could seriously compromise the result prescribed by the directive (...)"[184]; while in C-144/04, Mangold case of 22 November 2005 its declared that: "(...) the member state which thus benefits exceptionally from a longer transposition term gradually adopts concrete measures in order to bring it closer from that moment its legislation to the result prescribed by this directive. However, that obligation would be deprived of any effet utile if that Member State were allowed to adopt, during the period of implementation of the directive, measures incompatible with the objectives of that directive (...)"[185].

The effet utile of a different directive also emerges in C-62/00, Marks & Spencer case of 11 July 2002, CJEU after recalling the obligation for the national judge descending from the duty of loyal cooperation to apply his own internal law interpreting it as far as possible in the light of the letter and the spirit of a directive (referring to the Marleasing case) and after recalling the effet utile of the directives adds that: "(...) results from a constant jurisprudence that the transposition of a directive must effectively ensuring the latter's application (...) the exhaustion of the latter's effects and that a member state remains obliged to effectively ensure the full application of the directive itself after the adoption of the said measures. (...) Individuals are entitled to invoke unconditional and sufficiently precise claims before the national court against the state, in all cases in which it was not actually tendered. The full application of this directive is required, that is to say not only in the case of mishandling or incorrect transposition of the latter but also in the event that the national measures which correctly transpose the directive in question are not applied in such a way as to achieve the result at which it is addressed (...)"[186].

10.EFFET UTILE, DIRECT EFFECTIVENESS AND PROTECTION OF INDIVIDUAL RIGHTS

In Van Gend & Loos case of 1963, CJEU after recognizing the effectiveness of the provisions of the treaty, he recalled also the effet utile stating: "(...) the guarantees against the violation of art. 12 (now art. 28 TFEU) by the member states were limited to those offered by articles 169 and 170 (now 258 and 259 TFEU), the individual rights of the administrated would remain without direct jurisdictional protection. The use of these articles would risk being ineffective if it were to intervene only after the execution of an internal measure adopted in violation of the treaty rules. The vigilance of the individuals interested in safeguarding their rights, constitutes on the other hand an effective control that is added to the one that articles 169 and 170 rely on the diligence of the Commission and member states (...)"[187].

The effet utile is used by CJEU also in relation to the recognition of the direct effect of a decision. In Grad case of 1970 is declared that: "(...) if it is true that the regulations (...) are directly applicable and therefore acts by nature to produce direct effects, from this it cannot be inferred that the other categories of acts (...) can never

[183]CJEU, C-105/03, Pupino of 16 June 2005, ECLI:EU:C:2005:386, I-05285, par. 38.
[184]CJEU, C-129/96, Inter-Environment Wallonie of 18 December 1997, ECLI:EU:C:1997:628, I-07411, par. 45.
[185]CJEU, C-144/04, Mangold of 22 November 2005, ECLI:EU:C:2005:709, I-09981, par. 72.
[186]CJEU, C-62/00, Marks & Spencer of 11 July 2002, ECLI:EU:C:2002:435, I-06325, parr. 26-27.
[187]C. VIRSEDA FERNÁNDEZ, *Uniòn europea,* op. cit.,

produce similar effects (...) it would be contrary to the obligatory force attributed (...) to the decision to exclude, in general the possibility and the obligation imposed by it is asserted by any interested parties. of the act would be restricted if individuals could not assert its effectiveness in court and if the national courts could not take it into consideration (...)"[188].

The effet utile was also used by CJEU in order to attribute direct (vertical) effectiveness to directives. In C-41/74, Van Duyn case of 4 December 1974 which CJEU uses a formula almost identical to that of Grad sentence, and recalling the effet utile, affirms the need not to restrict the scope of the act by adding that: "(...) implies the fact that individuals can enforce such acts before the said judges. It is therefore appropriate to examine case by case, if the nature, the spirit and the letter of the provision which the treaties allow to recognize it immediately in the relations between member states and individuals (...)"[189].

The same concept is reiterated in the subsequent jurisprudence. In C-148/78, Ratti sentence of 5 April 1979[190] is declared that: "(...) particularly in cases in which the community authorities have by directive imposed to member states to adopt a determined behavior, the effet utile of the act would be attenuated if the persons administered were precluded from using it in court and the national judges to take it into consideration (...)"[191]. In C-441/99, Gharehveran case of 18 October 2001 is recognized that: "(...) an individual must be able to assert the right that derives from a precise and unconditional provision of a directive if this provision is separable from different provisions of the same directive which are not as to them, equally precise or unconditional, must be entitled to rely on the provisions which give it in a precise and unconditional manner the status of beneficiary of a directive once the discretion is fully used recognized to the member state in relation to other provisions of this directive and whose failure to implement it is the only obstacle to the exercise of the right conferred on the individual by the directive (...)"[192].

The interpretation according to the effet utile of a directive aimed at protecting the rights of individuals has been identified as one of its most significant applications[193]. In C-8/81, Becker sentence of 19 January 1982, CJEU has recognized that, although the directive: "(...) unquestionably implies a more or less wide margin of discretion for the implementation of the member states of some of its provisions, individuals cannot be denied the right to apply those provisions which, taking into account their specific object, are capable of being isolated from the context and applied as such. This minimum guarantee in favor of him administered affected by the failure to implement the directive derives from the binding nature of the obligation imposed on the member states which would be rendered completely inoperative if the member states were allowed to annul with their omission also the effects that certain provisions of a directive are capable of producing by virtue of their content (...) to deny any effect to those provisions which, having regard to their subject

[188]In the same spirit see also: C-20/70, Lesage of 21 October 1970, ECLI:EU:C:1970:84, I-00861. C-23/70, Haselhorst of 21 October 1970, ECLI:EU:C:1970:85, I-00881, par. 5.
[189]CJEU, C-41/74, Van Duyn of 4 December 1974, ECLI:EU:C:1974:133, I-01337, par. 12.
[190]CJEU, C-148/78, Ratti of 5 April 1979, ECLI:EU:C:1979:110, I-01629.
[191]In the case of Ratti of 1979, the CJEU has declared that: "(...) the member state which has not adopted the implementing provisions imposed by the directive within the time limits cannot oppose to individuals the non-fulfillment on its part, of the obligations arising by the directive itself, it follows that the national court to which the individual who has complied with the provisions of a directive asks for disapplication of an internal rule incompatible with that directive not incorporated in the internal legal system of the non-complying state must accept this request, if the obligation in question is unconditional and sufficiently precise (...)", par. 21-23.
[192]CJEU, C-441/99, Gharehveran of 18 October 2001, ECLI:EU:C:2001:551, I-07687, par. 44.
[193]J.L. DA CRUZ VILAÇA, *Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour, in the Court of Justice and the construction of Europe. Analyses and perspectives on sixty years of case-law*, op. cit.,

matter, are capable of being usefully relied on in court despite the fact that the directive has not been implemented as a whole (...)"[194]. CJEU in C-453/99, Courage and Crehan case of 20 September 2001[195] referred to the principle of loyal cooperation and declared that: "(...) the effectiveness or art. 85 (now 101 TFEU) and in particular the effet utile of the prohibition established in n. 1 of said article would be called into question if it were impossible for anyone to claim compensation for the damage caused to him by a contract or by a behavior suitable to restrict or distort competition (...)"[196].

In the subsequent C-126/01, Pflücke case of 18 September 2001[197] is affirmed that: "(...) the payment of salary credits which by their very nature are of great importance for the interested party must, from the brevity of the term of forfeiture it does not result from the consequence that the interested party himself is unable to comply with this deadline and is therefore not able to benefit from the protection that the 80/987 Directive intends to guarantee him (...) is suitable to guarantee the effective effect of the protection guaranteed by the Directive 80/987 only on the condition that the competent authorities to apply the clause itself shall use themselves in order not to be excessively rigorous in the assessment if the interested party has shown proof of the necessary diligence to assert their rights (...)"[198]. With reference to the effet utile in relation to possible drugs to EU law, the statement made by CJEU in C-560/13, Wagner-Raith case of 21 May 2015[199] is also relevant on the free movement of capital is declared that: "(...) with regard to the scope of the derogation envisaged in art. 64, par. 1 TFEU it must be remembered that the restrictive interpretation of this derogation aims at preserving the effet utile of art. 63 TFEU (...)"[200].

CJEU uses the effet utile in order to reinforce the obligation imposed on member states to execute a directive in the interest of the beneficiaries. In Von Colson case of 1984 is declared that: "(...) the member states are obliged to take measures that are sufficiently effective to achieve the purpose of the directive and to ensure that such measures can be effectively enforced before national judgments by interested parties (...)"[201]. The same concept is reiterated in C-222/84, Johnston case of May 15, 1986 which is affirmed that: "(...) we consider every provision of Community law subject to a general reserve, regardless of the specific conditions established by the treaty, there would be a risk of compromising the binding force and uniform application of Community law (...) in the light of the directive to guarantee its full effectiveness (...)"[202].

11.EFFET UTILE AND STATE RESPONSIBILITY FOR INFRINGEMENT IN EU LAW

In the joined cases C-6 and 9/90 Francovich of 19 November 1991[203], CJEU

[194]CJEU, C-8/81, Becker of 19 January 1982, ECLI:EU:C:1982:7, I-00053, parr. 29-30.
[195]CJEU, C-453/99, Courage and Crehan of 20 September 2001, ECLI:EU:C:2001:465, I-06297.
[196]CJEU, C-453/99, Courage of 20 September 2001, op. cit., par. 26. Par. 60 restated the case C-199/11, Otis of 6 November 2012, ECLI:EU:C:2012:684, published in the electronic Reports of the cases. C-557/12, Kone of 5 June 2014, ECLI:EU:C:2014:1317, published in the electronic Reports of the cases.
[197]CJEU, C-125/01, Pflücke of 18 September 2003, ECLI:EU:C:2003:477, I-09375, arr. 17, 37 and 44.
[198]CJEU, C-125/01, Pflücke of 18 September 2003, ECLI:EU:C:2003:477, I-09375, arr. 17, 37 and 44.
[199]CJEU, C-560/13, Wagner-Raith of 21 May 2015, ECLI:EU:C:2015:347, published in the electronic Reports of the cases.
[200]CJEU, C-560/13, Wagner-Raith of 21 May 2015, op. cit., par. 42.
[201]CJEU, C-560/13, Wagner-Raith of 21 May 2015, op. cit., par. 16.
[202]CJEU, C-222/84, Johnston of 15 May 1986, ECLI:EU:C:1986:206, I-01651, parr. 26 and 53.
[203]CJEU, joined cases C-6 and 9/90 Francovich of 19 November 1991, ECLI:EU:C:1991:428, I-05357, par. 37: "(...) Community law imposes the principle according to which the member

elaborated the theory that in order to reconstruct the compensation obligation of a member state responsible for having violated an obligation of EU law it is necessary the effect useful and that "(...) the full effectiveness of the community rules would be jeopardized and the protection of rights they recognized would be invalidated if the individuals did not have the possibility of obtaining a compensation if their rights are damaged by a violation of Community law attributable to a member state (…). The possibility of compensation from the member state is indispensable if as in the case in point the full effectiveness of the community rules is subordinated to the condition of an action by the state and consequently the individual in the absence of such action they cannot assert before the national courts (...)"204.

This jurisprudence has subsequently consolidated itself always accompanied by the reference to the effet utile in joined cases C-46 and 48/93, Brasseire du pêcher of 5 March 1996, CJEU after recalling the Francovich case observes that to determine the conditions under which the responsibility of the state gives rise to a right to compensation "(...) it is necessary first of all to take into account the principles of the Community legal order which constitute the basis for the responsibility of the state, i.e. the full effectiveness of the rules and the effective protection of the rights guaranteed by them and the obligation of cooperation incumbent on member states (...)"[205]. In the subsequent C-224/01, Köbler case of 30 September 2003 CJEU emphasized the role of national judicial bodies in particular those of last resort in the protection of rights that individuals derive from Union rules and declared that: "(...) the full effectiveness of the latter would be called into question and the protection of the rights they recognize would be weakened if it were excluded that individuals could, under certain conditions, obtain compensation when their rights are damaged by a violation of imputable Community law to a decision of a court of last instance of a member state the individuals can assert the rights recognized to them by Community law (...) in order to obtain in this way a legal protection of their rights (...)"[206]. In the subsequent C-173/03, Mediterranean Ferries sentence of 13 June 2006 is declared that: "(...) to exclude any possibility of existence of the responsibility of the state since the violation disputed to the national judge regards the evaluation carried out by this last on facts or evidence would be tantamount to depriving the principle enshrined in the aforementioned Köbler judgment, as regards the manifest violations of Community law which would be attributable to the national courts of last instance (...)"[207].

In C-212/04, Adeneler and others case of 4 July 2006[208] CJEU highlights the link between the interpretation and compensation of the damage recalling the Francovich sentence and observed that: "(...) the prescribed result from a directive cannot be achieved by interpretation (...) Community law requires member states to compensate the damage they cause to individuals because of the failure to implement this directive (...)"[209].

---

states are obliged to compensate the damage caused to individuals by violations of Community law attributable to them (...)". See also in argument: M. STRAND, *The pressing on problem in damages and restitution under EU law*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2017. D. ANAGNOSTOPOULOU, "Do Francovich and the principle of proportionality weaken Simmenthal (II) and confirm abuse of rights?", in *Common Market Law Review*, 38, 2001, pp. 772-774.

[204]C. VIRSEDA FERNÁNDEZ, Uniòn europea, op. cit.,

[205]CJEU, C-46/ and 48/93, Brasseire du pêcher of 5 March 1996, ECLI:EU:C:1996:79, I-01029, par. 39.

[206]CJEU, C-224/01, Köbler of 30 September 2003, ECLI:EU:C:2003:513, I-10239, par. 40.

[207]CJEU, C-173/03, Traghetti del Mediterraneo of 13 June 2006, ECLI:EU:C:2006:391, I-05177, par. 112.

[208]CJEU, C-212/04, Adeneler and others of 4 July 2006, ECLI:EU:C:2006:443, I-06057.

[209]CJEU, C-212/04, Adeneler and others of 4 July 2006, op. cit., par. 112. See also in the same spirit the case: joined cases C-378 to 380/07, Angelidaki of 23 April 2009, ECLI:EU:C:2009:250, I-03071.

12.EFFET UTILE AND PRIMACY OF EU LAW

CJEU in reconstructing the notion of primacy of EU law made reference to effet utile and it is not surprising that it has used it in order to oppose the attempts of member states and / or institutions to limit the scope of the EU right.

The link between profit and effect emerges in the aforementioned Costa v. ENEL sentence of 1964 which is affirmed that: "(...) if the effectiveness of the community law varied from one state to another according to the later internal laws this would jeopardize the implementation of the aims of the treaty (...)"210. In the subsequent C-14/68, Walt Wilhelm and others sentence of 13 February 1969 the effet utile is recalled in order to ensure the proper functioning of the internal market by declaring that: "(...) it would be contrary to the nature of such a system to admit that member states can adopt or maintain measures to severely impair the effectiveness of the treaty (...) the conflicts between community norms and national rules on agreements must be resolved by applying the principle of the primacy of Community law (...)"[211].

The effet utile in connection with the prevalence and the need for uniform application of EU law is also evident in some recent rulings on the subject of the common customs tariff, including that made in joined cases C-2 and 3/69, Brachfeld of 1st July 1969[212] which is affirmed that: "(...) the achievement of the goals pursued by the uniform application by all member states of the common customs tariff in relations with third countries, could be hindered by unilateral adoption or by the retention by a member state of the aforementioned measures, especially by a member state (...)"[213]. A similar approach is found in C-39/72, Commission v. Italy case of 7 February 1973 which is stated that: "(...) the provisions of his due (established by a Regulation) affect the effectiveness of the common provision while procuring due to the free movement of goods an undue advantage to the detriment of the other member states (...)"[214]; and in C-13/78, Eggers sentence of 12 October 1978 concerning the prohibition of reserving to national products certain denominations, in which CJEU asserts that "(...) in order to be effective the prohibition to reserve certain denominations to the national products (...) must extend to the norms that make a distinction between national products (...)"[215]. The statement held in C-2/74, Reyners case of 21 June 1974 on the right of establishment where CJEU declared that: "(...) must, however, take into account the Community character of the limits placed on the exceptions permitted to the principle of freedom of establishment in order to prevent the effectiveness of the treaty from being excluded by unilateral provisions of member states (...)"[216].

The reference to effet utile in relation to the primacy of EU law allows CJEU to recognize the Commission to adopt provisional measures regarding competition as we can see in C-792/79 R, Camera Care case of 17 January 1970 which is declared that "(...) precautionary provisions as they may appear indispensable to prevent the exercise of the decision-making power provided for by the regulation does not end up becoming ineffective but above all allows national judge to adopt provisional

---

[210]C. VIRSEDA FERNÁNDEZ, Uniòn europea, op. cit.,

[211]CJEU, C-14/68, Walt Wilhelm and others of 13 February 1969, ECLI:EU:C.1069:4, I-00001, par. 6

[212]CJEU, joined cases C-2 and 3/69, Brachfeld of 1st July 1969, ECLI:EU:C:1969:30, I-00211.

[213]CJEU, joined cases C-2 and 3/69, Brachfeld of 1st July 1969, op. cit., 30. In the same spirit see: C-14/70, Bakels of 8 December 1970, ECLI:EU:C:1970:102, I-01001, which is declared that: "(...) the very existence of the common customs tariff implies that its entries must have the same scope in all member states. This requirement would remain unsatisfied if in the event of uncertainty about the customs classification of a commodity, each member state could autonomously determine this scope by interpretation (...)", par. 3.

[214]CJEU, C-39/72, Commission v. Italy of 7 February 1973, ECLI:EU:C:1973:13, I-00101, par. 21.

[215]CJEU, C-13/78, Eggers of 12 October 1978, ECLI:EU:C:1978:182, I-01935, par. 24.

[216]CJEU, C-2/74, Reyners of 21 June 1974, ECLI:EU:C:1974:68, I-00631, parr. 48-50.

measures in order not to apply an internal regulation in contrast with rights attributed by EU law (...) which leads to a reduction in the concrete effectiveness of Community law due to the fact that the competent judge refused to apply this right the power to do at the same time as such application is all that is necessary to disregard the national legislative provisions which may also preclude (...) the full effectiveness of the community rules (...)"[217].

In C-213/89, Factortame case of 19 June 1990 CJEU affirmed that: "(...) the full effectiveness of Community law would also be reduced if a provision of national law could prevent the judge called to settle a regulated dispute from the Community right to grant provisional measures in order to guarantee the full effectiveness of the jurisdictional ruling on the existence of the rights invoked under Community law (...)[218]. This interpretation is confirmed by the system whose effet utile would be reduced if the national court suspending the proceeding pending the pronouncement of the court on its preliminary question could not grant provisional measures until the moment in which it pronounces itself following the solution provided by CJEU (...)"[219].

The Factortame case of 1990 is referred in the next cases of CJEU trying to affirm the obligation of the national judges to raise an issue of compatibility of national law with EU right. In Van Schijndel case of 1995 is confirmed that: "(...) the judges must ex officio raise legal reasons based on an internal rule of a binding nature that have not been adduced by the parties, such obligation is imposed even if traits of binding Community rules (...) guarantee the jurisdictional protection for individuals in the form of rules of Community law having direct effect (...)"[220].

In joined cases C-189/10, Melki and Abdeli of 22 June 2010[221] CJEU proposes with ample argument the link between effet utile and primacy of EU law: "(...) national judge in charge of applying within the scope of its competence, the provisions of EU law have the obligation to guarantee the full effectiveness of these rules, in contrast to any conflicting provisions of national legislation, even later, on its own initiative, without having to request or wait for the prior removal in via legislative or by any other constitutional procedure (...)"[222]. Any provision forming part of the legal system of a member state or any legislative, administrative or judicial practice which leads to a reduction in the effective effectiveness of the right of the union leads to a reduction in the effective effectiveness of EU law due to the fact that the judge, who is competent to apply this rule, is denied Since the power to do, at the very time of such application, all that is necessary to disregard the national legislative provisions that may temporarily prevent the full effectiveness of the Union rules (...) a body other than the judge is entrusted with the task of guaranteeing the application of Union law and having an independent power of assessment even if the obstacle in such a way to the full effect of this right was only temporary (...)"[223].

In the same sentence just quoted, CJEU declares that a national court has jurisdiction in a dispute concerning EU law, which considers that a national law is not only in conflict with it but is also vitiated by defects of unconstitutionality and is not deprived of faculty neither exempted from the obligation to submit to CJEU questions relating to the interpretation or the validity of EU right for the fact that the finding of the unconstitutionality of a rule of national law is subject to compulsory appeal before

[217]CJEU, C-792/79 R, Camera Care of 17 January 1970, ECLI:EU:C:1970:18, I-00119, parr. 12, 20.
[218]CJEU, C-213/89, Factortame of 19 June 1990, ECLI:EU:C:1990:257, I-02433.
[219]In the same spirit see il caso C-68/95, T. Port of 26 November 1996, ECLI:EU:C:1996:452, I-06065.
[220]The CJEU affirmed the case Rewe of 1976
[221]CJEU, C-189/10, Melki and Abdeli of 22 June 2010, ECLI:EU:C:2010:363, I-05667.
[222]CJEU, C-189/10, Melki of 22 June 2010, op. cit., 43. The CJEU was referred also to the precedent cases: C-187/00, Kutz-Bauer of 20 March 2003, ECLI:EU:C:2003:168, I-02741, par. 73. joined cases C-387, 391 and 403/02, Berlusconi of 3 May 2005, ECLI:EU:C:2005:270, I-03565. C-314/08, Filipiak of 19 November 2009, ECLI:EU:C:2009:719, I-11049.
[223]CJEU, C-189/10, Melki and Abdeli of 22 June 2010, op. cit. par. 44.

the constitutional court. Indeed, "(...) the effectiveness of EU law would risk being compromised if the existence of a mandatory appeal before the constitutional court could prevent the national court to which a dispute was regulated under EU law to exercise the faculty attributed to him by art. 267 TFEU (...)"[224].

13.CONCLUDING REMARKS

The investigation carried out in relation to the relief of effet utile showed the flexible nature of this notion that could be modified depending on how the interpreter intends to use it, based on the tripartition that we indicated through the rich CJEU jurisprudence. In order to avoid absurd or unreasonable interpretation or as minimum effet utiles or even as maximum effet utile.

Furthermore, both the aforementioned characterization of the effet utile are connected, both positive and negative, above all the traceability of the same to the different interpretative methods elaborated by CJEU with reference to EU law. From the examination carried out it results that the effet utile is predominantly, but not exclusively, aimed at favoring its teleological and evolutionary interpretation thus confirming once again its extreme flexibility.

We believe that the differences with regard to the importance given to the effect useful in the interpretation referring to the Union order do not follow its notion that it is indeed sufficiently broad to include its various meanings. Rather, it is a matter of difference concerning the privileged interpretative strategy. What changes is the way in which the effet utile is sometimes used by the interpreter to pursue a more or less broad interpretation. And this is also evident in relation to the examined traceability of the effet utile to the notions of efficacy and effectiveness present in the interpretation of EU treaties and more generally of the European legal system.

The principle of effet utile has assumed in the diachronic invention an increasingly less expansive and more balancing connotation. Without losing the creative peculiarity which resides in the dual nature of ruthless force in normative conflicts and at the same time of interpretative light with the help of CJEU. All this so that the development of the Union is effectively harmonious on its way.

14.REFERENCES

ACCETTO, M., ZLEPTNIG, S., "The principle of effectiveness. Rethinking its role in community law", in *European Public Law, 1*1, 2005, pp. 382ss.

ANAGNOSTOPOULOU, D., "Do Francovich and the principle of proportionality weaken Simmenthal (II) and confirm abuse of rights?", in *Common Market Law Review*, 38, 2001, pp. 772-774.

ANDERSEN, S., *The enforcement of EU law: the role of the European Commission*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

BACON, K., BACON QL, K., *European Union law of state aid*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 213ss.

BARNARD, C., *The substantive law of the European Union. The four freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2016.

BECK, G., *The legal reasoning of the court of justice of the EU,* Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 196ss.

BECK, G., *The legal reasoning of the European Court of Justice of the EU*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2012.

BENGOETXEA, J., MACCORMICK, N., MORAL SORIANO, L., "Integration and integrity in the legal reasoning of the European Court of Justice", in G. DE BÚRCA, J.H.H. WEILER, *The European Court of justice*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 65ss.

BENGOETXEA, J., *The legal reasoning of the European Court of Justice*, Oxford University Press, Oxford, 1993, pp. 235ss.

[224]CJEU, C-189/10, Melki and Abdeli of 22 June 2010, op. cit., parr. 44-45. The CJEU has referred the case: C-348/89, Mecanarte of 27 June 1991, ECLI:EU:C:1991:278, I-03277.

BERRY, E., HOMEWOOD, M.J., BOGUSZ, B., *Complete EU law: Text, cases and materials*, Oxford University Press, Oxford, 2015.
BERRY, E., HOMEWOOD, M.Y., BOGUSZ, B., *Complete European Union law. Texts, cases and materials,* Oxford University Press, Oxford, 2013.
BRADLEY K., and others (eds.) *Of courts and constitutions. Liber amicorum in honour of Nial Fennelley,* Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014, pp. 30ss.
BROBERG, M., FENGER, N., *Preliminary references to the European Court of Justice,* Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 402ss.
BUGA, I., *Modification of treaties by subsequent practice*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
CHALMERS, D., DAVIES, G., MONTI, G., *European Union law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
CHEVALLEIR, R.M., "Methods and reasoning of the European court in its interpretation of community law", in *Common Market Law Review*, 2, 1965, pp. 25ss.
CONANT, L.C., *Justice contained: Law and politics in the European Union,* Cornell University Press, Ithaca, 2018.
CONWAY, G., *European Union law*, ed. Routledge, London & New York, 2015.
CRAIG, P., DE BÚRCA, G., *The evolution of EU law,* Oxford University Press, Oxford, 2011.
CRAIG, P., *EU administrative law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
DA CRUZ DE VILAÇA, J.L., "Le principe reproduites aux articles 31 à 33 des Conventions de Vienne. Approche objectiviste ou approche volontariste de l'interprètation?", in *Revue Generale de Droit International Public,* 115, 2011, pp. 352ss.
DA CRUZ VILAÇA, J.L., "Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour", in A. ROSAS, E. LEVITS, Y. BOT,. *The Court of Justice and the construction of Europe. Analyses and perspectives on sixty years of case-law,* Springer, The Hague, 2013, pp. 280ss.
DA CRUZ VILAÇA, J.L., *European Union law and integration. Twenty years of judicial application of European Union law*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014.
DE CARVALHO MOITINHO DE ALMEIDA, J.C., "L'interpretation par la Cour de justice de l'Union du droit europèen de procèdure civile", in K. BRADLEY et al. (eds.) *Of courts and constitutions. Liber amicorum in honour of Nial Fennelley,* Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2014, pp. 30ss
DE VISSCHER, C., "L'interprètation judiciaire des traitès d'organisation internationale", in *Rivista di Diritto Internazionale*, 1958, pp. 18ss
DEGAN, V., *L'interprètation des accord en droit international*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1963.
DERLÉN, M., LINDHOLM, J., *The Court of Justice of the European Union. Multidiciplinary perspectives*, Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2018.
DUMON, D., *La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des mèthodes d'interprètation, in Rencontre judiciaire et universitaire, 27-28 septembre 1986,* Luxembourg, 1986, pp. 4ss.
EVERLING, U., "On the judge-made law o the european community's courts", in D. O'KEEFFE (ed.), *Judicial review in European Union law. Liber amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley*, Kluwer Law International, The Hague, 2000, pp. 33ss.
EVERLING, U., "Reflections on the reasoning in the judgments of the Court of justice of european communities", in K. THORUP, J. ROSENLOV, *Festkrift til Ole Due,* København, Gec Gads Forlag, Copenhagen, 1994, pp. 494ss
FENNELLY, N., "Legal interpretation at the European Court of Justice", in *Fordham International Law Journal,* 21, 1997, pp. 658ss
FINTON, E., "Strengthening the effectiveness of community law. Direct effect, article 5 EC and the European Court of Justice", in *New York University Journal of*

International Law and Politics, 1999, pp. 308ss.
FOLSOM, T.H., *Principles of European Union law, including Brexit*, West Academic, Minnesota, 2017, pp. 278ss.
FOSTER, N., *Foster on EU law*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
GARBEN, S., GOVAERE, I., *The division of competences between the EU and the member states,* Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017.
GERARDIN, D., LAYNE-FARRAR, A., PETIT, N., *EU competition law and economics,* Oxford University Press, Oxford, 2012.
GUILD, E., PEERS, S., TOMKIN, J., *The EU citizenship directive. A commentary,* Oxford University Press, Oxford, 2014.
HARTKAMP, A., SIBURGH, C., DEVROE, W., *Cases, materials and text on European Union law and private law,* Hart Publishing, Oxford & Oregon, Portland, 2017, pp. 282ss.
HATJE, A., TERHECHTE, J.P., MÜLLER-GRAFF, P.C., *Europarechtswissenschaft,* ed. Nomos, Baden-Baden, 2018.
JACOB, M., *Precedent and case-based reasoning in the European Court of Justice: Unfinished business,* Cambridge University Press, Cambridge, 2014.
KLAMMERT, M., *The principle of loyalty in EU law,* Oxford University Press, Oxford, 2014.
KUTSCHER, H., *Mèthodes d'interprètation vues par un juge à la Cour, in Rencontre judiciaire et universitaire, 27-28 septembre 1976,* Luxembourg, 1976, pp. 3ss.
LASSER, M., *Judicial deliberations. A comparative analysis of judicial transparency and legitimacy,* Oxford University Press, Oxford, 2004, pp. 212ss.
LECOURT, R., *L'Europe des juges,* Bruylant, Bruxelles, 1976, pp. 238ss
LENAERTS, K., GUTIERREZ FONS, J.A., *Les mèthodes d'interprètation de la Cour de justice de l'Union europèenne,* ed. Larcier, Bruxelles, 2020.
LENAERTS, K., GUTIÉRREZ-FONS, J.A., "To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice", in *EUI working paper*, 2013/9, pp. 28
LENAERTS, K., MASELIS, I., GUTMAN, K., *European Union procedural law*, Oxford University Press, Oxford, 2014, pp. 133ss.
MANGAS MARTÍN, A., *Tratado de la Uniòn Europea, Tratado de Funcionamiento*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2018.
MARTUCCI, *F., Droit de l'Union europèenne,* LGDG, Paris, 2019.
MAZÁK, J., MOSER, M.K., "Adjudication by reference to general principles of EU law: A second look at the Mangold case law", in M. ADAMS et al. (eds.), *Judging Europe's judges,* Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 62ss.
NICOLA, F., DAVIES, B., *European Union law stories*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.
NICOLAIDES, P., GEILMANN, M., "What is effective implementation of EU law?", in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 19, 2012, pp. 40ss.
NORMAN, L., *The mechanism of institutional conflict in the EU*, Routledge, New York, London, 2016.
O'NEILL, A., *Decisions of the ECJ and their constitutional implications,* Butterworts, London, 1994.
ORMAND, R., "L'utilisation particulière de la mèthode d'interprètation des traitès selon leur "effet utile" par la Cour de Justice des communautès europèennes", in *Revue Trimestrielle de Droit Europèen*, 14, 1976, pp. 625ss
PEAT, D., *Comparative reasoning in international courts and tribunals*, Cambridge University Press, Cambridge, 2019.
PEERS, S., *EU justice and home affairs law,* Oxford University Press, Oxford, 2014.
PESCATORE, P., "Monisme, dualisme et "effet utile" dans la jurisprudence de la Cour de justice de la communautè europèenne", in A.A.V.V., *Une communautè de droit. Festscrhfit für Gil Carlos Rodriguez Iglesias*, BWN Berliner Wissenschaft, Berlin, 2003, pp. 332ss.
PESCATORE, P., *Les objectifs de la Communautè europèenne comme principles l'interpètation dans la jurisprudence de la Cour de justice, in W.J. Ganschof*

van der Mersch, Bruylant, Bruxelles, pp. 328ss.
POIARES MADURO, M., "Interpreting european law: Judicial adjudication in the content of constitutional pluralism", in *European Journal of Legal Studies*, 1, 2007.
PRECHAL, S., WIDDERSHOVEN, R., "Redefining the relationship between "Rewe-effectiveness" and effective judicial protection", in *Review of European Administrative Law*, 2011, pp. 32s.
RASMUSSEN, H., *On law and policy in the European Court of Justice*, ed. Springer, Dordrecht, 1986, pp. 178ss
ROTT, P., "The court of justice's principle of effectiveness and its unforesseable impact on private law relationships", in D. LECZYKIEWICZ, S. WEATHERILL (eds), *The involvement of EU law in private law relationships*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 182ss.
SACK, D., "Europeanization through law compliance and party differences. The ECJ's Rüffert judgment C-346/06 and amendments to public procurement laws in German Federal State", in *Journal of European Integration*, 34 (3), 2012, pp. 244ss.
SADL, U., "The role of effet utile in preserving the continuity and authority of European Union law: Evidence form the citation web of the pre accession case law of the Cout of Justice of the EU", in *European Journal of Legal Studies*, 8, 2015, pp. 18ss.
SCHERMERS, H.G., WAELBROECK, D.F., *Judicial protection in the European Union*, Wolters Kluwer, The Hague, 2001, pp. 22ss.
SCHOCKWEILER, F., "La Cour de justice des communautès europèennes dèpasse-t-elle les limites de ses attributions?", in *Journal des Tribunaux. Droit Europèen*, 1995, pp. 76ss.
SCHÜTZE, R., TRIDIMAS, T., *Oxford principles of European Union law*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
SCHWARZE, J., BECKER, V., HATJE, A., SCHOO, J., *EU-Kommentar*, ed. Nomos, Baden-Baden, 2019.
SNYDER, F., "The effectiveness of european community law. Institutions, processes, tools and tecniques", in *Modern Law Review*, 56, 1993, pp. 26ss.
SOREL, J.M., BORÉ EVENO, V., "1969 Vienna convention. Article 31. General rule of interpretation", in O. CORTEIN, P. KLEIN, *The Vienna convention on the law of treaties. A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 804ss
STRAND, S., *The pressing on problem in damages and restitution under EU law*, Edward Elgar Publishers, Cheltenham, 2017.
TEMPLE LANG, J., *Basic princples of european law applying to national courts*, in Svensk Juristidning, 2011, pp. 136ss.
TRIDIMAS, T., "The Court of justice and judicial activism", in *European Law Review*, 2, 1996, pp. 206ss.
USHERWOOD, J., PINDER, S., *The European Union. A very short introduction*, Oxford University Press, Oxford, 2018.
WEATHERILL, S., "Activism and restraint in the European Court of Justice", in P. CAPPS et al. (eds.), *Asserting jurisdiction. International and european legal perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pp. 268ss.
WEATHERILL, S., *Law and values in the EU*, Oxford University Press, Oxford, 2016.
WOODS, L., WATSON, P., *Steiner & Woods European Union law*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 37ss

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 70-79
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

The crime of violating health emergency rule during a pandemic in Brazil[1]

Heron Gordilho[2]
Ester Gondim[3]
Universidade Federal da Bahía

Summary: 1. Introduction; 2. International public health emergency caused by COVID-19 and the preventive health measures adopted by the Brazilian government; 3. Violation of health emergency rules criminal elements; 4. Do crimes of abstract danger violate the harm principle?; 5. Blank criminal norms and the principle of legality; 6. Conclusion; 7. References.

Abstract: This article analyzes the misdemeanor of violating public authorities' rule aimed at preventing the spread of contagious disease, as provided in the Brazilian Penal Code, Article 268. Using the hermeneutic method, this article demonstrates that although being a crime of abstract danger, this criminal offense does not violate the harm principle, for principles are commandments of optimization and cannot prevent Criminal Law from anticipating facts in order to avoid or reduce damage to public safety, which, in this case, is the spread of an epidemic. Finally, it demonstrates that the criminal norm is described in an objective and determinable way, allowing anyone to clearly identify the conduct that is prohibited. Therefore, there is no need to discuss any violation to the legality principle.

Keywords: Abstract danger crime; heterogeneous blank criminal norm; legality principle; harm principle; COVID-19.

1. Introduction

The massive increase of greenhouse gas emissions and deforestation have contributed not only to global warming but also to the rising of many zoonotic pandemics worldwide. The equation is very simple: wild animals, carriers of unknown viruses, pulled out from their natural habitats, roam to urban centers and contaminate domestic animals. Humans consume these animals and, therefore, get also contaminated. Many of these wild animals, mice and mosquitoes, for example, may also transmit the virus directly to humans.

COVID-19 is an example of a zoonotic pandemic that became a global threat. The disease is forcing governments to adopt health emergency measures such as quarantine, isolation, social distancing, and the mandatory use of face masks. Governments have been adopting many other actions in order to try to contain this sanitary tragedy that has already killed thousands of people around the world.

[1] Thanks to NUPEL/UFBA, professors MA Daniel Vasconcelos, Dra. Lucielen Porfirio e Dra. Monique Pfau. Translators: Albert Gonçalves de Sá e Anna Carolina dos Santos e Tavares.
[2] Postdoctoral studies at Pace University/EUA. Doctor in Law, UFPE. Professor at PPGD/UFBA and PPGD/UCSAL. Public. Orcid: https://orcid.org/0000-0001-8485-3729. E-mail: heron@ufba.br.
[3] Postgraduate degree in Civil and Business Law. Legal advisor at the Public Prosecutor's Office in Salvador, Bahia, Brazil. Orcid: https://orcid.org/0000-0003-4629-2291. E-mail: estergondim@hotmail.com

Recibido: 14/03/2020
Aceptado: 09/06/2020

Criminal Law contributes to the enforcement of these measures by imposing a legal punishment to those who disobey the sanitary rules. The goal is to slow down the spread of a contagious disease.

Guided by the legality and harm principles, we use the hermeneutic method to analyze the criminal infraction related to the health emergency measures adopted by the Brazilian federal government during the COVID-19 pandemic.

At first, we review the health emergency measures adopted in Brazil – after the World Health Organization (WHO) declared global health emergency – in order to reduce transmission and avoid the health system collapse. After that, we analyze the features and elements of the criminal offense provided in article 268, of the Brazilian Penal Code and the crime of abstract danger, which is an offense that does not require a measurable result for its consummation. Then, we examine if this crime violates the harm principle.

Finally, we investigate if there is a possible violation of the constitutional principle of legality, *nullum crimen, nulla poena sine lege*, especially since this is a blank criminal norm, which requires complementation by an inferior norm.

2. International public health emergency caused by COVID-19 and the preventive health measures adopted by the Brazilian government

In 2016, the United Nations Environment Programme (UNEP) released a report[4] stating that 75% of the emerging infectious diseases, such as Ebola, Aids, Avian Influenza, SARS, Malaria, Zika and Dengue, are directly associated to land-use change, climate changes and the illegal consumption and traffic of wild animals.

The World Health Organization (WHO) has presented scientific evidences indicating that the COVID-19 outbreak, caused by the new coronavirus Sars-Cov-2, probably originated from the consumption of wild animals meat, possibly bats and pangolins, at the wet market in the city of Wuhan, a Hubei province, in China.[5]

On January 30, 2020, WHO declared the COVID-19 outbreak a Public Health Emergency of International Concern (PHEIC), the highest level of alert of the Organization. On March 30, in the same year, WHO declared it a pandemic and advised countries to adopt immediate preventive measures in order to avoid the spread of the disease among the population and to other nations.[6]

As soon as the first COVID-19 case was confirmed in the country, Brazil's government passed bill number 13.979, 03/11/2020. According to it, administrative authorities were allowed to enforce measures, such as social distancing and quarantine; compulsory examinations; administration of vaccines; *goods* and services requests; among others, in order to face the current health emergency.[7]

Later, the Ministry of Health passed the ordinance, number 356/20, regulating law number 13.979/20. The ordinance specified all preventive measures

---

[4] UNEP. "Frontiers 2016 Report", *Emerging Issues of Environmental Concern*. Available on: https://environmentlive.unep.org/media/docs/assessments/UNEP_Frontiers_2016_report_emerging_issues_of_environmental_concern.pdf. Accessed on April 24, 2020.

[5] Art. 3º - § 4º - *As pessoas deverão sujeitar-se ao cumprimento das medidas previstas neste artigo, e o descumprimento delas acarretará responsabilização, nos termos previstos em lei.* BRAZIL. "Measures to face Public Health Emergency of International Concern due to coronavirus boom in 2019", *Law 13.979/2020, from February 6, 2020*. Availabe on: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.htm. Accessed on March 20, 2020.

[6] World Health Organization. R&D Blueprint and COVID-19. Available on: < https://www.who.int/teams/blueprint/covid-19>. Accessed on April 26, 2020.

[7] BRAZIL. "Measures to face Public Health Emergency of International Concern due to coronavirus boom in 2019", *Law 13.979/2020, from February 6, 2020***.** Availabe on <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.html>. Accessed on March 20, 2020.

that could be adopted to contain the spread of the virus, especially since community transmission made contact tracing impossible.[8]

Social distancing is one of the measures established by law 13.979/20, and also by the Ministry of Health ordinance number 356/20. It can be done at home or at hospitals. Its goal is to separate people who are sick with a contagious disease from people who are not sick.[9] This measure can only be determined with medical prescription or by recommendation of an epidemiological surveillance agent. It has a 14-day limit, and it may be extended for the same period.[10]

When social distancing is determined by medical prescription, patients need to sign a free and informed consent form. When it is an epidemiological surveillance agent recommendation, patients, symptomatic or asymptomatic, must isolate themselves at their homes.[11]

Quarantine is another preventive measure used against COVID-19. It can be defined as the restriction of activities or isolation of people who were supposedly exposed to the disease, even if they are not infected. This measure can be adopted at an individual or collective level, in a neighborhood or in a city, for example.[12]

Quarantine can be enforced extensively and not limited to certain groups of people. In this case, it includes the suspension of classes, of outdoor activities, and the cancelation of events and all in-office work. Quarantine, however, can also be limited to certain high-risk groups of people such as those who are already contaminated, the elder and people with chronic diseases.[13]

Finally, there is also the community quarantine, or lockdown, which is enforced when the goal is to restrict all interactions among people and all economic activities, except for those considered essential, for a predetermined period.[14]

Quarantine can also be spontaneous or mandatory. It is mandatory when determined in the form of an administrative act issued by a competent authority, published in the official press and widely publicized.[15]

Initially, the quarantine lasts for 40 days, but it may be extended for the necessary period of time in order to avoid community transmission and assure the regular well-functioning of the country's health system. Quarantine must end when the Public Health Emergency of International Concern is ceased.

In the face of a public health emergency, the government can also require – temporary seizure – services and private property, with or without permission, for public use. The requisition must be ordered by a competent government official with the provision of a just compensation.[16]

Isolation and quarantine measures must follow medical protocol and the guidelines stated in the Human Infection National Prevention Plan. This Plan is

---

[8] BRAZIL. Health Ministry. *Ordinance #356*, from March 11, 2020. Available on: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-202-247538346>. Accessed April 23, 2020.

[9] Ibid.

[10] Ibid.

[11] Ibid.

[12] BRAZIL. "Measures to face Public Health Emergency of International Concern due to coronavirus boom in 2019", *Law 13.979/2020, from February 6, 2020***.** (our translation). Availabe on: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.html>. Accessed on March 20, 2020.

[13] Ibid.

[14] BRAZIL. "Measures to face Public Health Emergency of International Concern due to coronavirus boom in 2019", *Law 13.979/2020, from February 6, 2020*. (our translation) Availabe on: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/L13979.html>. Accessed March 20, 2020.

[15] Ibid.

[16] BRAZIL. Health Ministry. *Ordinance #356*, from March 11, 2020. Available on: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-202-247538346>. Accessed April 23, 2020.

available on the Health Ministry website to ensure that preventive actions and necessary treatments are being provided.[17]

The Public Authorities may adopt other preventive measures, and both article 3, § 4, in Law number 13.979/2020, and article 3 in Ordinance number 356/20, state that in case of violation, those who disobey the preventive measures will be held accountable.[18]

3. Violation of health emergency rules criminal elements

Different scholars state that modern society is not able to provide real social safety to people. They believe that legislators are not able to predict and defuse new danger situations that may arise in a globalized world.[19]

According to Hassemer, although the Criminal Law is expected to protect life, freedom, health, property and essential goods, with the advent of the welfare state, Criminal Legislation also began to protect supra-individual rights.[20]

Crimes against public health were introduced in the Brazilian Penal Code in the first half of the 20th century, in a time when the notion of "risk society" was still unknown.[21] Besides criminalizing the act of spreading pathogenic genes, Chapter III, title VIII, from the Penal Code also criminalizes the violation of preventive sanitary measure destined to contain the spread of infectious disease.

This crime should be classified among the crimes against the public administration, but due to legislative policy and influence from the German Penal Code, it ended up included in the chapter of crimes against the public health.[22]

The Brazilian Penal Code, article 268, states that:

> Art. 268 – To violate public authorities' resolution destined to avoid the introduction or dissemination of contagious disease. Penalty – one month to one year of detention, and fine.
> (1) The penalty is increased by one third if the offender is a public health worker or if s/he works as a doctor, pharmacist, dentist or nurse. (our translation)

The offender can be anyone, for it is a common crime and the *fattispecie* does not demand any specific features or special conditions to the agent. The victim is always the society, since public health is a collective right.

The object of protection is the public safety and the material object of protection is the State's determination to avoid the introduction or the spread of a contagious disease.

The objective elements of the written norm are all external circumstances related to the tangible reality. They may be descriptive, when they do not require value judgment; or normative, when there is no need for legal specification ("public authorities' rules"); or extrajudicial ("contagious disease").

---

[17] BRAZIL. *Human Infection National Prevention Plan due to COVID-19.COE/SVS/MS*. (our translation). Brasília DF. Feb 2020. Available on: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-202-247538346>. Accessed April 23, 2020.

[18] BRASIL. "Portaria nº 356, de 11 de março de 2020", *Ministério da Saúde*. Available on: <http://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-n-356-de-11-de-marco-de-2020-247538346>, Accessed on April 23 2020.

[19] BECK, U. *La Sociedad del riesgo: Hacia uma nueva modernidad*. Ed. Paidós Básica, Barcelona, 2002, p. 237.

[20] HASSEMER, W; CONDE, F. *Introducción a la criminologia y al derecho penal*, Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1989, p. 103.

[21] SILVA, J. M. S. "A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha", *Ed. Revista dos Tribunais*, 3. ed. rev. e atual, p. 27.

[22] LITZT, F. V. *Tratado de direito penal alemão*. Trad. José Hygino Duarte Pereira, Ed. Senado Federal, Brasília, 2006, p. 362.

Criminal intent is the subjective element. Neither negligent nor reckless conduct are punished. The offender must be aware that his or her actions violate public authorities' resolution.

This crime may be omissive or commissive. It is consummated both by an action contrary to Public Authorities' rules or by the omission to act in accordance to them. In addition, if the offender is responsible to ensure the implementation of these resolutions, and if the offender is able to prevent someone to act contrary to them, this person will answer for the crime as a special form of omission.[23]

Even though the pandemic presents risks to the entire population, this crime is only classified as a misdemeanor. Its penalty is imprisonment for not less than one month and not more than one year, and the imposition of a fine. The penalty may be increased by one third if the offender works in public health services or works as a doctor, pharmacist, dentist or nurse. In these cases, penalty is extended due to the offender's scientific knowledge concerning the possible severe consequences of his or her behavior.

Article 268, from the Penal Code, describes a crime that does not admit recklessness nor criminal negligence. To constitute the crime is only necessary the non-compliance of Public Authorities' resolutions, even if the offender did not have the specific intention of introducing or spreading contagious disease.

Attempt will be considered a penal offense when the criminal norm forbids the agent of doing something. This is the case when the agent, although forbidden to leave home (social isolation, for example), tries to go outside and is arrested in the act.

This is a formal crime for its consummation happens when the norm is disobeyed, even if no one gets infected by the disease. In addition, it is a crime of abstract danger because it does not require proof of actual results, nor any harm to be done to any legally protected rights or goods. The simple non-compliance with the Authorities' rules is the crime.

4. Do crimes of abstract danger violate the harm principle?

Crimes of abstract danger, according to some scholars, do not withstand careful principle analysis[24]. In their opinion, punishing actions that do not cause any direct harm would violate the harm principle[25].

Bitencourt (2010) says that crimes of abstract danger are unconstitutional because they violate the harm principle. To him, State intervention in criminal matters must only occur in the face of a concrete form of harm to a legal good protected by the criminal law.[26]

In Brazil's law, the harm principle (*nullum crimen sine injuria*) asserts that there is no crime without a conduct that inflicts harm or danger to a third-party good, hence inner behaviors such as self-harm and suicide attempts should not be criminalized.[27] Gomes (2002) posits that, since the crime cannot occur without concrete harm or danger, it is the judge's duty to examine the norms in light of the harm principle and analyze if the protected legal good has been affected.[28]

---

[23] BRAZIL. "Penal Code. Decree/Law 2.848, from December 7 1940". *Vade Mecum*. São Paulo: Saraiva, 2018, PC article 13, § 2º.

[24] GRECO, R. *Curso de Direito Penal: parte especial,* Ed. Impetus, Niterói, RJ, 2017, p. 297-298.

[25] BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. v.1.t.1. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 92.

[26] BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 2010, p. 157.

[27] BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. v.1.t.1. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 145.

[28] GOMES, Luiz Flávio. "Norma e Bem Jurídico no Direito Penal", *Revista dos Tribunais*, item n. 6, p. 145.

Crimes of harm require the actual injury of a legal good. Crimes of danger, however, do not need the actual injury for their completion. It is only necessary that the agent's actions put the protected legal goods at risk of harm.[29]

Crimes of danger aim to protect the legal goods before they are harmed by a more serious offense. Their completion relies only on the possibility of the legal interest being harmed, in this case, public health from being put at risk. These crimes' punishments preempt behaviors that can give cause to irreparable and irreversible damages to the population.[30]

Heleno Fragoso (1977) adopts the normative theory of result. According to him, every crime produces a result. The harmful outcome of the criminal action, however, is not part of the legal norm, but part of the illegality of the offense. In his opinion, the result is not part of the conduct in the same way as the harmful outcome is not part of the action, but, part of the legal valuation of the action itself, as it happens in self-defense cases.[31]

Crimes of danger are either concrete or abstract. In concrete crimes of danger, prosecution must prove that the action created a danger to the legal good or interest. In abstract crimes of danger, however, the risk posed by the action is not an element of the criminal norm, therefore, prosecution does not need to prove that a danger was created by the action, but it is presumed that the doing of the action itself creates the required danger.[32]

The criminal norm, in this case, is underpinned in the common general experience which makes it possible to assume the dangerous outcome. Therefore, the risk here is not an element of the criminal norm, but only a reason for incrimination (*ratio legis*).[33]

Since these criminal norms do not refer to any actual result, they are also called “crimes of mere conduct”. They do not require value judgment of the action’s outcome, for the crime occurs regardless of any external results.

A classic example of this offense is the crime of omission to help a person, prescribed in article 135 of the Brazilian Penal Code. The mere denial of assistance already constitutes a crime (as long as the assistance will not put the agent also at risk). Another example that does not require an actual result is the crime of home invasion, prescribed in the article 150 of the Brazilian Penal Code.

According to the eclectic theory, the abstract danger is part of the reality and exists even if no one can perceive it, but it requires a value judgment of its probability of occurring.[34] The Brazilian Supreme Court (STF) has started to use the eclectic theory when its Justices began demanding the existence of at least the possibility of a harmful outcome, as in the case of firearm possession without ammunition.[35] Moreover, STF has been demanding that the risk must be relevant and is probable to occur, so the State must keep alert and act effectively to prevent it.

In the case of COVID-19 pandemic, however, a single act of non-compliance can start a large-scale transmission, contaminating a considerable part of the population and resulting in hundreds of deaths, making it impossible to trace contact.

---

[29] FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal: Parte Gera***l**, Bushatsky, São Paulo, 1977, p.183.
[30] GRECO, R. *Curso de Direito Penal: parte especial,* Ed. Impetus, Niterói, RJ, 2017, p. 297-298.
[31] FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*, Ed. Bushatsky, São Paulo, 1977, p. 183.
[32] ESTEFAM, A. *Direito Penal esquematizado: parte geral/ André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves*. Ed. Saraiva Educação, São Paulo, 2018.
[33] MARQUES, F. *Tratado de Direito Penal.* Ed. Millennium, Campinas, SP, 2002, p. 90-91.
[34] BARROS, F. M D. *Direito penal: parte geral,* Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 170.
[35] BRASIL. “Habeas Corpus n. 149.450”, *STF, Distrito Federal. Rel. Min. Celso de Mello*. Available on: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC149450.pdf. Accessed on April 23, 2020.

Modern Criminal Law focuses on incriminating the actions that pose the most danger to the community and that are able to produce large scale social damages.[36] The need to protect collective legal goods and interests is an increasing demand of risk societies. It is a way to anticipate and avoid crimes, or at least a way to minimize the social damages they may cause.

The harm principle is not an absolute golden rule. Like all principles, it must be optimized and adapted to the reality and to the legal possibilities of the specific case. Principles are analogous to values; they should not be interpreted as a black-or-white matter.[37]

Above all, the harm principle aims at removing self-harming or any inner behaviors from the criminal sphere. However, it cannot stop Criminal Law from trying to anticipate wrongdoings that are able to cause serious damage to public safety.

Crimes of danger are essentially subsidiary. They can be absorbed by a more serious offense committed by the agent. By anticipating the punishment of the crime that would lead to the damage (preventive sanitary measure violation, article 268, Penal Code), Criminal Law prevents the consummation of the main offense (to cause an epidemic by spreading pathogenic germs; ten to fifteen years of imprisonment, article 267, Penal Code)[38]. Crimes of danger reduce the costs of the offense both to the society and to the agent, who may be sentenced for a less serious crime, spending less time in prison. They also help protecting not only the victims of that specific crime but society in general.

5. Blank criminal norms and the principle of legality

The crime of violating health emergency rule is also a blank criminal norm. It needs the complementation of another normative act of equal or inferior hierarchical importance.

Deriving from Binding's doctrine, blank criminal norms refer to vague or incomplete legal rules that need to be complemented by other normative sources. If this source and the blank criminal norm are of equal hierarchical importance, the blank norm is called homogeneous; however, if the complementation is hierarchical inferior, the blank norm is called heterogeneous.[39]

Legislators usually choose heterogeneous blank criminal norms when faced with situations that require rapid responses. These norms are also commonly used to reduce technological risks that arise from how fast people, information, and goods move around the globe. A speed that is incompatible with the ordinary legislative process.[40]

---

[36] SILVA, P. R. A. "Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco", *Revista Brasileira de Ciências Criminais* a. 12, n. 46, jan./fev. 2004, p. 83. also in PRITTWITZ, op. cit., p. 39.

[37] ALEXY, R. "Sistema jurídico y razón práctica". *In: El concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 19.

[38] "Article 267 of the Penal Code: causing an epidemic through the dissemination of pathogenic germs

Sentence: ten to fifteen years imprisonment. (Wording from Law nº 8.072, 7.25.1990)

§ 1º - If the event results in death, the penalty is increased two times.

§ 2º - If guilt is asserted, one to two years confinement penalty and if results in death, two to four years. (our translation)." *Decree-Law nº 2.848, December 7, 1940, Brazilian Penal Code, Vade Mecum*, Saraiva, São Paulo, 2018

[39] RIBEIRO, L. G. G.; COELHO, A. E. "Leis penais em branco no direito penal ambiental: a (in) compatibilidade entre os princípios constitucionais penais e o bem jurídico protegido". *Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordinators: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal,* CONPEDI, Florianópolis, 2016, Available on: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/a814qh38/Bm3F5yD3SfhQ2kA6.pdf. Accessed on April 21, accessed on April, 2020.

[40] SANTANA, P. D. C. (2008). "O direito penal do risco e a proteção jurídico-penal do patrimônio cultural brasileiro*". In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI,*

In risk societies, the protection of the legal good allows a quick update of criminal norms' secondary elements. The goal is to avoid or reduce damages. Therefore, the criminal violation of preventive health emergency rules needs another law, or regulatory act, listing and specifying what those rules are; measures created to force the population to adopt sanitary instructions in order to avoid the introduction or dissemination of the disease.

Many consider that the blank criminal norm violates the founding principle of legality, *nulla poena sine lege.* This is a central principle to the entire legal system. It grants both the Legislative Power exclusive rights to create laws[41] and the Judicial Power exclusive rights to apply such laws. Therefore, judges cannot impose sentences based on non-existing legislation.[42]

Heterogeneous blank criminal norms are considered a great source of instability to the legal system, since they need the complementation of an inferior norm, and they are also seen as difficult to interpret.[43] Some scholars, like Basileu Garcia (1972), sees these norms as unconstitutional for their vagueness and the complex deep analysis they demand from the legal interpreters.[44]

Despite defying the legality principle, most scholars, however, agree that blank criminal norms are constitutional. Certain offenses constantly need to be updated, and these norms, because of their openness, can be applied to new situations. This is the case, for example, of new synthetic drugs or new infectious diseases.[45]

Blank criminal norms are able to meet the increasing social demands that require rapid legal updates as long as legislators do not violate the legality principle. Also, administrative authorities must not be allowed to modify the core of the norm and change the conduct considered illegal.[46]

The possibility to update the legislation and criminalize behaviors that can potentially expose society to new dangers is of great importance. Even when these behaviors do not pose any immediate threat, such as violating a health emergency administrative rule, their criminalization helps to avoid future harmful outcomes.[47]

Figueiredo Dias (2007) suggests a middle ground. The illegal conduct described by the criminal norm must be written as objectively and as clearly as possible. People should be able to immediately understand what behaviors are forbidden by the law. It is necessary, though, to analyze if the norm can fix limits to the complementation that it requires, otherwise it might be considered unconstitutional.[48]

Fundação Boiteux, Florianópolis, 2008, p. 1799-1819. Available on: <http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/Patrícia_da_costa_santana.pdf>. Accessed on April 13, 2020.

[41] GORDILHO, H. *Direito Ambiental Pós-moderno*, Ed. Juruá, Curitiba, 2011, p. 65.

[42] According to BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*. Trad. Torrieri Guimarães. São Paulo: Martin Claret, 2002, p.20: "Only laws can indicate each crime's penalty and the right to make criminal laws belongs to the legislator who is bound by a social contract to represent the entire society" (our translation).

[43] Ibid.

[44] GARCIA, B. *Instituições de Direito Penal*, Ed. Max Limonand, São Paulo, 1972, p. 154.

[45] ZAFFARONNI, "Manual de Direito Penal Brasileiro"**,** *Revista dos Tribunais*, v.1. 7 ed, p. 386.

[46] RIBEIRO, L. G. G.; COELHO, A. El. "Leis penais em branco no direito penal ambiental: a (in) compatibilidade entre os princípios constitucionais penais e o bem jurídico protegido". *Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordinators: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal,* CONPEDI, Florianópolis, 2016, Available on: <http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/a814qh38/Bm3F5yD3SfhQ2kA6.pdf>. Accessed on April 21, 2020.

[47] CRUZ, A. P. F. N. "Crimes de perigo e riscos ao ambiente", *Revista de direito ambiental*, 11(42), p. 15-18.

[48] DIAS, J. F."Direito Penal: parte geral", *Revista dos Tribunais*, T.1, p. 186.

Finally, it is important to highlight that the criminal offense under analysis needs to be based on an imperative and general mandatory rule. Simple recommendations cannot be punishable by this norm.

6. Conclusion

As seen, COVID-19 is a zoonotic pandemic linked to land-use change, climate change and, mainly, illegal wildlife trade.

This pandemic forced the Brazilian government to adopt preventive emergency health measures, such as social distancing, quarantine, face masks and others. By criminalizing the violation of these measures (art. 268 of Brazilian Penal Code), Criminal Law tries to avoid the more serious offense, which is to cause an epidemic (art. 267 of Brazilian Penal Code), reducing, then, the costs of the crime both to the society and to the agent, who will be sentenced for a less serious crime, spending less time in prison.

Crimes of abstract danger do not violate the harm principle mainly because principles demand optimization. They cannot stop Criminal Law from trying to anticipate the facts and avoid, or at least reduce, the possible damages caused by the spread of an epidemic.

At last, since the behavior criminalized in the norm prescribed on article 268 of the Brazilian Penal Code is clear and easy to understand, there is no reason to argue that the crime violates the legality principle.

7. References

ALEXY, R. “Sistema jurídico y razón práctica”. *In: El concepto y la Validez del Derecho*. Barcelona: Gedisa, 1994, p. 19.

ARAGÃO, M. A. D. S. *O princípio do poluidor pagador: Pedra Angular da Política Comunitária do Meio Ambiente*, Ed. Coimbra, Coimbra, 1997.

BARROS, F. M D. *Direito penal: parte geral,* Ed. Saraiva, São Paulo, 2003, p. 170.

BATISTA, N. *Introdução crítica ao direito penal brasileiro*. v.1.t.1. São Paulo: Max Limonad, 1980, p. 92 e 145.

BECCARIA, C. *Dos delitos e das penas*, *trad. Torrieri Guimarães*, Ed. Martin Claret, São Paulo, 2002, p. 20.

BECK, U. *La Sociedad del riesgo: Hacia uma nueva modernidad*. Ed. Paidós Básica, Barcelona, 2002, p. 237.

BITENCOURT, C. R. *Tratado de Direito Penal*, Ed. Saraiva, 2010, p. 157.

BRASIL. “Código Penal Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940”, *Vade Mecum*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2018.

BRASIL.**“**Constituição da República Federativa do Brasil de 1988”, *Vade Mecum*, Ed. Saraiva, São Paulo, 2018.

BRASIL. “Dispõe sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019”, *Lei 13.979/2020, de 06 de fevereiro de 2020***.** available on: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13979.htm>. Acesso em 20 de março de 2020.

BRASIL. “Dispõe sobre a compulsoriedade das medidas de enfrentamento da emergência da saúde pública previstas na Lei 13.979/2020”, *Portaria Interministerial nº 05 de 2020*, available on: <http://ww.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-interministerial-n-5-de-17-de-marco-de-2020-248410549>. Acesso em: 20 de março de 2020.

BRASIL.“Habeas Corpus n. 149.450”, *STF**, Distrito Federal. Rel. Min. Celso de Mello*. Available on: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC149450.pdf. Accessed on April 23, 2020.

CRUZ, A. P. F. N. “Crimes de perigo e riscos ao ambiente”, *Revista de direito ambiental*, 11(42), p. 15-18.

DIAS, J. F.“Direito Penal: parte geral”, *Revista dos Tribunais*, T.1, p. 186.

ESTEFAM, A. *Direito Penal esquematizado: parte geral/ André Estefam e Victor Eduardo Rios Gonçalves*. Ed. Saraiva Educação, São Paulo, 2018.

FRAGOSO, H. C. *Lições de Direito Penal: Parte Geral*, Ed. Bushatsky, São Paulo, 1977, p. 183.

GARCIA, B. *Instituições de Direito Penal*, Ed. Max Limonand, São Paulo, 1972, p. 154.

GOMES, L. F. “Norma e Bem Jurídico no Direito Penal”, *Revista dos Tribunais*, item n. 6, p. 145.

GORDILHO, H. *Direito Ambiental Pós-moderno*, Ed. Juruá, Curitiba, 2011, p. 65.

GRECO, R. *Curso de Direito Penal: parte especial,* Ed. Impetus, Niterói, RJ, 2017, p. 297-298.

HASSEMER, W; CONDE, F. *Introducción a la criminologia y al derecho penal*, Ed. Tirant lo blanch. Valencia, 1989, p. 103.

LITZT, F. V. *Tratado de direito penal alemão. Trad. José Hygino Duarte Pereira*, Ed. Senado Federal, Brasília, 2006, p. 362.

MARQUES, F. *Tratado de Direito Penal.* Ed. Millennium, Campinas, SP, 2002, p. 90-91.

NUCCI, G. D. S. *Código Penal Comentado*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2015.

RIBEIRO, L. G. G.; COELHO, A. E. “Leis penais em branco no direito penal ambiental: a (in) compatibilidade entre os princípios constitucionais penais e o bem jurídico protegido”. *Direito penal, processo penal e constituição III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA; Coordinators: Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato, Rogério Gesta Leal,* CONPEDI, Florianópolis, 2016, Available on: http://conpedi.danilolr.info/publicacoes/02q8agmu/a814qh38/Bm3F5yD3SfhQ2kA6.pdf. Accessed on April 21, accessed on April, 2020.

SANTANA, P. D. C. (2008). “O direito penal do risco e a proteção jurídico-penal do patrimônio cultural brasileiro*”. In: XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI, 2008, Salvador. Anais do XVII Encontro Preparatório para o Congresso Nacional do CONPEDI,* Fundação Boiteux, Florianópolis, 2008, p. 1799-1819. Available on http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/ Patrícia_da_costa_santana.pdf>. Accessed on April 13, 2020.

SILVA, J. M. S. “A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha”, *Ed. Revista dos Tribunais*, 3. ed. rev. e atual, p. 27.

SILVA, P. R. A. “Aspectos críticos do direito penal na sociedade do risco”, *Revista Brasileira de Ciências Criminais* a. 12, n. 46, jan./fev. 2004, p. 83. also in PRITTWITZ, op. cit., p. 39.

ZAFFARONNI, “Manual de Direito Penal Brasileiro”**,** *Revista dos Tribunais*, v.1. 7 ed, p. 386.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 80-98
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Agência reguladora de resíduos sólidos: uma necessidade[1]

Solid waste regulatory agencies: a necessity

Magno Federici Gomes[2]
Viviane Kelly Silva Sá[3]
Escola Superior Dom Helder Câmara

Sumário: Introdução. 1 Histórico de criação e conceito de agências reguladoras. 2 Princípios básicos das agências reguladoras. 2.1 Princípio da Autonomia. 2.2 Princípio da Diversidade e Amplitude de Funções. 2.3 Princípio da Flexibilidade e Consensualidade no Exercício das Funções. 3 Da contextualização da necessidade premente de regulação dos resíduos sólidos: déficit de logística reversa. 4 A agência reguladora de resíduos sólidos: é tão possível quanto necessária?. Considerações finais. Referências.

Resumo: Ao se considerar a relevância do tratamento de resíduos sólidos para o desenvolvimento sustentável, uma necessidade emergiu diante do Estado brasileiro: o aprimoramento de sua gestão e de seu gerenciamento. O presente trabalho dedica-se a verificar a necessidade da fundação de uma agência reguladora de resíduos sólidos, abordando seus conceitos, princípios e sua provável estrutura. A conclusão foi pela real necessidade da criação da Agência Nacional de Resíduos Sólidos, de caráter unissetorial e independente. O método empregado foi o hipotético dedutivo, por meio de pesquisa bibliográfica.

---

[1] Trabalho financiado pelo Projeto Edital nº 03/2019 de Incentivo à Pesquisa da Escola Superior Dom Helder Câmara, resultante dos Grupos de Pesquisas (CNPQ): Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA), NEGESP, Metamorfose Jurídica e CEDIS (FCT-PT).

[2] Estágio Pós-doutoral em Direito Público e Educação pela Universidade Nova de Lisboa-Portugal (Bolsa CAPES/BEX 3642/07-0). Estágios Pós-doutorais em Direito Civil e Processual Civil, Doutor em Direito e Mestre em Direito Processual, pela Universidad de Deusto-Espanha (Bolsa da Cátedra UNESCO e do Gobierno Vasco-Espanha). Mestre em Educação pela PUC Minas. Professor do Doutorado e Mestrado Acadêmico em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Professor Adjunto da PUC Minas e Professor Titular licenciado da Faculdade de Direito Arnaldo Janssen. Advogado Sócio do Escritório Moraes & Federici Advocacia Associada. Líder do Grupo de Pesquisa: Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ-BRA e integrante dos grupos: Centro de Investigação & Desenvolvimento sobre Direito e Sociedade (CEDIS)/FCT-PT, Núcleo de Estudos sobre Gestão de Políticas Públicas (NEGESP)/CNPQ-BRA e Metamorfose Jurídica/CNPQ-BRA. ORCID: http://orcid.org/0000-0002-4711-5310. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/1638327245727283. E-mail: federici@pucminas.br.

[3] Mestranda em Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável na Escola Superior Dom Helder Câmara. Integrante do grupo de pesquisa Regulação Ambiental da Atividade Econômica Sustentável (REGA)/CNPQ. ORCID: https://orcid.org/0000-0002-7637-3087. Currículo Lattes: http://lattes.cnpq.br/3009975251182145. E-mail: vivianesa.adv@gmail.com.

Recibido: 12/02/2020
Aceptado: 17/05/2020

Keywords: Agências Reguladoras. Resíduos Sólidos. Administração Pública. Poder de Polícia.
Abstract: Considering the relevance of the treatment of solid waste for sustainable development, a need has emerged before the Brazilian State: the improvement of your management and your administration. The present wok is dedicated to verifying the need for the foundation of a solid waste regulatory agency, addressing its concepts, principles and its likely structure. The conclusion was due to the real need for the creation of the National Solid Waste Agency, of a unisectorial and independent character. The method employed was the hypothetical deductive, through bibliographic research, using Aragão and Motta as the main theoretical framework.

Keywords: Police power. Public administration. Regulatory agencies. Solid Waste.

INTRODUÇÃO

Consequência da cultura do consumo exacerbado, presente na população brasileira desde a década de 30, ápice da revolução industrial brasileira, a produção de lixo no território brasileiro tem crescido significativamente. Cultuar o verbo "ter" vem gerando consequências, por vezes, irremediáveis, como a poluição resultante da disposição incorreta no meio ambiente de resíduos sólidos derivados desses produtos já consumidos e inutilizados.

Cientes de que a população, apesar de corresponsável pela mercantilização de resíduos sólidos, não tem autonomia suficiente para tratar de todo seu lixo produzido, se faz necessário buscar métodos disponíveis à Administração Pública para garantir o correto descarte de resíduos sólidos, evitando as externalidades negativas derivadas do consumismo. Nesse sentido, a Lei 12.305/10, conhecida como Política Nacional de Resíduos Sólidos (PNRS), trouxe à tona alguns instrumentos de gerenciamento de Resíduos Sólidos, os quais auxiliam na garantia de um meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto na Constituição Federal (CF/88), em seu art. 225.

Um dos instrumentos que inovou o gerenciamento dos resíduos sólidos no Brasil foi a Logística Reversa (LR). Por determinação da PNRS, os setores empresariais de determinadas categorias de produtos são obrigados a implementar um eficiente Sistema de Logística Reversa (SLR), retirando do meio ambiente o resíduo sólido por eles comercializado, a fim de lhe reaproveitar ou dar-lhe destinação ambientalmente adequada. Contudo, conforme restará demonstrado no desenvolver do texto, tal instrumento não tem sido efetivo no Brasil, mesmo com sua previsão em lei federal.

A questão ainda não solucionada acerca da extrema produção e disposição de resíduos sólidos no Brasil exige uma postura da Administração Pública. Por isso, propõe-se, por meio deste artigo, estudar uma forma já disponível ao Poder Público de dar efetividade ao gerenciamento de resíduos sólidos, qual seja, por meio de agência reguladora, destacando-se seu caráter autônomo, mesmo como entidade pública.

Portanto, pretende-se responder o seguinte questionamento: é necessária e possível a criação de uma Agência Nacional de Resíduos Sólidos, com o intuito de garantir efetividade, não apenas ao sistema de logística reversa, mas aos instrumentos de gestão ambiental disponibilizados na PNRS como um todo?

O objetivo da pesquisa envolve o esclarecimento, não apenas do conceito de agências reguladoras, como também do contexto histórico de sua criação. Isso se faz necessário para demonstrar como se justifica a implementação desse instrumento de efetivação do poder de polícia estatal frente às questões dos resíduos sólidos. Além disso, os princípios que regem as agências reguladoras auxiliam na compreensão de seu funcionamento.

Objetiva-se, ainda, comprovar a real inefetividade da LR no Brasil, não apenas como sistema já implementado por acordos setoriais, mas propriamente como instrumento de gestão ambiental, previsto pela PNRS.

A hipótese testada, ao final do artigo, é que, comprovadas a necessidade e a possibilidade da criação e da implementação da Agência Nacional de Resíduos Sólidos, ela seja constituída em âmbito federal, como o próprio nome sugere, para garantir seu caráter unissetorial, como são as atuais agências nacionais. Além disso, sejam respeitados os princípios da autonomia e da amplitude de funções para conferir poder normativo, fiscalizador, sancionatório e julgador à Agência.

O método que melhor se adequou para a realização da presente pesquisa foi o hipotético-dedutivo. Isso porque, além de estudar a funcionalidade das agências reguladoras, considera-se a possibilidade de sua adequação à questão principal do estudo, qual seja, os resíduos sólidos. A técnica utilizada é a pesquisa bibliográfica, especialmente pela necessidade de conceituação de certos termos, bem como da contextualização histórica do instituto estudado.

Quanto aos marcos teóricos, forma utilizadas as obras de Motta[4] e Aragão[5], com o objetivo de fundamentar de maneira suficiente o conceito e o histórico das agências reguladoras, bem como os princípios que as compõem.

O artigo se estrutura a partir da análise histórica da criação de agências reguladoras. Nesse primeiro capítulo, resta claro o marco temporal que levou a criação de tal instituto e quais acontecimentos históricos o justificaram. Ao final, o conceito de agências reguladoras hodiernamente defendidas resta aclarado.

Já no segundo capítulo, depois da compreensão de que se tratam tais agências, seus princípios são apresentados. Antes de enumerá-los, porém, uma breve introdução explana a importância dos princípios que regem as instituições públicas. A autonomia será estudada junto da diversidade de funções, bem como a consensualidade no exercício dessas, todos baseados no marco teórico acima exposto. Em seguida, no terceiro capítulo, a necessidade do aprimoramento da gestão de resíduos sólidos resta esclarecido, com ênfase na inefetividade do SLR. Por meio da apresentação de dados científicos, questiona-se a postura da Administração Pública frente à questão do lixo no Brasil.

Ainda no terceiro capítulo, serão abordados os motivos que fundamentam a implementação dos SLR, dentre eles, a relevância de uma eficiente gestão ambiental para a garantia do controle da polução causada por descarte incorreto de resíduos sólidos; a possibilidade de intoxicação do solo e da água derivada da disposição inadequada de certos produtos e a garantia da manutenção das dimensões da sustentabilidade.

O quarto capítulo se propõe a analisar a atuação a hipótese trazida. Demonstrada a inefetividade dos instrumentos de gestão e gerenciamento de resíduos sólidos, bem como comprovada a capacidade de atuação do Poder Público por meio das agências reguladoras, avalia-se, por fim, a possiblidade, ou não da criação de uma Agência Nacional de Resíduos Sólidos, com base no estudo completo, anteriormente realizado

1 HISTÓRICO DE CRIAÇÃO E CONCEITO DE AGÊNCIAS REGULADORAS

A criação de um instituto jurídico, em regra, decorre de uma necessidade coletiva, seja ela no viés social, econômico ou político. Não foi diferente em relação às agências reguladoras. Antes mesmo da compreensão de seu conceito, é fundamental que se explore o contexto em que as agências reguladoras foram criadas. Para isso, um breve histórico de sua criação há de ser apresentado, com o intuito de embasar a sua na manutenção de um Estado democrático de Direito.

---

[4] FERREIRA MOTTA, P. R. *Agências Reguladoras*, Editora Manoele, Barueri, 2003, 441 p.

[5] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, 535 p.

O primeiro entendimento que se deve ser aclarado em relação às agências reguladoras é quanto ao contexto socioeconômico de sua criação. Elas se deram em um momento de ascensão do capitalismo brasileiro, em que a privatização passa a ser prioridade aos olhos do Governo Federal. Iniciou-se na década de 90, sob o comando do então presidente Fernando Collor de Melo, o qual implementou em 1990 o Programa Nacional de Desestatização[6].

Justificava-se a transformação de empresas públicas em empresas privadas com diversos argumentos, dentre eles o de que o serviço não vinha sendo prestado com qualidade, e que a manutenção das empresas públicas se tratava de um gasto insuportável para o Estado. Afirmava-se ainda que a privatização oportunizaria "[...] a retomada de investimentos nas empresas e atividades que viessem a ser transferidas à inciativa privada, com a modernização do parque industrial do País, ampliando a sua competitividade [...]"[7].

Não obstante os argumentos que desfazem os fundamentos da privatização desenfreada, há que se admitir que, quando feita com o devido planejamento, auxilia o desenvolvimento econômico do país, especialmente no que tange a qualidade do serviço prestado. É o que Pires, Reis e Teixeira concluíram em sua pesquisa:

Conforme analisado neste artigo, há evidências que levam a inferir com um grau de confiança de 95%, que as médias de DEC e FEC dessas 16 empresas não são iguais quando analisadas em uma janela de 8 anos para cada índice (4 anos antes e 4 anos depois das suas privatizações). Encontrou-se evidência empírica, nessas janelas, que sugerem haver melhora na qualidade do serviço prestado pelas empresas de distribuição de energia elétrica privatizadas e, também, de que a média dos DEC e FEC anteriores às privatizações são maiores que as médias dos DEC e FEC posteriores as privatizações[8].

A menção da pesquisa acima tem o intuito de demonstrar que há fundamentos suficientes para afirmar tanto os benefícios, quanto os malefícios da privatização de empresas estatais. Apesar de não ser o enfoque do presente artigo, inquestionável a relevância de sua abordagem para o correto entendimento do histórico de criação das agências reguladoras brasileiras.

Isso porque a necessidade da criação dessas agências se deu concomitantemente com a era da desestatização, tendo sido a primeira agência reguladora criada em 1996, qual seja, a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL). A partir daí os demais setores cuja privatização já era uma realidade passaram a ser amparados por agências reguladoras. Foi o que aconteceu, por exemplo, nos setores de telefonia e petróleo no ano de 1997[9] Como dito alhures, não é o intuito deste trabalho embrenhar-se na questão da privatização, mas a abordagem do tema se mostrou indispensável para entender a relevante contribuição da desestatização para a criação das principais agências reguladoras existentes no país. Afinal, o intuito dessas autarquias é regular a atuação das empresas que, privativamente, cumprem funções imprescindíveis à manutenção dos direitos e garantias fundamentais. É o que Motta explica:

Nesse processo desestatizante, a figura-chave é a da concessão de serviço público, constituída por um triângulo de interesses, os econômicos do concessionário, que é um investidor perseguindo lucros, os políticos do poder concedente, que como Estado deve, ao menos em tese, assegurar o interesse público, traduzidos pelas

[6] FERREIRA MOTTA, P. R. *Agências Reguladoras*, Editora Manoele, Barueri, 2003, p. 06.
[7] FERREIRA MOTTA, P. R. *Agências Reguladoras*, Editora Manoele, Barueri, 2003, p. 06.
[8] DE MELO REIS, R. M.; CAMPANHARO TEIXEIRA, A. C.; ALBERT PIRES, M. "Os benefícios da privatização: evidência no setor elétrico brasileiro". *Revista de Contabilidade e Organizações*, São Paulo, v. 1, n. 1, set /dez. 2007, p. 69.
[9] FERREIRA MOTTA, P. R. *Agências Reguladoras*, Editora Manoele, Barueri, 2003, p. 06.

expressões *serviço adequado* e *tarifa módica,* e os do usuário, também marcadamente econômicos, e nem sempre levados em consideração[10].

A prestação de serviços públicos exige a observância do tripé acima mencionado pelo autor, o que, no âmbito de empresas privatizadas, demanda uma fiscalização, ou seja, uma regulação. É este o papel a ser cumprido por agências reguladoras e demais entes reguladores existentes na legislação brasileira. É aqui que se encontra o ponto nodal que une a privatização à criação das agências reguladoras.

Antes de adentrar no conceito propriamente dito, um último ponto da criação das agências reguladoras brasileiras deve ser destacado. Pode-se dizer que a criação de um novo modelo regulatório, qual seja, as agências reguladoras, teve, especialmente no Brasil, uma relação direta com a necessidade de o Estado transmitir certa confiabilidade aos regulados, especialmente pelo seu histórico de privatização. É o que afirmam Mueller e Pereira:

Afirmamos acima que quando o Brasil deu início ao programa de privatização, nos anos 90, um de seus maiores problemas era garantir ao mercado que não agiria de maneira oportuna, transferindo propriedades de empresas estatais para empresas privadas. Dada a reputação do governo, fazer isso exigia compromissos firmes e críveis. Uma das principais maneiras de pôr isso em prática foi através da criação de sistemas autônomos de agências reguladoras. As três primeiras agências criadas foram em setores que compunham o núcleo do programa de privatização do governo: eletricidade, telecomunicação e petróleo [...][11] [12].

Portanto, a relevância da criação das agências reguladoras na década de 90 também se fundamenta na garantia que o governo transmitia aos regulados de que tais empresas manteriam seu compromisso com o interesse público, fossem elas privadas ou públicas.

Compreendido o contexto de criação das agências reguladoras, passa-se à análise de seu conceito e natureza jurídica. Nesse sentido, Guerra leciona que "As Agências Reguladoras brasileiras são autarquias de regime especial, possuindo autonomia em relação ao Poder Público"[13]. Dentro dessa delimitação conceitual, diversos significados são extraídos, os quais serão abordados a seguir.

Quanto ao conceito de autarquia, foi criado em 1943, por meio do Decreto-Lei 6.016, tendo sido modificada pela primeira vez em 1949, pela Lei 830. Essa, por sua vez, fora revogada pelo Decreto Lei 220 de 1967. Passou-se a entender que as autarquias teriam natureza jurídica privada, entendimento que não prevaleceu, mesmo após a era da privatização. Isso porque em 1998 a Emenda Constitucional 19 modificou a equivocada conclusão quanto à natureza jurídica das autarquias:

O fato é que a alteração trazida pela Emenda Constitucional nº 19/98 resolveu a questão acerca da natureza jurídica das autarquias, ao referir-se apenas como tendo natureza privada as empresas públicas e sociedades de economia mista e suas subsidiárias que explorem atividades econômicas.

---

[10] FERREIRA MOTTA, P. R. *Agências Reguladoras*, Editora Manoele, Barueri, 2003, p. 32.

[11] Tradução livre de: *We have argued above that when Brazil started its privatization program in the 1990s one of its greatest problems was to signal to the markets that it would not act opportunistically once it had passed the ownership of the state companies over to private hands. Given the government's reputation, doing so required making strong, credible commitments. One of the main ways through which this was done, we argued, was through the creation of autonomous regulatory agencies. The first three agencies were created in sectors that composed the core of the government's privatization program; electricity, telecommunications and petroleum*" [...] (MUELLER; PEREIRA, 2002, p. 74)

[12] MUELLER, B.; PEREIRA, C. "Credibility and the design of Regulatory Agencies in Brazil", *Brazilian Journal of Political Economy*, vol. 22, nº 3 (87), jul-set. 2002, p. 79.

[13]GUERRA, S. *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede,* Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 118.

Assim, é justo concluir que as autarquias têm natureza jurídica de Direito Público, criadas com o objetivo de executar atividades típicas da Administração Pública (exercício de funções exclusivas do Estado[14].

O segundo termo que deve ser explorado a partir do conceito de agências reguladoras exposto por Guerra é o regime especial. Afinal, de que especialidade o termo trata? O que afirma a doutrina é que o legislador pretendeu diferenciar duas classes de autarquias, concedendo às de regime especial prerrogativas exclusivas as quais não estão disponíveis às autarquias comuns. São essas prerrogativas que concedem às autarquias especiais o caráter autônomo em relação ao Poder Público, terceiro e último termo que compõe o conceito completo de agências reguladoras.

Além das atribuições de competência regulatória, como a ampliação das funções normativas e judicantes da Administração Pública indireta, pode-se congregar os seguintes elementos confirmadores da autonomia das Agências Reguladoras: organização colegiada; impossibilidade de exoneração *ad nutum* dos seus dirigentes; autonomia financeira e orçamentária, e, por último, a independência decisória[15].

Após a especificação acima realizada, pode-se dizer, concisamente, que são as agências reguladoras órgãos autônomos componentes da Administração Pública indireta que exercem poder de polícia – função reguladora privativa do Poder Público – nas entidades as quais fiscaliza. Porém, não basta que se configure a natureza jurídica para entender o seu funcionamento. Requer, ainda, compreender a formalidade de sua criação bem como a sua função, ou seja, o que, de fato, faz uma agência reguladora. Nesse sentido, vale ressaltar a lição de Motta:

Uma agência reguladora deve ser conceituada como um ente administrativo dotado de autonomia, sendo que a sua criação deve ser realizada por lei específica, com personalidade jurídica de direito público interno, patrimônio próprio e competências perfeitamente especificadas no texto legal criador daquela[16].

Apesar de não mencionar expressamente a função exercida pelas agências, um detalhe no conceito acima aclarado merece ser destacado: a sua criação por lei específica, conforme exige CF/88, em seu art. 37, inciso XIX. Essa especificidade demonstra a relevância da criação de agências reguladoras para o bom exercício das funções da Administração Pública, visto que leis específicas devem se ater unicamente ao tema que está sendo legislado.

Ainda conceituando o termo, é relevante que se destaque o significado da palavra "regulação". Afinal, na prática, o que fazem tais agências é regular determinada atividade de maneira autônoma. Nesse sentido, Maggeti conceitua:

Em sentido amplo, regulação refere-se a todas as regras e mecanismos de controle social, incluindo ações não pretendidas e processos não estatais. O segundo significado está relacionado à regulação como governança pública, ou seja, intervenção estatal na "esfera privada", com o objetivo de orientar a economia e apoiar diversas metas que promovem o "interesse público"[17] [18].

---

[14] GUERRA, S. *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede,* Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 63-64.

[15] GUERRA, S. *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede,* Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012, p. 118.

[16] FERREIRA MOTTA, P. R. *Agências Reguladoras*, Editora Manoele, Barueri, 2003, p. 101.

[17] Tradução livre de: *In the widest sense, regulation refers to all rules and mechanisms of social control, including non-intended actions and non-state processes. The second meaning is related to regulation as public governance, that is, state intervention in the 'private sphere', with the purpose of steering the economy and supporting a number of goals that promote the 'public interest*" (MAGGETI, 2012, p. 7).

[18]MAGGETI, M. "Regulation in practice: the de facto independence of regulatory agencies". *Zurich Open Repository and Archive*, Zurique, University of Zurich, v. 06, out. 2012, p. 07.

Dos significados apresentados acima pelo autor, para fins de caracterização da regulação exercida pelas agências, deve-se levar em conta o segundo conceito, uma vez que cumprem funções estatais, regulamentando atividades privadas, garantindo a manutenção econômica e o interesse público.

Exercem, portanto, regulação, por meio do poder de polícia, de maneira autônoma, conferido por meio de lei específica, na qual serão previstos todos os detalhamentos necessários para o funcionamento da referida agência reguladora. Porém, mesmo após o estudo dos conceitos apresentados pela doutrina, pode restar dúvida quanto à função de fato exercida por elas, ou seja, de que forma o Poder de Polícia se efetiva. Para ilustrar, é possível citar a função exercida pelas agências já existentes no Brasil.

A título exemplificativo, a Lei 9.427/96, a qual instituiu a ANEEL, dispõe de mais de vinte incisos que descrevem as atribuições da referida agência, incluindo entre eles a função de implementar políticas e diretrizes governamentais, promover procedimentos licitatórios, gerir contratos de concessão, dentre outros, sempre se limitando aos interesses relativos a "produção, transmissão, distribuição e comercialização de energia elétrica [...]"[19].

Já a Agência Nacional do Petróleo (ANP), criada pela Lei 9.478/97, se reserva à implementação da política nacional do petróleo, regulação de serviços de geologia e geofísica. Ademais, autoriza práticas como a de refinação, ou seja, atividades inteiramente relacionadas à exploração petrolífera[20]. A partir dos exemplos mencionados é possível perceber porque se exige a criação de agências reguladoras por lei específica, justamente para que ela se resguarde ao direito de legislar apenas sobre a área a ser regulada pela agência.

Por fim, vale ressaltar que tais agências não se limitam à prática de atos administrativos, mas têm autonomia para exercer funções normativas e jurisdicionais. Portanto, podem fazer licitações e gestão de contratos de concessão, como dito alhures, como também criam normas que exigem conhecimento técnico específico da área regulada, além de se disporem, administrativamente, à resolução de conflitos[21].

Explorada a criação de agências reguladoras brasileiras, bem como aclarado o seu conceito para a doutrina hodierna, é possível demonstrar a urgência da criação do referido órgão para regular os resíduos sólidos produzidos e consumidos no Brasil. Antes, porém, fundamental a abordagem dos princípios que as fundamentam.

2 PRINCÍPIOS BÁSICOS DAS AGÊNCIAS REGULADORAS

Princípios são, segundo Reale "[...] certas proposições que, apesar de não serem evidentes ou resultantes de evidências, são assumidas como fundantes da validez de um sistema particular de conhecimentos, como seus pressupostos necessários"[22]. Considera-se, portanto, que a validade de determinada coisa se baseia na observância de seus princípios fundadores.

A partir do entendimento do que se tratam os princípios, é possível notar que a criação de determinado instituto está vinculada a obediência aos seus princípios. Não seria diferente em relação às agências reguladoras. Essas, por sua vez, possuem características próprias que as assinalam como tal. No estudo de tais autarquias especiais, Aragão[23] lista as principais características das Agências Reguladoras,

---

[19] BRASIL. *"Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996"*. Diário Oficial da União, Brasília, 1996.
[20] BRASIL. *"Lei 9.478, de 06 de agosto de 1997"*. Diário Oficial da União, Brasília, 1997.
[21] FERREIRA MOTTA, P. R. *Agências Reguladoras*, Editora Manoele, Barueri, 2003, p. 189.
[22] REALE, M. *Filosofia do direito,* Saraiva, São Paulo, ed. 19, 1999, p. 60.
[23] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 333.

dentre elas a autonomia do instituto e a diversidade, a amplitude, a flexibilidade e a consensualidade das funções exercidas[24].

Apesar de o referido autor não denominar tais características como princípios, há que as considerar como tal, pois, com fundamento nessas características, são criadas as agências reguladoras. Do contrário, quando não detectadas tais particularidades, ainda que possua todos os atributos técnicos fundamentais para caracterizá-la, ela, essencialmente, não será uma. Sendo assim, os próximos tópicos serão dedicados a avaliar o que Aragão considera como características das agências reguladoras e que no presente estudo serão denominadas como princípios.

2.1 Princípio da Autonomia

Quanto ao princípio da autonomia, Aragão[25] afirma que não se trata de ser um ente apenas dotado de regras próprias, o que poderia remeter a ideia mais rasa de autonomia. Trata-se, na verdade, de uma autonomia comedida, vinculada à normatização de um órgão originário. Assim:

Deste ponto de vista, a autonomia se remete, por sua própria essência, a uma pluralidade de gradações de acordo com a maior ou menor vinculação ao ordenamento que a reconhece e lhe dá fundamento. Tanto é assim, que a própria realidade positiva qualifica de autônomas instituições muito diversas, que constituem outros tantos ordenamentos menores, cuja maior ou menor autonomia e relevância em relação ao ordenamento estatal há de ser sempre cuidadosamente medida[26].

Portanto, se trata de uma autonomia relativa e vinculada ao ordenamento jurídico que baseia as autarquias de regime especial, e que, por sua vez, se baseiam nas diretrizes do Direito Administrativo, ramo do Direito Público, os quais obedecem, sem exceção, à CF/88. Essa cadeia formada pelas normas que regem cada órgão que a compõe, seja ele originário ou secundário, demonstra a limitação da autonomia concedida às agências reguladoras, limitação essa que não impede sua atuação direta para com os agentes regulados.

Percebe-se, na linhagem acima traçada, a subordinação das agências reguladoras às normas genéricas que a antecedem, que regulam as autarquias especiais, de maneira geral, bem como do Direito Administrativo, como subespécie do Direito Público brasileiro, submetendo-se todos, por consequência de suas simples existências, à CF/88. Nesse sentido, Marienhoff destaca que faz parte da natureza da autarquia essa vinculação limitada:

Autarquia, por outro lado, significa que a entidade tem poderes para administrar a si mesma em si, mas de acordo com um padrão que lhe é imposto. Assim, uma entidade autárquica, por exemplo, o Banco Nacional da Argentina, se autodenomina, mas de acordo com a lei que o criou[27] [28].

---

[24] O autor ainda destaca o caráter técnico das agências reguladoras, bem como os regimes Pessoal e Licenciatório como características inerentes às agências reguladoras (Aragão, 2013, p. 343-347). Contudo, não serão enquadradas, aqui, como princípios inerentes à elas.

[25] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 191-192.

[26] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 192.

[27] Tradução livre de: "'*Autarquía', en cambio, significa que el ente tiene atribuciones para administrarse a sí mismo, pero de acuerdo a una norma que le es impuesta (815). Así, una entidad autárquica -por ejemplo, el Banco de la Nación Argentina- se administra a sí misma, pero de acuerdo a la ley de su creación*" (MARIENHOFF, 1995, p. 176).

[28] MARIENHOFF, M. "Tratado de derecho administrativo", *Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, Tomo I, 1995, p. 176.

Conclui-se, portanto, que, apesar de haver certa liberalidade de atuação das agências reguladoras no âmbito que, de fato, regula, elas se limitam, não apenas às suas normas internas, mas àquelas pré-existentes à sua criação e que fundamentam os órgãos que lhe deram origem.

Não obstante, Aragão ainda faz um relevante comentário sobre o tema: "Deve-se destacar, no entanto, que, inclusive em relação do princípio do paralelismo das formas, apenas a fonte que confere a autonomia pode limitá-la"[29]. Ou seja, da cadeia acima exposta, estão autorizados a exercer limitação sobre as agências reguladoras apenas os entes dos quais ela originou, não se subordinando a outra norma que não seja hierarquicamente superior a ela.

2.2 Princípio da Diversidade e Amplitude de Funções

Ao abordar a característica da diversidade e da amplitude das funções exercidas pelas agências reguladoras, Aragão demonstra como elas podem atuar de maneira normativa, fiscalizadora, punitiva e mediadora[30]. Não cabe aqui especificar a atuação das agências em cada uma de suas funções. Entretanto, é relevante demonstrar como os princípios estão interligados entre si e, por isso, passam a conferir autenticidade às agências reguladoras.

É justamente por serem autônomas que as agências reguladoras podem, por si só – obedecendo a cadeia de criação a qual é subordinada – não apenas fiscalizar a atuação de seus agentes regulados, como criar normas e sanar os conflitos dela derivados. Nesse sentido o autor defende: "Essa autonomia no exercício das competências setoriais é necessária para que a entidade reguladora possa caracterizar-se como "independente", fazendo com que devam possuir certa liberdade de atuação notadamente de natureza normativa"[31].

A segunda função realizada pelas agências é a de fiscalização. Por vezes as agências reguladoras são vistas, inclusive, como meros órgãos fiscalizatórios, sendo ignoradas as suas demais funções. Vale relembrar que as elas têm a função de garantir o cumprimento de um serviço público exercido por agentes particulares o que, por vezes, tem como consequência a cobrança da sociedade em relação à sua atuação. Justamente por isso é que aparentam ser órgãos unicamente fiscalizadores, apesar de exercerem as outras funções já elencadas.

Por meio da fiscalização é que o vínculo entre sociedade e agência reguladora fiscalizadora se firma para que, posteriormente, detectada a má atuação do agente regulado, seja exercida as funções mediadoras e sancionatórias que lhe são peculiares. A segurança transmitida pela agência ao cidadão é o que deve compor a sua essência. Essa segurança é reafirmada sempre que de uma fiscalização derivar uma sanção. Nesse sentido, o autor afirma:

Como decorrência da competência fiscalizatória, as agências reguladoras também aplicam as sanções decorrentes do descumprimento de preceitos legais, regulamentares ou contratuais pelos agentes econômicos regulados [...] Entendemos que a aplicação de sanções deve estar apoiada em algum dispositivo legal, ainda que genérico, ficando a graduação e a especificação das penalidades a serem normatizadas pela agência[32].

Mais uma vez é possível perceber a correlação entre os princípios da Autonomia e da Diversidade e Amplitude das funções exercidas. Como dito alhures, é de fundamental importância que as agências reguladoras atuem de forma

---

[29] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 336.

[30] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 337.

[31]SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 405.

[32] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 338.

autônoma. No entanto, essa autonomia é limitada às normas precedentes relativas aos entes que lhe deram a existência.

A outra função exercida pelas agências, que o autor distingue da anterior, é a atividade julgadora, sendo adotada, em regra, a juízo arbitral[33]. Antes de sua explicação, vale destacar a sua proximidade da função sancionatória. Afinal, para que alguém seja julgado, ainda que administrativamente, indispensável o contraditório e a ampla defesa, garantia fundamental prevista expressamente na CF/88[34].

Justifica-se a separação apresentada pelo autor justamente por possuir a autonomia no julgamento de infrações cometidas por seus agentes regulados – mais uma vez reafirmando a correlação entre os princípios. Também para destacar que não é o Poder Judiciário o único órgão competente a dirimir determinados conflitos, especialmente se esses são regulados por entes administrativamente competentes para realizar o julgamento, como é o caso das agências reguladoras[35].

A competência dessas agências para dirimir conflitos internamente está assegurada em leis federais[36]. Não obstante a relevância dessa previsão legal, o que Aragão destaca de mais relevante quanto à função julgadora refere-se ao objetivo do julgamento:

O que deve ser destacado é que a função julgadora das agências reguladoras não é, a exemplo do que se dá quando exercida pelo Poder Judiciário, voltada para o passado, tendo, ao revés, um marcante caráter prospectivo de realização das políticas públicas cuja implementação lhes incumbe. E consequentemente, mais do que visar apenas à composição de determinado conflito inter partes, objetiva precipuamente a composição de latentes conflitos inter subsetoriais (ex.: entre determinadas categorias de consumidores, entre consumidores e concessionárias, entre estas e o Estado, etc.)[37].

Relevante, portanto, considerar que a função de julgar os conflitos provenientes da atuação dos seus agentes regulados não termina na solução daquele conflito, propriamente dito, mas se estende a fim de garantir que o serviço seja cada vez melhor prestado.

Demonstradas todas as funções essencialmente exercidas pelas agências reguladoras, bem como a conectividade entre elas e o princípio da Autonomia, resta abordar como princípio a Flexibilidade e Consensualidade no Exercício das Funções, assim denominada por Aragão[38].

2.3 Princípio da Flexibilidade e Consensualidade no Exercício das Funções

Apesar da aparente complexidade, esse princípio nada mais é que a expressão do Direito Administrativo hodierno. Segundo seu mentor, "as agências reguladoras independentes são a sede por excelência da manifestação do processo de

[33] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 338.

[34] "[...] litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (BRASIL, 1988).

[35] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 338.

[36] Lei 8.987/95 e Lei 11.196/05.

[37] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 339.

[38] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 340.

consensualização e flexibilidade pelos quais vem passando o Direito Administrativo contemporâneo"[39].

Trata-se, portanto da concretização da relação direta entre órgão regulador, ente regulado e beneficiários. Caracteriza-se pela simplificação do procedimento fiscalizatório, função precípua exercida pelas agências reguladoras, como visto anteriormente. Para melhor visualização do princípio Aragão apresenta dois exemplos de positivação da flexibilização: a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) que permite serem celebrados compromissos de ajustamento de conduta, desde que apontados interesses difusos das autarquias, bem como a resolução nº 63 da ANEEL, que sugere a formalização de Termos de Ajustamento de Conduta ao invés da aplicação direta de penalidades[40].

Aqui, há que se destacar ainda, não só a possibilidade mas tambéma necessidade de aplicação de métodos não contenciosos de resolução de conflitos. Faz parte do Princípio da Flexibilidade e da Consensualidade o aproveitamento desses mecanismos de resolução de conflitos. Moreira Neto demonstra como a solução pacífica de conflitos compõe a estrutura das agências que são, fundamentalmente, autônomas:

De certa forma, esse lema segue o anterior, na medida em que as agências independentes são geralmente criadas para atuarem como foros de debate e de negociação entre todas as partes interessadas como, no exemplo dado, ocorre com as agências reguladoras dos serviços públicos concedidos, nas quais o Concedente, as concessionárias e os usuários encontram uma oportunidade de promover a solução consensual de seus intermináveis litígios, individuais ou coletivos[41] [42].

Bölter e Derani, apesar de defenderem a judicialização para fins de visibilidade de questões ambientais, afirmam que hoje "O que se tem é um direito formal, positivado, mas que se distancia de um processo mais efetivo de garantia dos direitos"[43]. Dessa forma, nada mais necessário que o estímulo à resolução consensual dos conflitos ambientais, o que é também viabilizado pelas agências reguladoras.

O princípio elencado garante, portanto, a maior eficiência das funções fiscalizatória e sancionatória exercidas pelas agências reguladoras. Isso se intensifica quando são utilizados métodos não contenciosos de resolução de conflitos, os quais asseguram o alcance do objetivo precípuo do órgão, qual seja, aperfeiçoar a atuação dos agentes por ela regulados.

3 DA CONTEXTUALIZAÇÃO DA NECESSIDADE PREMENTE DE REGULAÇÃO DOS RESÍDUOS SÓLIDOS: DEFICIT DE LOGÍSTICA REVERSA

Diversos são os problemas ambientais hodiernos, seja em âmbito nacional ou internacional. Dentre eles, destaca-se a produção e o consumo desenfreado de resíduos sólidos. Isso é consequência de uma cultura consumerista e da notória

---

[39] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 340.

[40] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 341.

[41] Tradução livre de: De una cierta forma, este lema sigue al anterior, en la medida en que las referidas agencias independientes generalmente se crean para actuar como fueros de debate y de negociación entre todos los interesados, como, en el ejempJo dado, ocurre con las agencias reguladoras de servicios públicos concedidos, en las cuales el Poder Concedente, los concesionarios y los usuarios encuentran oportunidad para promover la solución consensual de sus interminables litigios individuales o colectivos (MOREIRA NETO, 2000, p. 81).

[42] MOREIRA NETO, D. F. "Consideraciones sobre la Participación em el derecho Comparado Brasil-España", *Revista de Administración Pública*, nº 152, maio/ago. 2000, p. 81.

[43] GENZ BÖLTER, S.; DERANI, C. **"**Direito ambiental e desenvolvimento sustentável: uma análise da judicialização das relações sociais**"**. *Revista Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 15, n. 33, set./dez. 2018, p. 239.

obsolescência programada instaurada pelas grandes empresas. A distribuição de resíduos sólidos pelas cidades é notória, a ponto de gerar sérias consequências ao convívio social. Isso porque, em regra, o lixo, derivado do consumo de resíduos sólidos é incorretamente descartado, sendo, por vezes, dispersado em vias públicas, rios, mares, córregos. Com o passar dos anos, a administração pública percebeu a premente necessidade de gerenciar corretamente o descarte do lixo.

Para tratar a questão, no Brasil fora instituída a PNRS, através da Lei 12.305, em 2 de agosto de 2010. Por meio dela foram criados diversos instrumentos de gestão de resíduos sólidos, além da conceituação dos tipos de resíduo, as formas de atuação do poder público para mitigar os danos decorrentes de seu consumo, dentre outras diretrizes. Destaca-se, para fins de contextualização, a criação do instituto conhecido com Logística Reversa.

Trata-se de um instrumento de gestão ambiental o qual obriga produtores, fornecedores e consumidores de determinados produtos a, conjuntamente, atuarem para que o resíduo sólido já consumido retorne ao seu produtor. Dessa forma, por meio da efetiva implementação do sistema de logística reversa, o resíduo que já foi consumido, quando perde a sua utilidade – momento em que seria descartado no meio ambiente – volta àquele que o produziu, devolvendo a responsabilidade para quem o coloca no mercado de consumo.

A lei prevê que a Logística Reversa pode ser implementada por meio dos acordos setoriais, firmados entre poder público e iniciativa privada – em regra, produtores e fornecedores – para que esses, por sua vez, implementem o sistema de Logística Reversa. Afirma ainda, em rol exemplificativo, quais setores estão submetidos à implementação do sistema. Ocorre que, no Brasil, o sistema não tem tido a efetividade necessária para evitar o descarte incorreto de resíduos sólidos no meio ambiente. Um dos motivos da inefetividade do sistema de Logística Reversa diz respeito à ausência de fiscalização do poder público quanto ao cumprimento dos acordos setoriais.

O déficit da efetividade do sistema de logística reversa no Brasil é uma realidade constatada, inclusive, em números. São expressamente obrigados, segundo a PNRS, a implementarem o sistema de Logística Reversa os seguintes setores:

Art. 33 [...] I - agrotóxicos, seus resíduos e embalagens, assim como outros produtos cuja embalagem, após o uso, constitua resíduo perigoso, observadas as regras de gerenciamento de resíduos perigosos previstas em lei ou regulamento, em normas estabelecidas pelos órgãos do Sisnama, do SNVS e do Suasa, ou em normas técnicas; II - pilhas e baterias; III - pneus; IV - óleos lubrificantes, seus resíduos e embalagens; V - lâmpadas fluorescentes, de vapor de sódio e mercúrio e de luz mista; VI - produtos eletroeletrônicos e seus componentes[44].

De acordo com Couto e Lange, os produtos cujos sistemas de logística reversa são mais eficazes são os pneus e as embalagens de agrotóxicos, com percentuais de eficiência em 95,7% e 94%, respectivamente. Contudo, na mesma pesquisa, nota-se que o percentual de eficiência do sistema de Logística Reversa para óleos lubrificantes utilizados e contaminados, à época, era de apenas 39,50% (COUTO; LANGE, 2017, p. 894). A partir da conclusão das autoras, pode-se ver o problema da ausência de fiscalização dos sistemas de logística reversa:

Questões como adequação de legislação e normatização, aspectos tributários, instrumentos financeiros e licenciamento ambiental exigem a atuação direta do Governo Federal. Necessita-se também de controle governamental, tanto como elemento articulador entre os elos das cadeias produtivas quanto como mecanismo regulamentador e fiscalizador do cumprimento dos acordos setoriais[45].

---

[44] BRASIL. *"Lei nº 12.305, de 2 ago. 2010*". Diário Oficial da União, Brasília, 2010.

[45] LIMA COUTO, M. C.; LANGE, L. C. **"**Análise dos sistemas de logística reversa no Brasil**"**. *Engenharia Sanitária Ambiental*, Rio de Janeiro, v. 22, n 5, out. 2017, p. 896.

São diversas as questões que inviabilizam atualmente o sistema de logística reversa. Não obstante a isso, inegável a necessidade de fiscalização, pelo poder público, da atuação dos produtores e fornecedores de resíduos sólidos. Não se finda nisso a solução para tal ineficiência, mas considera-se relevante para tanto.

Há certos motivos que demonstram a necessidade de implementação do sistema de logística reversa no Brasil, como instrumento de gestão ambiental. A relevância da correta gestão do resíduo sólido está intimamente relacionada à questão da poluição causada pelo descarte incorreto desses materiais. Nesse sentido, pode-se destacar a contaminação da água por materiais descartados incorretamente, como pilhas e baterias. É o que afirmam Ridler e Günther:

A legislação brasileira determina que todas as pilhas e baterias, que contenham em sua composição, cádmio, mercúrio e chumbo sejam coletadas, tratadas e dispostas adequadamente. Entretanto, não dispõe sobre outros tipos, que contenham em sua composição outros metais ou substâncias tão prejudiciais à saúde e ao ambiente, quanto às referidas em seu texto. Pelo menos, todas as baterias do tipo recarregável deveriam ser incluídas na regulamentação: as de Ni-MH, pelo fato de conter grande quantidade de níquel, substância comprovadamente tóxica e cancerígena, além dos componentes indefinidos das ligas de MH; e as de Li-ion, por conterem também substâncias tóxicas em sua composição, incluindo o cobalto e lantanídeos[46].

Apesar de a pesquisa ter sido realizada anteriormente a regulamentação da PNRS, o nível de toxicidade dos metais pesados não muda. Está no rol dos produtos a serem submetidos ao sistema de Logística Reversa as pilhas e baterias, sem excluir nenhum tipo específico. Sendo assim, não há que se falar em lacuna legislativa, mas sim na ausência de efetividade do sistema proposto pela legislação, medida emergente para evitar a contaminação da água e do ar pelos metais que compõem tais produtos.

Outro argumento, dessa vez principiológico, que fundamenta a necessidade de regulação dos resíduos sólidos é a garantia das dimensões da sustentabilidade. Diversas são as doutrinas que comprovam o caráter multidimensional da sustentabilidade e afirmam haver, para além das dimensões econômica e ambiental, a ética, a social e a jurídico política. Essa última, por sua vez, tem como escopo o "aperfeiçoamento da tutela efetiva dos direitos fundamentais para que possam se materializar em bem-estar para as presentes e futuras gerações, num prisma de proteção da vida em suas diferentes formas"[47].

Já dimensão ambiental da sustentabilidade pode ser considerada a mais palpável no que diz respeito à regulação dos resíduos sólidos. Isso porque, a sua influência sobre o equilíbrio dos ecossistemas é nítida, bastando que se atente, por exemplo, à questão da poluição dos oceanos pelas toneladas de lixo neles dispersados por dia, em todo o mundo. Nesse sentido, Gomes e Ferreira destacam:

Nesse diapasão, cumpre elucidar que a dimensão ambiental da sustentabilidade pressupõe uma justa medida de consumo para com o meio ambiente, basta apenas uma mudança de paradigma de tomar da natureza somente aquilo que é suficiente para se alcançar o objetivo de se desenvolver enquanto humanidade, enquanto povo e enquanto indivíduo[48].

---

[46] VEGA LONGO RIDLER, N. M.; RISSO GÜNTHER, W. M. "Impactos Sanitários e ambientais devido aos resíduos gerados por pilhas e baterias usadas", *Asociación Interamericana de Ingeniería y Ambiental*, Cancún, out. 2002, p 7.

[47] FEDERICI GOMES, M.; FERREIRA, L. J. **"**A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento**"**. *Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, maio/set. 2017, p. 96.

[48] FEDERICI GOMES, M.; FERREIRA, L. J. **"**Políticas Públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável**"**. *Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, nº 2, ago./dez. 2018, p. 166.

Seria possível descrever diversos motivos em todas as dimensões da sustentabilidade para justificar o aperfeiçoamento da regulação do resíduo sólido no Brasil. Contudo, optou-se por destacar as dimensões jurídico-política e ambiental, primeiro para que não se prolongue demasiadamente o estudo. Em segundo lugar, porque estão opostamente polarizadas no quesito percepção. Enquanto a dimensão ambiental da sustentabilidade parece ser mais facilmente perceptível, a dimensão jurídico-política se demonstra um tanto quanto obscura no que diz respeito à regulação de resíduos sólidos. Apesar dessa distinção, resta evidente, em ambas as dimensões, a urgente necessidade de se aperfeiçoar a gestão e o gerenciamento do resíduo sólido no Brasil.

Há ainda outras questões fáticas que demonstram a urgência da implementação do sistema de logística reversa como o descarte incorreto em redes de esgotos, os quais causam enchentes em áreas urbanas, o aumento de epidemias geradas por espécies que se reproduzem a partir do acúmulo de lixo, dentre outras as quais ensejariam uma pesquisa mais robusta e específica. Contudo, a partir das pesquisas acima apresentadas resta clara a necessidade do aprimoramento da gestão dos resíduos sólidos no Brasil, especialmente do sistema de logística reversa.

No próximo capítulo será demonstrada a necessidade de criação da Agência Nacional dos Resíduos Sólidos, avaliando o contexto em que se daria, tendo como consequência o aperfeiçoamento da fiscalização dos produtores e fornecedores no que tange a eficiência dos sistemas de logística reversa por eles implementados.

4 A AGÊNCIA REGULADORA DE RESÍDUOS SÓLIDOS: É TÃO POSSÍVEL QUANTO NECESSÁRIA?

Aclarado o conceito e a origem das agências reguladoras, entendidos os seus princípios, demonstrada a necessidade de regulação da atividade produtora de resíduos sólidos, bem como comprovado o déficit de logística reversa no Brasil, é necessário que se demonstre de que maneira uma agência reguladora poderia sanar problemas derivados da disposição inadequada de resíduos sólidos, dando, simultaneamente, efetividade à logística reversa.

Conforme demonstrado no decorrer do presente artigo, as agências reguladoras são instrumentos de regulação estatal e possuem como uma de suas funções, a fiscalização de serviços públicos prestados por empresas privadas. Essa é uma forma que o Estado encontrou de descentralizar seu poder, concedendo autonomia a tais agências para que, a partir de suas prerrogativas e funções, cumpram o papel de poder de polícia inerente ao Estado.

A sugestão de criação de uma Agência Reguladora de Resíduos Sólidos se justifica, especialmente, por dois motivos: a ineficiência hodierna do modelo de gestão de resíduo sólido e a capacidade de autonomia normativa, fiscalizadora, sancionatória e julgadora das agências reguladoras.

Quanto à ineficiência do tratamento do resíduo sólido no Brasil, comprovou-se no capítulo anterior que até mesmo os setores legalmente submetidos ao sistema de logística reversa, por vezes, são incapazes de lhe conferir efetividade. Além disso, as categorias não incluídas no rol do art. 33 da PNRS não se movimentam no sentido de, voluntariamente, tratarem os resíduos por elas produzidos. Esses fatores, somados à cultura consumerista arraigada no país, têm como consequência a produção exacerbada de lixo que é, por sua vez, inadequadamente disposto no meio ambiente. São diversas as consequências da insatisfatória gestão do lixo no país, como as enchentes por ele causadas, a poluição do ar, contaminação da água, intoxicação do solo, o aumento de pragas urbanas, bem como a propagação de determinadas doenças. Inquestionável, portanto, a necessidade do aprimoramento da gestão do resíduo sólido no Brasil.

O segundo fundamento para a criação da Agência Reguladora de Resíduos Sólidos fora tratado no segundo capítulo, em que foram apresentados os princípios que regem tais agências. Dentre eles, destaca-se o princípio da autonomia. Conforme

demonstrado, no que diz respeito ao sistema de logística reversa, é questionável sua efetividade, mesmo havendo previsão em lei federal determinando sua implementação em determinados setores. Nesse sentido, considerando a autonomia das agências, é possível perceber um modelo efetivo de fiscalização dos referidos setores.

No que diz respeito à autonomia normativa das agências, não obstante a previsão legal na PNRS, seria possível, por meio da Agência Reguladora de Resíduos Sólidos a especificação da forma com que o sistema de logística reversa seria implementado. Nesse sentido, a agência poderia formular modelos de sistema específicos para cada setor.

A título exemplificativo, um dos poucos sistemas de logística reversa que é de fato efetivo é o do setor de pneumáticos. A resolução Conama 416/2009 determina, em seu art. 3º que "[...] para cada pneu novo comercializado para o mercado de reposição, as empresas fabricantes ou importadoras deverão dar destinação adequada a um pneu inservível"[49]. É um sistema que aparentemente tem funcionado. Contudo, a mera previsão legal é insuficiente para garantir a efetiva proteção do meio ambiente. É necessário haver a previsão da punibilidade pelo desrespeito à norma, vinculando o caráter normativo das agências reguladoras também aos caráteres fiscalizatório e punitivo.

A Agência Nacional de Resíduos Sólidos reforçará a atuação fiscalizatória do Poder Público, o qual poderá verificar a obediência à regra por ela imposta. A criação legítima de modelos de sistema de logística reversa por meio de determinada agência reguladora permite a efetivação do poder de polícia estatal, além de garantir a punibilidade daqueles que deixarem de cumpri-lo.

Quanto ao tipo de Agência Reguladora a ser implementada para fins de gerenciamento de resíduos sólidos, é necessário que, primeiramente, seja criado no âmbito nacional, sendo assim, Agência Nacional de Regulação de Resíduos Sólidos. Apesar de a questão do lixo ser responsabilidade primeira dos municípios, é fundamental que a União, descentralizando o seu poder por meio da agência reguladora nacional, padronize o formato de normatização e fiscalização das empresas, especialmente no que diz respeito à implementação do sistema de logística reversa.

Historicamente, as agências reguladoras nacionais são unissetoriais, o que significa dizer que tratam se um assunto específico. Já as agências reguladoras estaduais e municipais, em sua maioria, são multissetoriais, ou seja, tratam de normatizar, fiscalizar e punir mais de um setor. Notadamente, em se tratando de resíduos sólidos, não caberia a implementação de uma agência multissetorial, mas sim de uma agência única e exclusivamente dedicada à efetivação da gestão do resíduo sólido.

Há uma classificação, do ponto de vista se Aragão, ainda mais importante. O autor destaca:

Todavia, a nosso ver, a classificação mais relevante é a que se dá segundo a atividade regulada. Assim, teríamos agências reguladoras de serviços públicos (ex.: as agências estaduais e a ANATEL), as agências reguladoras de exploração de monopólios públicos (ex.: ANP), as agências reguladoras da exploração de bens públicos (ex.: ANA) e as agências reguladoras de atividades econômicas privadas (ex.: ANVISA e ANS)[50].

Da classificação acima exposta, a que melhor se adequa a Agência Nacional de Resíduos Sólidos é a reguladora de atividades econômicas privadas. Afinal, os principais agentes regulados por ela são produtores e fornecedores de resíduos sólidos, especialmente aqueles que a lei determina que sejam submetidos ao sistema de logística reversa.

---

[49] BRASIL. Conama. "*Resolução nº 416 de 30 de setembro de 2009*", Diário Oficial da União, Brasília, 2009.

[50] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 305-306.

De certo que a atuação da Agência Nacional de Resíduos Sólidos não deve se limitar à fiscalização das empresas que cumprem ou não o sistema de logística reversa a elas imposto. Contudo, é a partir dela que se efetivam os instrumentos de gestão de resíduos sólidos, incluindo o citado sistema. Atribuir-lhe-ia, como uma de suas funções, essa fiscalização, bem como a efetividade de outros instrumentos, como reciclagem, coleta seletiva, reutilização. Aqui se demonstra a pluralidade de interesses na criação da Agência Nacional de Resíduos Sólidos, ultrapassando as fronteiras da logística reversa. Nesse sentido, Aragão defende:

Com efeito, pode-se constatar na legislação das agências reguladoras que devem buscar a realização de interesses tão múltiplos e díspares como a universalização dos serviços sob a sua regulação, a proteção dos consumidores, o desenvolvimento tecnológico nacional, a atração de investimentos estrangeiros, a ampliação da concorrência, a garantia do equilíbrio econômico-financeiro (em se tratando de agência reguladora de serviços público), etc[51].

Apesar de não citado pelo autor, a justificativa premente da criação de uma Agência Nacional de Resíduos Sólidos se resume à proteção efetiva do meio ambiente. Contudo, não se limita a isso. A partir da sua atuação, por meio do exercício do poder de polícia estatal, garante-se, além do meio ambiente ecologicamente melhor equilibrado, todos os outros benefícios inerentes a uma agência reguladora, como os listados por Aragão.

Portanto, não apenas considera-se possível a criação da Agência Nacional de Regulação de Resíduos Sólidos, como esta se apresenta hodiernamente necessária para a garantia de uma boa gestão ambiental e de uma efetivação dos instrumentos de gestão de resíduos sólidos previstos pela PNRS. É através de seus atos fiscalizatórios que serão identificados, fiscalizados e, se necessário, punidos os primeiros responsáveis pela disseminação da cultura do consumo e, consequentemente, da existência de tanto lixo: os seus produtores e fornecedores.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Considerando a relevância de desenvolver e aprimorar os instrumentos de gestão ambiental previstos na legislação brasileira, o presente artigo se dispôs a analisar a efetividade de um deles: a logística reversa. Objetivando demonstrar a necessidade de atuação do poder público nessa seara, sugeriu-se, a princípio, a criação da Agência Nacional de Resíduos Sólidos, a fim de se ter um órgão disponível para atuar em prol da eficácia dos instrumentos de gestão de resíduos sólidos, inclusive da Logística Reversa.

Para alcançar a conclusão quanto a possibilidade da criação da Agência Nacional de Resíduos Sólidos foi necessário desenvolver o estudo sobre o referido instituto de maneira mais ampla. Assim, o contexto de criação das primeiras agências reguladoras brasileiras, apresentado no primeiro capítulo, auxilia na justificação da criação da agência nacional de resíduos sólidos. Isso porque elas derivaram, a princípio, do exponencial crescimento da cultura consumerista no Brasil, na década de 90. Os tempos atuais, em que se cultua o verbo "ter", por vezes se assemelham aquele tempo de criação das agências reguladoras. O que a diferença é que, nos anos 1990, a criação de agências reguladoras se embasava na alta da privatização de grandes empresas.

Hoje, com o instituto propriamente dito já concretizado, o que fundamenta a criação de uma agência são os motivos que a levam a exercer o poder de polícia. Nesse caso, trata-se do descumprimento de regras pré-existentes referentes ao gerenciamento de resíduos sólidos, previstas na PNRS.

Conceituou-se, ainda no primeiro capítulo, o termo "agências reguladoras". Após a análise doutrinária, concluiu-se que se tratam de órgãos autônomos

[51] SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, p. 306.

componentes da Administração Pública indireta que exercem poder de polícia. É especialmente pelo caráter fiscalizador e sancionatório próprio do poder de polícia, que foi sugerido, a princípio, a regulação de resíduos sólidos por meio de Agências Reguladoras. Assim, foi possível esclarecer de maneira fundamentada o conceito de agências reguladoras e do seu histórico de criação.

Em seguida, no segundo capítulo, restou demonstrada a relevância da obediência a determinados princípios quando um instituto é criado. Da análise dos princípios mais relevantes que embasam a criação de agências reguladoras, o princípio da autonomia ganhou destaque, especialmente por garantir que em sua atuação, as agências reguladoras se vinculem às normas que a antecederam. Apesar desta vinculação existir, a sua atuação apenas será limitada quando a ordem derivar da fonte que lhe concedeu autonomia. Portanto, garante-se determinada, mas não absoluta, autonomia.

Foram ainda destacados alguns princípios. O da diversidade e amplitude das funções, conforme demonstrado no segundo capítulo, garante à agência reguladora que ela exerça tanto a função normativa, quanto as funções fiscalizadora, sancionatória e julgadora. Portanto, há uma amplitude no alcance do poder de polícia exercido pela agência. Já o princípio da flexibilidade e consensualidade no exercício das funções garante uma melhor relação entre órgão regulador, beneficiário e agente regulado, permitindo a fruição da atividade regulada, sem restrição de diretos do agente regulado.

Superados os princípios fundamentadores das agências reguladoras, restou comprovada no terceiro capítulo a premente necessidade de se aperfeiçoar a gestão do lixo no Brasil. De acordo com os dados apresentados no artigo, um importante instrumento de gerenciamento de resíduo sólido tem se mostrado com eficiência abaixo do esperado. Trata-se da logística reversa. Esse instrumento de gestão ambiental está em segundo plano, conforme dito alhures, especialmente pelo descumprimento das regras de implementação de seu sistema por parte do setor empresarial.

Para solucionar a questão apresentada acima, no quarto capítulo foi questionado se a criação de uma agência reguladora seria capaz de dar efetividade, tanto a logística reversa, quanto aos demais instrumentos de gestão ambiental previstos na PNRS. Considerando serem as agências reguladoras órgãos do poder público destinados, dentre outras funções, a regular a atividade de empresas privadas e, levando em conta que o setor empresarial é o principal responsável pela implementação de SLR, demonstrou-se possível e necessária a criação da Agência Nacional de Resíduos Sólidos.

Por fim, foi sugerido o modelo a ser implementado na Agência Nacional de Resíduos Sólidos, qual seja, que atue, conforme o próprio nome diz, em âmbito federal, para que seja preservado seu caráter unissetorial, tendo em vista que o setor a ser regulado demanda empenho de esforços exclusivos, não cabendo, neste caso, o modelo plurissistêmico.

REFERÊNCIAS

Aneel. "*Resolução nº 063, de 12 de maio e 2004*", Diário Oficial da União, Brasília, 2014. Disponível em: http://www2.aneel.gov.br/cedoc/bren2004063.pdf. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. Conama. "*Resolução nº 416 de 30 de setembro de 2009*", Diário Oficial da União, Brasília, 2009. Disponível em: http://www2.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=616. Acesso em 15 mar. 2020.

BRASIL. *"Constituição da República Federativa do Brasil"*. Diário Oficial da União, Brasília, 1988. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. "*Decreto-lei 6.016 de 22 de novembro de 1943*". Diário Oficial da União, 1943. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1937-1946/Del6016.htm. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. *"Emenda constitucional nº 19, de 04 de junho de 1998"*. Diário Oficial da União, Brasília, 1998. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Emendas/Emc/emc19.htm. Acesso em 26 abr. 2020.

BRASIL. *"Lei 11.196, de 21 de novembro de 2005"*. Diário Oficial da União, Brasília, 2005. Disponível em: planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11196.htm. Acesso em 26 abr. 2020.

BRASIL. *"Lei 7.347, de 24 de julho de 1985*". Diário Oficial da União, Brasília, 1985. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7347orig.htm. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. *"Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995*". Diário Oficial da União, Brasília, 1995. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8987compilada.htm. Acesso em 26 abr. 2020.

BRASIL. *"Lei 9.427, de 26 de dezembro de 1996"*. Diário Oficial da União, Brasília, 1996. Disponível em: http://planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9427cons.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. *"Lei 9.468, de 6 de agosto de 1997"*. Diário Oficial da União, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9468.htm. Acesso em: 21 jan. 2020.

BRASIL. *"Lei 9.478, de 06 de agosto de 1997"*. Diário Oficial da União, Brasília, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9478.htm. Acesso em: 26 abr. 2020.

BRASIL. *"Lei nº 12.305, de 2 ago. 2010*". Diário Oficial da União, Brasília, 2010. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12305.htm. Acesso em: 12 mar. 2020.

DE MELO REIS, R. M.; CAMPANHARO TEIXEIRA, A. C.; ALBERT PIRES, M. "Os benefícios da privatização: evidência no setor elétrico brasileiro". *Revista de Contabilidade e Organizações*, São Paulo, v. 1, n. 1, set /dez. 2007, p. 60-72. Disponível em: https://www.redalyc.org/pdf/2352/235217160006.pdf. Acesso em: 17 jan. 2020.

FEDERICI GOMES, M.; FERREIRA, L. J. "A dimensão jurídico-política da sustentabilidade e o direito fundamental à razoável duração do procedimento". Revista do Direito*, Santa Cruz do Sul, n. 52, v. 2, maio/set. 2017, p. 93-111. Disponível em: http://dx.doi.org/10.17058/rdunisc.v2i52.8864. Acesso em: 02 abr. 2020.*

FEDERICI GOMES, M.; FERREIRA, L. J. "Políticas Públicas e os objetivos do desenvolvimento sustentável". Revista Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 9, nº 2, ago./dez. 2018, p. 155-178. Disponível em: https://doi.org/10.25246/direitoedesenvolvimento.v9i2.667. Acesso em: 02 abr. 2020.*

FERREIRA MOTTA, P. R. *Agências Reguladoras*, Editora Manoele, Barueri, 2003, 441 p.

GENZ BÖLTER, S.; DERANI, C. "Direito ambiental e desenvolvimento sustentável: uma análise da judicialização das relações sociais". Revista Veredas do Direito, *Belo Horizonte, v. 15, n. 33, set./dez. 2018, p. 209-242. Disponível em: http://dx.doi.org/10.18623/rvd.v15i33.1242. Acesso em: 02 abr. 2020.*

GUERRA, S. *Agências Reguladoras: da organização administrativa piramidal à governança em rede,* Editora Fórum, Belo Horizonte, 2012, 238 p.

LIMA COUTO, M. C.; LANGE, L. C. "Análise dos sistemas de logística reversa no Brasil". Engenharia Sanitária Ambiental, *Rio de Janeiro, v. 22, n 5, out. 2017, p. 889-898. Disponível em: https://doi.org/10.1590/s1413-41522017149403. Acesso em: 12 mar. 2020.*

MAGGETI, M. "Regulation in practice: the de facto independence of regulatory agencies". *Zurich Open Repository and Archive*, Zurique, University of Zurich, v. 06, out. 2012, p. 264. Disponível em: https://www.zora.uzh.ch/id/eprint/66106/. Acesso em: 02 de abr. de 2020.

MARIENHOFF, M. "Tratado de derecho administrativo", *Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, Tomo I, 1995, 485 p. Disponível em: https://www.academia.edu/39684474/Tratado_de_Derecho_Administrativo_Miguel_Marienhoff_Tomo_I. Acesso em: 02 abr. 2020.

MOREIRA NETO, D. F. "Consideraciones sobre la Participación em el derecho Comparado Brasil-España", *Revista de Administración Pública*, nº 152, maio/ago. 2000, p. 73-92. Disponível em: https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=17494. Acesso em: 02 abr. 2020.

MUELLER, B.; PEREIRA, C. "Credibility and the design of Regulatory Agencies in Brazil", *Brazilian Journal of Political Economy*, vol. 22, nº 3 (87), jul-set. 2002, p.65-88. Disponível em: http://www.rep.org.br/search.asp?txt_busca=Credibility+and+the+Design+of+Regulatory+Agencies+in+Brazil. Acesso em: 02 abr. 2020.

REALE, M. *Filosofia do direito,* Saraiva, São Paulo, ed. 19, 1999, 750 p.

SANTOS DE ARAGÃO, A. *Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico*, Editora forense, Rio de Janeiro, 3. ed., 2013, 535 p.

VEGA LONGO RIDLER, N. M.; RISSO GÜNTHER, W. M. "Impactos Sanitários e ambientais devido aos resíduos gerados por pilhas e baterias usadas", *Asociación Interamericana de Ingeniería y Ambiental*, Cancún, out. 2002, p 1-8. Disponível em: https://www.researchgate.net/profile/Reidler_Nivea_Maria/publication/266328401_IMPACTOS_SANITARIOS_E_AMBIENTAIS_DEVIDO_AOS_RESIDUOS_GERADOS_POR_PILHAS_E_BATERIAS_USADAS/links/54e892d80cf27a6de10f13cd.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 99-116
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Cooperativismo de crédito en Brasil[1]

Credit cooperativism in Brazil

Daniel Francisco Nagao Menezes[2]
Universidade Presbiteriana Mackenzie

Sumario: Introduccion. 1 El origen de la cooperativismo de crédito. 2 Valores fundamentales de la cooperativa. 3 Constitución y cooperativismo. 4 Definición y naturaleza legal de la cooperativa de crédito. 5 Distinciones entre cooperativas de crédito y bancos comerciales. Conclusiones. Referencias.

Resumen: El cooperativismo crediticio tiene valores y características que lo hacen ventajoso como modelo de concesión de crédito y, por lo tanto, beneficioso para el desarrollo socioeconómico. El artículo busca demostrar y justificar estos valores y características para que el cooperativismo crediticio sea objeto de políticas públicas adecuadas para estimularlo y hacerlo eficiente, cuyo análisis va más allá del reconocimiento de su importancia como instrumento de desarrollo socioeconómico. En la elaboración del trabajo se adopta la metodología analítico-dogmática, con la ayuda de textos históricos, doctrina jurídica e informes emitidos por entidades estatales cuya competencia se refleja en la supervisión y promoción del cooperativismo crediticio, así como la consulta con la legislación.

Palabras clave: Cooperativismo de crédito; política pública; sociedad cooperativa; desarrollo socioeconómico

Abstract: Credit cooperativism has values and characteristics that make it advantageous as a model of credit granting and, therefore, beneficial for socioeconomic development. The article seeks to demonstrate and justify these values and characteristics in order to make credit cooperativism the object of adequate public policies to stimulate and make it efficient, whose analysis goes beyond the recognition of its importance as an instrument of socioeconomic development. In the elaboration of the work the analytical-dogmatic methodology is adopted, with the aid of historical texts, legal doctrine and reports issued by state entities whose competence is reflected on the supervision and promotion of credit cooperativism, as well as consultation with the legislation.

Keywords: Credit cooperativism; public policy; cooperative society; socioeconomic development.

---

[1] Artículo resultante del Proyecto de Investigación 402885/2018-0 - (Re) construyendo el Derecho Cooperativo Latinoamericano - Creando una matriz teórica e institucional para América Latina - financiado y apoyado por el CNPQ en la Edicto CNPQ / SESCOOP Nº 07/2018

[2] Licenciatura en Derecho (PUC-Campinas), Especializaciones en Derecho Constitucional y Derecho Procesal Civil (PUC-Campinas), Didáctica y Práctica Pedagógica en la Educación Superior (Centro Universitario Padre Anchieta), Maestría y Doctorado en Derecho Político y Económico (Universidad Presbiteriana Mackenzie-SP), Post-Doctorado en Derecho (FADUSP). Profesor del Programa de Postgrado en Derecho Político y Económico, Facultad de Derecho de la Universidad Presbiteriana Mackenzie. Miembro de CIRIEC-Brasil.

Recibido: 12/12/2019
Aceptado: 03/03/2020

INTRODUCCION

La Constitución de la República Federativa de Brasil, en su Artículo 174, § 2, alienta el cooperativismo y otras formas de asociativismo. Esta vez, adopta un modelo actualizado de intervención en la economía y opta por el cooperativismo como una de las alternativas para lograr el desarrollo nacional, predeterminado en su artículo 3, II (BRASIL, 1988).

En este escenario, la cooperativa de crédito es uno de los tipos de cooperativismo que ha crecido sustancialmente en Brasil. Desde este punto de vista, el objetivo es responder a la siguiente pregunta: ¿cuáles son los valores y características del cooperativismo crediticio que permiten considerarlo como una alternativa económicamente viable para la implementación de políticas públicas de equidad socioeconómica?

Para responder al tema del problema, se supone que el cooperativismo crediticio tiene ciertos valores y características que lo hacen ventajoso como modelo de concesión de crédito y, por lo tanto, beneficioso para el desarrollo nacional. Por lo tanto, el marco teórico de la investigación es el sustrato científico-dogmático, ya que se basa en el marco jurídico-constitucional para estimular el cooperativismo (artículo 174, § 2, de la Constitución de la República Federativa de Brasil) y las propiedades inherentes del cooperativismo crediticio.

Por lo tanto, este documento tiene como objetivo presentar los valores y las características principales del cooperativismo crediticio como una modalidad económica, así como reflexionar sobre los fundamentos que deberían convertirlo en objeto de políticas públicas permanentes por parte del Estado, para desvelarlo como un instrumento efectivo para estimular el desarrollo bajo la Constitución. En este sentido, se identificarán los beneficios que el cooperativismo crediticio puede aportar para generar producción y equidad socioeconómica.

Para este fin, el estudio comienza con la regla constitucional del cooperativismo. En el segundo tema, hay una breve reseña histórica del cooperativismo, con énfasis en el cooperativismo crediticio, que demuestra cómo este modelo económico ha alcanzado expresión en todo el mundo. Los siguientes elementos abordan el concepto y las funciones del cooperativismo crediticio y los valores subyacentes. También informa sobre las características que diferencian el cooperativismo crediticio de los bancos comerciales para demostrar sus ventajas. Finalmente, discutimos la creciente adopción del cooperativismo crediticio en Brasil.

1 EL ORIGEN DE LA COOPERATIVISMO DE CRÉDITO

El cooperativismo, como modo de asociativismo, se correlaciona con la dinámica socioeconómica del desarrollo en el Estado liberal, en particular por las implicaciones sociales de la revolución industrial del siglo XIX.

El liberalismo económico se basa en la plusvalía, entendida como un vector de acumulación, es decir, *"um diferencial entre o valor agregado pelo trabalho ao produto final e o valor efetivamente apropriado pelo trabalho como remuneração do fator"*[3]. De esta comprensión de la plusvalía surgen consecuencias sociales, detectadas no solo por los socialistas, cuya inspiración persiste en los escritos de Karl Marx, sino como un resultado empírico que promovió la readaptación del modelo de producción capitalista, especialmente después de la crisis de 1929.

A pesar de las críticas a la concepción de plusvalía en la forma definida por Karl Marx, (por no considerar los precios relativos y, en consecuencia, la competencia entre empresarios como un factor de reducción de ganancias y precios para el consumidor, así como su internalización por parte del consumidor. el riesgo de la actividad económica), es cierto que desde allí se centró en las diferencias socioeconómicas entre los tenedores de capital y la clase proletaria. Por lo tanto, es imperativo concluir que, como consecuencia de la plusvalía, el abismo entre las clases

[3] COURI, S. *Liberalismo e societalismo.* Brasília: Unb, 2001, p. 25.

se acentúa, dadas las diferencias económicas debidas a la concentración y la transmisión intraclase de los ingresos y el poder adquisitivo entre ellas. Pero para Oliveira[4] (2016, p. 204), *"o associativismo crescente dos trabalhadores, os movimentos feministas e o avanço revolucionário das ideias socialistas repercutiram profundamente na mentalidade e nas práticas liberais desvirtuadas na passagem do século XIX para o XX".*

En ese entorno socioeconómico, y como resultado de la baja capacidad de consumo de la clase proletaria, a mediados del siglo XIX, comenzaron a surgir movimientos de asociaciones en Inglaterra para adquirir productos industriales, incluso para expandir su poder para negociar con los tenedores del capital y reducir el valor de los productos comercializados por ellos. Fue en este contexto que, en 1844, en la ciudad británica de Rochdale, se constituyó la primera cooperativa, formada por la suma de esfuerzos destinados al consumo de bienes industriales, formada por 28 tejedores, entre los cuales solo una mujer, como observa João Paulo Koslovski[5].

A pesar del hecho de que la primera cooperativa apareció en 1844, el asociativismo manufacturero tiene orígenes más remotos, ya que de las corporaciones de artesanía, que surgieron entre la Alta y Baja Edad Médica, existe la reunión de individuos con el objetivo común de producir bienes. Sin embargo, se puede decir que, en ese momento, todavía no había cooperativismo, dada la ausencia de sus elementos jurídico-económicos, solo había una reunión de personas sin ánimo para constituir una sociedad de producción de negocios.

La cooperativa Rochdale, llamada Sociedad de Pioneros Equitativos, inauguró una nueva forma de asociativismo, ya que la intención era establecer una sociedad a partir de ella, ya que sus fundadores se encargaron de disponer de su propio capital privado para formar un capital social, inicialmente destinado a la adquisición de un almacén para el stock de bienes para ser utilizado por todos los socios. La cooperativa Rochdale, además de fundar un almacén para miembros:

> *"almejava também a construção de casas para fornecer alojamento a preços de custo; a formação de um capital para a emancipação do proletariado por meio da economia conseguida pela compra em comum de gêneros alimentícios; a criação de estabelecimentos industriais e agrícolas para, além de produzir para promover as necessidades da classe operária, assegurar trabalho aos operários desempregados ou com salários baixos; a construção de estabelecimentos de temperança a fim de combater o alcoolismo; a criação de pequenos núcleos nos quais a produção e a repartição fossem organizadas; a multiplicação destes núcleos por meio do exemplo e propaganda"*[6]

Por lo tanto, la cooperativa Rochdale planteó las premisas sobre las cuales se proyectarían las otras cooperativas que siguieron, ya sea para consumo o no. El cooperativismo, por lo tanto, ofreció a sus miembros la posibilidad de trascender la clase proletaria, logrando así mejores condiciones de vida para ellos y sus compañeros de trabajo, con la ayuda mutua como su idea básica, uniendo fuerzas contra un enemigo común, cuál es la explotación del trabajo humano por parte de los poseedores de capital[7].

---

[4] OLIVEIRA, M. L. *A constituição juridicamente adequada.* 2. ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016, p. 204

[5] KOSLOVSKI, J.P. "A evolução histórica das cooperativas de crédito". In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.). *Cooperativas e tributação.* Curitiba: Juruá, 2001,pp. 19-32, p 21.

[6] DO CARMO SAMPAIO ROSSI, A. *Cooperativismo à luz dos princípios constitucionais.* Curitiba: Juruá, 2011, p. 41

[7] DUMONT PRADO, F. A. *Tributação das cooperativas à luz do direito cooperativo.* Curitiba: Juruá, 2011.

Los números mismos expresan la importancia del cooperativismo. Como demuestra Singer[8], en 1881 el número de miembros llegó a 547,000 y en 1900 llegó a 1.7 millones, lo que indudablemente sirvió de estímulo para que el movimiento cooperativo tomara fuerza de manera independiente. El propósito original de cada cooperativa.

Pronto apareció el establecimiento de una cooperativa con el propósito de ofrecer crédito a los miembros. Como se puede ver en Pinheiro[9], la primera cooperativa de crédito fue fundada en Alemania en 1864 por Friedrich Wilhelm Raiffeisen, conocido como Heddesdorfer Darlehnskassenveirein (Asociación de Bancos de Préstamos Haddesdorf). Esta cooperativa estaba especialmente destinada para el apoyo crediticio a la población rural de esa región, que estaba restringida a préstamos con altas tasas de interés, recaudados por agentes industriales locales, que tenían capital, lo que dificultaba su producción agrícola.

Con respecto a las características de las cooperativas rurales alemanas, *"responsabilidade ilimitada e solidária dos associados, a singularidade de votos dos sócios, independentemente do número de quotas-parte, a área de atuação restrita, a ausência de capital social e a não-distribuição de sobras, excedentes ou dividendos"*[10]. Además, debe tenerse en cuenta que para 1888 ya había unas 400 compañías de crédito establecidas al estilo Raiffeisen, lo que demuestra la repercusión y popularidad que este tipo de asociación rural alcanzó en Alemania[11].

Las cooperativas de crédito urbanas también se originaron en Alemania, esta vez en la ciudad de Delitzsch, y el precursor Hermman Schulze se hizo conocido como el tipo "Schulze-Delitzsch". En su primera fase, se crearon como cooperativas de producción para servir a los artesanos locales y, en una segunda etapa, fomentaron la financiación de estos mismos artesanos, por lo que asumieron la naturaleza crediticia. La diferencia fundamental entre este modelo y el propuesto por Raiffeisen es que existe, en este caso, la posibilidad de devolución de excedentes netos en proporción al capital invertido, así como no hay un área restringida de actividad, además de la remuneración de los gerentes[12]. Este modelo cooperativo también encontró difusión generalizada en Alemania. Tanto es así que Moreno[13] afirma que para 1861 ya había 340 cooperativas "Schulze-Delitzsch" bajo el nombre de Bancos Populares.

La confluencia de las ideas de Schulze y Raiffeisen se extendió rápidamente por toda Europa occidental. En 1865, en la ciudad italiana de Milán, Luigi Luzzatti organizó la primera cooperativa de crédito del país, inaugurando un modelo que heredaría su apellido, el tipo Luzzatti, originalmente destinado al crédito rural. Según Pinheiro[14], esa forma de cooperativismo tenía, como algunas de sus características, la no exigibilidad de un vínculo específico entre los asociados, con la excepción de la limitación geográfica previamente definida, pequeñas acciones de capital, sin necesidad de garantías reales para la concesión de préstamos pequeños, así como la no remuneración de los gerentes y la responsabilidad limitada de los asociados

---

[8] SINGER, P. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002, p. 130.

[9] HENRIQUES PINHEIRO, M. A.. *Cooperativas de crédito: história da evolução normativa no Brasil.* 6. ed. Brasília: BCB, 2008, p. 23.

[10] HENRIQUES PINHEIRO, M. A. *Cooperativas de crédito: história da evolução normativa no Brasil.* 6. ed. Brasília: BCB, 2008, p. 23.

[11] MIRANDA OLIVEIRA, A. "A evolução do cooperativismo de crédito no Brasil e na Europa: algumas considerações para o seu fortalecimento". In: LEITE, Jacqueline Rosadine de Freitas; DE FARIA SENRA, R. B. (Org.). *Aspectos jurídicos das cooperativas de crédito.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. pp. 21-53, p. 32.

[12] HENRIQUES PINHEIRO, M. A. *Cooperativas de crédito: história da evolução normativa no Brasil.* 6. ed. Brasília: BCB, 2008, p. 23.

[13] EGIDO MORENO, M. de J. *Cooperativas de crédito en la comunidad autônoma del País Vasco e Navarra: retos e futuros.* San Sebastian: Universidad del País Vasco: Instituto del Derecho Cooperativo y Economía Social, 1999, p. 16.

[14] HENRIQUES PINHEIRO, M. A. *Cooperativas de crédito: história da evolução normativa no Brasil.* 6. ed. Brasília: BCB, 2008, p. 23.

suscritos por ellos, lo que serviría de inspiración para el cooperativismo crediticio brasileño, especialmente entre los años 1940 y 1960.

El cooperativismo crediticio, sin embargo, no se restringió a Europa occidental. En las Américas, Canadá fue pionero en la creación de su propio modelo. Inspirado en los modelos Raiffeissen y Schulze, el modelo Desjardins, conocido en Brasil como cooperativas de crédito mutuo, se unió en Quebec *"reunindo grupos homogêneos como os de clubes, trabalhadores de uma mesma fábrica, funcionários públicos etc.*[15]*"*.

Esta confluencia de ideas cooperativas, especialmente el crédito, y el éxito que lograron donde se implementaron también estimularon la aparición de cooperativas de crédito en Brasil. Pinheiro[16] (2008, p. 27) señala como la primera sociedad cooperativa brasileña la "Sociedad Cooperativa Económica de Funcionarios Públicos de Ouro Preto", creada en 1889. Sin embargo, señala que, anteriormente, había otras asociaciones económicas, como la Sociedade Beneficente de Juiz de Fora, en 1885, lo que dificulta, a su juicio, la precisión del hito histórico del cooperativismo en Brasil. A su vez, Reinado[17] señala que la primera cooperativa de crédito brasileña fue fundada en 1902, bajo el nombre de Caixa Econômica de Empréstimos Amstad, más tarde llamada Caixa Rural de Nova Petrópolis, y hoy el museo del cooperativismo de crédito brasileño.

Como se señaló, la aparición de cooperativas tuvo lugar en Europa y data del siglo XIX. Y aunque las cooperativas de crédito no fueron las precursoras del movimiento cooperativo, se originaron debido a la necesidad y la demanda de crédito de la población europea no capitalista, como los trabajadores rurales y el proletariado.

Los diversos modelos cooperativistas influyeron indudablemente en el acompañamiento de la experiencia extranjera en Brasil. Tanto es así que las cooperativas surgieron independientemente de la norma legal, porque, solo a partir de la Ley N ° 5.764, del 16 de diciembre de 1971, tenían un marco legal adecuado a sus especificidades.

2 VALORES FUNDAMENTALES DE LA COOPERATIVA

La comprensión adecuada del cooperativismo no se limita a su conceptualización formal, haciendo acceso a las razones y fundamentos sobre los cuales surgió y se sostuvo. Como se demostró anteriormente, el cooperativismo se originó en las necesidades económicas de los trabajadores en el contexto del liberalismo económico europeo clásico, que amplió las desigualdades sociales para evitar incluso la supervivencia digna de los trabajadores y campesinos.

En lugar de esperar una solución estatal, las clases trabajadoras urbanas y rurales, privadas de capital y ante la concentración del poder económico de los industriales y terratenientes, comenzaron a asociarse o garantizar mejores condiciones de trabajo subjetivas o incluso proporcionarse a sí mismos. Si la primera base para el asociativismo generó el sindicalismo, la otra proporcionó, entre los trabajadores, la formación del cooperativismo como un modelo institucionalizado de unificación de esfuerzos para la producción, el consumo, el apoyo crediticio mutuo y otros fines.

---

[15] HENRIQUES PINHEIRO, M. A. *Cooperativas de crédito: história da evolução normativa no Brasil.* 6. ed. Brasília: BCB, 2008, p. 24.

[16] HENRIQUES PINHEIRO, M. A. *Cooperativas de crédito: história da evolução normativa no Brasil.* 6. ed. Brasília: BCB, 2008, p. 27.

[17] BONORA REINADO, L. "Cooperativas de Crédito". In: ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli; BRAGA, Ricardo Peake. *Cooperativas à luz do código civil.* São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 71-93, p. 72.

Sin embargo, para que funcione la asociación con miras al crecimiento económico y social, es necesaria la confluencia de valores comunes entre los sujetos que están dispuestos a esta actividad. Valores entendidos aquí como factores rectores de la conducta humana, por lo tanto, como *"variável da mente que faz com que o ser humano decida ou escolha se comportar numa determinada direção e dentro de uma determinada importância*[18]*"*. En este sentido, el asociativismo, del cual el cooperativismo es una especie, se basa en algunos valores. Independientemente de la diversidad de pensadores, al referirse a otros valores, Irion[19] enumera la solidaridad, la libertad, la justicia social y la equidad como los valores más importantes del asociativismo, ya que fomentan el sentido de colectividad en la satisfacción de intereses y necesidades de los miembros, tanto desde el aspecto colectivo como individual.

La solidaridad es la premisa básica de la ayuda mutua y la cooperación entre dos o más sujetos, que requiere romper las barreras del individualismo, preocuparse por el otro, para entender al otro como realidad personal, pero también reconocer Importancia social de las acciones del individuo insertado en la comunidad. Con respecto al cooperativismo, Rossi[20] supone que esto:

> *pressupõe, para o exercício das atividades que enseja, exatamente essa lógica. A centralização do olhar no "outro", a superação da visão individualista, o esvaziamento do sentido da competição e o realce da noção de ajuda mútua, de operar conjuntamente não só com o outro, mas também por e ao lado dele.*

La solidaridad cooperativa, por lo tanto, representa la posibilidad de un crecimiento económico colectivo, porque, mediante la asistencia mutua de crédito, se hace posible la austeridad financiera del miembro que lo necesita.

La libertad, como valor cooperativo, no solo se revela en la posibilidad de unirse o dejar al asociado en cualquier momento. La libertad cooperativa también incluye la posibilidad de que los miembros participen de manera autónoma en las actividades de la sociedad, dentro de los límites de su estatus legal como miembros, así como para salvaguardar la autonomía de la cooperativa con respecto a sus líderes y asociados, observando en todos los casos la reglas libremente establecidas y de conformidad con la ley.

Por justicia social se entiende que esto *"realiza-se pela promoção econômica, educacional e cultural das pessoas por meio da oportunidade de trabalho e de realização pessoal que pode ser implementado pela via cooperativa*[21]*"*. En este sentido, el cooperativismo busca proporcionar a las personas condiciones para que puedan llevar a cabo proyectos profesionales o emprender con menores riesgos. Esta condición se percibe fácilmente en las cooperativas de trabajo, en las que varios sujetos proporcionan su fuerza de trabajo para el bienestar de la sociedad cooperativa, no en última instancia altruista, sino para prosperar la entidad, cuyos resultados se revertirán a los propios trabajadores, una condición similarmente observada en las cooperativas de crédito o consumo, en la que existe el esfuerzo del miembro a favor de la cooperativa. En las cooperativas de crédito, la concesión de créditos permite la promoción económica a la que se refiere Rossi, por lo que también tiene el potencial de conducir a la justicia socioeconómica de sus miembros. Sobre la equidad y su significado cooperativo, Irion[22] explica sus tres aspectos:

> *"A vertente associativa estabelece deveres e direitos gerais e iguais para todos os sócios especificados nos estatutos, nas*

[18] WEIL, P. *A nova ética*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1994, p. 47.
[19] OLIVEIRA IRION, J.E.. *Cooperativismo e economia social*. São Paulo: STS, 1997.
[20] DO CARMO SAMPAIO ROSSI, A. *Cooperativismo à luz dos princípios constitucionais.* Curitiba: Juruá, 2011, p. 79.
[21] DO CARMO SAMPAIO ROSSI, A. *Cooperativismo à luz dos princípios constitucionais.* Curitiba: Juruá, 2011, p. 80.
[22] OLIVEIRA IRION, J. E. *Cooperativismo e economia social.* São Paulo: STS, 1997, p. 50.

> *decisões das assembleias ou estabelecidos pela administração. A vertente econômica preconiza a participação do associado nos negócios cooperativos e na sustentação da entidade. Chega-se então à distribuição dos resultados econômicos proporcional à participação dos associados nos negócios da cooperativa determinando que a equidade, sob o ponto de vista econômico passa a ser preceituada como "a cada um, segundo sua participação nos negócios cooperativos". A vertente social obriga a cooperativa (dentro de sua capacidade), a assistir os associados de forma equânime, sem qualquer tipo de discriminação, definindo a equidade como "a cada um segundo suas necessidades de assistência"*

Por lo tanto, la equidad definiría el establecimiento de derechos y deberes iguales para todos los miembros, la distribución de resultados proporcional a la participación y asistencia sin discriminación y necesidades.

3 CONSTITUCIÓN Y COOPERATIVISMO

La Constitución de la República Federativa de Brasil, en su Artículo 174, § 2, establece que "la ley apoyará y estimulará el cooperativismo y otras formas de asociativismo". Como se abordará, esta norma constitucional es de fundamental importancia en el proceso de desarrollo del país. Y hay muchas razones que habrían llevado al constituyente a mantener esta norma de naturaleza programática.

Hace tiempo que se sabe que el modelo económico liberal, fundado en la organización y el funcionamiento libres del mercado (como lo propuso Adam Smith), es insuficiente para generar desarrollo: producción de riqueza, equidad socioeconómica y protección del medio ambiente. De esta premisa se desprende que, desde principios del siglo XX, la acción del Estado para corregir las distorsiones derivadas de la dinámica económica liberal clásica se considera apropiada. De esta manera, autorizaría al Estado a intervenir en la economía cuando sea necesario, mientras observa, sin embargo, los derechos y garantías constitucionales fundamentales de los agentes privados y los patrones específicos de funcionamiento de la economía capitalista, aunque con prejuicios sociales. En consecuencia, el Estado tiene la preferencia de actuar indirectamente en la economía, en el ejercicio de sus funciones normativas y reglamentarias (art. 174, caput, de la Constitución). Su desempeño directo solo está autorizado por ley y en situaciones excepcionales, cuando sea necesario para los imperativos de la seguridad nacional o bajo la premisa de interés colectivo relevante (artículo 173, caput, de la Constitución).

Por lo tanto, en el modelo económico planteado constitucionalmente, el estado ahora actúa como un agente normativo y regulador y, como tal, tiene la legitimidad para definir, dentro de los límites constitucionales, la política económica nacional. Armado con estas prerrogativas, el Estado determina las premisas y pautas sobre las cuales él (artículo 173, caput, de la Constitución) y los otros agentes económicos privados deben o pueden actuar.

Al definir, en su artículo 174, § 2, que el Estado actuará para estimular el cooperativismo, la Constitución adopta un sesgo dogmático de la matriz social-liberal, ya que impone un deber económico-social al Estado que, como agente La regulación regulatoria y económica tiene el compromiso de hacer viable este instrumento económico a través de la regulación infraconstitucional y la adopción de políticas públicas apropiadas para su implementación.

Cabe señalar que la norma no restringe el incentivo al cooperativismo en un modelo dado, sino que lo trata de manera genérica, para cubrir varias de sus modalidades, como crédito, trabajo, consumo, entre otros, yendo aún más lejos, suponiendo que estimulará otras formas de asociación, siempre que sea para fines lícitos y pacíficos (sujeto al Artículo 5, punto XVII de la Constitución).

El estímulo constitucional al cooperativismo y asociativismo contextualiza la normatividad de la Ley N ° 5.764 de 1971, que define la Política Nacional de Cooperativas, dejando en claro la importancia de este modelo económico como una estrategia para el desarrollo nacional, ahora desde la perspectiva de la sostenibilidad (producción de riqueza, equidad socioeconómica y protección del medio ambiente).

Por lo tanto, el Artículo 174, § 2, de la Constitución también debe implementarse de conformidad con su Artículo 5, punto XXIII, y con el conjunto completo de reglas de principios previstas en el Artículo 170, incluido el deber de alentar acciones de protección al medio ambiente en el área de actividad económica.

Además del derecho constitucional a las asociaciones (artículo 5, artículos XVII, XVIII, XIX, XX y XXI de la Constitución), el artículo 5, artículo 18, agrega el cooperativismo como un derecho, asegurando que la creación de cooperativas sea independiente de la autorización estatal, siempre que se respeten las formalidades y requisitos previstos por la ley, el Estado tiene prohibido interferir con su funcionamiento.

Cabe señalar, por lo tanto, que la disposición constitucional menciona la "ley", que por lo tanto es ordinaria más que complementaria, ya que esta última, cuando sea necesario, debe expresarse. En este punto, vale la pena preguntarse si las resoluciones emitidas por el Banco Central de Brasil serían herramientas calificadas para determinar las formas en que operan las cooperativas de crédito.

Considerando que el Banco Central de Brasil es la agencia reguladora responsable de la operación del Sistema Financiero Nacional, ejerciendo control de crédito, supervisión y autorización de la operación de las instituciones financieras, como se establece en el artículo 10 de la Ley N ° 4.595 de 1964, Se puede concluir que sus resoluciones son válidas mediante la regulación de los parámetros operativos y la autorización para crear cooperativas de crédito, ya que el término "ley" sigue siendo entendido como el vehículo por el cual se establecen las normas.

Al adoptar la premisa de estimular el cooperativismo, la Constitución reconoce la función económico-democrática de la actividad cooperativa (por lo tanto, asociativa de las partes interesadas) como un mecanismo útil y apropiado para lograr el desarrollo nacional también. En este sentido, la Constitución adopta el cooperativismo como una guía de planificación económica, cuyo propósito es *"imprimir ao mercado um direcionamento diferente daquele que o regeria se deixado às 'leis naturais'"*[23].

Para que el cooperativismo funcione como motor del desarrollo, debe estar dotado de ciertos valores y características ventajosas que justifiquen su importancia como elemento de la política social y económica. Es en este sentido que, por lo tanto, se apoya el presente estudio, aclarando las razones por las cuales el cooperativismo crediticio debería elegirse como una alternativa a la planificación económica constitucionalmente apropiada.

4 DEFINICIÓN Y NATURALEZA LEGAL DE LA COOPERATIVA DE CRÉDITO

La Ley N ° 5.764 de 1971 establece, en su artículo 3, un concepto de cooperativa en los siguientes términos: beneficio común, sin el objetivo del beneficio". A partir de este marco legal, Pereira[24] detalla el concepto de cooperativa definiéndolo como:

> *"uma associação de pessoas com objetivo profissional nos diversos campos da atividade humana, administrada no modelo da autogestão, operacionalizada por meio de ajuda mútua, destinada à satisfação das necessidades básicas comuns de seus membros. É uma organização de natureza*

[23] FONSECA, J.B.L. *Direito econômico.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 339.

[24] BATISTA BRISTA PEREIRA, J. "Cooperativas, uma alternativa". In: ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli; BRAGA, Ricardo Peake. *Cooperativas à luz do código civil.* São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 97-131, p. 103.

> *empresarial sem propósito de lucratividade, mediante a qual um grupo de pessoas busca realizar determinados interesses comuns, e tem o capital como instrumento à serviço do homem"*

Discutiendo también el concepto de cooperativa desde su propósito, Mendonça[25] agrega que son:

> *"Institutos modernos, tendentes a melhorar as condições das classes sociais, especialmente dos pequenos capitalistas e operários. Elas procuram libertar essas classes da dependência das grandes indústrias por meio da união das forças econômicas de cada uma; suprimem aparentemente o intermediário, nesse sentido: as operações ou serviços que constituem o seu objeto são realizados ou prestados aos próprios sócios e é exatamente para esse fim que se organiza a empresa cooperativada"*

Se pueden presentar varios conceptos sobre cooperativas, sin embargo, se debe resaltar la esencia de este tipo corporativo. La sociedad cooperativa se revela en la reunión de esfuerzos individuales con el propósito de obtener un beneficio común, contando con la colaboración conjunta de sus asociados. Para ello, la cooperativa se constituye mediante un contrato social, del cual la personalidad de los miembros es un elemento característico, así como la rentabilidad no intencional de la sociedad, ya que sus resultados serán necesariamente compartidos por los miembros. Por lo tanto, se puede afirmar que, en lo que respecta a la clasificación de las cooperativas, su tipología resultará de la especificidad de su actividad social, como se puede ver en las lecciones de Mizabel Derzi[26], que se basa en la apertura de tipos, más maleables que los conceptos, esencialmente cerrado y estático.

No es el propósito de este estudio discutir en detalle las características de las cooperativas. Sin embargo, los conceptos legales y doctrinales presentados revelan las principales especificidades del cooperativismo, a saber, el interés sin fines de lucro de la entidad (aunque puede haber un interés rentable de los miembros) y el hecho de que la cooperativa es una sociedad simple, como se establece en el artículo. 982 del Código Civil. Sin embargo, solo insta a presentar cuáles serían las características básicas de las cooperativas enumeradas en el artículo 4 de la Ley 5.764 de 1971:

> *Art. 4º As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades*
> *pelas seguintes características:*
> *I - adesão voluntária, com número ilimitado de associados, salvo impossibilidade técnica de prestação de serviços;*
> *II - variabilidade do capital social representado por quotas-partes;*
> *III - limitação do número de quotas-partes do capital para cada associado, facultado, porém, o estabelecimento de critérios de proporcionalidade, se assim for mais adequado para o cumprimento dos objetivos sociais;*
> *IV - incessibilidade das quotas-partes do capital a terceiros, estranhos à sociedade;*
> *V - singularidade de voto, podendo as cooperativas centrais, federações e confederações de cooperativas, com exceção das*

[25] CARVALHO DE MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954, p. 240.
[26] DE ABREU MACHADO DERZI, M. *Tipo ou conceito no direito tributário?* Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1988.

> *que exerçam atividade de crédito, optar pelo critério da proporcionalidade;*
> *VI - quórum para o funcionamento e deliberação da Assembleia Geral baseado no número de associados e não no capital;*
> *VII - retorno das sobras líquidas do exercício, proporcionalmente às operações realizadas pelo associado, salvo deliberação em contrário da Assembleia Geral;*
> *VIII - indivisibilidade dos fundos de Reserva e de Assistência Técnica Educacional e Social;*
> *IX - neutralidade política e indiscriminação religiosa, racial e social;*
> *X - prestação de assistência aos associados, e, quando previsto nos estatutos, aos empregados da cooperativa;*
> *XI - área de admissão de associados limitada às possibilidades de reunião, controle, operações e prestação de serviços*

Al optar por la regla de las cooperativas como sociedades simples, el Código Civil no expone esta motivación, no aclara su distinción de las empresas comerciales, ya que en su artículo 966 no determina la rentabilidad como un elemento esencial de las empresas comerciales, limitándose a Debe suponerse que una persona de negocios se considera una persona de negocios que lleva a cabo una actividad económica organizada profesionalmente para la producción o circulación de bienes o servicios.

Cabe señalar que en el artículo anterior no hay advertencia de que las cooperativas no se consideran como empresas comerciales, sin embargo, por disposición expresa del artículo 982, párrafo único, del mismo estatuto, la sociedad cooperativa debe considerarse como simple.

A pesar de diferir de este concepto, en particular debido a la falta de motivación expresada en el Código Civil, Krueger intenta justificar a las cooperativas como sociedades simples; a este respecto, el autor afirma que:

> *"resta, enquadrada a cooperativa como sociedade simples, apenas uma maneira de distinguir essa da empresária: o sócio necessariamente opera com a sociedade; não há possibilidade de existir um sócio exclusivamente detentor de capital, e nesta única condição exercer a condição de mando sobre a sociedade e que a sua participação nos resultados operacionais possa se resumir à distribuição de lucros. A sociedade empresária é aquela em que não somente existe essa possibilidade, como a estrutura organizacional é erigida em torno dessa possibilidade*[27]*"*

El argumento planteado es razonable, pero la hermenéutica resulta ser contundente, ya que la ley no mostró las motivaciones que impiden que las cooperativas sean consideradas empresas comerciales. Sin embargo, por disposición expresa del Artículo 982, párrafo único, del Código Civil, las cooperativas deben clasificarse como sociedades simples, que, según Krueguer, tendrían como distinción distintiva la falta de ánimo de lucro por parte de la sociedad.

Con respecto a los tipos de cooperativas, la Ley N ° 5.764 de 1971 trata solo de expresar las formas que las cooperativas pueden adoptar, a saber: singular, central (o federaciones) y confederaciones. Los primeros están destinados a la prestación directa de servicios a los miembros, mientras que las plantas estarían formadas por tres o más singles y tendrían como objetivo guiar, integrar y facilitar las actividades y el uso recíproco de los servicios. Las confederaciones, a su vez, estarían formadas por la reunión de tres o más centrales, del mismo tipo o diferentes

[27] KRUEGER, G. "As cooperativas como sociedades simples". In: KRUEGUER, Guilmerme (Org.). *Cooperativismo e o novo código civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. pp. 90-105, p. 83

tipos de cooperativas, guiando y coordinando las actividades de los afiliados, en defensa, por lo tanto, del interés global del sistema cooperativo, como se desprende del artículos 6 a 9 de esa ley.

El artículo 10, caput, de la Ley Nº 5.764 de 1971, establece que las cooperativas también se clasifican de acuerdo con la naturaleza u objeto de la actividad desarrollada. En este sentido, se pueden encontrar varios tipos de cooperativas. Vasconcelos[28] ejemplifica, en una extensa lista, varios tipos de cooperativas, tales como: producción agrícola o industrial, mano de obra, procesamiento de productos, compra conjunta, consumo, suministro, crédito. , seguros, construcción de viviendas, cultura editorial e intelectual, escolar y mixta. Además de estos, también hay cooperativas de transporte, recolectores de basura, entre muchos otros posibles. Sin embargo, este trabajo se centra en las cooperativas de crédito.

Al clasificar las cooperativas según su actividad, las sociedades cooperativas de crédito son aquellas que tienen el propósito de otorgar crédito a sus miembros o, en palabras de Salomão Neto[29] *"são entidades que têm por objeto a cooperação mútua entre seus associados através da economia sistemática e do uso adequado do crédito."* En consecuencia, las sociedades cooperativas de crédito funcionan como actores del mercado financiero, ya que la actividad crediticia es típicamente financiera, que comprende "recaudar, intermediar o invertir recursos financieros propios o de terceros en moneda nacional o extranjera", de acuerdo con establece el artículo 17 de la Ley Nº 4.595 de 1964, al definir las actividades típicas de las instituciones financieras.

Actualmente, el alcance de los servicios prestados por estas cooperativas se ha ampliado más allá del mero otorgamiento de crédito. En este sentido, la Resolución N ° 4.434 de 2015 del Banco Central de Brasil les autoriza a realizar las siguientes actividades:

> Art. 17. A cooperativa de crédito pode realizar as seguintes operações e atividades, além de outras estabelecidas na regulamentação em vigor:
> I - captar, exclusivamente de associados, recursos e depósitos sem emissão de certificado;
> II - obter empréstimos e repasses de instituições financeiras nacionais ou estrangeiras, inclusive por meio de depósitos interfinanceiros;
> III - receber recursos oriundos de fundos oficiais e, em caráter eventual, recursos isentos de remuneração ou a taxas favorecidas, de qualquer entidade, na forma de doações, empréstimos ou repasses;
> IV - conceder créditos e prestar garantias, somente a associados, inclusive em operações realizadas ao amparo da regulamentação do crédito rural em favor de associados produtores rurais;
> V - aplicar recursos no mercado financeiro, inclusive em depósitos à vista e depósitos interfinanceiros, observadas as restrições legais e regulamentares específicas de cada aplicação;
> VI - proceder à contratação de serviços com o objetivo de viabilizar a compensação de cheques e as transferências de recursos no sistema financeiro, de prover necessidades de funcionamento da instituição ou de complementar os serviços prestados pela cooperativa aos associados;

[28] DAS CHAGAS VASCONCELOS, F. *Cooperativas: coletânea de doutrina, legislação, jurisprudência e prática.* São Paulo: Iglu, 2001, p. 22
[29] SALOMÃO NETO, E. *Direito bancário.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 72.

> VII - prestar, no caso de cooperativa central de crédito e de confederação de centrais:
> a) a cooperativas filiadas ou não, serviços de caráter técnico, inclusive os referentes às atribuições tratadas no Capítulo VIII;
> b) a cooperativas filiadas, serviço de administração de recursos de terceiros, na realização de aplicações por conta e ordem da cooperativa titular dos recursos, observadas a legislação e as normas aplicáveis a essa atividade; e
> c) a cooperativas filiadas, serviço de aplicação centralizada de recursos, subordinado a política própria, aprovada pelo conselho de administração, contendo diretrizes relativas à captação, aplicação e remuneração dos recursos transferidos pelas filiadas, observada, na remuneração, proporcionalidade em relação à participação de cada filiada no montante total aplicado; e
> VIII - prestar os seguintes serviços, visando ao atendimento a associados e a não associados:
> a) cobrança, custódia e serviços de recebimentos e pagamentos por conta de terceiros a pessoas físicas e entidades de qualquer natureza, inclusive as pertencentes aos poderes públicos das esferas federal, estadual e municipal e respectivas autarquias e empresas;
> b) correspondente no País, nos termos da regulamentação em vigor;
> c) colocação de produtos e serviços oferecidos por bancos cooperativos, inclusive os relativos a operações de câmbio, bem como por demais entidades controladas por instituições integrantes do sistema cooperativo a que pertença, em nome e por conta da entidade contratante, observada a regulamentação específica;
> d) distribuição de recursos de financiamento do crédito rural e outros sujeitos a legislação ou regulamentação específicas, ou envolvendo equalização de taxas de juros pelo Tesouro Nacional, compreendendo formalização, concessão e liquidação de operações de crédito celebradas com os tomadores finais dos recursos, em operações realizadas em nome e por conta da instituição contratante; e
> e) distribuição de cotas de fundos de investimento administrados por instituições autorizadas, observada a regulamentação aplicável editada pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) (BANCO CENTRAL DO BRASIL, 2015).

De esta amplia gama de actividades, se puede ver que las cooperativas de ahorro y crédito de hoy son muy similares a los bancos en términos de sus servicios. Sin embargo, es importante resaltar las diferencias entre estas instituciones financieras, incluidas las ventajas de cada una de ellas.

5 DISTINCIONES ENTRE COOPERATIVAS DE CRÉDITO Y BANCOS COMERCIALES

El artículo 17 de la Ley N ° 4.595, de 1964, trae el concepto de institución financiera, como sigue:

> Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros

> próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Sin embargo, Salomão Neto[30] advierte del alcance demasiado amplio que el artículo otorga a las instituciones financieras, de modo que, si se interpretan literalmente, pocas actividades y empresas nacionales escaparían de la clasificación como instituciones financieras. Por lo tanto, dependía de la doctrina especificar y aclarar lo que se consideraría una institución financiera para fines legales. Lamy Filho y Pedreira[31] sostienen que *"o traço característico das chamadas instituições financeiras é a captação de recursos do público em geral para investimentos financeiros, cujos resultados são atribuídos aos respectivos subscritores"*.

En este contexto, y en virtud de su propia naturaleza, las cooperativas de crédito son propiedad de instituciones financieras, lo cual se reconoce en el artículo 25 de la Ley N ° 4.594 de 1964 al afirmar que "las instituciones financieras privadas, excepto las cooperativas de crédito , solo se constituirá en forma de corporación ". En consecuencia, y a pesar de su forma social constitutiva, las cooperativas de crédito se clasifican como una institución financiera. Sin embargo, no deben confundirse con los bancos comerciales, como las cooperativas de crédito:

> *"são organizações que têm por escopo desenvolver a chamada mutualidade. No setor creditício, sua finalidade consiste em propiciar empréstimo a juros módicos a seus associados, estando subordinadas, na parte normativa, ao Conselho Monetário Nacional e, na parte executiva, ao Banco Central*[32]*"*

Por lo tanto, se supone que el mutualismo es la principal distinción entre las cooperativas de crédito y los bancos comerciales, cuyo interés es típicamente privado y, por lo tanto, rentable.

Aunque las cooperativas de ahorro y crédito y los bancos son agentes financieros, existen diferencias fundamentales entre los dos modelos que, como resultado, pueden llevar a las partes interesadas a optar por cualquiera de los modelos. Para fines didácticos de una mejor visión de las distinciones entre estos agentes, utilizaremos la tabla elaborada por Meinen y Port[33]:

Bancos	Cooperativa de Crédito
Son empresas de capital	Son sociedades de personas
El poder se ejerce en proporción al número de acciones.	El voto tiene el mismo poder a todos (una persona, un voto)
Las deliberaciones se concentran.	Las decisiones se comparten entre muchos
Los gerentes son terceros (hombres del mercado)	Los administradores son intermedios (asociados)
El usuario de operaciones es un mero cliente	El usuario es el propio propietario (cooperativo)
El usuario no tiene influencia en la definición y el precio del producto.	Cada política operativa es decidida por los propios usuarios / propietarios.
Puede tratar a cada usuario de forma distinta	No pueden distinguir: lo que vale para uno va para todos (art. 37 de la Ley no.
Prefieren el público en mayores ingresos y las grandes empresas	No discrimine, sirviendo a todos los públicos.
Priorizar centros grandes (aunque no limitados geográficamente)	No restringir, tener un alto rendimiento en comunidades remotas.

[30] SALOMÃO NETO, E. *Direito bancário.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 17.
[31] LAMY FILHO, A.; PEDREIRA, J.L. *A Lei das S/A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992, p. 479.
[32] ABRÃO, Nelson. *Direito bancário.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 66.
[33] MEINEN, Ê.; PORT M. *Cooperativismo financeiro, percurso histórico, perspectivas e desafios.* Brasília Editora Confebras, 2014, p. 51.

Tienen fines comerciales	No se considera Mercancia (art. 79, párrafo único, de la Ley No. 5.764/71)
La remuneración de las operaciones y servicios no tiene parámetro / límite.	El precio de las operaciones y servicios se basa en los costos y, como parámetro, las necesidades de reinversión.
Asisten en masa, dando prioridad al autoservicio.	La relación es personalizada / individual, con el apoyo de la informática.
No tienen ningún vínculo con la comunidad y la audiencia.	Están comprometidos con las comunidades y los usuarios.
Avanza la competencia	Se desarrollan por cooperación
Objetivo de lucro por excelencia	La ganancia está fuera de su objeto, ya sea por su naturaleza o por determinación legal (art. 3 de la Ley N ° 5.764/71)
El resultado es pocos propietarios (nada se comparte con los clientes)	El excedente (superávit) se divide entre todos (usuarios) en proporción a sus operaciones individuales, lo que reduce aún más el precio final pagado por los miembros y el aumento de la compensación de su inversión
A nivel corporativo, se rigen por el derecho corporativo brasileño.	Están regulados por la Ley de Cooperativas y por su propia legislación.

Fuente: adaptado de Meinen e Port (2014).

Aunque no es el objetivo del presente estudio discutir en detalle las diversas distinciones entre estos agentes financieros, vale la pena destacar algunos de ellos, ya que se consideran fundamentales para su comprensión.

La primera de las distinciones a tener en cuenta es la naturaleza legal de los bancos y cooperativas de crédito, ya que las primeras son compañías de capital, mientras que son sociedades. La diferenciación a este respecto es sobre la importancia de los atributos personales para la constitución de la sociedad, ya que en la sociedad de las personas (en el caso de las cooperativas) [las condiciones] son condición sine qua non para la formación de la sociedad, que se basa en afectio societatis, que corresponde a la intención de las partes de contraerse entre sí en función de la persona con la que se firma el contrato y sus atributos personales. Ya en la sociedad capital, atributos personales como *"as aptidões, a personalidade e o caráter dos sócios são irrelevantes, para o sucesso ou insucesso da empresa explorada pela sociedade*[34]*"*.

Otro aspecto distintivo importante es el "peso" del voto, ya que en las sociedades cooperativas cada asociado tiene un voto, a diferencia de los bancos, donde el voto tiene un "peso" diferente, proporcionalmente al número de acciones de cada accionista. En el cooperativismo, por lo tanto, el efecto beneficioso es que la reducción de la disputa sobre los conflictos por el poder del control social, sin embargo, no es capaz de extinguirlos. Este aspecto también impide la creación de un trato diferenciado entre los miembros, de modo que lo que cuenta para uno se aplicará a todos, como se señala, por ejemplo, en el Artículo 37 de la Ley N ° 5.764 de 1971:

> Art. 37. A cooperativa assegurará a igualdade de direitos dos associados sendo-lhe defeso:
> I - remunerar a quem agencie novos associados;
> II - cobrar prêmios ou ágio pela entrada de novos associados ainda a título de compensação das reservas;
> III - estabelecer restrições de qualquer espécie ao livre exercício dos direitos sociais (BRASIL, 1971).

[34] ULHOA COELHO, F. *Curso de direito comercial. V. 2.* São Paulo: Saraiva, 2014, p. 42

Además, existe una diferencia fundamental en la relación entre los asociados y la cooperativa. Al contrario de lo que sucede con los bancos, los miembros no son simplemente clientes de la cooperativa, sino, simultáneamente, socios y receptores de los servicios. Por lo tanto, todos los miembros pueden participar en las decisiones de gestión y en la operatividad de su propia cooperativa, e incluso pueden decidir el precio de los servicios.

La distinción relevante es también el interés sin fines de lucro de las sociedades cooperativas, lo que Pontes de Miranda justifica ya que el fundamento del cooperativismo radica en superar las adversidades del capitalismo. Para el autor,

> *"há que ser respeitada a prevalência mutualística. Daí ter-se de refutar qualquer teoria ou opinião doutrinária que considere a mesma causa das sociedades cooperativas e a causa das sociedades lucrativas, que são tipicamente capitalistas. Mais se coopera, naquelas, para evitar o fim lucrativo de terceiros que para lucrar. O fato de haver capital não pode ser base para se afirmar que há propósito capitalístico. Por vezes o capital da sociedade é para lutar contra atos alheios capitalísticos*[35]*"*

El propósito de las sociedades cooperativas es permitir condiciones para que los comerciantes más pequeños operen y compitan con grandes empresas capitalistas en un escenario económico menos desequilibrado. La involuntariaidad de las ganancias refleja este ideal. Los asociados no se reunirían para obtener ganancias individualmente, sino para obtener mejores condiciones económicas que les permitieran superar las adversidades e injusticias que existen en un entorno competitivo desigual y feroz.

El resultado financiero positivo eventual, conocido como "sobras", no es, por lo tanto, el final de la cooperativa, sino que corresponde al excedente de la inversión invertida por los miembros y que no se utilizó, por lo que debe devolverse a los miembros en la misma proporción de inversiones, en los estándares establecidos por la propia cooperativa, como lo enfatiza la Resolución N ° 4.434 de 2015 del Banco Central de Brasil. Además, la eventual existencia de las sobras no es un elemento esencial ni un caracterizador de las cooperativas.

El cooperativismo crediticio también tiene la ventaja de promover el desarrollo económico del grupo de miembros, así como de la región en la que opera. En este sentido, es suficiente tener en cuenta que los ingresos de las cooperativas, así como los préstamos a los miembros, proporcionan capital a los propios miembros. Este capital, a su vez, puede regresar, como crecimiento económico, al negocio de los miembros (si es una cooperativa de empresarios) o a la vida diaria de la localidad, ya que la ganancia de capital aumenta los ingresos de los miembros y, en consecuencia, su poder adquisitivo e incluso la producción, lo que impulsa la economía de la región. Además, las cooperativas pueden proporcionar comentarios intangibles a los miembros a medida que brindan reuniones entre los miembros, lo que es potencialmente un nuevo desarrollador de negocios per se.

Curiosamente, en los ideales cooperativos está la responsabilidad social de las cooperativas, que buscan no solo el desarrollo del cooperativismo como modelo económico, sino que también revelan la intención educativa y emancipadora de la propia cooperativa, ya que las ganancias e inversiones en el sistema cooperativo proporcionan beneficios positivos para la colectividad.

CONCLUSIONES

La elección constitucional de alentar el cooperativismo refleja un proceso histórico que se refiere a la matriz de desarrollo del estado liberal. El movimiento cooperativo surge como una forma de superar las adversidades derivadas del capitalismo, lo que ha demostrado, en su dinámica clásica, perjudicial para la

[35] MIRANDA, P. *Tratado de direito privado. Tomo XLIX* Rio de Janeiro: Borsoi, 1965, p. 431.

sociedad. A lo largo del siglo XIX, los trabajadores urbanos y rurales no disfrutaron de los beneficios de ese modelo socioeconómico, ya que los ingresos se concentraron en una pequeña porción social, que poseía los medios de producción.

El cooperativismo surgió en el continente europeo y se expandió rápidamente como una alternativa económica orientada al desarrollo. Aunque se inauguró como un medio para promover un mayor poder de consumo para sus miembros, la cooperación en préstamos a tasas de interés y cargos más bajos que los cobrados por los tenedores de capital pronto demostró ser muy viable para los pequeños productores y trabajadores urbanos y zonas rurales que necesitan crédito. En poco tiempo, el cooperativismo crediticio se expresó altamente en los diversos estados del continente europeo, presentando pequeñas distinciones formales entre los modelos instituidos espontáneamente.

El estímulo al cooperativismo crediticio está relacionado con la importancia de la actividad financiera como fuerza impulsora para el desarrollo, lo que la convierte en objeto de intervención estatal. Sin embargo, existen varios tipos de instituciones financieras, siendo los bancos y las cooperativas de crédito las más comunes en el sector privado. Sin embargo, existen diferencias fundamentales entre los dos que pueden influir en la elección de los ciudadanos y las personas jurídicas interesadas en obtener crédito.

Sin embargo, el Estado, como agente para promover políticas públicas, tiene, en el cooperativismo crediticio, un modelo social y económicamente atractivo para promover el crecimiento económico con equidad socioeconómica.

Entre las ventajas que presenta el cooperativismo crediticio se encuentran: a) la condición simultánea de socio y cliente de las sociedades cooperativas, ya que los usuarios del servicio pueden participar en el proceso de toma de decisiones, sin distinción en cuanto al peso de sus votos, que independiente de la cantidad de capital de la asociada; b) la personalidad en relación con aquellos que son contratados, siendo un elemento evaluativo en las sociedades cooperativas, de modo que estén interesados en los atributos personales de los socios, lo cual es interesante cuando se considera el interés de la ayuda mutua y la asistencia de los propios miembros; c) el interés sin fines de lucro de las sociedades cooperativas, lo que resulta en una reducción en la remuneración de sus servicios en comparación con los bancos comerciales, lo que beneficia a toda la economía ya que la competencia conduce a reducciones de precios; d) El otorgamiento de crédito a través del sistema de cooperación permite al receptor utilizar el crédito otorgado más ventajosamente para volver a aplicarlo en su empresa económica o para saldar sus deudas con otros acreedores, lo que facilita la circulación de la riqueza por parte del menor costo e incentivo a la producción y consumo.

La combinación de estas ventajas, en particular el menor costo de los servicios y la posibilidad de participación en el proceso de toma de decisiones, influye en la opción de la parte interesada de asociarse con las cooperativas de crédito, lo que induce el crecimiento del sistema cooperativo. Sin embargo, la mera demanda de cooperativismo no es suficiente para su uso adecuado como elemento viable del desarrollo socioeconómico, por lo que es necesario adoptar políticas públicas que lo estimulen.

También debe destacarse, como razones para fomentar el cooperativismo, los valores en los que se basa. Valores como: a) la solidaridad que se revela en la ayuda mutua entre los miembros de la cooperativa y entre ellos y la sociedad, lo que hace que la competencia no sea depredadora; b) la libertad de emprendimiento existente entre las actividades de los miembros en relación con la cooperativa; c) el sentido de equidad entre los miembros y entre ellos y la sociedad, dados los diversos programas sociales y de capacitación que se pueden promover en el contexto de la actividad cooperativa. El reconocimiento de estos valores conduce a un cambio en las percepciones individuales y colectivas de la economía y, a la larga, permite la creación de bases ideológicas para el desarrollo en la combinación de sus tres pilares: generación de riqueza a través del emprendimiento innovador, equidad socioeconómica y protección y preservación del medio ambiente. .

La realización del aumento numérico del sistema cooperativo incluso en un escenario de recesión económica demuestra su capacidad para promover el crecimiento socioeconómico. Además, el modelo de cooperativa de crédito ayuda a los miembros en crisis, ya que les proporciona una fuente de crédito, sujeta a la supervisión del Banco Central de Brasil, que garantiza el no colapso del sistema.

También se enfatiza la peculiaridad de que el crédito otorgado se utiliza en la propia región, por lo que aumenta la circulación de la riqueza local y regional, lo que representa un efecto beneficioso para el desarrollo territorial descentralizado. Por lo tanto, el cooperativismo crediticio tiene un alto potencial para reducir las desigualdades socioeconómicas en el contexto federativo, manteniendo así la plena armonía con el sistema constitucional actual.

Por lo tanto, se entiende que las cooperativas de crédito comprenden una propuesta interesante para el desarrollo socioeconómico de los miembros e incluso el desarrollo regional, ya que promueve la circulación de la riqueza.

Por lo tanto, parece que la hipótesis presentada como respuesta al problema-tema se verificó a lo largo del trabajo. El éxito que ha encontrado el cooperativismo crediticio en varios estados, combinado con los valores que lo guían y las ventajas subjetivas y colectivas que proporciona, son herramientas hábiles para permitir que el estado implemente políticas públicas para promoverlo de manera adecuada y eficiente manera de concretar el principio normativo-programático del artículo 174, § 2, de la Constitución de la República Federativa de Brasil, es decir, de estimular el cooperativismo, especialmente en su aspecto crediticio.

Referencias

ABRÃO, N. *Direito bancário.* 16. ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

BANCO CENTRAL DO BRASIL. Resolução nº 4.434, de 5 de agosto de 2015. Dispõe sobre a constituição, a autorização para funcionamento, o funcionamento, as alterações estatutárias e o cancelamento de autorização para funcionamento das cooperativas de crédito e dá outras providências.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil.

BRASIL. Lei nº 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.

BRASIL. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências.

COELHO, F. *Curso de direito comercial. V. 2.* São Paulo: Saraiva, 2014

COURI, S. *Liberalismo e societalismo.* Brasília: Unb, 2001.

DERZI, M. *Tipo ou conceito no direito tributário?* Belo Horizonte: Universidade Federal de Minas Gerais, 1988.

FONSECA, J. *Direito econômico.* 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

IRION, J. E. *Cooperativismo e economia social*. São Paulo: STS, 1997

KOSLOVSKI, J. P. "A evolução histórica das cooperativas de crédito". In: GRUPENMACHER, Betina Treiger (Coord.). *Cooperativas e tributação.* Curitiba: Juruá, 2001, pp. 19-32.

KRUEGER, G. "As cooperativas como sociedades simples". In: KRUEGUER, Guilmerme (Org.). *Cooperativismo e o novo código civil*. 2. ed. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006. pp. 90-105.

LAMY FILHO, A., PEDREIRA, J. L.. *A Lei das S/A.* Rio de Janeiro: Renovar, 1992.

MEINEN, Ê.; PORT M. *Cooperativismo financeiro, percurso histórico, perspectivas e desafios.* Brasília Editora Confebras, 2014

MENDONÇA, J. X. *Tratado de direito comercial brasileiro.* Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1954.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado. Tomo XLIX.* Rio de Janeiro: Borsoi, 1965

MORENO, M. de J. *Cooperativas de crédito en la comunidad autônoma del País Vasco e Navarra: retos e futuros.* San Sebastian: Universidad del País Vasco: Instituto del Derecho Cooperativo y Economía Social, 1999

OLIVEIRA, A. "A evolução do cooperativismo de crédito no Brasil e na Europa: algumas considerações para o seu fortalecimento". In: LEITE, Jacqueline Rosadine de Freitas; SENRA, Ricardo Belízio de Faria (Org.). *Aspectos jurídicos das cooperativas de crédito.* Belo Horizonte: Mandamentos, 2005. pp. 21-53

OLIVEIRA, M. L. *A constituição juridicamente adequada.* 2. ed. Belo Horizonte: D´Plácido, 2016.

PEREIRA, J. "Cooperativas, uma alternativa". In: ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli; BRAGA, Ricardo Peake. *Cooperativas à luz do código civil.* São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 97-131

PINHEIRO, M. A. *Cooperativas de crédito: história da evolução normativa no Brasil.* 6. ed. Brasília: BCB, 2008

PRADO, F. A. *Tributação das cooperativas à luz do direito cooperativo.* Curitiba: Juruá, 2011.

REINADO, L. "Cooperativas de Crédito". In: ALMEIDA, Marcus Elidius Michelli; BRAGA, Ricardo Peake. *Cooperativas à luz do código civil.* São Paulo: Quartier Latin, 2006. pp. 71-93

ROSSI, A. do C. Sampaio. *Cooperativismo à luz dos princípios constitucionais.* Curitiba: Juruá, 2011.

SALOMÃO NETO, E. *Direito bancário.* 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014

SINGER, P. *Introdução à economia solidária*. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2002.

VASCONCELOS, F. *Cooperativas: coletânea de doutrina, legislação, jurisprudência e prática.* São Paulo: Iglu, 2001.

WEIL, P. *A nova ética*. Rio de Janeiro: Rosa dos Tempos, 1994.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 117-131
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A nacionalidade como um direito humano e os desafios da apatridia

The citizenship as a human right and the challenges of statelessness

Marília Oliveira Leite Couto[1]
Deilton Ribeiro Brasil[2]
Universidade de Itaúna-MG (UIT)

Sumário: 1. Introdução. 2. Nacionalidade: a construção de um conceito e sua importância como direito humano. 3. Apatridia e a evolução de instrumentos normativos que garantem o direito à nacionalidade. 4. Contexto atual e perspectivas. 5. Considerações finais. 6. Referências.

Resumo: A nacionalidade, conceito tão antigo quanto o Estado Moderno, é atualmente um dos principais direitos do homem, atrelado a diversos outros direitos e indispensáveis para que qualquer ser humano desfrute de uma vida digna. Contudo, a aplicação desse direito encontra barreiras na medida em que depende de normas estabelecidas pelos Estados no âmbito doméstico. Nesse sentido, questões territoriais, leis discriminatórias, dentre diversos outros fatores, contribuem para que milhões de pessoas não sejam reconhecidas como nacionais de nenhum Estado. Tais pessoas são denominadas apátridas e, segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), existem cerca de 4 milhões de indivíduos identificados nessa situação no mundo. O presente artigo busca, portanto, compreender a construção do conceito de nacionalidade a partir da criação do Estado Moderno, sua importância e desdobramento como direito humano e os principais desafios do combate à apatridia. A pesquisa é de natureza teórico-bibliográfica seguindo o método indutivo que instruiu a análise da legislação, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

Palavras chave: nacionalidade; direitos humanos; apatridia.

Abstract: Nationality, a concept as old as the Modern State, is currently one of the main human rights, attached to several other rights and indispensable for any human being to enjoy a dignified life. However, the application of this right is hampered by the fact that it depends on rules set by States at the domestic scope. In this sense, territorial issues, discriminatory laws, among many other factors, contribute to the fact that millions of people are not recognized as nationals of any State. These people

[1] Mestranda do PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT). Especialista em Direito Processual Constitucional pela PUC/MINAS. Bacharel em Direito pela UNIMONTES. Tabeliã de Protesto de Títulos e Documentos MG.

[2] Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF-RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE).

Recibido: 30/12/2019
Aceptado: 03/02/2020

are called stateless and, according to data from the United Nations High Commissioner for Refugees, there are about 4 million people in this situation in the world. Therefore, the present article seeks to understand the construction of the concept of nationality from the creation of the Modern State, its importance and development as a human right and the main challenges in the fight against statelessness. The research nature is theoretical and bibliographical following the inductive method that instructed the analysis of the legislation, as well as the doctrine that informs the concepts of dogmatic order.

Keywords: nationality; human rights; statelessness.

1. INTRODUÇÃO

A nacionalidade, apesar de aparentar algo simples de se obter, sem necessidade de grandes investimentos, tanto por parte do governo quanto do indivíduo, ainda representa um ideário para milhões de pessoas ao redor do mundo. Por inúmeras razões, sejam elas normativas, étnicas, territoriais, dentre outras, diversas pessoas mundo afora não são consideradas nacionais de nenhum país, ou seja, são apátridas. Segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados foi relatada a existência de mais de três milhões de apátridas no mundo[3]. Contudo, como tais pessoas não possuem registro, estima-se que esse número seja três vezes maior.

Em um sistema internacional organizado em Estados Soberanos, possuir uma nacionalidade é de extrema importância. A ligação a uma autoridade soberana é o principal meio de garantia de direitos básicos aos indivíduos como educação, voto, trabalho. O fenômeno da apatridia se torna uma preocupação internacional após a Primeira Guerra Mundial, com a dissolução de diversos Estados e a consequente perda da nacionalidade por milhares de pessoas. Tal evento coloca em evidência a importância de se resguardar a nacionalidade aos indivíduos, assim como as diversas outras razões que levam milhões de pessoas a serem privadas de uma nacionalidade. Dessa forma, por meio da Declaração Universal dos Direitos Humanos a nacionalidade é apresentada como um importante direito inerente ao indivíduo, sendo, portanto, considerada porta de entrada para os demais direitos.

Nesse sentido, o presente artigo se propõe a analisar a importância da nacionalidade e seu desenvolvimento como um direito humano, tendo em vista principalmente um sistema internacional organizado em Estados soberanos, com atuação central destes. Além disso, será apontada a evolução dos instrumentos normativos que garantem o direito, e o estado atual da proteção da nacionalidade.

O método utilizado para a realização do trabalho foi o indutivo com a abordagem de categorias consideradas fundamentais para o desenvolvimento nas perspectivas legal e ambiental sobre o tema da nacionalidade como um direito humano e os enfrentamentos da apatridia. Os procedimentos técnicos utilizados na pesquisa para coleta de dados foram essencialmente a pesquisa bibliográfica.

O levantamento bibliográfico forneceu as bases teóricas e doutrinárias a partir de livros e textos de autores de referência, tanto nacionais como estrangeiros. Enquanto o enquadramento bibliográfico utiliza-se da fundamentação dos autores sobre um assunto, o documental articula materiais que não receberam ainda um devido tratamento analítico. A fonte primeira da pesquisa é a bibliográfica que instruiu a análise da legislação constitucional e a infraconstitucional, bem como a doutrina que informa os conceitos de ordem dogmática.

---

[3] ACNUR, “No marco do quarto ano da campanha #IBelong para erradicar a apatridia, ACNUR pede soluções mais efetivas aos Estados”, 2018. Fonte: http://www.acnur.org/portugues/2018/11/13/comemorando-o-quarto-ano-da-campanha-para-erradicar-a-apatridia-o-acnur-pede-solucoes-mais-efetivas-aos-estados/, consultado a 26/06/2019.

2. NACIONALIDADE: A CONSTRUÇÃO DE UM CONCEITO E SUA IMPORTÂNCIA COMO DIREITO HUMANO

Três anos após o fim da Segunda Guerra Mundial (1938-1945) e após a criação do organismo internacional que hoje viria a ser um dos mais influentes e notáveis nas relações internacionais, a Organização das Nações Unidas (ONU), aprovava-se a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH). As atrocidades cometidas contra a vida humana durante a Segunda Guerra Mundial, os níveis de violência e o alcance do conflito alarmaram a sociedade internacional. Nesse contexto de pretensões voltadas à manutenção da paz e preservação da vida humana foi criada a ONU em 1945 e, em 1948 a Declaração Universal dos Direitos Humanos era adotada[4]. Indubitavelmente tratam-se de eventos marcantes para a história e para a trajetória da humanidade. Apesar do caráter recomendatório da declaração, pela primeira vez os direitos humanos foram especificamente retratados e enumerados em âmbito internacional, assim como, a consequente rejeição, mesmo que inicialmente de cunho somente moral, de práticas que ferem a existência humana.

Dentre uma gama de direitos protegidos na DUDH encontra-se o direito de nacionalidade presente no artigo 15 da declaração. Não obstante, o direito a nacionalidade é muitas vezes desdenhado, se comparado a outros direitos presentes na declaração, como o direito à liberdade e educação, por exemplo, amplamente debatidos não só na academia como também no cotidiano de diversas pessoas. É oportuno comentar que parte desse lapso deve-se a uma certa ignorância da sociedade civil quando se fala de direitos humanos, muitas vezes limitando-se a acreditar que trata-se de um conjunto de poucos e genéricos direitos, ou até mesmo de normas dispensáveis[5].

Como será visto posteriormente, a mesma perspectiva se observa ao analisar a atuação dos Estados frente ao direito de nacionalidade, ou seja, observam-se poucos esforços de cunho governamental em combater o não cumprimento desse direito.

Nesse contexto, o direito de nacionalidade se encontra nesse rol de direitos protegidos sob um aparato normativo, mas que ainda há muito que se aperfeiçoar. Segundo o artigo 15 da DUDH, "todo homem tem direito a uma nacionalidade" e "ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade"[6]. Dessa forma, reconhece-se desde 1948 que a nacionalidade deve ser um direito a ser garantido a todos, bem como proíbe a sua privação e privação de sua mudança a qualquer indivíduo.

A nacionalidade pode ser analisada tanto por um aspecto sociológico quanto por um jurídico. Segundo a corrente sociológica, nacionalidade refere-se a um compartilhamento de uma cultura, costumes e línguas, que suscitam um sentimento de pertencimento[7]. Em outras palavras, considera-se tal caráter valorativo do conceito em sua análise, ao dizer que se trata de um compartilhamento de interesses e práticas semelhantes. Dessa forma, nacionalidade é fortemente atrelada ao conceito de nação, esta última descrita por Fernando de Sousa como uma "comunidade histórica de cultura, fundada numa história comum, em afinidade de

---

[4] DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, "Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris", 1948. Fonte: http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf, consultado a 26/06/2019.

[5] UNITED FOR HUMAN RIGHTS, "The Story of Human Rights Documentary", 2017. Fonte: http://www.youtube.com/watch?v=dZgBHtGDp14, consultado a 13/08/2019.

[6] DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS, "Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris", 1948. Fonte: http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf , consultado a 26/06/2019.

[7] FRAZÃO, A. C. "Uma breve análise sobre o direito à nacionalidade", ***Revista Jus Navigandi***, 46(5), 2000. Fonte: http://jus.com.br/artigos/57, consultado a 31/07/2019.

espírito e instituições, e num sentimento de destino comum"[8]. Consequentemente, nação não implica necessariamente na existência de um poder soberano, podendo existir com ou sem a presença dessa autoridade[9].

A parte jurídica, por outro lado, considera como o grande protagonista do conceito o Estado Soberano. Ao definir nacionalidade, Fernando de Sousa a apresenta como um "vínculo político e jurídico de pertença a um dado Estado"[10]. Nesse sentido, nacionalidade não só se relaciona ao pertencimento a um território específico, como também a uma sujeição a um determinado poder político. Essa conexão entre indivíduos e Estado é pautada em direitos e deveres, no qual, comumente, o indivíduo passa a desfrutar de determinados direitos contanto que esteja em conformidade com as normas estabelecidas pelo governo central. Por conseguinte, os naturais de um Estado gozando do pleno exercício de certos direitos (principalmente civis e políticos) são denominados cidadãos. Dessa forma, é importante ressaltar que nacionalidade e cidadania são conceitos distintos, sendo a segunda adquirida quando assegurada a nacionalidade da pessoa[11].

Tendo em vista a estreita relação entre indivíduo e Estado, a conceitualização de nacionalidades é longínqua, datando desde a criação deste ordenamento político-territorial (Estados).

> Nesse modelo de Estado soberano que já se desenhava desde o século XVII, a partir da Paz de Vestfália, e que agora veio a ser tomado pela nação, o indivíduo só é relevante perante a comunidade internacional enquanto for membro de um Estado. Perante as outras comunidades políticas, somente o próprio Estado tem capacidade (ou personalidade) jurídica. O indivíduo, por sua vez, só tem direitos e deveres para com aquela comunidade com a qual tem um vínculo formal, a chamada nacionalidade, e se relaciona apenas mediatamente com o direito internacional[12].

Dessa forma, a Paz de Vestfália (1648), conjunto de tratados que colocaram fim à Guerra dos Trinta Anos[13], determinou dentre outras medidas, a criação do Estado Soberano, definindo os princípios básicos de sua existência: território, povo e autoridade interna do governo[14]. Sendo o Estado considerado o principal ator nas relações internacionais, a sua criação estabelece junto com o conceito de

---

[8] SOUSA, F. "Nacionalidade" *Dicionário Relações Internacionais* (SOUSA. F. coord), Edições Afrontamento/ CEPESE – Centro de Estudos da População, Economia e Sociedade, 2005, p. 124.

[9] SOUSA, F. "Nação", *Dicionário Relações Internacionais* (SOUSA, F. coord), 2005, p. 124.

[10] SOUSA, F. "Nacionalidade", *Dicionário Relações Internacionais* (SOUSA, F. coord), 2005, p. 123.

[11] FRAZÃO, A. C. "Uma breve análise sobre o direito à nacionalidade", ***Revista Jus Navigandi***, 46(5), 2000. Fonte: http://jus.com.br/artigos/57, consultado a 31/07/2019.

[12] LISOWSKI, T. R. "A Apatridia e o Direito a ter Direitos: um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos apátridas", *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná,* 03, 2012, p. 113. Fonte: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_4_A_Apatridia.pdf, consultado a 20/07/2019.

[13] A Guerra dos Trinta Anos (1618-1648) foi um conflito envolvendo majoritariamente as dinastias rivais de Bourbon e Habsburgo que ocupavam diversos territórios na Europa Central, desde praticamente ao que hoje corresponde a Espanha até a Hungria. A guerra que se iniciou com embate entre o domínio de católicos e protestantes na região da Boêmia (atual República Tcheca), atingiu proporções geopolíticas, sendo considerada a primeira guerra de grandes dimensões a ocorrer na Europa. Além disso, foi a primeira vez em que tratados foram firmados com o intuito de encerrar guerras na Europa, os Tratados de Vestfália. FRANÇA FILHO, M. T. "História e Razão do Paradigma Vestfaliano", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México Ciudad, 2006. Fonte: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-32.pdf, consultado a 25/08/2019.

[14] SOUSA, F. "Nação", *Dicionário Relações Internacionais* (SOUSA, F. coord), 2005.

nacionalidade, uma relação pautada em grande dependência entre indivíduos, território e poder político. A associação a um Estado Soberano passa a ser, concretamente, o maior instrumento de reconhecimento, direitos e proteção para um indivíduo[15].

A Corte Internacional de Justiça, no Caso Nottebohm[16] aponta ainda a nacionalidade como "um laço jurídico que tem como fundamento um fato social de ligação, uma solidariedade efetiva de existência, interesses e sentimentos, juntamente com direitos e deveres recíprocos[17]" reforçando o vínculo entre Estado e indivíduo. Apesar de representar uma forte base de proteção para os indivíduos, ao mesmo tempo, torna aqueles que por alguma razão não são reconhecidos como nacionais de nenhum Estado, extremamente vulneráveis. Tais pessoas são denominadas apátridas[18].

O atual sistema internacional organizado em Estados Soberanos apresenta a nacionalidade, portanto, como um indispensável direito inerente ao homem na medida em que ela é pré-requisito para se ter acesso a todos os demais direitos. Em diversos Estados o exercício pleno de direitos civis, econômicos, políticos e sociais só é permitido para os detentores da nacionalidade. Em outras palavras, a ausência de uma nacionalidade impede que pessoas tenham acesso à educação, saúde pública, trabalho, identidade. Impede que essas pessoas tenham o direito de manifestar sua existência, de serem ouvidas, representadas e reconhecidas, prejudicando-as não somente em âmbito legal, quanto também sua dignidade[19] [20].

A importância da nacionalidade para o ser humano se estende ainda na medida em que ela garante proteção ao indivíduo tanto em seu país de origem quanto internacionalmente. Indivíduos quando reconhecidos como nacionais de algum Estado, podem recorrer aos mecanismos do direito internacional de proteção diplomática, uma vez ameaçados na esfera internacional[21].

---

[15] LISOWSKI, T. R. "A Apatridia e o Direito a ter Direitos: um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos apátridas", *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, 03, 2012. Fonte: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_4_A_Apatridia.pdf, consultado a 20/07/2019.

[16] Friedrich Nottebohm, nascido na Alemanha, viveu por anos na Guatemala devido a negócios que conduzia no país, contudo nunca chegou a solicitar a nacionalidade guatemalteca. Em uma de suas viagens à Europa, em meio ao conflito da Segunda Guerra Mundial, Nottebohm havia conseguido a nacionalidade de Liechtenstein, apesar de não possuir vínculos com o país. Ao retornar à Guatemala, contudo, o empresário foi proibido de entrar no país. Liechtenstein recorreu à Corte Internacional de Justiça a favor de Nottebohm, acusando a Guatemala de não obedecer às normas do Direito Internacional. A CIJ decidiu de forma contrária à Liechtenstein, alegando que a nacionalidade de Nottebohm não fora concedida de forma genuína, mas sim baseada em interesses geopolíticos. INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, "Nottebohm Liechtenstein v. Guatemala: overview of the case". Fonte: http://www.icj-cij.org/en/case/18, consultado a 25/08/2019.

[17] A legal bond having as its basis a social fact of attachment, a genuine connection of existence, interest and sentiments, together with the existence of reciprocal rights and duties.

[18] EDWARDS, A. "The meaning of nationality in international law in an era of human rights: procedural and substantive aspects", *Nationality and Statelessness under International Law* (EDWARDS, A.; WAAS, L. V.), Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 12.

[19] WEISSBRODT, D.; COLLINS, C. "The Human Rights of Stateless Persons", *Human Rights Quarterly Journal*, 28(1), The Johns Hopkins University Press Stable, 2006. Fonte: http://www.jstor.org/stable/20072730, consultado a 31/07/2019.

[20] NAÇÕES UNIDAS BRASIL, "Artigo 15: Direito a nacionalidade", 2018. Fonte: http://nacoesunidas.org/artigo-15-direito-a-nacionalidade/, consultado a 13/07/2019.

[21] WEISSBRODT, D.; COLLINS, C. "The Human Rights of Stateless Persons", *Human Rights Quarterly Journal*, 28(1), 2006. Fonte: http://www.jstor.org/stable/20072730, consultado a 31/07/2019.

Nesse contexto, a nacionalidade é considerada por diversos autores como "o direito a se ter direitos" levando, consequentemente, apátridas e serem vistos no ambiente internacional como pessoas desprovidas de direito, aos quais nenhum Estado tem a obrigação de proteger. Essa concepção, contudo, diverge com os princípios dos direitos humanos que priorizam a natureza humana, o simples fato de ser um humano, como o fundamento básico para a aquisição de direitos. O sistema organizacional estatal e a caracterização do ser humano sob normativas do direito internacional, portanto, dificulta de certa forma, a aplicação do direito à nacionalidade a todos os indivíduos. Esforços internacionais com vistas a alterar o quadro são de suma importância, assim como a propagação da informação a respeito da problemática[22].

3. APATRIDIA E A EVOLUCAO DE INSTRUMENTOS NORMATIVOS QUE GARANTEM O DIREITO À NACIONALIDADE

Diante uma sociedade complexa, organizada em diversos âmbitos, com a existência de diversos conceitos próximos, porém distintos (nacionalidade, nação, Estado, cidadania...), o fenômeno da apatridia é entendido por diversos teóricos, dentre eles T. R. Lisowski, como uma debilidade do sistema que procurava ligar Estado e Nação. A absorção da corrente sociológica na definição de nacionalidade por governos soberanos teria criado uma noção utópica do conceito. A ideia de que as fronteiras dos Estados deveriam ser demarcadas segundo a disposição de grupos étnicos, ou seja, um Estado seria composto por pessoas que compartilhavam de uma história e preceitos semelhantes, favoreceu o postulado de Estado-Nação. Na prática, contudo, as fronteiras não foram necessariamente assim definidas, mas a ideia de que as pessoas presentes em determinados territórios compartilhavam de uma identidade comum se mantinha[23].

Segundo Lisowski, a Primeira Guerra Mundial, contudo, evidenciou as fragilidades desse ideário, ou seja, revelou as dificuldades em se compartilhar uma nacionalidade, em seu sentido sociológico, por vários grupos distintos.

> A convivência aparentemente pacífica de nações culturalmente diferentes entre si era garantida apenas pela força de um poder centralizado; com a ruína desse poder, as lutas internas floresceram com todo o vigor. Não seria fácil, na reorganização das fronteiras, continuar obedecendo ao princípio da nacionalidade. De fato, o redesenho da Europa promovido pelos Tratados de Paz da pós-primeira guerra não acabou com a história dos países multinacionais, mas pelo contrário, apenas modificou arbitrariamente a ordem então colapsada e favoreceu alguns grupos nacionais em detrimento de outros[24].

Nesse sentido, a Primeira Guerra Mundial, juntamente com a disseminação de três grandes Estados compostos por populações intensamente distintas (Áustria-Hungria, Rússia e Turquia), acarretou na expatriação de milhões de pessoas, disputas

---

[22] WEISSBRODT, D.; COLLINS, C. "The Human Rights of Stateless Persons", *Human Rights Quarterly Journal*, 28(1), 2006, p. 248. Fonte: http://www.jstor.org/stable/20072730, consultado a 31/07/2019.

[23] LISOWSKI, T. R. "A Apatridia e o Direito a ter Direitos: um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos apátridas", *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, 03, 2012. Fonte: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_4_A_Apatridia.pdf, consultado a 20/07/2019.

[24] LISOWSKI, T. R. "A Apatridia e o Direito a ter Direitos: um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos apátridas", *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, 03, 2012, p. 114. Fonte: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_4_A_Apatridia.pdf, consultado a 20/07/2019.

políticas e o surgimento de indivíduos mais ainda marginalizados, que não se inseriam e não eram representados por nenhum dos grupos politicamente dominantes. Tal episódio ilustra com clareza a fragilidade do sistema Estado-Nação, e principalmente do indivíduo nessa estrutura[25]. É nesse contexto pós-guerras mundiais que o mundo evidência uma primeira grande onda de pessoas perdendo a nacionalidade, do surgimento de novos apátridas e o início de uma preocupação em resguardá-la como direito humano.

O fenômeno da apatridia é definido pelo Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados como a "situação posta a indivíduos que não possuem vínculo de nacionalidade com qualquer Estado"[26], ou seja, que não são reconhecidos como nacionais de nenhum Estado.

M. Gibney, por outro lado, aponta o conceito normativo da condição de apátrida afirmando que

> ...ser apátrida é entendido como padecer uma perda ou uma privação. Em seus termos mais amplos, essa privação é de "proteção do Estado". Ser apátrida é não usufruir de vários direitos e garantias pelos Estados a seus nacionais, incluindo o direito legal de residir em algum lugar na superfície da Terra[27] [28].

O autor destaca, portanto, a vulnerabilidade a que indivíduos apátridas estão sujeitos. Segundo ainda M. J. Gibney[29], o conceito descritivo limita-se a caracterizar um determinado grupo social, enquanto o normativo aponta os pretextos da apatridia. Dessa forma, ainda que esteja elencada como um direito humano, a nacionalidade é negada ou perdida por milhões de pessoas, e por razões diversas.

Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados, leis nacionais são os principais motivos que causam apatridia. São as leis nacionais de cada Estado que definem como os indivíduos podem adquirir a nacionalidade e, algumas vezes, seja intencionalmente ou por incoerências na redação, tais normas podem excluir algumas pessoas. Na maioria das vezes, essas leis são baseadas em *jus soli* ou *jus sanguinis.* O primeiro refere-se à lei da terra, e como se pode inferir, a nacionalidade é adquirida conforme o local de nascimento. *Jus sanguinis*, por outro lado, baseia-se em laços sanguíneos, ou seja, é necessário comprovar a descendência familiar[30]. Em países cujas leis se baseiam em *jus sanguinis* pode ocorrer, por exemplo, de crianças órfãs ou abandonadas, cujos pais são desconhecidos, terem a nacionalidade negada.

---

[25] LISOWSKI, T. R. "A Apatridia e o Direito a ter Direitos: um estudo sobre o histórico e o estatuto jurídico dos apátridas", *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná*, 03, 2012. Fonte: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_4_A_Apatridia.pdf, consultado a 20/07/2019.

[26] ACNUR, "Apatridia", 2012, p. 3. Fonte: http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Apatridia_Cartilha-informativa_ACNUR-2012.pdf, consultado a 12/08/2019.

[27] GIBNEY, M. J. "Statelessness and citizenship in ethical and political perspective", *Nationality and Statelessness under International Law* (EDWARDS, A.; WAAS, L. V. coord.), Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 47.

[28] To be stateless is perceived to be suffering a loss or a deprivation. In its broadest terms, this deprivation is of 'State protection'. To be stateless is not to enjoy various rights and entitlements guaranteed by states to their nationals, including the right lawfully to reside somewhere on the earth's surface.

[29] GIBNEY, M. J. "Statelessness and citizenship in ethical and political perspective", *Nationality and Statelessness under International Law* (EDWARDS, A.; WAAS, L. V coord.), Cambridge University Press, Cambridge, 2014.

[30] WEISSBRODT, D.; COLLINS, C. "The Human Rights of Stateless Persons", *Human Rights Quarterly Journal*, 28(1), 2006. Fonte: http://www.jstor.org/stable/20072730, consultado a 31/07/2019.

Outra ocasião em que interfere bastante o reconhecimento da nacionalidade é a constituição de novos Estados e mudanças de fronteiras. Nesses casos, nos quais normalmente envolveram conflitos culturais e/ou fronteiriços, minorias podem ter dificuldades em comprovar sua associação ao Estado, como aconteceu após a Primeira Guerra Mundial, explanado anteriormente. Tal fato pode ainda estar atrelado a leis discriminatórias contra determinado grupos, como no caso dos judeus na Alemanha nazista, ou no caso de países com leis discriminatórias contra mulheres, em que somente reconhecem a nacionalidade de crianças quando identificado o pai[31].

Nesse contexto, percebe-se que as leis baseadas em *jus sanguinis* podem se apresentar como barreiras para a luta contra a apatridia, pois não somente causam novos casos como também sustentam o quadro. Isso acontece porque além de negar a nacionalidade àqueles que não conseguem comprovar a relação familiar com nacionais do país, aqueles nascidos de famílias apátridas, sob a *jus sanguinis* serão automaticamente privados de nacionalidade, assim como são os seus parentes[32].

Tendo em vista esse contexto, juntamente com o colapso de Estados-Nação na Primeira Guerra Mundial, vários tratados internacionais foram surgindo em meados do século XX com o objetivo de combater a apatridia e garantir o direito de nacionalidade a todos. Como abordado inicialmente, o direito a nacionalidade aparece pela primeira vez na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948. Contudo, devido ao seu valor declaratório, o enunciado na DUDH não apresenta caráter obrigatório, tampouco mecanismos de obrigação. Por outro lado, a determinação do direito à nacionalidade na DUDH abriu caminho para diversos outros tratados futuramente formulados[33].

Em 1954 a condição dos apátridas é adereçada especificamente em meio internacional, na Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas. Essa primeira convenção trata sobre a proteção de pessoas apátridas, reafirmando direitos fundamentais aos apátridas vivendo sob a jurisdição dos Estados partes, tais como direito a liberdade religiosa, acesso à educação e moradia. Posteriormente, em 1961 foi adotada a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia cujo foco principal é a diminuição da ocorrência de apátridas. A convenção anuncia, por exemplo, que os Estados partes devem conter ocasiões em que pessoas podem perder a nacionalidade sem conseguir outra, e criar meios necessários para que os nascidos em seus territórios lhes sejam atribuídos a nacionalidade[34].

Diversos outros tratados mencionam e/ou reafirmam a questão da nacionalidade. O Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (1966) afirma no artigo 24 que toda criança tem o direito de adquiri nacionalidade. Similarmente, a Convenção Internacional sobre os Direitos da Criança (1989) aponta em seu artigo 7 a mesma preocupação. A Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (1965) reafirma o direito a nacionalidade, dentre outros, como um direito inerente a todos os seres humanos, sem discriminação de gênero, etnia, religião, etc[35].

---

[31] ACNUR, "Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias", 2019. Fonte: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf, consultado a 26/06/2019.

[32] WEISSBRODT, D.; COLLINS, C. "The Human Rights of Stateless Persons", *Human Rights Quarterly Journal*, 28(1), 2006. Fonte: http://www.jstor.org/stable/20072730, consultado a 31/07/ 2019.

[33] DARLING, K. "Protection of Stateless Persons in International Asylum and Refugee Law", *International Journal of Refugee Law,* 21, Oxford University Press, Oxford, 2009.

[34] WEISSBRODT, D.; COLLINS, C. "The Human Rights of Stateless Persons", *Human Rights Quarterly Journal*, 28(1), 2006. Fonte: http://www.jstor.org/stable/20072730, consultado a 31/07/2019.

[35] DARLING, K. "Protection of Stateless Persons in International Asylum and Refugee Law", *International Journal of Refugee Law,* 21, Oxford University Press, Oxford, 2009.

Tendo em vista o tratamento dado às mulheres em determinados países, foram formulados também tratados que abordam especificamente o direito à nacionalidade para as mulheres, sendo eles a Convenção sobre a Nacionalidade das Mulheres Casadas, de 1957 e a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres, de 1979. Além de defender o direito a nacionalidade como nos demais documentos, a convenção de 1957 expressa o direito de nacionalidade a qualquer mulher que se case com uma pessoa estrangeira, assim como a garantia de mudança de nacionalidade quando houver interesse[36].

Além disso, a Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de suas Famílias, elaborou, em 1990, um documento no qual garante aos filhos de trabalhadores que não estejam em seu país de origem o direito a um nome, uma nacionalidade e direito ao registro, assim como outros direitos relacionados à nacionalidade[37] [38].

No âmbito interno, o Brasil adotava, até o ano de 2017, o Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 8.615/1980), criado durante o período da ditadura militar no país. Neste documento, o apátrida era equiparado ao status de refugiado ou asilado. Não havia qualquer garantia de direitos fundamentais para indivíduos que se encontravam nesta classificação. É importante ter em mente que, desta forma, demandas essenciais, como direito à educação, à saúde ou à assistência jurídica, não eram assistidas[39].

Considerando a necessidade de atender este grupo de pessoas, a nova Lei de Migração (Lei nº 13.445/2017) dedica uma seção para assegurar direitos aos apátridas. Em primeiro lugar, a legislação brasileira define o que o Estado considera como apátrida, sendo esta:

> pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002 , ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro[40].

Ademais, direitos atribuídos a outros migrantes também devem ser garantidos aos apátridas dentro do território brasileiro, como direitos civis, sociais, econômicos e sociais. Há também a possibilidade de aquisição da nacionalidade brasileira e autorização de residência no país[41].

Um caso a ser citado é o reconhecimento do status de apatridia de Maha Mamo e seus irmãos por parte do governo brasileiro. Maha Mamo é filha de pais sírios – um cristão e uma muçulmana-, país onde o casamento de muçulmanos e cristãos é proibido por lei. Dessa forma, os pais se mudaram para o Líbano, onde tiveram seus filhos. No entanto, o Líbano adota *jus sanguinis* para a atribuição de

---

[36] OHCHR, "Right to a Nationality and Statelessness", 2019. Fonte: http://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/Nationality.aspx, consultado a 26/06/2019.

[37] OHCHR, "Right to a Nationality and Statelessness", 2019. Fonte: http://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/Nationality.aspx, consultado a 26/06/2019.

[38] ACNUR, "Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias", 1990. Fonte: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf, consultado a 26/06/2019.

[39] BICHARA, J. P. "O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos", *Revista Direito Internacional (UNICEUB)*, 14, 2017. Fonte: http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/4619/pdf, consultado a 27/06/2019.

[40] BRASIL, "Lei n º 13. 445, de 24 de maio de 2017", *Diário Oficial da União*, Brasília, 2017. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015/2017/lei/L13445.htm, consultado a 26/06/2019.

[41] BRASIL, "Lei n º 13. 445, de 24 de maio de 2017", *Diário Oficial da União,* Brasília, 2017. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015/2017/lei/L13445.htm, consultado a 26/06/2019.

nacionalidade. Sendo assim, Maha Mamo e seus irmãos não possuíam uma nacionalidade. Por consequência, muitos direitos, como o acesso à educação e à saúde, por exemplo, foram negados a eles, tendo em vista que não possuíam documento algum[42]. O Brasil, no entanto, foi o único país a conceder o título de apátrida a eles. Além disso, no final de 2018, Maha Mamo e seus irmãos conseguiram a naturalização brasileira[43].

Outro caso de apatridia interessante de ser abordado é o das crianças Yean e Bosico X República Dominicana, que foi levado à Corte Interamericana de Direitos Humanos. Duas crianças de origem haitiana nasceram na República Dominicana e não tiveram direito à nacionalidade dominicana, ou ao menos um registro ao nascimento. Dessa forma, não tiveram acesso à escola pública ou outros direitos básicos. O caso foi levado à Corte Interamericana, onde foi reconhecido o direito do país em estabelecer os requisitos de nacionalidade, mas, deveriam também cumprir seu compromisso em diminuir os casos de apatridia. Dessa forma, o Estado teve que se desculpar formalmente com as famílias envolvidas, bem como reconhecer a nacionalidade das crianças e pagar uma indenização[44].

Os casos abordados refletem as eventuais situações a que indivíduos em diferentes localidades estão sujeitos à apatridia, assim como demonstram também esforços por parte de determinados Estados e de organismos internacionais em procurar reverter tais situações. Contudo, como será abordado a seguir, a solução de casos isolados não se apresenta como o meio mais eficaz de se eliminar a apatridia e expandir o alcance do direito a nacionalidade. Tais casos representam avanços na medida em que podem servir de referências na resolução da questão e, possivelmente, ampliar a abordagem para ações mais concretas e de maior alcance. Não obstante, mais importante ainda é procurar quebrar o ciclo de apatridia e evitar novos casos.

4. CONTEXTO ATUAL E PERSPECTIVAS

Decorridos 65 anos desde a Convenção de 1954, relativa ao Estatuto dos Apátridas, o direito à nacionalidade continua a ser negado para milhões de pessoas ao redor do mundo. Segundo o Alto Comissariado das Nações Unidas para Refugiados (ACNUR), oficialmente foram relatados cerca de 3,9 milhões de pessoas em 2017 em condição de apatridia. Contudo, devido à dificuldade de identificar tais pessoas, principalmente por não possuírem documentos de identificação, estima-se que esse número seja por volta de três vezes maior, ou seja, supõe-se que haja cerca de 10 milhões de apátridas no mundo[45].

Como abordado anteriormente, por diversas razões a nacionalidade pode ser negada a determinadas pessoas, e dentre as causas mais comuns, identificam-se leis nacionais, muitas vezes discriminatórias, e conflitos territoriais. Atualmente, por exemplo, existem ainda 25 países que proíbem que os filhos recebam a nacionalidade de suas mães, sendo possível tornar-se nacional desses Estados somente com a

---

[42] ACNUR, "Maha Mamo, refugiada apátrida no Brasil, fala sobre os desafios de uma vida sem nacionalidade", 2016. Fonte: http://www.acnur.org/portugues/2016/12/15/maha-mamo-refugiada-apatrida-no-brasil-fala-sobre-os-desafios-de-uma-vida-sem-nacionalidade/, consultado a 27/06/2019.

[43] BRASIL, "Ministro da Justiça assina o primeiro reconhecimento de apatridia do país", *Ministério da Justiça e Segurança Pública*, Brasília, 2018. Fonte: http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-67, consultado a 26/06/2019.

[44] REFWORLD, "Case of the Yean and Bosico Children v. The Dominican Republic", 2019. Fonte: http://www.refworld.org/cases,IACRTHR,44e497d94.html, consultado a 26/06/2019.

[45] ACNUR, "No marco do quarto ano da campanha #IBelong para erradicar a apatridia, ACNUR pede soluções mais efetivas aos Estados", 2018. Fonte: http://www.acnur.org/portugues/2018/11/13/comemorando-o-quarto-ano-da-campanha-para-erradicar-a-apatridia-o-acnur-pede-solucoes-mais-efetivas-aos-estados/, consultado a 26/06/2019.

comprovação da nacionalidade do pai[46]. Em casos quando a mulher não sabe quem é o pai da criança (como pode acontecer em situações de estupro), ou quando o homem se nega a reconhecer a paternidade, por exemplo, as crianças se tornam automaticamente apátridas.

O quadro se intensifica ainda quando se analisa o comprometimento e preocupação dos Estados com a causa. Segundo dados de 2018, 91 Estados são signatários da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954, enquanto que 73 assinaram a Convenção de 1961 sobre a Redução da Apatridia. Tais números representam a baixíssima adesão internacional quando se trata de apatridia e, consequentemente, do direito à nacionalidade. Tomando como base de comparação, a Convenção Relativa ao Estatuto dos Refugiados de 1951, por exemplo, possui 146 signatários, não menos que o dobro de signatários da Convenção de 1961[47].

Diante tal contexto, em 2014, no aniversario de 60 anos da Convenção de 1954, o ACNUR lançou a campanha #IBelong com o intuito de conscientizar Estados e organizações civis e lutarem pelo direito de nacionalidade, e diminuir o problema da apatridia até 2024. Na ocasião, foi lançado um relatório sobre a questão, assim como um Plano de Ação Global, com 10 pontos que servem de propostas para atuação dos Estados. Dentre as recomendações do plano de ação, destacam-se a mudança de normas nacionais discriminatórias e a divulgação, por parte dos Estados, de informações pertinentes aos casos[48] [49]. Como abordado anteriormente, leis domésticas são responsáveis por grande parte dos casos de apatridia; além disso, é bastante complexo tentar resolver um problema quando não se tem muitos dados sobre ele. Na questão dos apátridas, além de ser difícil identificá-los, não se percebe um esforço dos Estados para tal, já que em 2017 somente 70 Estados relataram ao ACNUR dados sobre apátridas em seus territórios nacionais[50].

Apesar das dificuldades, alguns avanços se destacam desde o lançamento da campanha de 2014. Em dezembro do mesmo ano, na comemoração do 30º aniversário da Declaração de Cartagena sobre os Refugiados (1984), países da América Latina e Caribe se reuniram em Brasília, aprovando no encontro, a Declaração e o Plano de Ação do Brasil, delimitando esforços para ampliar a proteção de refugiados, deslocados e apátridas. Nesse sentido, a região se tornou a primeira a reagir à campanha lançada pelo ACNUR[51] [52].

Outros dados ainda se destacam desde então: nove Estados adotaram formalmente planos de ações nacionais para reduzir apatridia e aprimoraram seus

---

[46] ACNUR, "No marco do quarto ano da campanha #IBelong para erradicar a apatridia, ACNUR pede soluções mais efetivas aos Estados", 2018. Fonte: http://www.acnur.org/portugues/2018/11/13/comemorando-o-quarto-ano-da-campanha-para-erradicar-a-apatridia-o-acnur-pede-solucoes-mais-efetivas-aos-estados/, consultado a 26/06/2019.

[47] UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, "Chapter V: Refugees and Stateless Persons", 2019. Fonte: http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-3&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en, consultado a 26/06/2019.

[48] NAÇÕES UNIDAS BRASIL, "Artigo 15: Direito a nacionalidade", 2018. Fonte: http://nacoesunidas.org/artigo-15-direito-a-nacionalidade/, consultado a 13/07/2019.

[49] UNHCR, "Statelessness around the world". Fonte: http://www.unhcr.org/statelessness-around-the-world.html, consultado a 25/06/2019.

[50] ACNUR, "No marco do quarto ano da campanha #IBelong para erradicar a apatridia, ACNUR pede soluções mais efetivas aos Estados", 2018. Fonte: http://www.acnur.org/portugues/2018/11/13/comemorando-o-quarto-ano-da-campanha-para-erradicar-a-apatridia-o-acnur-pede-solucoes-mais-efetivas-aos-estados/, consultado a 26/06/2019.

[51] UNHCR, "Statelessness around the world". Fonte: http://www.unhcr.org/statelessness-around-the-world.html, consultado a 25/06/2019.

[52] ACNUR, "Declaração e Plano de Ação do Brasil", Fonte: http://www.acnur.org/cartagena30/pt-br/declaracao-e-plano-de-acao-do-brasil/, consultado a 27/06/2019.

métodos jurídicos para identificar apátridas; outros dois Estados, Serra Leoa e Madagascar, conseguiram eliminar normas que impediam mulheres de repassarem a nacionalidade aos filhos[53].

Além disso, até 2018, foi relatada a adesão de 20 novos Estados às Convenções de 1954 e 1961[54]. É interessante observar que, segundo o ACNUR, as regiões da Ásia e África são as que se observam menor adesão dos Estados aos tratados referentes à problemática[55].

Os dados divulgados pelo *Institute on Statelessness and Inclusion*, em 2018, mostram as regiões em que se concentram o maior numero de pessoas apátridas, assim como a quantidade identificada de apátridas nessas localidades nos últimos três anos. A maioria, como já abordado anteriormente, por causa de regulações nacionais e conflitos territoriais. É válido destacar também uma participação considerável de países do leste europeu nessa problemática, sendo a região onde inicialmente se destacou o fenômeno da apatridia no final da Primeira Guerra Mundial[56].

De modo a monitorar a evolução do direito a nacionalidade em âmbito internacional, assim como a efetividade da campanha #IBelong, o ACNUR atualiza anualmente os dados referentes à apatridia. No ano passado, no marco de quatro anos após o lançamento da campanha, o Alto Comissário das Nações Unidas para os Refugiados, Filippo Grandi, fez um apelo para que os Estados se aderissem mais à campanha e contribuíssem mais ativamente, seja trabalhando na divulgação de dados estatísticos, ou realizando mudanças normativas domésticas[57].

Nesse sentido, o ACNUR se mostra um dos principais órgãos atuantes na questão da apatridia. Seus esforços de âmbito internacional têm resultado em melhoras graduais, e espera-se que tais dados continuem a se intensificar a favor do respeito ao direito à nacionalidade. Ainda assim, observa-se uma persistência do órgão em invocar maior envolvimento dos Estados.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ainda que reconhecendo a inexistência de uma hierarquia quando se trata de direitos humanos, o direito a nacionalidade é de suma importância para a humanidade. Devido a um sistema internacional pautado na soberania estatal, a não associação a nenhum país coloca em risco a vida humana. Assim como para se constituir um Estado é necessária a existência de um povo, os indivíduos, de maneira recíproca, necessitam do aparato estatal. O problema da nacionalidade como um

---

[53] ACNUR, “No marco do quarto ano da campanha #IBelong para erradicar a apatridia, ACNUR pede soluções mais efetivas aos Estados”, 2018. Fonte: http://www.acnur.org/portugues/2018/11/13/comemorando-o-quarto-ano-da-campanha-para-erradicar-a-apatridia-o-acnur-pede-solucoes-mais-efetivas-aos-estados/, consultado a 26/06/2019.

[54] ACNUR, “No marco do quarto ano da campanha #IBelong para erradicar a apatridia, ACNUR pede soluções mais efetivas aos Estados”, 2018. Fonte: http://www.acnur.org/portugues/2018/11/13/comemorando-o-quarto-ano-da-campanha-para-erradicar-a-apatridia-o-acnur-pede-solucoes-mais-efetivas-aos-estados/, consultado a 26/06/2019.

[55] UNHCR, “Statelessness around the world”. Fonte: http://www.unhcr.org/statelessness-around-the-world.html, consultado a 25/06/2019.

[56] INSTITUTE ON STATELESSNESS AND INCLUSION, “Statelessness in numbers”, *An overview and analysis of global statistics*, 2018. Fonte: http://www.institutesi.org/ISI_statistics_analysis_2018.pdf, consultado a 25/06/2019.

[57] ACNUR, “No marco do quarto ano da campanha #IBelong para erradicar a apatridia, ACNUR pede soluções mais efetivas aos Estados”, 2018. Fonte: http://www.acnur.org/portugues/2018/11/13/comemorando-o-quarto-ano-da-campanha-para-erradicar-a-apatridia-o-acnur-pede-solucoes-mais-efetivas-aos-estados/, consultado a 26/06/2019.

direito humano reside quando essa lógica se sobressai à da natureza humana como pré-requisito de direitos.

Nesse contexto, a apatridia representa um dos mais claros exemplos de violação a direitos humanos que se ampara no pretexto da soberania. Em virtude, sobretudo de questões normativas domésticas, sanções e penalidades aos Estados que negam ou retiram a nacionalidade de determinados indivíduos são inviáveis. Isto posto, uma mudança na compreensão do direito à nacionalidade torna-se essencial para a questão. Antes de tudo, reconhecer a natureza humana é primordial para que a nacionalidade seja de fato um direito respeitado.

Nesse sentido, a solução de casos isolados não auxilia na melhora do problema em uma perspectiva mais ampla, tendo em vista as delongas em saná-los. Torna-se extremamente importante alterar a conjuntura normativa interna, assim como determinadas práticas e costumes, muitas vezes, discriminatórios.

Por fim, observa-se que apesar de uma certa aderência da comunidade internacional na questão da apatridia, ainda é pequena comparado ao tamanho da problemática. Contudo, nota-se uma preocupação e comprometimento dos principais órgãos e agências internacionais em se resolver o problema, não apenas trazendo à questão para a agenda internacional, como também monitorando e solicitando maior engajamento dos Estados.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR, "Apatridia", 2012. Fonte: http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Apatridia_Cartilha-informativa_ACNUR-2012.pdf, consultado a 12/08/2019.

ACNUR, "Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e dos Membros das suas Famílias", 1990. Fonte: http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/08/Conven%C3%A7%C3%A3o-Internacional-para-a-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-de-todos-os-Trabalhadores-Migrantes-e-Membros-de-suas-Fam%C3%ADlias.pdf, consultado a 26/06/2019.

ACNUR, "Declaração e Plano de Ação do Brasil". Fonte: http://www.acnur.org/cartagena30/pt-br/declaracao-e-plano-de-acao-do-brasil/, consultado a 27/06/2019.

ACNUR, "Maha Mamo, refugiada apátrida no Brasil, fala sobre os desafios de uma vida sem nacionalidade", 2016. Fonte: http://www.acnur.org/portugues/2016/12/15/maha-mamo-refugiada-apatrida-no-brasil-fala-sobre-os-desafios-de-uma-vida-sem-nacionalidade/, consultado a 27/06/2019.

ACNUR, "No marco do quarto ano da campanha #IBelong para erradicar a apatridia, ACNUR pede soluções mais efetivas aos Estados", 2018. Fonte: http://www.acnur.org/portugues/2018/11/13/comemorando-o-quarto-ano-da-campanha-para-erradicar-a-apatridia-o-acnur-pede-solucoes-mais-efetivas-aos-estados/, consultado a 26/06/2019.

BICHARA, J. P. "O tratamento do apátrida na nova lei de migração: entre avanços e retrocessos", *Revista de Direito Internacional (UNICEUB)*, 14(2), Brasília, 2017. Fonte: http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/download/4619/pdf, consultado a 27/06/2019.

BRASIL, "Lei n º 13. 445, de 24 de maio de 2017", *Diário Oficial da União*, Brasília, 2017. Fonte: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015/2017/lei/L13445.htm, consultado a 26/06/2019.

BRASIL, "Ministro da Justiça assina o primeiro reconhecimento de apatridia do país", *Ministério da Justiça e Segurança Pública*, Brasília, 2018. Fonte: http://www.justica.gov.br/news/collective-nitf-content-67, consultado a 26/06/2019.

DARLING, K., "Protection of Stateless Persons in International Asylum and Refugee Law", *International Journal of Refugee Law*, 21, Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 742–767.

EDWARDS, A., "The meaning of nationality in international law in an era of human rights: procedural and substantive aspects", *Nationality and Statelessness under International Law* (EDWARDS, A.; WAAS, L. V. coord.), Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 11-43.

FRANÇA FILHO, M. T., "História e Razão do Paradigma Vestfaliano", *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano,* Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México ciudad, 2006. Fonte: http://www.corteidh.or.cr/tablas/R08047-32.pdf, consultado a 25/08/2019.

FRAZÃO, A. C., "Uma breve análise sobre o direito à nacionalidade*",* ***Revista Jus Navigandi***, 46(2), Teresina, 2000. Fonte: http://jus.com.br/artigos/57, consultado a 31/07/2019.

GIBNEY, M. J., "Statelessness and citizenship in ethical and political perspective". *Nationality and Statelessness under International Law* (EDWARDS, A.; WAAS, L. V. coord), Cambridge University Press, Cambridge, 2014, p. 44-63.

INSTITUTE ON STATELESSNESS AND INCLUSION, *"Statelessness in numbers: an overview and analysis of global statistics"*, 2018. Fonte: http://www.institutesi.org/ISI_statistics_analysis_2018.pdf, consultado a 25/06/2019

INTERNATIONAL COURT OF JUSTICE, "Nottebohm (Liechtenstein v. Guatemala): overview of the case". Fonte: http://www.icj-cij.org/en/case/18, consultado a 25/08/2019.

LISOWSKI, T. R. "A Apatridia e o Direito a ter Direitos: um Estudo sobre o Histórico e o Estatuto Jurídico dos Apátridas", *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná,* 3, Curitiba, 2012, p. 109-134. Fonte: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2012/Artigo_4_A_Apatridia.pdf, consultado a 20/07/2019.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL, "#IBelong". Fonte: http://nacoesunidas.org/campanha/ibelong/, consultado a 26/06/2019.

NAÇÕES UNIDAS BRASIL, "Artigo 15: direito a nacionalidade", 2018. Fonte: http://nacoesunidas.org/artigo-15-direito-a-nacionalidade/, consultado a 13/07/2019.

OHCHR, "Right to a Nationality and Statelessness", 2019. Fonte: http://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/Nationality.aspx, consultado a 26/06/2019

ONU, "Declaração Universal dos Direitos Humanos", *Assembleia Geral das Nações Unidas em Paris*, 1948. Fonte: http://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2018/10/DUDH.pdf, consultado a 26/06/2019.

REFWORLD, "Case of the Yean and Bosico Children v. The Dominican Republic", 2019. Fonte: http://www.refworld.org/cases,IACRTHR,44e497d94.html, consultado a 26/06/2019

SOUSA, F., "Nação", *Dicionário Relações Internacionais* (SOUSA, F. coord.), Edições Afrontamento/ CEPESE – Centro de Estudos da População, Economia e Sociedade, 2005, p. 124.

SOUSA, F., "Nacionalidade", *Dicionário Relações Internacionais* (SOUSA, F. coord.), Edições Afrontamento/ CEPESE – Centro de Estudos da População, Economia e Sociedade, 2005, p. 124.

SOUSA, F., "Vestefália/Sistema Vestefaliano", *Dicionário Relações Internacionais* (SOUSA, F. coord.), Edições Afrontamento/ CEPESE – Centro de Estudos da População, Economia e Sociedade, 2005, p. 202.

UNITED NATIONS TREATY COLLECTION, "Chapter V: Refugees and stateless persons", 2019. Fonte: http://treaties.un.org/pages/ViewDetailsII.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=V-3&chapter=5&Temp=mtdsg2&clang=_en, consultado a 26/06/2019.

UNHCR, "#IBelongCampaigntoEndStatelessness". Fonte: http://www.unhcr.org/ibelong-campaign-to-end-statelessness.html, consultado a 25/06/2019.

UNHCR, "Ending Statelessness". Fonte: http://*www.*unhcr.org/stateless-people.html, consultado a 17/07/2019.

UNHCR, "Statelessness around the world". Fonte: http://www.unhcr.org/statelessness-around-the-world.html, consultado a 25/06/2019.

UNHCR, "Right to a nationality and statelessness", 2019. Fonte: http://www.ohchr.org/EN/Issues/Pages/Nationality.aspx, consultado a 26/06/2019

UNITED FOR HUMAN RIGHTS, "The story of human rights documentary", 2017. Fonte: http://www.youtube.com/watch?v=dZgBHtGDp14, consultado a 13/08/2019.

UNITED NATIONS, "History of the document". Fonte: http://www.un.org/en/sections/universal-declaration/history-document/index.html, consultado a 15/08/2019.

WEISSBRODT, D.; COLLINS, C., "The Human Rights of Stateless Persons", *Human Rights Quarterly Journal,* 28 (1), The Johns Hopkins University Press Stable, 2006, p. 245-276. Fonte: http://www.jstor.org/stable/20072730, consultado a 31/07/2019.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 132-153
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A atuação das forças armadas, do ministério público e da polícia militar na proteção ambiental no Brasil

The performance of the armed forces, the military police and the public ministry in environmental protection in Brazil

Paulo Campanha Santana[1]
Márcia Dieguez Leuzinger[2]
Centro Universitário do Distrito Federal (UDF)
University of New England, Austrália

Sumário: Introdução. 1. Atuação das Forças Armadas. 2. Atuação do Ministério Público. 3. Atuação da Polícia Militar. Conclusão.

Resumo: O objetivo do presente trabalho é pesquisar a atuação das Forças Armadas, do Ministério Público e das Polícias Militares em todo Brasil para proteção do meio ambiente. Para tanto, fruto de uma pesquisa exploratória quantitativa, por meio da lei de acesso à informação, será apresentado com tem sido a atuação desses órgãos, tanto no âmbito da União, quanto dos Estados e do Distrito Federal. Por fim, será apresentado o resultado da pesquisa que permitiu constatar as celebrações de instrumentos de cooperação, bem como a atuação cooperativa dos órgãos envolvidos, na fiscalização ambiental, podendo concluir que, no Brasil, tais órgãos têm tido relevante atuação na proteção do meio ambiente.

Palavras chave: Proteção Ambiental. Forças Armadas. Ministério Público. Polícia Militar.

Abstract: The aim of the present paper is to investigate the work of the Armed Forces, the Public Ministry and the Military Police throughout Brazil to protect the environment. Therefore, the result of a quantitative exploratory research, through the law of access to information, will be presented the performance of these bodies, both within the Union, as well as in the States and the Federal District. Finally, it will be presented the result of the research that made it possible to verify the celebrations of cooperation instruments, as well as the cooperative performance of the bodies involved, in environmental inspection, concluding that, in Brazil, such bodies have had relevant performance in protecting the environment.

Keywords: Environmental Protection. Armed Forces. Public Ministry. Military police.

---

[1] Doutorado em Direito. Mestrado em Direito e em Operações Militares. Coordenador do Curso de Direito do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF).
[2] Pós-Doutorado em Direito Ambiental pela University of New England, Austrália. Mestrado em Direito e Estado e Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília - UnB. Professora do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Recibido: 30/03/2020
Aceptado: 10/06/2020

INTRODUÇÃO

A cooperação ambiental é prevista na Constituição Federal Brasileira. Ela ocorre no âmbito da federação em todos os seus entes, ou seja, tanto na União como nos Estados, Distrito Federal e Municípios. Esta atuação é um mandamento constitucional previsto nos artigos 23 e 225 da Carta Magna, que dispõe, inclusive, a temática da competência comum entre eles.

Estes temas englobam a proteção dos documentos, das obras e de outros bens de valor histórico artístico e cultural, dos monumentos, das paisagens naturais notáveis e dos sítios arqueológicos; da proteção proteger do meio ambiente e do combate a poluição em qualquer de suas formas; e da preservação das florestas, da fauna e da flora.

Entretanto, a atuação cooperativa para proteção do meio ambiente envolve não apenas os órgãos ambientais da união e dos Estados e Distrito Federal. Nas ações de fiscalização ambiental, diversos outros órgãos atuam isolada ou conjuntamente. Entre eles, no âmbito da União, há o Ministério Público Federal (MPF), o Ministério da Defesa (MD), a Marinha do Brasil (MB), o Exército Brasileiro (EB) e a Força Aérea Brasileira (FAB). No âmbito dos Estados e do Distrito Federal, entre os existentes, há os Ministérios Públicos Estaduais e as Polícias Militares.

Sobre a atuação destes órgãos, surge o questionamento: Há instrumentos de cooperação celebrados que os envolve no país? A atuação na fiscalização ambiental tem ocorrido de forma cooperativa? A atuação desses órgãos tem sido efetiva?

Para responder a estes questionamentos, foi realizada uma pesquisa no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, por meio da Lei de Acesso à Informação, nos anos de 2017 e 2018, para analisar a celebração, ou não, de instrumentos de cooperação e como ele tem atuado.

1. Atuação das Forças Armadas

O artigo 142 da Constituição Federal Brasileira de 1988 dispõe sobre a destinação das Forças Armadas, que é "a defesa da pátria, a garantia dos poderes constitucionais e, por iniciativa de qualquer destes, da lei e da ordem". A organização, o preparo e emprego dessas Forças são regulados pela Lei Complementar nº 97, de 9 de junho de 1999, e suas alterações, cumprindo as diretrizes constantes do Decreto nº 3.897, de 24 de agosto de 2001. Elas estão sob a direção superior do Ministério da Defesa, órgão do governo federal.

No contexto de suas atribuições, as Instituições possuem normas de proteção ambiental e atuam cooperativamente com outros órgãos, para este objetivo, inclusive na fiscalização ambiental. Portanto, para saber sobre a celebração de instrumento de cooperação institucional com este objetivo, foram realizadas as seguintes perguntas ao Ministério da Defesa (MD) e à Marinha do Brasil (MB), ao Exército Brasileiro (EB) e à Força Aérea Brasileira (FAB):

1) Se o órgão consultado celebrou algum instrumento de cooperação institucional de cooperação institucional para a proteção do meio ambiente, tais como consórcios, convênios, acordos de cooperação técnica, entre outros; e

2) Se foi realizada operação conjunta ou combinada interagência, para fiscalização ambiental. E se, caso tivesse ocorrido, se era possível especificar as realizadas nos anos de 2015, 2016 e 2017, por Estado, discriminando os órgãos envolvidos e quais foram os resultados obtidos.

1.1 Ministério da Defesa

O MD informou que a Portaria Interministerial MD/Ministério do Meio Ambiente (MMA) nº 702, de 13 de julho de 2004, estabelece a mútua cooperação entre o MD e o MMA para apoio às ações de monitoramento e fiscalização dos recursos ambientais

da Amazônia Legal. Ela (cooperação) pode ser tanto técnica quanto financeira. O artigo 2º da norma prevê que as atividades de cooperação compreenderão:

a. O apoio às atividades de monitoramento e fiscalização do IBAMA, na Amazônia Legal;

b. O transporte de fiscais e de agentes federais em operações de fiscalização ambiental;

c. Ações para garantir a segurança das atividades de apoio executadas pelas unidades militares; e

d. Outras ações necessárias acordadas entre os órgãos partícipes ou delegatários.

Essas atividades serão desencadeadas de acordo com o firmado em instrumentos específicos entre os órgãos (Art. 4º), podendo ser utilizadas instalações, bens móveis e recursos humanos (Art. 5º). Os bens (móveis) que forem adquiridos serão incorporados ao acervo do EB (Art. 5º, parágrafo único). Os recursos orçamentários e financeiros para alcançar os objetivos propostos são os aprovados pelo Orçamento Geral da União, aprovados para o MMA e o IBAMA (Art. 6º).

No período solicitado, o MD esclareceu que não ocorreu nenhuma operação sob a coordenação daquele órgão, especificamente em prol do meio ambiente. Todavia, destacou a atuação conjunta das Forças Armadas em defesa do meio ambiente, por meio das Operações Ágata, que são coordenadas pelo Ministério e realizadas na fronteira do Brasil[3].

Estas operações foram realizadas sob a égide do artigo 16-A[4] da Lei Complementar (LC) nº 97, de 9 de junho de 1999, atualizada pela LC nº 117, de 2 de setembro de 2004, e pela LC nº 136, de 25 de agosto de 2010, e do Decreto Presidencial nº 7.496, de 8 de junho de 2011 (Plano Estratégico de Fronteiras – PEF), entre 2011 e 2016. A partir do ano de 2017, estas operações estão amparadas pelo Decreto Presidencial Nº 8.903, de 16 de novembro de 2016 (Programa de Proteção Integrada de Fronteiras – PPIF), que substituiu e revogou o antigo Plano Estratégico de Fronteiras.

Este Decreto de 2016 não determina, em seu texto, ações que visem especificamente a coibir crimes ambientais. Entretanto, com base na LC 97/99, o MD, por intermédio do Estado-Maior Conjunto das Forças Armadas (EMCFA), continua a coordenar operações conjuntas na faixa de fronteira do País, para a coibição dos crimes transfronteiriços e ambientais.

Além das informações prestadas, no mês de novembro de 2016, o MD entregou ao Congresso Nacional o inédito Livro Verde de Defesa, intitulado “Defesa e Meio Ambiente – Preparo com Sustentabilidade”[5]. A obra apresenta boas práticas do próprio Ministério e das Forças Armadas, e ressalta o cumprimento dos cincos eixos da Agenda Ambiental Pública (A3P)[6].

---

[3] No livro Verde da Defesa, que será explanado em parágrafos adiante, consta como resultado das operações Ágata, a realização de 287 inspeções em conjunto com o IBAMA e o ICMBio.

[4] LC 97/99: Art. 16-A. Cabe às Forças Armadas, além de outras ações pertinentes, também como atribuições subsidiárias, preservadas as competências exclusivas das polícias judiciárias, atuar, por meio de ações preventivas e repressivas, na faixa de fronteira terrestre, no mar e nas águas interiores, independentemente da posse, da propriedade, da finalidade ou de qualquer gravame que sobre ela recaia, contra delitos transfronteiriços e ambientais, isoladamente ou em coordenação com outros órgãos do Poder Executivo, executando, dentre outras, as ações de: I - patrulhamento; II - revista de pessoas, de veículos terrestres, de embarcações e de aeronaves; e III - prisões em flagrante delito.

[5] A obra foi entregue na esteira da atualização da tríade de documentos oficiais brasileiros em matéria de defesa, como a Política Nacional de Defesa, a Estratégia Nacional de Defesa e o Livro Branco de Defesa Nacional. In: Ministério da Defesa. *Defesa & Meio Ambiente*. Disponível: <https://www.defesa.gov.br/arquivos/estado_e_defesa/defesa_e_meio_ambiente/livro_defesa_e_meio_ambiente.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2018.

[6] Os cincos eixos da A3P são: uso racional dos recursos naturais e bens públicos; gestão adequada dos resíduos gerados; qualidade de vida no ambiente de trabalho; sensibilização e capacitação dos servidores; e licitações e construções sustentáveis.

Na defesa da Amazônia, o MD, por meio do Centro Gestor e Operacional do Sistema de Proteção da Amazônia (CENSIPAM), tem o objetivo de protegê-la, a partir de ações governamentais sinérgicas. Para alcançar seu desiderato, este Centro, entre várias ações, tem estabelecido parcerias, estudo e pesquisas em geoprocessamento, sensoriamento remoto e outros. Ademais, apoia políticas públicas realizadas na região, por meio de seu parque tecnológico, promovendo gestão ambiental, ordenamento territorial e regularização fundiária[7].

A atuação das Forças Armadas para preservar áreas verdes é antiga e pode ser constatada no início do século passado (1906), quando foi fundada a Escola de Aprendizes de Marinheiros, na Ilha da Marambaia. Posteriormente, na década de 80, criou-se no local um Centro de Adestramento. Atualmente, ela tem sido visitada por estudantes e pesquisadores. Além desta Ilha, o Decreto no 14.723, de 28 de julho de 1920, que regulamentou o Campo de Instrução de Gericinó, no Rio de Janeiro, proibiu o corte de árvores, pelos militares, prevendo, inclusive, o aproveitamento das matas. Na região Sul, o EB tem outra área de instrução, com mais de 50 mil hectares (Campo de Instrução Barão de São Borja), que preserva a flora e fauna típica dos Pampas. No Centro-Oeste, a FAB preserva uma área de 22 mil km^2 na Serra do Cachimbo (equivale ao Estado de Sergipe), onde está o Campo de Provas Brigadeiro Velloso. Ela é constantemente sobrevoada para detectar e inibir desmatamentos[8].

1.2 Marinha do Brasil

A MB, desde 2002, implantou o Sistema de Gestão Ambiental em Unidades de terra, que desenvolvem atividades com potencial de poluição. Naquelas onde o risco de poluir era maior, foram realizadas auditorias bienais. Com relação aos navios, além das ações preventivas da poluição, foi elaborado o Plano de Emergencial de Navio para Poluição por Óleo. Para as outras operações com potencial menor de poluição, elas obedecem a um sistema simplificado que respeitam as normas ambientais. Estas decisões amparam-se na Lei nº 9.605, de 1998 (Lei de Crimes Ambientais), na Lei nº 9.966, de 2000 (Lei do Óleo) e na Norma NBR ISSO 14.001, e a Gestão Ambiental no âmbito do toda Instituição cabe à Diretoria de Portos e Costas (DPC)[9].

Com relação aos instrumentos de cooperação, a Marinha informou que celebrou vários, entre os quais, destacam-se:

a. A Agência de Penedo celebrou, em abril de 2014, um Termo de Cooperação Técnica para o Programa de Fiscalização Preventiva Integrada (FPI) da Bacia do Rio São Francisco, coordenada pelo Ministério Público do Estado de Alagoas e com vigência de cinco anos;

b. O Arsenal de Marinha do Rio de Janeiro (AMRJ), no ano de 2016, firmou o acordo de cooperação técnica com o Instituto Estadual do Ambiente do Rio de Janeiro, visando a operação conjunta para a limpeza do espelho d'água na Baía de Guanabara, utilizando embarcações coordenadas pelo Instituto Estadual do Ambiente e suas atracações para descarte de resíduos sólidos e pernoite no AMRJ durante o período de execução do acordo, compreendido entre 1º de agosto de 2016 à 30 de setembro de 2016;

c. A Base de Hidrografia da Marinha em Niterói (BHMN) possui um convênio junto às cooperativas de reciclagem RECOOPERAR e COOPQUITUNGO que já

[7] Ministério da Defesa. *Defesa & Meio Ambiente*. Disponível: <https://www.defesa.gov.br/arquivos/estado_e_defesa/defesa_e_meio_ambiente/livro_defesa_e_meio_ambiente.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2018.
[8] Ministério da Defesa. *Defesa & Meio Ambiente*. Disponível: <https://www.defesa.gov.br/arquivos/estado_e_defesa/defesa_e_meio_ambiente/livro_defesa_e_meio_ambiente.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2018.
[9] Ministério da Defesa. *Defesa & Meio Ambiente*. Disponível: <https://www.defesa.gov.br/arquivos/estado_e_defesa/defesa_e_meio_ambiente/livro_defesa_e_meio_ambiente.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2018.

destinou, nos últimos nove anos, mais de 148.000 Kg de resíduos recicláveis e gerou uma renda de R$84.227,24 para essas cooperativas; e

d. A Base Naval de Natal (BNN) celebrou convênios com a Cooperativa de Catadores de Materiais Recicláveis da Cidade de Natal-RN e a Cooperativa de Catadores de Materiais Recicláveis e Desenvolvimento Sustentável, cujo objetivo é estabelecer os procedimentos para a retirada de resíduos recicláveis gerados e descartados pelas Organizações Militares (OM) da Marinha do Brasil, integrantes do Complexo Naval da BNN, sendo o primeiro convênio correspondente ao período de abril a outubro de 2017 e, o segundo, de outubro até abril de 2018.

1.3 Exército Brasileiro

O EB possui a Diretoria de Patrimônio Imobiliário e Meio Ambiente (DPIMA), que é orgânica do Departamento de Engenharia e Construção (DEC), que propõe e faz cumprir as normas de proteção ambiental. A gestão dos recursos naturais está voltada para o solo, recursos hídricos, além da flora e da fauna, tendo sido estabelecido padrão de qualidade sobre seu uso e manejo, com vistas ao equilíbrio ecológico, Como exemplo de atuação para preservar e defender o patrimônio ambiental é o acordo de cooperação técnica para recuperar o solo da área do Pátio Ferroviário (reflorestamento de 195 hectares de solo), sob coordenação do Exército. O acordo foi firmado em 2012 com a Companhia de Saneamento Ambiental do Distrito Federal (CAESB) e a Companhia Imobiliária de Brasília (TERRACAP), com o apoio do Instituto Brasília Ambiental (IBRAM)[10].

Com relação aos instrumentos de cooperação, o Exército informou que a DPIMA fazia parte de dois acordos de cooperação. Um com o Instituto Nacional de Meteorologia (INMET), para instalação de estação meteorológica em sítios jurisdicionados ao Exército. Outro com o IBAMA, para desenvolver projetos e atividades de acompanhamento técnico em assuntos de meio ambiente de interesse mútuo, e para acompanhar obras de construção civil de interesse do IBAMA por militares do Exército, conforme demanda.

Como exemplo de participação em operação interagência, a DPIMA integrou um exercício denominado AMAZONLOG 2017, onde prestou assessoria técnica em trabalho de desdobramento da base e simulação de acidentes ambientais. A atividade foi multinacional e mobilizou recursos de logística operados por Exércitos de vários países americanos (Unidades Logísticas Multinacionais Integradas).

1.4 Força Aérea Brasileira

A FAB também atua para preservar o meio ambiente e tem em sua doutrina básica a cooperação e o desenvolvimento do Brasil, com processos voltados para gestão ambiental em suas unidades militares. Em 2011, em Anápolis, onde há uma Base Aérea, foi implantado o Projeto de Controle de Erosões e Reflorestamento com Espécies Nativas e Exóticas (já foram plantadas 16 mil mudas, com cerca de 168 hectares recuperados). Em 2014, a Instituição promoveu o “O Primeiro Seminário Ambiental”, com entidades do governo e da gestão pública, com o objetivo de discutir sustentabilidade[11].

Em relação às parcerias para preservação do meio ambiente, a FAB informou que realizou diversas, entre as quais, destacam-se:

a. Parceria com o Jardim Botânico de Recife/PE, para fomento da educação ambiental e preservação da flora nas unidades militares;

---

[10] Ministério da Defesa. *Defesa & Meio Ambiente*. Disponível: <https://www.defesa.gov.br/arquivos/estado_e_defesa/defesa_e_meio_ambiente/livro_defesa_e_meio_ambiente.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2018.

[11] Ministério da Defesa. *Defesa & Meio Ambiente*. Disponível: <https://www.defesa.gov.br/arquivos/estado_e_defesa/defesa_e_meio_ambiente/livro_defesa_e_meio_ambiente.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2018.

b. Criação de Grupo de Trabalho sobre sustentabilidade no Estado-Maior da Aeronáutica (EMAER), para compreender a implantação e gerência do programa de gestão ambiental da Força Aérea dos Estados Unidos. Desde o ano 2000, todas as unidades militares norte-americanas trabalham sob o conceito de gestão da norma ISO 14.001. O objetivo é criar um programa específico na FAB, a despeito da existência de diversas iniciativas, como o investimento em energia solar na Amazônia, o projeto de reflorestamento da Base Aérea de Anápolis/GO (BAAN), além de programas de coleta e descarte seletivo de resíduos;

c. Parceria da Base Aérea de Florianópolis (BAFL) com a Associação Comercial e Industrial de Florianópolis (ACIF), na implantação do programa ReÓleo, que busca a redução de gordura na coleta e tratamento de esgoto, visando a melhoria na eficiência.

1.5 Conclusão parcial

Como se constata neste tópico e nos a seguir, as Forças Armadas têm tido uma efetiva participação na proteção do meio ambiente. Cada uma delas, dentro de suas especificidades, tem contribuído com a busca do meio ambiente ecologicamente equilibrado. Elas já participaram de várias operações conjuntas, e possuem normativa própria para defesa ambiental.

2. Ministério Público

A Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico, conhecida como LACP. Ela prevê o Ministério Público como um dos legitimados para propor ação civil pública por danos morais e patrimoniais causados a qualquer destes direitos. A lei dispõe também que este órgão ministerial é o único legitimado a instaurar inquérito civil público (Art. 8º, § 1º).

A Constituição Federal de 1988 ampliou a atuação do Ministério Público, concedendo-lhe independência funcional, prevendo-o como uma das funções essenciais à Justiça. O artigo 129 da Carta elenca suas funções institucionais, entre elas, promover o mencionado inquérito e ação para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos (inciso III).

Em consequência, vários órgãos passaram a se estruturar, especializando-se e dotando-se de instrumentos que fossem eficazes para seus membros, com o objetivo de propiciar melhor desempenho no exercício de suas funções. Entre elas, está a proteção dos direitos difusos, onde está o meio ambiente. Com isso, surgiram vários promotorias especializadas, centros de apoio operacionais e unidades de tutela coletiva.

No Brasil, há dois níveis desses órgãos, sendo no âmbito da União e outro nos Estados.

2.1. Ministério Público da União

No âmbito do MPF, foi criada a antiga Secretaria de Coordenação da Defesa dos Direitos Individuais e dos Interesses Difusos (Secodid), atual Câmaras de Coordenação e Revisão (CCR)[12].

[12] ANDRADE HARTMANN, A. "Políticas Públicas Ambientais: a atuação do Ministério Público". In: *Políticas Públicas Ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. (Macedo D'Isep, C.F., Nery Junior, N., Medauar, O., coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 41.

A atuação do Ministério Público ocorre tanto judicial quanto extrajudicialmente. Nesta última, ele utiliza dois instrumentos: a recomendação e o compromisso de ajustamento de conduta. Este é um acordo em que uma pessoa ou empresa, em razão do risco ou dano que tenha causado ao interesse coletivo (algo que prejudique a qualidade do meio ambiente), compromete-se a parar a atividade. Ele firmará um Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), que tem favorecido a "desburocratização" para solucionar conflitos ambientais, como aconteceu no Desastre ocorrido no município de Mariana, no ano de 2015, que será abordado em tópico específico[13].

A Lei Complementar nº 75, de 20 de maio de 1993, que dispõe sobre a organização, as atribuições e o estatuto do Ministério Público da União, corrobora o previsto na LACP e reproduz o texto constitucional, quanto aos instrumentos de atuação para proteger o meio ambiente (inquérito civil e ação civil pública, Art. 6º, VI, b). O artigo 43 desta norma prevê os seus órgãos, estando entre eles as CCR, que podem funcionar isoladas ou reunidas. Elas são setoriais de coordenação, de integração e de revisão do exercício funcional na instituição (Art. 58), que são organizadas por função ou por matéria, por ato normativo (Art. 59). Elas são compostas por três membros do MPF (Art. 60).

No MPF, a 4ª CCR trata do Meio Ambiente e Patrimônio Cultural[14]. Em resposta ao pedido de informação formulado pelo SIC/LAI, ela informou que a 4ª CCR não celebrou acordos de cooperação institucional e que a Secretaria de Cooperação Internacional (SCI) também não celebrou memorandos de entendimentos com Órgãos homólogos ou Organismos Internacionais voltados à proteção/preservação do meio ambiente.

Entretanto, o Órgão Ministerial ressaltou que participou de ações conjuntas voltadas à preservação e recuperação de danos ambientais. Como exemplo, citou a atuação na área de garimpo no Rio Juma, no estado do Amazonas, e indicou vários sítios eletrônicos. Esta atuação teve a participação de técnicos dos governos estadual e federal, tendo contado com apoio de helicópteros do Exército, tendo sido realizada no mês de abril de 2017.

2.2 Ministério Público dos Estados e do Distrito Federal

Para saber se os órgãos ministeriais de cada ente da federação celebraram algum instrumento de cooperação ou se atuaram conjuntamente em prol da fiscalização ambiental, no respectivo espaço territorial, foram realizados pedidos de acesso a informação pelo SIC/LAI, sobre instrumentos de cooperação celebrados, previstos ou não na LC 140/2011, e a respeito das operações conjuntas/combinadas eventualmente realizadas, além de consultas às páginas eletrônicas dos órgãos. O Ministério Público do Distrito Federal integra o da União, mas será nos tópicos a seguir, para poder inseri-lo no contexto regional.

2.2.1 Região Norte

No Estado do Acre, o Ministério Público Estadual (MPE) conta com um Centro de Apoio Operacional de Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Histórico e Cultural e Habitação e Urbanismo (CAO-MAHU). No relatório de gestão 2017, consta que o plano geral de atuação do órgão (2016-2021) estabelece as diretrizes de atuação, agindo estrategicamente no Programa Estruturante "Defesa do Meio Ambiente". Ele

---

[13] BADINI MARTINS, L.L.; JOSÉ ALVARENGA, L. "Ministério Público e atuação conforme territorialidades ecossistêmicas: as promotorias de justiça por bacias hidrográficas". In: *Meio Ambiente*. (Assagra Almeida, G., Soares Júnior, J., Badini, L., coord.). Belo Horizonte, Del Rey, 2013, p. 3.

[14] Ministério Público Federal. *Atuação temática da 4ª CCR*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4>. Acesso em 15 nov. 2018.

tem o objetivo central de combater as queimadas, desmatamentos e monitoramento das várias formas de poluição, com foco no desenvolvimento sustentável[15].

O MPAC vem desenvolvendo desde o segundo semestre de 2014 o Projeto Cidades Saneadas, para acompanhar a execução das Políticas Nacional de Saneamento Básico (Lei nº 11.445/2007) e de Gestão Integrada de Resíduos Sólidos (Lei nº 12.035/2010). No ano de 2017, o foco foi a atuação na transição e remediação dos impactos dos lixões de 20 municípios. O Centro tem como atribuição promover a interação com órgãos públicos ou privados[16]. Os dados relatados são os constantes do mencionado relatório.

No Estado do Amapá, o MPE tem um Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente. Ele integra o Gabinete do Procurador-Geral de Justiça e orienta, auxilia e facilita o exercício da função pelos membros do MP na defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado. O órgão atua também na regularização fundiária com vista ao combate do desmatamento na Amazônia. No âmbito ministerial, há a Promotoria de Defesa do Meio Ambiente, Conflitos Agrários, Habitação e Urbanismo (PRODEMAC) que firmou vários Termos de Ajuste de Conduta (TAC), bem como ajuizou ações civis públicas envolvendo questões ambientais[17].

No Estado do Amazonas, o MPE conta com um Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça Especializadas na Defesa do Meio Ambiente, Patrimônio Histórico e da Ordem Urbanística (CAO-MAPH-URB). O Ato nº 068, de 2001, regulamentou o Centro, que busca integrar os órgãos de execução que atuam na mesma área e que tenham atribuições comuns.

No Estado do Pará, o MPE tem um Centro de Apoio Operacional de Meio Ambiente (CAOMA), que tem o objetivo de orientar, auxiliar e facilitar a atuação dos Promotores de Justiça que atuam na área do Meio Ambiente[18]. O órgão informou que desconhece acerca da existência de instrumento de cooperação institucional. Todavia, a despeito de tê-los, destacou que participou de inúmeras operações conjuntas, com servidores dos órgãos de fiscalização ambiental, de todas as esferas, federal, estadual ou municipal. A atividade contou também com a participação de policiais da delegacia especializada de meio ambiente, em especial, em temas referentes à desmatamento, resíduos sólidos, contaminação por agrotóxicos e matadouros.

No Estado de Rondônia, o MPE conta com um Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente, Habitação, Urbanismo, Patrimônio Histórico, Cultural e Artístico (CAO MA), que atua em diversas áreas, destacando as atividades voltadas para gestão de resíduos sólidos, de acordo com a Lei que instituiu a Política Nacional respectiva. O órgão foca também na gestão pesqueira na bacia do Rio Madeira diante dos impactos de usinas hidrelétricas[19]. O órgão informou que desconhecia qualquer celebração de instrumentos de cooperação no âmbito ministerial ou de participação em operação conjunta ou combinada.

No Estado de Roraima, a Promotoria de Justiça de Defesa do Meio Ambiente e Patrimônio Histórico do MPE tem uma atuação específica (judicial e extrajudicial) na defesa dos interesses difusos e coletivos que tenham relação com o meio ambiente

---

[15] Ministério Público do Acre. CAO-MAHU. *Relatório de Gestão 2017*. Disponível em: <https://www.mpac.mp.br/wp-content/uploads/Relat%C3%B3rio-de-Gest%C3%A3o-CAO-MAHU-2017.pdf>. Acesso em 25 set. 2018.

[16] Ministério Público do Acre. CAO-MAHU. *Relatório de Gestão 2017*. Disponível em: <https://www.mpac.mp.br/wp-content/uploads/Relat%C3%B3rio-de-Gest%C3%A3o-CAO-MAHU-2017.pdf>. Acesso em 25 set. 2018.

[17] Ministério Público do Amapá. *Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.mpap.mp.br/caop-meio-ambiente>. Acesso em 6 nov. 2018.

[18] Ministério Público do Pará. *Centro de Apoio Operacional de Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/institucional/centros-de-apoio-operacional/cao-meio-ambiente.htm>. Acesso em 23 out. 2018.

[19] Ministério Público de Rondônia. *Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mpro.mp.br/web/caop-meio-ambiente>. Acesso em: 13 out. 2018.

e valores artísticos, históricos, estéticos, turísticos, paisagísticos e urbanísticos. Atua também nos casos dos crimes ambientais. O órgão informou que não celebrou qualquer instrumento de cooperação e nem participou de operação conjunta ou combinada no âmbito estadual.

No Estado de Tocantins, o MPE tem um Centro de Apoio Operacional de Urbanismo, Habitação e Meio Ambiente (CAOMA), criado no ano de 2014. Ele teve sua origem no Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente, no ano de 1997, que acresceu as novas áreas de atuação posteriormente. O Centro conta com 7 técnicos de várias áreas que subsidia as ações dos promotores de justiça. A atuação do órgão registra ações de redução de impactos sociais e ambientais envolvendo empreendimentos grandes, acompanhamento de municípios para implantar uma gestão adequada de lixo, cobrança das áreas de reservas legais e de preservação permanente em propriedades privadas, entre outras[20].

Portanto, nesta região, pode-se constatar que os órgãos ministeriais têm atuado no cumprimento de suas missões constitucionais, sem qualquer destaque para algum Estado da federação. A atuação tem sido de forma diversa, tanto judicial quanto extrajudicialmente. Inclusive, contam com Centros de Apoio Operacionais voltados para proteção do meio ambiente.

2.2.2 Região Nordeste

No Estado de Alagoas, em 2014, o MPE firmou termo de cooperação para Fiscalização Preventiva Integrada da Bacia do Rio São Francisco no Estado de Alagoas com mais de 20 órgãos e Instituições. Neste instrumento, os signatários comprometem-se a realizar duas fiscalizações conjuntas anuais na Bacia do Rio em Alagoas. Cada período é denominado “etapa”, com aproximadamente 14 dias de operação, com emprego total de servidores. As etapas dividem-se em equipes temáticas, como educação ambiental, defesa agropecuária, mineração, fauna, flora, entre outros.

No Estado da Bahia, o MPE conta com um Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente e Urbanismo (CEAMA), que informou que celebrou três termos de cooperação técnica (Fundação José Silveira, Embasa e Escola Politécnica). No âmbito ministerial, o Núcleo de Defesa da Bacia do São Francisco (NUSF), desde 2002, desenvolve ação integrada e continuada, com diversos órgãos estaduais e federais com atuação no meio ambiente, que foi denominada Programa de Fiscalização Preventiva Integrada (FPI).

A coordenação geral do FPI é do MPBA, tendo a atuação, até o mês de outubro de 2017, ocorrido em 115 municípios da Bacia do São Francisco, em 40 etapas de fiscalização. O objetivo geral da atividade é melhorar a qualidade ambiental dos recursos naturais da Bacia e de vida do seu povo. Como exemplo do resultado da atividade realizada, no ano de 2015, as duas operações contabilizaram 2210 animais silvestres apreendidos ou resgatados, com 67 filhotes de papagaio e 7 de tucanos, fruto de tráfico animal. No ano de 2016, este resgate ultrapassou de 5.000 animais. O período de 2015 a 2017 também totalizou a lavratura de mais de 200 autos de infração e mais de 50 armas de fogo apreendidas, além de notificações realizadas, interdição, embargos, entre outras atividades.

No Estado do Ceará, o MPE tem a Promotoria de Justiça do Meio Ambiente e Planejamento Urbano, que atua judicial e extrajudicialmente na proteção do meio ambiente. Ela também atua de forma preventiva, fiscalizando, controlando e monitorando atividades públicas ou privadas[21]. O órgão informou que não celebrou qualquer instrumento de cooperação e nem participou de operação conjunta ou combinada no âmbito estadual.

---

[20] Ministério Público de Tocantins. *Centro de Apoio Operacional de Urbanismo, Habitação e Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mpto.mp.br/web/caop-do-meio-ambiente/2014/01/11/apresentacao>. Acesso em: 15 ago. 2018.

[21] Ministério Público do Ceará. *Promotoria de Justiça do Meio Ambiente e Planejamento Urbano*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/proma/>. Acesso em: 16 ago. 2018.

No Estado do Maranhão, o MPE tem o Centro de Apoio Operacional de Meio Ambiente, Urbanismo e Patrimônio Cultural, que foi instalado em dezembro de 2004, a despeito de ter sido instituído no ano de 1997. Ele subsidia o exercício dos órgãos de execução em áreas correlatas das promotorias[22]. O órgão esclareceu que não possui informação sobre a celebração de qualquer instrumento de cooperação e participação de operação conjunta ou combinada no âmbito estadual.

No Estado da Paraíba, o MPE tem atuação em prol do meio ambiente e dos bens artísticos, estéticos, históricos, urbanísticos, turísticos e paisagístico. Ele conta com um Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça que atuam nas áreas correspondentes. Ele foi instalado e funciona desde 2011, e tem prestado auxílio às atividades funcionais das promotorias[23].

No Estado de Pernambuco, o MPE conta com um Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça em defesa do Meio Ambiente, que dá suporte a essa área do Ministério Público. Ele é responsável por integrar, articular e promover intercâmbio entre os órgãos de execução da área, além de cumprir esta atribuição com entidades públicas ou privadas[24]. O órgão informou que não há demanda de cooperação institucional envolvendo o Ministério Público no contexto específico da LC 140/2011.

No Estado do Piauí, o MPE tem um Centro de Apoio Operacional de Defesa do Meio Ambiente (CAOMA), que foi instituído em 1997, e atualmente encontra-se regulamentado por um Ato PGJ, de 2013. Entre suas atribuições está buscar o intercâmbio entre entidades ou órgãos públicos e privados na área ambiental[25]. O órgão informou que inexiste cooperação institucional entre a 24ª e a 30ª Promotorias de Justiça de Teresina/PI com qualquer ente da federação, para as finalidades da LC 140/2011. Ademais, esclareceu que há termos de cooperação da Procuradoria Geral de Justiça celebrados com entidades e categorias de classe para realizar vistorias e laudos.

No Estado do Rio Grande do Norte, o MPE atua na proteção do meio ambiente natural, artificial e cultural, por meio de atividade extrajudicial, com recomendações, Termos de Ajustamento de Conduta, ações judiciais, entre outras[26]. O órgão conta com um Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça do Meio Ambiente (CAOPMA), e informou que desconhece qualquer termo de cooperação institucional firmado, nos termos da LC 140/2011.

No Estado de Sergipe, o MPE possui um Centro de Apoio Operacional (CAOp) do Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio Social e Cultural, que tem atuado na temática de resíduos sólidos e poluição atmosférica, com elaboração de cartilha de práticas ambientais[27]. O órgão informou que atua na defesa e proteção do Meio Ambiente, cumprindo suas competências previstas na Constituição Federal e na lei orgânica do Ministério Público. Ele destacou que atua independentemente de convênios e termos de cooperação, com poder de requisição, inclusive da força

---

[22] Ministério Público do Maranhão. *Meio Ambiente, Urbanismo e Patrimônio Cultural*. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/index.php/meio-ambiente/apresentacao>. Acesso em 22 ago. 2018.

[23] Ministério Público da Paraíba. *Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.mppb.mp.br/index.php/area-meio-ambiente/19288>. Acesso em 23 set. 2018.

[24] Ministério Público de Pernambuco. *Centro de Apoio Operacional*. Disponível em: <http://mppe.mp.br/mppe/institucional/caops/caop-defesa-do-meio-ambiente/conheca-o-caop-defesa-meio-ambiente/o-que-e>. Acesso em: 17 set. 2018.

[25] Ministério Público do Piauí. *Centro de Apoio Operacional de Defesa do Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.mppi.mp.br/internet/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=139&Itemid=119>. Acesso em 30 set. 2018.

[26] Ministério Público do Rio Grande do Norte. *Meio Ambiente*. Disponível: <https://www.mprn.mp.br/portal/meio-ambiente>. Acesso em 2 out. 2018.

[27] Ministério Público de Sergipe. *Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio Social e Cultural*. Disponível em: <http://www.mpse.mp.br/Caop/Default.aspx?caop=8>. Acesso em: 12 ago. 2018.

pública, quando necessário. Ressaltou, também, que cabe ao Poder Executivo dos entes da federação celebrar tais atos.

Portanto, nesta região, pode-se constatar que os órgãos ministeriais também têm atuado no cumprimento de suas missões constitucionais, com destaque para o Estado da Bahia, seguido de Alagoas. O primeiro tem coordenado a FPI com atuação em dezenas de municípios, e tem apresentado excelentes resultados. Os demais têm atuado de forma diversa na proteção do meio ambiente.

2.2.3 Região Centro-Oeste

No Estado de Goiás, o MPE conta com um Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente e Urbanismo (CAOMA)[28], que, no biênio 2017-2018, vem atuando nos seguintes projetos:

a. Foco na Secretaria Municipal do Meio Ambiente (SEMMA): tem o objetivo de diagnosticar a estrutura e o funcionamento da Secretaria, Conselho e Fundo de Meio Ambiente dos municípios credenciados perante o Conselho Estadual do Meio Ambiente (CEMAm), para fiscalizar e licenciar atividades de impacto local, como base nos critérios técnicos previstos na Resolução CEMAm nº 02/2016;

b. Programa Ser Natureza: tem como objetivo realizar o diálogo com os Poderes constituídos, organizações da sociedade e a própria comunidade. A atuação será extrajudicial para redução dos problemas ambientais do Estado, contribuindo para prevenção, por meio da educação ambiental;

c. Educa Ação Ambiental - Plantando Sementes para o Futuro: tem o objetivo de incrementar ações do Promotor de Justiça voltadas à educação ambiental, por meio de materiais educativos;

d. Bacia Hidrográfica do Rio Meia Ponte (BHRMP): tem o propósito de melhorar a qualidade ambiental e sua gestão na Bacia, buscando a integração do MP, os órgãos ambientais e a sociedade civil. Dos 39 municípios da bacia, somente nove realizam coleta e tratamento de esgoto;

e. Aperfeiçoamento: busca capacitação dos membros e servidores do Ministério Público para suas funções. No ano de 2017, foram realizados cursos como cadastro ambiental rural (teoria e prática), parcelamento do solo urbano, empreendimentos hidrelétricos, improbidade ambiental e valoração ambiental; e

f. Transparência ambiental: tem o objetivo de fortalecer a participação popular e o controle das ações governamentais, ampliando a conscientização e contribuição para preservar o meio ambiente, bem como dar efetividade à LAI no que se refere aos temas ambientais.

Quanto aos eventuais instrumentos de cooperação no âmbito da LC 140/2011, o órgão esclareceu que eles serão firmados pelos órgãos ambientais dos entes da federação. Destacou, também, que as ações administrativas para defesa do meio ambiente não estão previstas nas atribuições do Ministério Público, nos termos do artigo 129 da Constituição Federal de 1988.

No Estado do Mato Grosso, a Procuradoria de Justiça Especializada em Defesa Ambiental e Ordem Urbanística elaborou orientação específica para atuação dos membros do MPE. Na página eletrônica do órgão, os temas tratados são: valoração do dano ambiental (casos aplicados ao Estado do Mato Grosso), Meio Ambiente Natural, Meio Ambiente Urbano, Geoprocessamento e Modelo de peças[29].

No Estado do Mato Grosso do Sul, o MPE conta com um Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça do Meio Ambiente (CAOMA). O órgão tem várias metas prioritárias, com as seguintes Ações e Programas: Água Limpa para os mananciais, Recuperação e Averbação de Área de Reserva Legal, Saneamento

---

[28] Ministério Público de Goiás. *Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente e Urbanismo*. Disponível em: <http://www.mpgo.mp.br/portal/pagina/cao-meio-ambiente-e-urbanismo>. Acesso em: 17 ago. 2018.

[29] Ministério Público do Mato Grosso. *Procuradoria de Justiça Especializada em Defesa Ambiental e da Ordem Urbanística*. Disponível em: <https://pjedaou.mpmt.mp.br/>. Acesso em: 4 set. 2018.

responsável, SOS Rios para proteger microbacias, Tratamento de Resíduos Sólidos, Manejo adequado de Agrotóxicos e Apoio à implantação efetiva das unidades de conservação[30].

No Distrito Federal, as Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio Cultural (PRODEMA) do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios (MPDFT) atuam na defesa desses temas. Elas oficiam quando são noticiadas de agressão nestas áreas, bem como atuam na educação ambiental, com divulgação de cartilhas correlatas[31]. Quanto à cooperação, o órgão informou que não celebrou instrumento de cooperação institucional previsto na LC 140/2011, bem como não participou de operação conjunta ou combinada para fiscalização ambiental.

Portanto, nesta região, pode-se constatar que os órgãos ministeriais também têm atuado no cumprimento de suas missões constitucionais, com destaque para o Estado de Goiás, que informou sobre a atuação em inúmeros projetos em prol do meio ambiente. Os demais também têm atuado de forma diversa na proteção ambiental.

2.3.4 Região Sudeste

No Estado do Espírito Santo, o MPE tem um Centro de Apoio Operacional da Defesa do Meio Ambiente (CAOA), que busca defender também bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico e urbanístico. O Centro apoia os órgãos de execução que atuam na defesa dessas temáticas, bem como disponibiliza na página eletrônica do órgão material de apoio para temas como agrotóxicos, fauna, flora, licenciamento, poluição, resíduos sólidos, saneamento, entre outros[32].

No Estado de Minas Gerais, o MPE conta com um Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente (CAOMA), que confeccionou um Plano de Atuação para o biênio 2017-2018. Este plano visa o direcionamento das Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente para buscar melhorias para esta área temática, atuando em problemas ambientais, como resíduos sólidos, esgotamento sanitário, desmatamento, entre outros[33].

Quanto à cooperação, o órgão ministerial informou que celebrou Termos de Cooperação Técnica voltados para o meio ambiente, a despeito de não ter sido fundamentado na LC 140/2011. De igual forma, o CAOMA celebrou com o Estado de Minas Gerais e a Polícia Militar acordos de cooperação para atuação conjunta, e tem assim atuado para defesa ambiental diante dos casos concretos. Inclusive, neste Centro, há o Núcleo de Combate aos Crimes Ambientais, que tem como função a articulação com as Polícias Civil e Militar, o Corpo de Bombeiros Militar e os órgãos de proteção do meio ambiente.

No Estado do Rio de Janeiro, o MPE tem um Centro de Apoio Operacional (CAO) das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio Cultural. O órgão atua nessa proteção com os órgãos do Sisnama, em

---

[30] Ministério Público do Mato Grosso do Sul. *Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mpms.mp.br/cao/meio-ambiente>. Acesso em: 6 set. 2018.

[31] Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio Cultural*. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/promotorias-justica-menu/prodema-menu>, Acesso em 23 out. 2018.

[32] Ministério Público do Espírito Santo. *Centro de Apoio Operacional da Defesa do Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Modelos/Paginas/NoticiaSemFoto.aspx?pagina=119>. Acesso em: 10 out. 2018.

[33] Ministério Público de Minas Gerais. *Defesa do Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/areas-de-atuacao/defesa-do-cidadao/meio-ambiente/apresentacao/apresentacao.htm>. Acesso em: 9 out. 2018.

áreas como recursos hídricos, agrotóxicos, fauna, flora, entre outros[34]. O Centro informou que não participou de operação conjunta/combinada, mas celebrou convênio com outros Ministérios Públicos Estaduais com o objetivo de contribuir para o acesso à informação no licenciamento ambiental, além de Termo de Cooperação Técnica-Científica com a Conservação Internacional para implementação de Núcleo de Pesquisa e Segurança Humana.

No Estado de São Paulo, o MPE conta com um Centro de Apoio Operacional (CAO) Cível e de Tutela Coletiva, estando os Promotores de Justiça voltados para promoção e defesa dos valores ambientais, urbanísticos, culturais e humanos. O Centro celebrou vários convênios e cooperação técnica, como exemplo há o Acordo de Cooperação Técnica com a Secretaria de Estado do Meio Ambiente, o CETESB e a Fundação Florestal, para intercâmbio de informações e atendimento padronizado no Sistema Integrado de Gestão Ambiental (SIGAM)[35].

Portanto, nesta região, pode-se constatar que os órgãos ministeriais também têm atuado no cumprimento de suas missões constitucionais, sem destaque para qualquer ente da federação. Todos contam com Centro de Apoio Operacional, tendo o de Minas Gerais um núcleo orgânico a ele para combater crimes ao meio ambiente, que se articula com órgãos de segurança pública estaduais. A atuação de todos tem sido diversa, judicial ou extrajudicialmente.

2.2.5 Região Sul

No Estado do Paraná, o MPE tem um Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Proteção ao Meio Ambiente e de Habitação e Urbanismo (CAOPMAHU), que dá suporte técnico e jurídico aos promotores para o exercício de suas funções[36]. O órgão informou que celebrou dois Termos de Cooperação Institucional. Um com a Secretaria Estadual de Segurança Pública e a Polícia Militar, para cooperação mútua nas ações fiscalizatórias, de monitoramento e educação ambiental. Outro com o IAP para possibilitar o acesso direto dos membros do MPPR aos dados do Sistema de Licenciamento e Fiscalização Ambiental e ao Sistema de Gestão Ambiental do Instituto.

Além desses, o órgão ministerial celebrou como o IAP e Batalhão de Polícia Ambiental Força Verde, em setembro de 2016, termo de cooperação técnica e financeira e plano de trabalho para que a Polícia Ambiental voltasse a atuar administrativamente na fiscalização das infrações ambientais. O convênio permitirá a ampliação da fiscalização, pois, nos últimos anos, estava sendo feito de modo insuficiente pelos fiscais do IAP.

No que se refere às operações conjuntas, o órgão esclareceu que, em agosto de 2016, o Centro lançou o Projeto Setorial “Mata Atlântica em Pé”, que tem como objetivo recuperar o bioma Mata Atlântica no Estado do Paraná. Por conseguinte, foram realizadas operações com a Polícia Militar e o IBAMA, onde vistoriaram grandes propriedades rurais em várias cidades da região.

No Estado do Rio Grande do Sul, o MPE conta com um Centro de Apoio Operacional de Defesa do Ambiente (CAOMA), que orienta e auxilia os Promotores de Justiça, apoiando-os nas relações com a SEMA/RS, FEPAM e o IBAMA. Os seus principais instrumentos de atuação são o Inquérito Civil (IC), o Termo de Ajustamento de Conduta (TAC), a Ação Civil Pública (ACP) e a Ação Penal Pública (APP). Para a defesa dos recursos hídricos, as Promotorias de Justiça atuam local ou

---

[34] Ministério Público do Rio de Janeiro. *Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio Cultural*. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/conheca-o-mprj/areas-de-atuacao/meio-ambiente>. Acesso em 14 nov. 2018.

[35] Ministério Público de São Paulo. *Urbanismo e Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente>. Acesso em: 4 out. 2018.

[36] Ministério Público do Paraná. *Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.meioambiente.mppr.mp.br/>. Acesso em 2 nov. 2018.

regionalmente por Bacia Hidrográfica, o que favorece uma atuação homogênea e eficaz[37].

O CAOMA informou que é o órgão responsável pelo fomento e monitoramento de convênios, projetos e programas nas áreas do meio ambiente. Em 2013, o Centro pactuou com o TCE/RS e a FEPAM desenvolvimento de ações para orientar os Executivos Municipais para o melhor desempenho das ações administrativas municipais definidas na LC 140/2011. Ele conta com um Projeto Institucional específico sobre Licenciamento Ambiental Municipal, que tem como objetivo fomentar a estrutura e qualificação dos entes municipais gaúchos para o licenciamento e fiscalização ambiental.

Este Centro participa de operações conjuntas de fiscalização ambiental, que são realizadas no âmbito da Comissão de Fiscalização do Fórum Gaúcho de Combate aos Impactos dos Agrotóxicos (FGCIA), que está sob sua coordenação. Ademais, as Promotorias de Justiça (órgãos de execução) participam de forma constante dessas operações.

No Estado de Santa Catarina, o MPE tem um Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente (CME), que é responsável pela orientação e auxílio aos Promotores de Justiça na defesa ambiental. Ele desenvolve programas temáticos específicos para o lixo, o saneamento básico, defesa da flora e da fauna e a defesa do Patrimônio Histórico e Cultural[38].

Quanto à cooperação, o órgão ministerial informou um *link* do portal de transparência, onde constam centenas de convênios firmados, sobre diversos temas. Entre os quais, pode-se citar um Termo de Cooperação Técnica com a Agência Reguladora de Serviços de Saneamento Básico do Estado com o objetivo de realizar ações para assegurar qualidade da água. Ele destacou que participa de operações de fiscalização e investigação com outros órgãos, e, somente nos anos de 2015 e 2016, em decorrência dessas atividades, mais de 7.000 procedimentos foram instaurados.

Portanto, nesta região, pode-se constatar que os órgãos ministeriais também têm atuado no cumprimento de suas missões constitucionais, com destaque para o Estado do Rio Grande do Sul. Este órgão pactuou com o TCE e a FEPAM para o desenvolvimento de ações para aprimorar o desempenho municipal diante da LC 140/2011. Os demais têm atuado de forma diversa na proteção do meio ambiente, judicial ou extrajudicialmente.

2.3 Conclusão parcial

Pode-se constatar que o *Parquet* federal tem atuado cooperativamente, a despeito de não ter celebrado qualquer instrumento de cooperação. Todavia, a propositura de suas ações tem sido fundamentais para conter práticas lesivas ao meio ambiente.

No âmbito estadual e distrital, constata-se que a atuação do órgão ministerial tem sido diferente entre os entes da federação. Há Estado, como o da Bahia, em que o próprio MP coordenada atividades de fiscalização, estando no mesmo alinhamento os órgãos dos Estados de Goiás e Rio Grande do Sul. Todavia, por vocação constitucional, todos atuam na defesa do meio ambiente.

---

[37] Ministério Público do Rio Grande do Sul. *Centro de Apoio Operacional de Defesa do Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/ambiente/>. Acesso em 12 nov. 2018.

[38] Ministério Público de Santa Catarina. *Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/centros-de-apoio-operacional/meio-ambiente>. Acesso em: 27 out. 2018.

3. Polícia Militar dos Estados e do Distrito Federal

A Polícia Militar tem atuado na defesa do meio ambiente nos Estados da federação e no Distrito Federal. Para saber como tem sido esta atuação, foi realizado pelo SIC/LAI os seguintes questionamentos:

a. Se a Polícia Militar celebrou algum instrumento de cooperação previsto no Art. 4º da LC 140/2011;

b. Se há alguma organização militar, no âmbito do Estado, que atue na proteção do meio ambiente;

c. Quais as atividades foram desenvolvidas em prol do meio ambiente por eventual unidade/subunidade militar, nos anos de 2013 a 2017;

d. Se eventual unidade/subunidade militar participou de alguma operação conjunta ou combinada em prol do meio ambiente; e

e. Se houve alguma destinação orçamentária para eventual unidade/subunidade militar que tenha atuado em prol do meio ambiente.

3.1 Região Norte

O Estado do Acre não respondeu ao pedido de informação. No Estado de Amapá, a Polícia Militar (PMAP) informou que celebrou termo de cooperação técnica com a SEMA/AP, e que a organização possui um Batalhão Ambiental há 20 anos, com sede no município de Santana, com destacamentos e companhias em outras locais, totalizando 123 policiais para esta atividade. Nos anos de 2013 a 2017, a Polícia Ambiental realizou 5.949 ações que resultaram na lavratura de 986 boletins de ocorrência e 1.128 autos de infração. O órgão não possui uma dotação orçamentária específica para proteção ambiental, pois eles atuam de acordo com demandas de outros órgãos, como o ICMBio, IBAMA, IMAP, SEMA e outros. Os recursos utilizados são dos próprios demandantes ou do fundo Estadual de Recursos para o Meio Ambiente (FERMA).

No Estado do Amazonas, a Polícia Militar (PMAM) esclareceu que, em anos anteriores, foram celebrados convênios com o MMA, que propiciaram ao Batalhão de Policiamento Ambiental (BPAmb) obter recursos para emprego na Unidade. O órgão estava prestes a celebrar um Acordo de Cooperação Técnica com o IBAMA. O Batalhão foi reativado em 2008, com a denominação de “Batalhão Amazonas”, e está subordinado administrativa e operacionalmente ao Comando de Policiamento Ambiental.

O BPAmb executa policiamento ambiental ostensivo urbano, rural e fluvial, tanto preventiva quanto repressivamente, e participa de operações conjuntas com órgãos de todos os entes da federação. De 2013 a 2017, foram realizadas 380 operações, tendo como resultado detenções, apreensões, resgates, entre outros. O Batalhão não possui dotação orçamentária específica, pois os recursos são destinados ao Comando da PMAM.

No Estado do Pará, a resposta não foi enviada, tendo sido indicado ponto de contato para possível obtenção dos dados, mas as tentativas foram sem sucesso. No Estado de Rondônia, foi editado o Decreto nº 16.399, de 28 de julho de 2011, que dispõe sobre a parceria da SEDAM, referente às ações que visam a coibir as infrações contra o Meio Ambiente no âmbito estadual. Nele, esta Secretaria ficou autorizada a desenvolver esforço conjunto com a Secretaria de Estado de Segurança, Defesa e Cidadania (SESDEC), por intermédio do Batalhão de Polícia Ambiental (BPA), da Polícia Militar do Estado de Rondônia (PMRO) medidas para coibir as mencionadas infrações. O BPA atua em todo Estado e realiza ações conjuntas com a SEDAM, IBAMA, Fundação Nacional do Índio (FUNAI) e ICMBio. O Batalhão não recebe destinação orçamentária específica para proteção do meio ambiente.

No Estado de Roraima, a Polícia Militar (PMRR) pactuou quatro Acordos de Cooperação Técnica, sendo um com o IBAMA, para estabelecer cooperação nas ações de fiscalização e combate à crimes e infrações ambientais, dois com a FEMARH e um com a Agência de Defesa Agropecuária de Roraima (ADERR). No âmbito da

Corporação, há um Companhia Independente de Policiamento Ambiental (CIPA – Monte Roraima), que atua em prol do meio ambiente.

A Unidade militar realizou ações conjuntas de fiscalização com diversos órgãos, como a FERMARH, a Secretaria Municipal de Gestão Ambiental (SMGA), o IBAMA, o ICMBio, EB, FUNAI e outros. A atividade atuou para averiguações de denúncias sobre a desmatamento, queimada ilegal, caça e pesca, maus tratos de animais domésticos e domesticáveis, extrativismo mineral, entre outros. Em relação ao orçamento, a CIPA não teve destinação específica. Todavia, a Companhia firma convênio com o Poder Judiciário para receber verbas dos processos, quando as empresas ou pessoas físicas são multadas por práticas de crimes ambientais.

No Estado de Tocantins, a Polícia Militar (PMTO) celebrou convênio e termo de cooperação técnica com o NATURATINS, além de convênios com as empresas INVESTCO, ENERPEIXE e Usina de São Salvador, todas Usinas Hidrelétricas. A Corporação atua com o Batalhão de Polícia Militar Ambiental (BPMA) na proteção do meio ambiente, com ações de fiscalização, educação ambiental e execução das políticas ambientais em vigor no âmbito estadual.

No período de 2013 a 2017, realizou 149 operações, que teve a lavratura de 1.616 autos de infração, com 149 armas apreendidas. Em conjunto com o MPE, MPF, INCRA, IBAMA, ICMBio e FUNAI, a Unidade militar atuou semanalmente na INVESTCO, quinzenalmente na ENERPEIXE e mensalmente na Usina São Salvador. A atividade teve como foco a extração ilegal de minério, cerâmicas e draga, repressão à caça e pesca. Quanto ao efetivo, a PM deixou de responder, por entender que os dados são restritos ao órgão policial, pois, se divulgadas, podem colocam em risco a segurança da tropa. Em relação ao orçamento, o BPMA não teve destinação específica.

Portanto, nesta região, pode-se constatar que, com exceção do Estado do Acre e do Pará, que não foi possível obter as informações, em todos os entes estaduais a polícia militar tem atuado cooperativamente, realizando destacado papel na proteção do meio ambiente. Nesses Estados, há uma organização militar destinada especificamente para área ambiental, em nível unidade ou subunidade. Nas atividades que realizam, diversas autuações são realizadas, em operações onde participam órgãos federais, estaduais e do ministério público.

3.2 Região Nordeste

No Estado de Alagoas, A Polícia Militar informou que não celebrou qualquer instrumento de cooperação previsto na LC 140/2011, e que possui em seu organograma um Batalhão de Polícia Ambiental (BPA/AL. No período de 2013 a 2017, o órgão atuou na fiscalização e educação ambiental, com apreensão de produtos de crime, palestras em escolas e faculdades para educação ambiental, entre outras. O órgão realizou operações conjuntas com o IBAMA, IMA, Zoonoses e SEMMA, que resultaram em procedimentos administrativos e criminais. Em relação ao orçamento, o BPA/AL não teve destinação específica.

No Estado do Ceará, a Polícia Militar do Estado do Ceará (PMCE), representada pela Secretaria de Segurança Pública e Defesa Social (SSPDS), firmou Termo de Cooperação Técnica com a Agência Fiscalizadora da Prefeitura (Agefis). Naquele ente da federação, o Batalhão de Policiamento Ambiental (BPMA) e o Corpo de Bombeiros Militar atuam em prol do meio ambiente. Esta Unidade especializada atua contra crimes ambientais, e recebe cotidianamente demandas de captura e resgate de animal. No ano de 2016, lavrou 85 Termos Circunstanciados de Ocorrência (TCOs) sobre poluição sonora, 3188 apreensões de equipamentos sonoros, 5345 resgates/apreensões de pássaros, entre outros. O órgão participou de operações conjuntas com a AGEFIS, SEMA, SEMACE, IBAMA, Agência de Defesa Agropecuária do Estado do Ceará (ADAGRI) e Companhia de Gestão dos Recursos Hídricos (COGERH).

No Estado do Maranhão, a Polícia Militar (PMMA) celebrou instrumento de cooperação com a SEMA/MA e o ICMBio, e possui o Batalhão de Polícia Ambiental (BPA). A Unidade militar especializada atua, desde 2008, no Projeto Brigada Voluntária Ambiental, com apreensão de madeira, destruição de serrarias ilegais, apreensão de máquinas e caminhões de transporte ilegal de madeira, e de espécies de mamíferos, aves e répteis. O órgão também participou de várias operações como a denominada “Arco de Fogo” e “Hileia”, com o IBAMA, DPF, SEMA/MA e PRF. Quanto ao orçamento, o BPA somente foi unidade orçamentária alguns meses de 2017, deixando de ser posteriormente. No período, o valor gasto foi R$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil reais).

No Estado da Paraíba, a Polícia Militar (PMPB) celebrou Termo de Cooperação com a SUDEMA, para regulamentar o exercício do Batalhão da Polícia Ambiental (BPAmb) na prevenção e repressão de crimes ambientais. Esta Unidade militar especializada atua na fiscalização em Unidades de Conservação, em áreas de desmatamento e/ou queima de produtos florestais, em degradações ambientais com a extração ilegal de minerais, palestra em escolas e órgãos sobre as atividades que desenvolve. Na área marítima, com apoio do IBAMA, fiscaliza embarcações pesqueiras que realizam captura e pesca no período defeso. No período de 2015 a 2017, 388 operações conjuntas, com o MPE, IBAMA, SUDEMA e outros.

No Estado do Pernambuco, a Polícia Militar (PMPE) conta em seu organograma com a 1ª Companhia Independente de Policiamento do Meio Ambiente que atua nessa área. O órgão não celebrou qualquer instrumento de cooperação previsto na LC 140/2011, mas desenvolve atividades conjuntas com órgãos públicos ambientais de fiscalização em Unidades de Conservação, realização de palestrar, ações de prevenção/repressão de crimes ambientais, policiamento ostensivo, entre outros. Semanalmente, realiza as ações com órgãos estaduais e municipais, e eventualmente com federais. Quanto à destinação orçamentária, até 2016 não havia orçamento, mas, em 2017, a CPRH passou a destinar 30% da Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental do Estado de Pernambuco (TFHPE), mas no momento da resposta o recurso ainda não tinha sido empregado.

No Estado do Piauí, a Polícia Militar (PMPI) celebrou Termo de Cooperação com a SEMAR, em 2014, tendo como interveniente o Batalhão de Policiamento Ambiental (BPA). Este instrumento delegou à Unidade militar atribuições para lavrar autos de infrações ambientais, mas encontra-se suspenso, desde 27/01/2017, tendo em vista a Procuradoria Geral do Estado do Piauí (PGE/PI) ter emitido parecer desfavorável desta delegação naquele âmbito territorial.

O BPA é empregado no policiamento ostensivo geral e em atividades de educação ambiental, por meio palestras em universidades, faculdades, escolas de ensino fundamental e médio, bem como por demandas oriundas do MPE. No período de 2013 a 2017, o Batalhão participou de 403 operações conjuntas, com IBAMA, SEMAR, MPE e Secretaria Municipais. Quanto ao orçamento, neste período, não houve tal destinação à Organização Militar. Entretanto, por ocasião da celebração do Termo de Cooperação de 2014, havia previsão que 50% dos recursos arrecadados seriam destinados à PMPI/BPA, para melhoria nos serviços de fiscalização e capacitação, o que efetivamente não ocorreu, nos anos de 2015 e 2016.

No Estado do Rio Grande do Norte, a Polícia Militar (PMRN) conta com uma Companhia Independente de Proteção Ambiental (CIPAM) que atua nessas questões. A Unidade militar informou que atua cotidianamente em ações conjuntas e combinadas, com o IBAMA, Agência Nacional de Águas (ANA), IDEMA, MPE, entre outros, e não teve destinação orçamentária específica.

No Estado de Sergipe, a Polícia Militar (PMSE) celebrou apenas um Termo de Cooperação Técnica com a SEMARH para executar ações complementares de fiscalização de recursos hídricos. Na Corporação, há um Pelotão de Polícia Ambiental (PPAmb, que tem atuação em todo território estatal. No período de 2013 a 2017, a Unidade atendeu diversas ocorrências ambientais, além de atividades de fiscalização ambiental, que resultaram em captura/apreensão de 9.435 animais silvestres, 424 TCOs, entre outros. Nestes anos, foram realizadas diversas ações conjuntas com o

IBAMA, ADEMA e a Secretaria Municipal do Meio Ambiente (SEMMA). O Estado da Bahia não respondeu ao solicitado.

Portanto, nesta região, constata-se que, com exceção do Estado da Bahia, que não respondeu ao pedido de informação, em todos os entes estaduais, a polícia militar conta com uma organização militar com destinação específica para o meio ambiente, em nível unidade ou subunidade. No Piauí, a atuação está suspensa. Nesses entes, observa-se uma ampla atuação cooperativa da Polícia Militar com diversos outros órgãos, com excelentes resultados.

3.3 Região Centro-Oeste

No Estado de Goiás, a Polícia Militar (PMGO) não celebrou qualquer instrumento de cooperação previsto na LC 140/2011. Para atuação na proteção do Meio Ambiente, o Comando de Policiamento Ambiental conta com dois centros de apoio (Centro Técnico Ambiental, em Abadia de Goiás/GO, e o Centro de Educação Ambiental, em Goianápolis/GO), e duas Unidades operacionais (1º Batalhão de Policiamento Ambiental, em Abadia de Goiás/GO, e a 1ª Companhia Independente de Policiamento Ambiental, em Aruanã/GO). Quanto ao efetivo, a Corporação informou que a portaria (2016) que o estabelece tornou este tópico sigiloso pelo período de 15 anos. Sobre as operações realizadas, as informações produzidas estão sob sigilo por um período de 5 anos.

No Estado de Mato Grosso, a Polícia Militar (PMMT) informou que a SEMA/MT e SSP/MT celebraram Termo de Cooperação. A Corporação possui um Batalhão de Polícia Militar de Proteção Ambiental (BPMPA). A Unidade realizou diversas operações, como combate ao desmatamento ilegal, combate à pesca depredatória, fiscalização em estabelecimentos de depósito e comércio de madeiras, entre outros. Em conjunto, atuou com a SEMA/MT, IBAMA, FUNAI e com o Instituto de Defesa Agropecuária (INDEA).

No Estado do Mato Grosso do Sul, a Polícia Militar (PMMS) possui o Batalhão de Polícia Militar Ambiental (BPMA). No período de 2013 a 2017, o Batalhão lavrou 4.278 autos de infração e participou de diversas operações conjuntas com o Ministério do Trabalho e Emprego, MPE, Guarda Municipal de Campo Grande, PRF, DPF, Polícia Civil e Grupamento de Policiamento Aéreo da PMMS. Neste ente da federação, foram celebrados os seguintes instrumentos de cooperação:

a. Termo de Cooperação Técnica e Financeira 06/2017, entre a Secretaria de Estado do Meio Ambiente, Produção e Agricultura Familiar, o IMASUL e a Secretaria de Estado de Justiça e Segurança Pública (SEJUSP);

b. Termo de Compromisso de Compensação Ambiental 003/2016, entre a Companhia Energética de São Paulo (CESP), com o IMASUL, com interveniência do MPE/MS e da SEJUSP, por intermédio da PMMS e do BPMA; e

c. Termo de Compensação Ambiental 007/2017, entre a CESP, com o IMASUL, com interveniência da Secretaria d Estado do Meio Ambiente e Desenvolvimento Econômico (SEMADE), o MPE/RS e da SEJUSP, por intermédio da PMMS e do BPMA.

No Distrito Federal, a Polícia Militar (PMDF) conta em seu organograma com o Comando de Policiamento Ambiental com cinco Unidades subordinadas: um Batalhão de Policiamento Turístico (BPTur), um Batalhão de Polícia Militar Ambiental (BPMA) e três Batalhões de Policiamento Rurais (BPRural). No período de 2013 a 2016, as atividades dessas Unidades especializadas resultaram em 3.532 apreensões de armas, 6.812 resgate/captura de animais e 9.730 ocorrências diversas. Neste período também participou de várias operações conjuntas com o IBRAM, ICMBio, Agência Reguladora de Águas e Saneamento do Distrito Federal (ADASA/DF) e Secretaria de Estado da Ordem Pública e Social do Distrito Federal (SOPS).

Portanto, nesta região, todos os entes estaduais e distrital contam com unidade/subunidade específica da polícia militar voltada para o meio ambiente. Nesses entes, diversas operações interagências foram realizadas, com excelentes

resultados. Em tais atuações, houve a atuação cooperativa de diversos outros órgãos, em nível federal e no âmbito do próprio Estado e Distrito Federal.

3.4 Região Sudeste

No Estado do Espírito Santo, a Polícia Militar (PMES) possui o Batalhão de Polícia Militar Ambiental (BPMA. A Corporação firmou vários convênios com órgãos federais e estaduais, como o celebrado com a Agência Estadual de Recursos Hídricos (AGERH), em que houve a delegação de competência administrativas. No período de 2013 a 2017, a BPMA participou de 90 operações conjuntas, com o IEMA, EB, SEMMA, IBAMA, entre outros.

No Estado de Minas Gerais, a Polícia Militar (PMMG) realiza o policiamento do meio ambiente por policiais militares das Companhias Independentes de Meio e Trânsito (Cias PM Ind MAT) e da Companhia Independente de Meio Ambiente (Cia MAmb). Nos temas de difusão e nivelamento técnico/doutrinário, as questões ambientais são tratadas pela Diretoria de Meio Ambiente e Trânsito (DMAT). Com relação à destinação orçamentária, em razão de convênio da SEMAD com a PMMG, os seguintes valores foram previstos e executados: Em 2013, R$ 6.6284.400,00 previsto e R$ 6.134.316,58 executado; em 2014, R$ 5.000.000,00 (previsto) e R$ 3.912.419,76 (executado); em 2015, R$ 6.000.000,00 (previsto) e R$ 5.954.886,61 (executado); e, em 2016, 3.000.000,00 (previsto) e R$ 2.952.794,03 (executado).

No Estado de Rio de Janeiro, a Polícia Militar (PMRJ) possui Unidades de Polícia Ambiental. No período de 2013 a 2017, estas organizações participaram de 305 operações conjuntas, com órgãos federais, estaduais, municipais, em apoio à Polícia Civil, à órgãos do Poder Judiciário, entre outros.

No Estado de São Paulo, a Polícia Militar (PMSP) conta com 4 Batalhões e um Comando de Policiamento Ambiental. Eles atuam contra infrações como desmatamento não licenciado, caça e pesca predatória, comércio e manutenção em cativeiro de animais silvestres, incêndios florestais, entre outros. Somente no ano de 2014, foram lavrados 13.790 autos de infração ambiental, 61.649 boletins de ocorrência, 449 pessoas presas em flagrante, 39.592 propriedades rurais fiscalizadas, entre outras. Na área da educação ambiental, 119.710 pessoas foram beneficiadas com palestras e exposições em escolas, universidades, feiras e congressos.

Portanto, nesta região, todos os entes estaduais dispõem de unidade/subunidade específica da polícia militar vocacionada para o meio ambiente. Nesses entes, diversas operações foram realizadas, com milhares de ocorrências, com a obtenção de excelentes resultados. Em diversas atuações, houve atuação cooperativa com diversos outros órgãos, o que corrobora a importância desta atuação conjunta.

3.5 Região Sul

No Estado de Paraná, a Polícia Militar (PMPR) conta com o Batalhão de Polícia Ambiental Força Verde (BP Amb FV). Esta Unidade especializada possui um convênio com o IAP, que delega competência para autuação administrativa de infrações ambientais. As atividades do Batalhão consistem no policiamento ostensivo para prevenção e repressão de crimes ambientais, por meio de patrulhamentos a pé, motorizado, embarcado, montado, de bicicleta e aéreo. Esta atuação ocorre de forma isolada ou conjuntamente com o IAP, IBAMA, PRF, PF, PC, Receitas Estadual e Federal, Municípios, Forças Armadas, entre outros. No período de 2013 a 2017 foram realizadas 90 operações, e a movimentação orçamentária nas ações de policiamento ambiental (Projeto Atividade 4073), foram as seguintes:

a. 2013: orçamento inicial – 3.000.000,00; total orçamentário – 1.758.075,00; e empenhado – 1.647.065,18;

b. 2014: orçamento inicial – 2.500.000,00; total orçamentário – 1.798.644,00; e empenhado – 398.344,83;

c. 2015: orçamento inicial – 480.000,00; total orçamentário – 2.019.280,00; e empenhado – 1.543.782,62;

d. 2016: orçamento inicial – 2.609.960,00; total orçamentário – 2.251.648,00; e empenhado – 1.728.764,69; e

e. 2017: orçamento inicial – 2.745.000,00; total orçamentário – 2.529.900,00; e empenhado – 2.131.844,61.

No Estado do Rio Grande do Sul, a Polícia Militar (PMRS) possui um Comando Ambiental com três Batalhões Ambientais. No período de 2013 a 2016, estas Unidades especializadas realizaram 23 operações, que resultaram em 12.601 ocorrências atendidas sobre fauna e 7.543 sobre flora, com 831 armas apreendidas e 15.052 prisões, entre outras. No ano de 2017, o Comando Ambiental participou de operações conjuntas com a SEMA, não tendo sistematizados os dados dos anos anteriores. Com relação ao orçamento, em 2017, foram liberados R$ 25.000,00 para a operação em conjunto com a SEMA e R$ 3.614.050,00 para aquisição de viaturas, do Fundo de Recursos Hídricos do RS.

No Estado de Santa Catarina, a Polícia Militar (PMSC) tem o Comando de Policiamento Militar Ambiental, em Florianópolis e em outros municípios. No período de 2013 a 2017, diversas atividades fiscalizatórias em prol do meio ambiente foram realizadas, que resultaram em 20.921 ocorrências sobre a flora, 14.685 sobre a fauna, 7.326 sobre a pesca, 7.026 a sobre poluição ambiental, entre outras. Neste mesmo período, foram realizadas operações conjuntas com o MPSC, o INMETRO, a PRF, a Secretaria Estadual da Fazenda (SEF), a FATMA, o Conselho Regional de Química (CRQ), a Diretoria de Defesa Civil Estadual (DEDEC), entre outros.

Portanto, nesta região, todos os entes estaduais também contam com unidade/subunidade específica da polícia militar voltada para o meio ambiente. No período considerado, eles realizaram inúmeras operações, atuando em milhares de ocorrências. Somente no Estado de Santa Catarina tiveram mais de vinte mil delas. A atuação dos órgãos policiais deu-se de forma cooperativa, em nível federal e no âmbito estadual.

3.6 Conclusão parcial

A pesquisa realizada permitiu constatar que a Polícia Militar tem tido um papel determinante na proteção do meio ambiente. Ela tem atuado isolada e cooperativamente, e suas ações têm resultado em grande número de autuações. Algumas possuem orçamento próprio, e outras não, estando subordinadas a um órgão superior, mas todas têm tido significativa atuação em prol do meio ambiente, particularmente na fiscalização ambiental.

CONCLUSÃO

A atuação cooperativa na proteção do meio ambiente é fundamental para todos os países, principalmente um de dimensão continental. Para tanto, é necessário que todos os órgãos estatais estejam voltados para este propósito, e não apenas os ambientais, como também os demais, como as Forças Armadas, o Ministério Público e a Polícia Militar.

A pesquisa realizada pode constatar que as Forças Armadas têm sido atuantes na proteção ambiental. Além das diversas normas que buscam esta proteção, elas têm realizado operações que contribuem para coibir ilícitos ambientais e transfronteiriços no território brasileiro, tendo participado de diversas operações conjuntas, com outros órgãos de Estado.

No âmbito do Ministério Público, verifica-se que, no nível federal, ele tem atuado cooperativamente, mesmo não tendo celebrado instrumento de cooperação. A relevância de sua atuação tem sido na propositura de suas ações judiciais e extrajudiciais para conter práticas lesivas ao meio ambiente. No âmbito estadual e

distrital, há órgão ministerial que tem coordenado atividades de fiscalização ambiental, e outros não, mas todos têm atuado na defesa do meio ambiente.

Em relação às Polícias Militares, constatou-se que ela tem sido fundamental na proteção do meio ambiente. A sua atuação isolada e cooperativa tem tido relevantes resultados, com elevado número de autuações. Nem todas possuem orçamento próprio, por serem orgânicas aos outros órgãos, mas todas atuam em prol do meio ambiente, particularmente na fiscalização ambiental.

Por fim, constata-se que o Brasil possui Instituições não destinadas exclusivamente para a proteção do meio ambiente, mas que têm atuado de forma a contribuir essencialmente com este propósito, como é o caso das que foram objeto de pesquisa deste trabalho, tanto no nível federal, quanto no estadual e distrital.

REFERÊNCIAS

ANDRADE HARTMANN, A. "Políticas Públicas Ambientais: a atuação do Ministério Público". In: *Políticas Públicas Ambientais: estudos em homenagem ao professor Michel Prieur*. (Macedo D'Isep, C.F., Nery Junior, N., Medauar, O., coord). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.

BADINI MARTINS, L.L.; JOSÉ ALVARENGA, L. "Ministério Público e atuação conforme territorialidades ecossistêmicas: as promotorias de justiça por bacias hidrográficas". In: *Meio Ambiente*. (Assagra Almeida. G., Soares Júnior, J. e Badini, L., coord.). Belo Horizonte, Del Rey, 2013.

Ministério da Defesa. *Defesa & Meio Ambiente*. Disponível: <https://www.defesa.gov.br/arquivos/estado_e_defesa/defesa_e_meio_ambiente/livro_defesa_e_meio_ambiente.pdf>. Acesso em: 13 dez. 2018.

Ministério Público da Paraíba. *Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.mppb.mp.br/index.php/area-meio-ambiente/19288>. Acesso em 23 set. 2018.

Ministério Público de Goiás. *Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente e Urbanismo*. Disponível em: <http://www.mpgo.mp.br/portal/pagina/cao-meio-ambiente-e-urbanismo>. Acesso em: 17 ago. 2018.

Ministério Público de Minas Gerais. *Defesa do Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mpmg.mp.br/areas-de-atuacao/defesa-do-cidadao/meio-ambiente/apresentacao/apresentacao.htm>. Acesso em: 9 out. 2018.

Ministério Público de Pernambuco. *Centro de Apoio Operacional*. Disponível em: <http://mppe.mp.br/mppe/institucional/caops/caop-defesa-do-meio-ambiente/conheca-o-caop-defesa-meio-ambiente/o-que-e>. Acesso em: 17 set. 2018.

Ministério Público de Rondônia. *Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mpro.mp.br/web/caop-meio-ambiente>. Acesso em: 13 out. 2018.

Ministério Público de Santa Catarina. *Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mpsc.mp.br/centros-de-apoio-operacional/meio-ambiente>. Acesso em: 27 out. 2018.

Ministério Público de São Paulo. *Urbanismo e Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.mpsp.mp.br/portal/page/portal/cao_urbanismo_e_meio_ambiente>. Acesso em: 4 out. 2018.

Ministério Público de Sergipe. *Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente, Urbanismo, Patrimônio Social e Cultural*. Disponível em: <http://www.mpse.mp.br/Caop/Default.aspx?caop=8>. Acesso em: 12 ago. 2018.

Ministério Público de Tocantins. *Centro de Apoio Operacional de Urbanismo, Habitação e Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mpto.mp.br/web/caop-do-meio-ambiente/2014/01/11/apresentacao>. Acesso em: 15 ago. 2018.

Ministério Público do Acre. CAO-MAHU. *Relatório de Gestão 2017*. Disponível em: <https://www.mpac.mp.br/wp-content/uploads/Relat%C3%B3rio-de-Gest%C3%A3o-CAO-MAHU-2017.pdf>. Acesso em 25 set. 2018.

Ministério Público do Amapá. *Centro de Apoio Operacional do Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.mpap.mp.br/caop-meio-ambiente>. Acesso em 6 nov. 2018.

Ministério Público do Ceará. *Promotoria de Justiça do Meio Ambiente e Planejamento Urbano*. Disponível em: <http://www.mpce.mp.br/proma/>. Acesso em: 16 ago. 2018.

Ministério Público do Distrito Federal e Territórios. *Promotorias de Justiça de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio Cultural*. Disponível em: <http://www.mpdft.mp.br/portal/index.php/conhecampdft-menu/promotorias-justica-menu/prodema-menu>, Acesso em 23 out. 2018.

Ministério Público do Espírito Santo. *Centro de Apoio Operacional da Defesa do Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mpes.mp.br/Arquivos/Modelos/Paginas/NoticiaSemFoto.aspx?pagina=119>. Acesso em: 10 out. 2018.

Ministério Público do Maranhão. *Meio Ambiente, Urbanismo e Patrimônio Cultural*. Disponível em: <https://www.mpma.mp.br/index.php/meio-ambiente/apresentacao>. Acesso em 22 ago. 2018.

Ministério Público do Mato Grosso do Sul. *Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mpms.mp.br/cao/meio-ambiente>. Acesso em: 6 set. 2018.

Ministério Público do Mato Grosso. *Procuradoria de Justiça Especializada em Defesa Ambiental e da Ordem Urbanística*. Disponível em: <https://pjedaou.mpmt.mp.br/>. Acesso em: 4 set. 2018.

Ministério Público do Pará. *Centro de Apoio Operacional de Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www2.mppa.mp.br/institucional/centros-de-apoio-operacional/cao-meio-ambiente.htm>. Acesso em 23 out. 2018.

Ministério Público do Paraná. *Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.meioambiente.mppr.mp.br/>. Acesso em 2 nov. 2018.

Ministério Público do Piauí. *Centro de Apoio Operacional de Defesa do Meio Ambiente*. Disponível em: <http://www.mppi.mp.br/internet/index.php?option=com_content&view=category&layout=blog&id=139&Itemid=119>. Acesso em 30 set. 2018.

Ministério Público do Rio de Janeiro. *Centro de Apoio Operacional das Promotorias de Justiça de Tutela Coletiva de Defesa do Meio Ambiente e do Patrimônio Cultural*. Disponível em: <http://www.mprj.mp.br/conheca-o-mprj/areas-de-atuacao/meio-ambiente>. Acesso em 14 nov. 2018.

Ministério Público do Rio Grande do Norte. *Meio Ambiente*. Disponível: <https://www.mprn.mp.br/portal/meio-ambiente>. Acesso em 2 out. 2018.

Ministério Público do Rio Grande do Sul. *Centro de Apoio Operacional de Defesa do Meio Ambiente*. Disponível em: <https://www.mprs.mp.br/ambiente/>. Acesso em 12 nov. 2018.

Ministério Público Federal. Atuação temática da 4ª CCR. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/atuacao-tematica/ccr4>. Acesso em 15 nov. 2018.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 154-201
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A educação como política de integração local de crianças refugiadas: uma análise sobre sua efetividade no Estado Espanhol

Education as a policy of local integration of refugee children: an analysis of its effectiveness in the Spanish State

Isabelle Dias Carneiro Santos[1]
FADIR/UFMS (Brasil)

Sumário: 1 Introdução. 2 O reconhecimento e proteção das crianças como sujeitos de direito. 2.1 As crianças como sujeitos de direito. 2.2 A proteção das crianças na órbita internacional. 2.3 A defesa dos direitos da criança na Espanha. 3 Das crianças refugiadas no Estado Espanhol. 3.1 As crianças refugiadas nas esferas global e regional. 3.2 O refúgio e a política migratória na Espanha 3.3 As leis espanholas sobre refúgio. 4 A educação como direito humano e política de integração local. 4.1 Políticas públicas de integração local. 4.2 A educação como política de integração. 4.3 A proteção internacional do direito a educação. 4.4 O direito a educação na legislação e realidade espanhola. 5 Os desafios e medidas educacionais para a integração local das crianças refugiadas. 5.1 A efetividade e os desafios do direito a educação para as crianças refugiadas. 5.2 Recomendações e medidas educacionais para a integração local. 6 Considerações finais. 7 Referências bibliográficas.

Resumo: O direito dos refugiados representa um dos grandes desafios do século XXI, tendo em vista que distintos países vêm experimentado um grande fluxo de migração forçada, incluindo a Espanha, no continente europeu, país que na última década tem recebido um grande número de requerentes de asilo/refúgio, incluindo crianças, que de acordo com definição da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, são os indivíduos com menos de dezoito anos. Para tratar o refúgio, o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados criou algumas soluções duradouras para aqueles que se encontram em situação de refúgio, dentre as quais está a integração local. Entre as políticas de integração local, uma das principais é a educação, direito humano e fundamental consubstanciado em tratados internacionais e legislações pátrias de distintos países. Mas, apesar dos documentos de proteção internacional tratarem desse grupo vulnerável, tanto no que tange a faixa etária, quanto ao refúgio, e ao campo da educação, a doutrina espanhola ainda é incipiente quanto a abordagem das crianças refugiadas e sua inclusão à sociedade de acolhimento como forma de fruírem direitos inerentes à pessoa humana, razão pela qual a escolha do tema

Palavras chave: Crianças. Refúgio. Educação. Integração local. Direitos Humanos.

---

[1] Pós-doutora em Direito Público pela Universidad de Santiago de Compostela (USC). Doutora em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM), com estágio doutoral na Universidad Complutense de Madrid (UCM). Mestre em Ciências Jurídico-Internacionais pela Universidade de Lisboa (UL). Professora Adjunta na Faculdade de Direito da Universidade Federal do Mato Grosso do Sul (FADIR/UFMS). Membro do Instituto de Direitos Humanos do Mato Grosso do Sul – José do Nascimento (IDHMS/JN). Ex-membro da Comissão de Direitos Humanos da OAB/MS.

Recibido: 14/02/2020
Aceptado: 21/05/2020

Abstract: Refugee law is one of the great challenges of the 21st century, in view of the fact that different countries have experienced a large influx of forced migration, including Spain on the European, country that in the last decades have received a large number of asylum seekers/refugee, including children, which, according to the definition of the Convention on the Rights of the Child, 1989, are individuals under the age of eighteen. To address the refuge, the United Nations High Commissioner for Refugees has created some lasting solutions for those in refugee situations, including local integration. Among the local integration policies, one of the main ones is education, human and fundamental right embodied in international treaties and country laws of different countries. However, despite the fact that the international protection documents deal with this vulnerable group, both in terms of age, refuge, and education, Brazilian and Spanish doctrines are still incipient regarding the approach of children in situations of refuge and their inclusion to the host society, as a way to enjoy the inherent rights of the human person, which is why the choice of theme.

Keywords: Children. Refugee. Education. Local integration. Human Rights.

1 INTRODUÇÃO

A migração forçada existe desde os primórdios da humanidade, mas é nos séculos XX e XXI, que questões envolvendo a temática tomam corpo na esfera jurídica, uma vez percebendo-se o aumento na quantidade de fluxos mistos de pessoas, isto é, de apátridas, migrantes por questões de guerra e/ou perseguições (refugiados clássicos), migrantes econômicos, que se deslocam por razões financeiras, e mesmo deslocamentos em função de mudanças climáticas, denominados de refugiados ambientais, estes ainda não reconhecidos e protegidos internacionalmente, dentre outras formas mais recentes.

No que se refere ao instituto do refúgio, inserido de modo específico dentre as formas de migração forçada internacional, isto é, aquela em que "os atores são coagidos direta ou indiretamente a abandonarem os seus lugares habituais de residência"[2] o seu reconhecimento se deu em meados do século passado, tendo em vista o aumento na quantidade de refugiados no decorrer das duas grandes Guerras Mundiais, especialmente logo após o fim da Segunda Guerra, época após a qual tratados de proteção aos direitos humanos e aos refugiados foram elaborados nas esferas global e regional.

Desde então, diferentemente do imaginado nas décadas de 1950 e seguintes, o número de deslocados forçados internacionais, dentro os quais se encontram os refugiados, não diminuiu. Na verdade, nas duas primeiras décadas do século XXI, ultrapassou-se a marca anterior dos Pós-Segunda Guerra, que era de cerca de 40 milhões de deslocados, segundo dados do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR),[3] chegando em 2018 a contabilizar 70,8 milhões, dos quais 25,9 milhões composto por refugiados e outros 3,5 milhões por solicitantes de refúgio.[4]

Dentre esses milhões de indivíduos, mais da metade é composta por crianças, isto é, indivíduos com menos de dezoito anos de idade, que migram acompanhados de seus pais, ou de seus familiares, englobando-se no rol de

[2] INGLÊS, P. "Globalização, mobilidade humana e criatividade: desafiando categorias a partir de três casos de migração forçada em Angola". In: VASCONCELOS, A. M. N.; BOTEGA, T. *Política migratória e o paradoxo da globalização.* Porto Alegre: EDIPUCRS, Brasília: CSEM, 2015, p. 169.

[3] ACNUR. *Dados sobre o Refúgio*. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/. Acesso em: 15 ago. 2019.

[4] BRASIL. Ministério da Justiça e Segurança Pública. Refúgio em Números. 4ª Edição. Disponível em: https://www.justica.gov.br/seus-direitos/refugio/refugio-em-numeros. Acesso em: 23 ago. 2019.

separadas[5], ou totalmente sozinhas, ou seja, desacompanhadas da figura de um adulto, também denominadas de MENAS – menores no acompañados.

Para essas crianças, a educação é uma das principais formas de integração local, e real inclusão no país de acolhida, pois propicia a convivência com a nova cultura e realidade social, além de ser o local mais próximo de uma vida "normal", uma vez que muitas moram em abrigos improvisados, chegam sem documentação, e vivenciam traumas decorrentes do deslocamento forçado.

A escolha de se abordar a educação das crianças refugiadas na Espanha, se deve ao fato de que o país vem recebendo nos últimos anos um maior número de a refugiados em seu território, apesar de não ser o Estado com maior contingente na Europa.

Para tratar esse assunto, a pesquisa utilizou-se de método sistêmico e qualitativo, com base em levantamento bibliográfico, análise documental por meio de tratados e legislação interna, além de dados obtidos em sites oficiais e não oficiais sobre a temática.

2 O RECONHECIMENTO E PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS COMO SUJEITOS DE DIREITO

As crianças durante grande parte da história foram tratadas como objetos, sendo tal realidade modificada somente a poucos séculos, nomeadamente com o advento do Iluminismo.

O presente tópico versará sobre as crianças de modo geral, com alguns introitos sobre as crianças em situação de migração forçada internacional, com particular alusão às refugiadas, grupo vulnerável que será tratado a posteriori.

2.1 AS CRIANÇAS COMO SUJEITOS DE DIREITO

As crianças, como regra, foram durante milênios e, em distintas culturas, tratadas como seres inferiores ao adulto. Somente nos séculos XIV e XV é que houve *"el viraje en la historia de la representación y del sentimiento de la infancia aconteció apenas en el Renacimiento"*[6]*,* assim como a reivindicação de direitos no campo das liberdades (direitos civis e políticos) e subsequentemente na seara da igualdade, com os direitos econômicos, sociais e culturais, dentre os quais se encontra o direito a educação.

Na segunda metade do século XIX o pensamento sobre a proteção da infância e a definição de criança mudou mais drasticamente, com o aparecimento das Sociedades Protetoras da Infância e de expressões no campo jurídico como "proteção da infância" e "direitos da Criança" e posteriormente com Organizações Não Governamentais (ONGs) de proteção as crianças, como a *Save the Children*, de 1919, e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), organismo das Organização das Nações Unidas (ONU), criado em 1953.

Com o advento do século XX, mais precisamente com a Primeira Guerra Mundial (1914-1919) houve a tentativa de se permitir que os indivíduos com menos de dezoito anos pudessem fruir dos direitos inerentes à pessoa humana de modo efetivo, contudo, as iniciativas *"no pasaban de ser declaraciones de intenciones o su vigencia era limitada tanto en tiempo como en espacio y estaba más allá de las legislaciones nacionales".*[7]

---

[5] Tanto organismos internacionais, como o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), e o Fundo das Nações Unidas para a Infância (UNICEF), como parcela da doutrina adotaram o termo crianças separadas para os casos envolvendo indivíduos com menos de dezoito anos sem a figura dos pais, mas acompanhados de um familiar adulto, diferenciando dos que estão totalmente sozinhos, denominados de desacompanhados ou MENAS, na língua espanhola.

[6] GAITÁN, L. LIEBEL, M. *Ciudadanía y Derechos de Participación de los Niños*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas/Sintesis, s/a, p. 21.

[7] Ibidem., p. 18.

No ano de 1959 elaborou-se a Declaração dos Direitos da Criança[8], momento a partir do qual a questão envolvendo o direito e proteção das crianças ganhou importância nacional e internacional. Contudo, somente trinta anos depois é que se criou um documento internacional de efeito jurídico vinculante e com reflexo na legislação interna de diversos países, com a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), de 1989[9]. Esse tratado internacional passou a abordar todas as crianças (de zero a dezessete anos) não mais como objetos a serem protegidos, mas como sujeitos de direito. Desde então, outros documentos passaram a vislumbrar a proteção da criança, independentemente de estar ou não em situação de refúgio.

No que se refere especificadamente às crianças refugiadas, apesar de reconhecidas como sujeitos de direitos, as mesmas nem sempre poderão por si mesmas solicitar o reconhecimento da condição de refugiadas. Isso ocorre no caso daquelas que estão desacompanhadas (MENAS), pois exige-se que tenha maturidade física e psíquica para expressar o fundado temor de perseguição a que está submetido, conforme dispõe o conceito de refugiado da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951. Porém, como destaca Salado Osuna

> *cuando el niño no tiene esa madurez suficiente, será necesario acudir a otros factores objetivos (grupo al que el niño ha pertenecido, situación en el país de origen, situación de los miembros de su familia, si se conoce), erigiéndose el principio del interés superior del niño en el determinante a estos efectos.*[10]

Assim, nos países que reconhecem a extensão do refúgio requerida pelos pais ou representantes legais aos seus filhos (criança acompanhada) ou parentes do menor com idade inferior a dezoito anos (criança separada), respectivamente, não há essa celeuma. Contudo, há casos em que a criança está desacompanhada (MENA) e sem possibilidade de solicitar individualmente o refúgio, por não constar tal possibilidade na lei interna no país de acolhida ou não possuir a maturidade exigida.

Em razão dessa dificuldade, o Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR) recorreu a chamada determinação coletiva, significando que diante de tal omissão legal e "*salvo prueba en contrario, [...] cada miembro del grupo es prima facie un refugiado [y] todos los niños que integran el grupo vayan acompanhado de sus padres o no, automaticamente son refugiados*"[11], tendo tal posição por base os princípios do interesse superior da criança e do *in dubio pro refugiado*, com o escopo de resguardar sempre os direitos do menor.

2.2 A PROTEÇÃO DAS CRIANÇAS NA ÓRBITA INTERNACIONAL

A primeira tentativa de se proteger os menores de dezoito anos internacionalmente se deu por meio da Declaração de Genebra na década de 1920, com a União Internacional do Fundo da Salvação de Crianças, ainda no âmbito da Liga das Nações (LdN).[12]

---

[8] REIS MONTEIRO. A. *La Revolución de los Derechos del Niño. Érase una vez la infancia*. Madrid: Editorial Popular, 2008, p. 71.

[9] A Convenção sobre os Direitos da Criança de 1989 (CDC) é o documento com maior número de ratificações até o momento, possuindo 196 Estados signatários. A Espanha se tornou signatária desse tratado internacional em 1990.

[10] SALADO OSUNA, A. "La Protección de los Niños Refugiados". In: *FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. La Revitalización de la Protección de los Refugiados*. Huelva: Universidad de Huelva, 2002, p. 207.

[11] Ibidem., p. 206.

[12] DAY, V. P. et al. *Violência doméstica e suas diferentes manifestações*. R. Psiquiatr. RS, 25 (suplemento 1), p. 9-21, abril. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rprs/v25s1/a03v25s1. Acesso em: 08 set. 2019.

Contudo, a aparição da proteção da criança no âmbito da Organização das Nações Unidas (ONU), ocorreu com a Declaração dos Direitos da Criança, de 1959. Apesar do pioneirismo, esse documento foi criado sem valor jurídico vinculante, razão pela qual fez-se necessário criar um tratado com força cogente, o que só ocorreu trinta anos depois, com a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), de 1989.

Logo de início, a CDC traz em seu artigo 1º o conceito de criança, na seara internacional, prevendo que: "Para efeitos da presente convenção considera-se como criança todo ser humano com menos de 18 anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes".[13]Além disso, a CDC trouxe uma das principais "novidades" em seu interior, ao abordar o *interesse superior da criança* ao longo de sua redação.

A importância desse princípio é ímpar, razão pela qual converteu-se num conceito jurídico internacional, segundo o qual "todas as decisões relativas as crianças, adotadas por instituições públicas ou privadas de proteção social, por tribunais, autoridades administrativas ou órgãos legislativos, terão primacialmente em conta o interesse superior da criança".[14]

Quanto às crianças refugiadas, embora a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), 1989, não seja um documento específico sobre menores refugiados, abordando as crianças de maneira geral, o artigo 22, n°s 1 e 2, trata daquelas em situação de refúgio, prevendo que:

> *1 – Os Estados Partes adotarão medidas pertinentes para assegurar que a criança que tente obter a condição de refugiada, ou que seja considerada como refugiada de acordo com o direito e os procedimentos internacionais ou internos aplicáveis, receba, tanto no caso de estar sozinha como acompanhada por seus pais ou qualquer outra pessoa, a proteção e a assistência humanitária adequada a fim de que possa usufruir dos direitos enunciados na presente Convenção e em outros instrumentos internacionais de direitos humanos ou de caráter humanitário dos quais os citados Estados sejam parte.*
> *2-Para tanto, os Estados Partes cooperarão, da maneira como julgarem apropriada, com todos os esforços das Nações Unidas e demais organizações intergovernamentais competentes, ou organizações não-governamentais que cooperem com as Nações Unidas, no sentido de proteger e ajudar a criança refugiada, e de localizar seus pais ou outros membros de sua família a fim de obter informações necessárias que permitam sua reunião com a família. Quando não for possível localizar nenhum dos pais ou membros da família, será concedida à criança a mesma proteção outorgada a qualquer outra criança privada permanente ou temporariamente de seu ambiente familiar, seja qual for o motivo, conforme o estabelecido na presente Convenção.*[15]

Verifica-se, pois, que na ausência de um documento sobre as crianças refugiadas, a CDC é um dos instrumentos principais de proteção desse grupo vulnerável de pessoas de zero a dezessete anos.

Outro documento a tratar da proteção da criança é a Declaração Mundial sobre a sobrevivência, a proteção e o desenvolvimento da criança, adotada na Cimeira Mundial das Nações Unidas para as Crianças, de 1990. À época contando com a participação de 71 (setenta e um) países, trouxe como objetivo, "[...]assumir um compromisso conjunto e fazer um veemente apelo universal: dar a cada criança

---

[13] UNICEF BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html. Acesso em: 26 set. 2019.
[14] Artigo 3º, 1 da Convenção sobre os Direitos da Criança. UNICEF BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html. Acesso em: 26 set. 2019.
[15] Idem.

um futuro melhor"[16], inserindo entre os compromissos que "proporcionar educação básica e alfabetização para todos é uma das mais valiosas contribuições ao desenvolvimento de todas as crianças"[17], conforme item 13 da Declaração, diante dos "[...] mais de 100 milhões de criança [que] não recebem sequer a educação escolar básica [em que] dois terços desse total são meninas".[18]

Na sequência, novos instrumentos jurídicos nesse sentido foram elaborados, como a Declaração e Programa de Ação de Viena, de 1993, o Programa de Ação da Conferência Internacional sobre a População e o Desenvolvimento, de 1994, criado no Cairo (Egito), e a Declaração de Copenhague, adotada na Cimeira Mundial sobre Desenvolvimento Social, de 1995, na Dinamarca.

Não obstante a relevância de todos os dispositivos sobre a proteção da criança, abordando as principais mazelas e direitos que tocam esse grupo infanto-juvenil, como a saúde, a alimentação, a proteção das crianças deficientes e das órfãs, a vedação de trabalho infantil, bem como a redução da mortalidade infantil, dentre outras medidas protetivas, não há um tratado internacional que aborde especificadamente as crianças refugiadas, ficando esse grupo vulnerável dependente das políticas migratórias e da postura protetiva de cada Estado, via políticas públicas.

2.3 A DEFESA DOS DIREITOS DA CRIANÇA NA ESPANHA

A legislação espanhola se preocupa com a temática da proteção da criança, tratando o tema em sua Constituição de 1978, a exemplo do artigo 39, nº 4 que traz que: *"los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos"*.[19]

Na seara infraconstitucional, há a Lei Orgânica nº1 de 15 de janeiro de 1996, de Proteção Jurídica do Menor, de Modificação parcial do Código Civil e da Lei de Acusação Civil, a Lei nº8 de 22 de julho de 2015 e a Lei nº 26 de 28 de julho de 2015, sobre a modificação do sistema de proteção de crianças e adolescentes, que em conjunto com o Código Civil espanhol formam "*el principal marco regulador de los derechos de los menores de edad, garantizándoles una protección uniforme en todo el territorio del Estado*"[20], incluindo as crianças estrangeiras.

Já a Lei nº8/2015, reformou o sistema de proteção à infância e a adolescência, bem como a acolhida dos menores em situação de refúgio, sendo fundamentada no interesse superior da criança. Citada lei dispõe em seu artigo 2º, 1, que

> *Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. En la aplicación de la presente ley y demás normas que le afecten, así como en las medidas concernientes a los menores que adopten las instituciones, públicas o privadas, los Tribunales, o los órganos*

[16] DHNET. Direitos Humanos na Internet. *Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança nos Anos 90.* Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex42.htm. Acesso em: 05 abr. 2019.

[17] Idem.

[18] Idem.

[19] ESPAÑA. *Constitución Española de 1978*. Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Disponível em: https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf. Acesso em: 13 abr. 2019.

[20] ESPAÑA. *Ley nº 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Jefatura del Estado «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015 Referencia: BOE-A-2015-8470. Disponível em:https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-8470-consolidado.pdf. Acesso em: 29 mar. 2019.

> *legislativos primará el interés superior de los mismos sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.*[21]

Quanto a Lei nº 26/2015, esta traz em seu bojo os direitos e deveres do menor, seja no âmbito familiar, escolar e social, bem como a proteção dada pelo Poder Público, como adoção e acolhimento, frisando as atuações em situações de risco e perigo dos indivíduos com menos de dezoito anos.

Percebe-se que há uma preocupação maior com a tutela das crianças. Em contrapartida, as disposições legais ficam mais na teoria, sobretudo quando envolve crianças migrantes ou filhos de migrantes forçados e em situação irregular.

Exemplo dessa realidade ocorreu no ano de 2019 com uma proposta do Partido Popular espanhol (PP), e que viola o direito não só da criança como das mulheres migrantes, ferindo direitos da pessoa humana, como é o caso da própria Lei espanhola de Extranjeria, em seu artigo 57.6. De acordo com o idealizador da ideia, Pablo Casado, "*la madre extranjera [irregular/indocumentada] que quiera entregar a su bebé en adopción no sea expulsada del país mientras se formalice el proceso [...] tras entregar al niño, [...], la madre volverá a ser vulnerable ante redadas de identificación",*[22] o que também viola a Lei nº26/2015 e a própria Constituição do país.

Conforme destaca José James,

> *Todos hablamos de los derechos del menor, pero pocos asumen el deber de afrontar sus responsabilidades. Por supuesto, hay que decirlo con claridad: los estados no están asumiendo sus responsabilidades, ni éticas, ni jurídicas, ni políticas. Nos las asumen en el Sur, pero tampoco en el Norte desarrollado.*[23]

Esse comportamento estatal está relacionado aos nacionalismos, o qual a fronteira serve de exclusão, no qual rechaça-se o outro (não nacional), com o objetivo de destinar a fruição dos direitos inerentes a pessoa humana somente aos nacionais.

3 DAS CRIANÇAS REFUGIADAS NO ESTADO ESPANHOL

Os fluxos migratórios, assim como o asilo/refúgio, têm sua gênese ainda na Antiguidade clássica. Mas é com o século XX, mais precisamente com o fim da Segunda Guerra Mundial, como citado anteriormente, que se inicia a elaboração, nos âmbitos global e regional, de tratados de proteção aos refugiados.

Necessário fazer um aparte para frisar que enquanto os termos asilo e refúgio são tratados na Espanha, assim como os demais países do globo, como sinônimos, na América Latina, o asilo e o refúgio são vistos como institutos distintos. No presente artigo não se tratará os vocábulos de modo diverso, usando as duas terminologias com maior ênfase ao vocábulo refúgio.

O instituto do refúgio passou a ser abordado globalmente com a elaboração da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951[24], tratado internacional fundamental para a proteção desses indivíduos, que traz em seu cerne a definição de refugiado em seu artigo 1º, prevendo:

---

[21] UNICEF. Comité Español. *Acogida en España de los Niños Refugiados. Estado y aplicación de la política y programa de acogida en España desde la perspectiva de los Derechos de la Infancia*. LÁZARO GONZALES, I. E. CASTÃNO REYERO, M. J. CLARO QUINTÁNS, I et. al. Madrid: Universidad Pontificia Comillas. Catedra Santander de Derecho y Menores, p. 32.

[22] EL PAIS. *La ley ya ampara a las embarazadas migrantes que quiere proteger Casado.* Disponível em: https://elpais.com/politica/2019/03/14/actualidad/1552546013_308881.html. Acesso em: 30 mar. 2019.

[23] JOSÉ JAMES, A. "El significado ético da la Protección: el caso de los menores no acompañados en España." In: CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.). *Infancia y Protección Internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria.* Madrid: Tecnos, 2013, p. 139.

[24] A Convenção de Genebra sobre o Estatuto do Refugiados de 1951 foi ratificada por 148 países, sendo a Espanha fez o depósito de ratificação em 14 de agosto de 1978.

> Que, em consequência dos acontecimentos ocorridos antes de 1º de janeiro de 1951 e *temendo ser p*erseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontre fora do país de sua nacionalidade e não possa ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.[25]

Posteriormente, outros documentos internacionais foram criados para tratar a temática de modo mais amplo. Em âmbito global elaborou-se o Protocolo Adicional relativo ao Estatuto dos Refugiados, de 1967, também conhecido como Protocolo de Nova Iorque e, na esfera regional criou-se a Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA), de 1969, versando sobre aspectos específicos dos refugiados no continente africano, e na América Latina formulou-se a Declaração de Cartagena, de 1984. No espaço da União Europeia tem-se "*instrumentos de Derecho derivado, que conforman el SECA (Sistema Europeo Común de Asilo), [que] amplía la definición a través de la protección temporal y, sobretodo, de la protección subsidiaria o complementaria"*.[26]

Destarte a importância dos instrumentos elencados, e de alguns terem ampliado as situações em que é cabível a solicitação e reconhecimento da condição de refugiados, a exemplo da Convenção da OUA[27] e da Declaração de Cartagena, nenhum aborda especificamente a criança refugiadas, nem engloba novos grupos de migrantes forçados.

Para suprir, ao menos em parte, essa lacuna foram criados documentos internacionais de proteção à criança, de modo geral, como é o caso da Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, e as em situação de refúgio, tendo-se como exemplo a Declaração Mundial sobre a sobrevivência, a proteção e o desenvolvimento da criança, de 1990, que incentiva *'a los Gobiernos para que desarrollen planes de*

---

[25] ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas sobre Refugiados. Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951). Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1. Acesso em: 02 mar. 2019.

[26] UNICEF. Comité Español. *Acogida en España de los Niños Refugiados. Estado y aplicación de la política y programa de acogida en España desde la perspectiva de los Derechos de la Infancia*. LÁZARO GONZALES, I. E. CASTÃNO REYERO, M. J. CLARO QUINTÁNS, I et. al. Madrid: Universidad Pontificia Comillas. Catedra Santander de Derecho y Menores. p. 28

[27] Artigo 1º

1 - Para fins da presente Convenção, o termo refugiado aplica-se a qualquer pessoa que, receando com razão, ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontra fora do país da sua nacionalidade e não possa, ou em virtude daquele receio, não queira requerer a protecção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país da sua anterior residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude desse receio, não queira lá voltar.

2 - O termo refugiado aplica-se também a qualquer pessoa que, devido a uma agressão, ocupação externa, dominação estrangeira ou a acontecimentos que perturbem gravemente a ordem pública numa parte ou na totalidade do seu país de origem ou do país de que tem nacionalidade, seja obrigada a deixar o lugar da residência habitual para procurar refúgio noutro lugar fora do seu país de origem ou de nacionalidade.

OUA. Organização da Unidade Africana. *Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA), que rege os aspectos específicos dos problemas dos Refugiados em África. Adoptada pela Conferência dos Chefes de Estado e do Governo aquando da Sexta Sessão Ordinária (Adis-Abeba, 10 de Set. de 1969)* Disponível em: www.estatutorefugiado.org/Content/pdfs/CONVENÇÃO%20DA%20OUA%20QUE%20REGE%20OS%20ASPECTOS%20ESPECÍFICOS%20DOS%20PROBLEMAS%20DOS%20REFUGIADOS%20EM%20ÁFRICA%20-%201969.pdf.Acesso em: 10 out. 2019.

acción nacionales, en los que se incluyan a los niños refugiados bajo la categoria de "niños en circunstâncias especialmente dificiles"'.[28]

Mas se até a década de 1990, o tema do refúgio era uma preocupação, mas não se considerava uma crise humanitária, com as primeiras décadas do século XXI, o número de refugiados ultrapassou a marca existente em meados do século XX, contabilizando quase 30 milhões de refugiados e solicitantes de refúgio no mundo, dos quais 52% é composto por crianças, ou seja*, "los niños, que representan el 31% de la población mundial, se ven especialmente afectados por las crisis y los diversos conflictos desde hace numerosos años."*[29]

Os fatores que levam as crianças a migrarem forçadamente são variados e por vezes podem ser similares as motivações dos adultos ou configurar especificidades da faixa etária. Nesse sentido, José James ressalta que

> *En primer lugar, es necesario ver que las causas del desplazamiento de los menores van más allá de la clásica tríada de conflictos armados, pobreza o cambio climático* [este aún no reconocido como motivación para solicitación de asilo/refugio]. *Las causas son multidimensionales. Incluyen elementos que se ven, como los conflictos políticos, o económicos; y elementos que no se ven, como los choques de valores contrapuestos en sociedades inmersas en agudas contradicciones entre lo tradicional y lo moderno.*[30]

Apesar do rol de motivações que levam crianças, estejam acompanhadas, separadas ou desacompanhadas, a migrarem forçadamente e, do alto número dentre a quantidade global de refugiados no mundo, o que ainda se verifica é que "*la infancia queda desprotegida y es ignorada en los acuerdos y en las políticas que se están tomando. Es especialmente vulnerable la infancia refugiada que viaja sola".*[31]

Essa desproteção se dá em diferentes partes do planeta em função do fechamento de fronteiras e/ou políticas migratórias mais restritivas para os solicitantes de refúgio, incluindo aqueles com menos de dezoito anos de idade, ficando claro que apesar da elaboração de documentos de proteção aos refugiados, direitos da pessoa humana e de direitos relacionados à criança, a aplicação nem sempre é efetiva, sendo comum políticas de integração local aquém da necessidade dos que se encontram em alto grau de vulnerabilidade.

Antes, porém, de adentrar no tema das políticas públicas como forma de proteção das crianças refugiadas, abordar-se-á as políticas migratórias na Espanha.

3.1 AS CRIANÇAS EM SITUAÇÃO DE REFÚGIO NAS ESFERAS GLOBAL E REGIONAL

Em virtude do crescente aumento do número de crianças refugiadas no mundo, a discussão e preocupação sobre a temática se dá justamente em observância ao princípio do interesse superior da criança, que de acordo com Ariel José James,

---

[28] SALADO OSUNA, A. "La Protección de los Niños Refugiados". In: *FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. La Revitalización de la Protección de los Refugiados*. Huelva: Universidad de Huelva, 2002, p. 201.

[29] CHARLAND, P. ARVISAIS, O. CYR, S. GADAISP, T. *Retos educativos de niños inmigrantes o refugiados La educación, uno de los pilares de la ayuda humanitaria, se enfrenta a desafíos como el volumen de desplazados, el idioma y los múltiples actores implicados*. Universidad de Quebec, Montreal. AFKAR/IDEAS, otoño de 2017, p. 30.

[30] JOSÉ JAMES, A. "El significado ético da la Protección: el caso de los menores no acompañados en España." In: CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.). *Infancia y Protección Internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*. Madrid: Tecnos, 2013, p. 136.

[31] SAVE THE CHILDREN. *Nuestros retos en la defensa de los derechos de la infancia,* p. 18. Disponível em: https://www.savethechildren.es/propuestas-politicas. Acesso em: 08 mar. 2019.

> [...] *es un principio garantista que busca reconocer los derechos del niño de manera complementaria a los derechos humanos en general. El principio del interés superior del niño se establece como un deber ser obrigatorio para las autoridades sociales, políticas y administrativas.*[32]

Não obstante, como exposto anteriormente, não há um documento internacional específico para tratar as crianças em situação de refúgio, sejam acompanhados, separadas ou desacompanhadas (MENAS), ficando a proteção e integração desse grupo de indivíduos a cargo de decisões de Cortes Internacionais ou da aplicação de instrumentos esparsos, a exemplo da Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), de 1989, que conecta o interesse superior da criança com o direito à educação em seu o artigo 18, 1, estabelecendo que:

> Artigo 18
> 1 – Os Estados Partes diligenciam de forma a assegurar o reconhecimento do princípio segundo o qual ambos os pais têm uma responsabilidade comum na educação e no desenvolvimento da criança. A responsabilidade de educar a criança e de assegurar o seu desenvolvimento cabe primacialmente aos pais e, sendo caso disso, aos representantes legais. O interesse superior da criança deve constituir a sua preocupação fundamental.[33]

Para o Comitê da Organização das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança,[34] a definição de refugiado:

> [...] deve ser interpretada de uma forma que considere a idade e o gênero, analisando os motivos, formas e manifestações particulares da perseguição vivenciada pelas crianças. Perseguição de parentes, recrutamento de menores, tráfico de crianças para prostituição, e exploração sexual ou sujeição à mutilação genital feminina, são algumas das formas e manifestações de perseguição específicas contra crianças que podem justificar o reconhecimento da condição de refugiados, se tais atos estiverem relacionados aos elementos da Convenção de Refugiados de 1951. Assim, os Estados devem dar atenção especial a essas formas e manifestações de perseguição específicas contra a criança, assim como à violência com base em gênero, nos procedimentos nacionais de determinação da condição de refugiado.[35]

Nesse sentido, algumas ações conjuntas entre organismos internacionais vêm sendo executadas, como é o caso da medida adotada na Europa, no ano de

---

[32] Ibidem, p. 141.

[33] UNICEF BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html. Acesso em: 26 set. 2019.

34 *"O Comité dos Direitos da Criança é o órgão criado em virtude dos art.º 43.º da Convenção sobre os Direitos da Criança com o objetivo de controlar a aplicação, pelos Estados Partes, das disposições desta Convenção, bem como dos seus dois Protocolos Facultativos (relativos à Participação de Crianças em Conflitos Armados e à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Pornografia Infantil)." ONU. Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954. Disponível em:http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Refugiados-Asilos NacionalidadeeAp%C3%A1tridas/convencao-sobre-o-estatuto-dos-apatridas.html. Acesso em: 05 fev. 2019.*

[35] MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL. *Comentários Gerais do Comité dos Direitos da Criança nº 6, sobre o tratamento das crianças não acompanhadas e separadas fora do seu país de origem (2005).* Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/ 2_1/IIPAG2_1_2_6_2.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

2016, em que o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR), em conjunto com o Fundo das Nações para Infância (UNICEF) iniciaram uma atuação com a finalidade de intensificar a proteção das crianças que chegam ao continente europeu, especialmente as separadas e desacompanhadas (MENAS).

Para tanto, as duas agências da Organização das Nações Unidas (ONU),

> anunciaram a ampliação para 20 Centros Especiais de Apoio e Proteção à Criança e à Família, conhecidos como "Pontos Azuis", ao longo das rotas de migração mais utilizadas na Europa [visando fornecer] espaço seguro para as crianças e seus familiares, com serviços vitais, localizando os membros das famílias, provendo proteção e aconselhamento em um único local [bem como] reunifica-las com suas famílias [uma vez que somente em 2015] foram registradas mais de 90.000 crianças desacompanhadas e separadas que pediram refúgio ou estavam sob cuidados na Europa, principalmente na Alemanha e na Suécia.[36]

Do exposto, percebe-se nitidamente que as políticas de proteção aos refugiados não se limitam às atuações estatais, cabendo também a blocos políticos e socioeconômicos, assim como a organizações internacionais regionais agirem nesse sentido.

Vale ressaltar que, Diretivas com a finalidade de proteção à criança também foram criadas na Comunidade europeia, a exemplo da Diretiva 2005/85/CE do Conselho, de 1 de dezembro de 2005, que aborda as normas mínimas aplicáveis ao procedimento de concessão e retirada do estatuto de refugiado nos Estados-Membros, e que prevê em seu artigo 2.h, o tratamento da criança desacompanhada, estabelecendo que:

> *la persona menor de dieciocho años que llega al territorio de los Estados miembros sin estar acompañada por un adulto que ejerza, conforme la ley o la costumbre, responsabilidad sobre ella, y mientras no esté efectivamente al cuidado de tal adulto; se incluye al menor que queda sin compañía después de su llegada al territorio de los Estados miembros. [37]*

No que tange às crianças não acompanhadas (MENAS), a Diretiva 2003/86/CE59 foi elaborada com o objetivo de proteção da unidade familiar, abordando em seu cerne o reagrupamento familiar, em regra de cônjuges e filhos menores, no caso dos migrantes regulares. De acordo com *La red europea de información en educación (Eurydice),*

> *El compromiso europeo de desarrollar una política para la integración de los inmigrantes legalmente establecidos (y de sus hijos) implica, asimismo, un compromiso desde el punto de vista educativo, para garantizar que disfruten de los mismos derechos que los otros menores que sí son ciudadanos de la UE.[38]*

Além das Diretivas mencionadas, no ano de 2009,

---

[36] ACNUR. *ACNUR e UNICEF lançam plano para proteger refugiadas e crianças*. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/2016/02/26/acnur-e-unicef-lancam-plano-para-proteger-refugiadas-e-criancas/. Acesso em: 26 abr. 2019.

[37] LAFONT NICUESA, L. "Breves Notas sobre los Menores Extranjeros y el Asilo." In: CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.). *Infancia y Protección Internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria.* Madrid: Tecnos, 2013, p. 147.

[38] EURYDICE. Dirección General de Educación y Cultura. *La integración escolar del alumnado inmigrante en Europa.* España, 2004, p.11. Disponível em:https://www.sel-gipes.com/uploads/1/2/3/3/12332890/2004_eurydice__integrating_inmigrant_children_into_schools_in_europe_sp.pdf. Acesso em: 01 mai. 2019.

> *[...] los Ministros de la UE se manifestaran a favor de una acción común con un enfoque global se han ido dando pasos que vienen a poner de manifiesto el compromiso político de la UE para abordar el fenómeno [de la migración] y el resultado ha sido la aprobación por los Ministros (3 de junio de 2010) de un paquete de treinta y dos medidas concretas en torno a cinco ámbitos de actuación [...]*[39].

Essas medidas, em resumo são: o conhecimento do fenômeno migratório, a prevenção da imigração irregular e o tráfico de pessoas, a proteção e garantias de procedimento, as relações com terceiros, sobretudo no que tange a proteção dos direitos humanos e o retorno e reintegração ao país de origem.

Não obstante, na prática a Espanha não vem se baseando integralmente nas medidas que foram elaboradas. A mídia espanhola, por exemplo, noticiou em 2018 a criação do primeiro campo de refugiados espanhol, situado em Algeciras (Cádiz), região onde há três portos importantes, Tarifa, Barbate y Algeciras e por onde entram grande número de migrantes forçados. Na verdade trata-se de um "*centro de Acogida Temporal de Inmigrantes en España, una especie de 'campo de refugiados' dirigido por la Policía Nacional y que tiene capacidad para alojar hasta 600 personas durante un máximo de tres días*[40].

Apesar das medidas que vêm sendo tomadas para a proteção dos menores refugiados, as Políticas protetivas vêm avançando muito lentamente, tanto em razão das migrações cada vez mais mistas, como em função da dimensão do tema, que afeta distintas regiões do planeta, havendo diferentes graus de hospitalidade e hostilidade nos países de acolhida.

3.2 O REFÚGIO E AS POLÍTICAS MIGRATÓRIAS NA ESPANHA

As políticas migratórias de diversos países, via de regra, vêm se tornando cada vez mais restritivas em função do aumento de solicitações de refúgio (também denominado de asilo na legislação espanhola)[41], tendo em vista que *"la inmigración es una actividad sometida siempre a la voluntad unilateral del Estado que decide o no acoger en su territorio al inmigrante"*[42]. Essa limitação se dá ora sob a alegação Estatal de segurança nacional, ora sob a de segurança econômica do país alvo do solicitante de refúgio e refugiado.

No que se refere a Espanha, no ano de 2010, em razão de uma política migratória mais limitada e de maior controle na fronteira dos países da União Europeia (UE)

> *[...] 2738 personas accedieron al procedimiento de asilo en España. Casi un 6% menos que en el año anterior [...] mientras en países como Francia y Alemania aumentaron en un 13% y 49% el número*

---

[39] DE LA VIUDA SÁINZ, C. "La Política de la Unión Europea en Relación con los menores extranjeros no acompañados." In: CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.). *Infancia y Protección Internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*. Madrid: Tecnos, 2013, p. 44.

[40] LA VANGUARDIA. *Cádiz acoge el primer 'campo de refugiados temporal' en España*. Disponível em: https://www.lavanguardia.com/vida/20180805/451233109838/cadiz-campo-refugiados-espana-migrantes-crinavis.html. Acesso em: 09 mar. 2019.

[41] Diferentemente da legislação de países da América Latina, que fazem distinção entre o Estatuto do Asilado e o Estatuto do Refugiado, a lei espanhola nº 9, de 19 de maio de 1994, suprimiu a dupla figura do asilo e do refúgio, com o escopo de harmonizar-se com a política europeia em matéria de asilo, não havendo distinção entre ambos.

[42] MIRAUT MARTÍN, L. "Problemas pendientes de la migración en un mundo dividido" In: MIRAUT MARTÍN, L. (Coord). *Justicia, Migración y Derecho*. Madrid: Dykinson S. L., 2004, p. 7.

> *de solicitantes de asilo", [habiendo] un descenso de un 90% en los últimos cinco años.*[43]

Desde então, "*la situación migratoria hacia España ha cambiado drásticamente en los últimos 3 años y, con ella, el perfil de las personas refugiadas*"[44], passando a ser considerado em 2018 o país europeu com um dos maiores índices de solicitação de refúgio, com um total de 42.025 (quarenta e duas mil e vinte e cinco) pedidos até o final de fevereiro de 2018.

Essa mudança se deve, em parte, ao fato de a Itália ter fechado suas fronteiras aos migrantes.[45] Porém, conforme a Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) "*el porcentaje de personas que finalmente recibió una respuesta positiva se redujo casi a la mitad respecto a 2016*".[46]

Além do crescimento na quantidade de solicitações, também se percebeu um aumento no rol de crianças entre os grupos de refugiados, no qual "*En España […] en los últimos años no es extraño encontrar menores en las patera o cayucos que llegan a nuestras costas o en los bajos de los camiones que cruzan el estrecho*"[47].

Além da demora na resposta às solicitações efetuadas, com o acúmulo de pedidos pendentes, apesar do país ser signatário de tratados sobre a proteção aos refugiados, às crianças e aos direitos humanos, vêm buscando meios de barrar o aumento das migrações, a exemplo das *Devoluciones en Caliente* em Ceuta e Melilla.

Quanto a União Europeia, maior bloco econômico mundial, a sua política migratória se desenvolve em quatro tópicos: imigração ilegal, denominada pela doutrina mais moderna de irregular; imigração legal; relações com países terceiros e a integração. Para tanto, o artigo 77, nº 1, alíneas "a", "b", e "c" do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE) prevê a: "ausência de controle das fronteiras internas, ou seja, a livre circulação de nacionais dos países membros no território da UE e, ao mesmo tempo, o controle e a vigilância das fronteiras externas através da implementação de um sistema integrado de gestão".[48]

Nessa mesma perspectiva, a *Comisión Española de Ayuda al Refugiado* (CEAR) frisa, com base em decisão do Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que, para os migrantes provenientes de fronteiras externas, as

> *[…] "devoluciones en caliente" de personas interceptadas tras el perímetro fronterizo, ya en territorio español, una práctica absolutamente ilegal, como lo señaló el Tribunal Europeo de Derechos*

---

[43] CEAR. Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *La situación de las Personas Refugiadas en España*. Informe 2011. Madrid: Entinema, p. 35-38.

[44] UNICEF. Comité Español. *Acogida en España de los Niños Refugiados. Estado y aplicación de la política y programa de acogida en España desde la perspectiva de los Derechos de la Infancia*. LÁZARO GONZALES, I. E. CASTÃNO REYERO, M. J. CLARO QUINTÁNS, I et. al. Madrid: Universidad Pontificia Comillas. Catedra Santander de Derecho y Menores, p. 15.

[45] O Primeiro ministro italiano Matteo Salvini alega que a aplicação da Convenção de Dublin, que trata a migração na União Europeia, sobrecarregou a Itália com milhares de migrantes em seu território, pois pela Convenção os migrantes devem pedir asilo no país em que entrarem pela primeira vez no bloco.

[46] CEAR. Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *Resumen ejecutivo Informe 2018. Las personas refugiadas en España y Europa,* p. 5. Disponível em:https://www.cear.es/wp-content/uploads/2018/06/Resumen-Ejecutivo-Informe-CEAR-2018.pdf. Acesso em:30 ago. 2019.

[47] DE LA VIUDA SÁINZ, C. "La Política de la Unión Europea en Relación con los menores extranjeros no acompañados." In: CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.). *Infancia y Protección Internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*. Madrid: Tecnos, 2013, p. 43.

[48] JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Versão Consolidada).* Disponível em:https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 04 mai. 2019.

> *Humanos en su sentencia del 3 de octubre de 2017 en el caso N. D. y N. T. contra España.*[49]

Miraut Martín destaca que tais restrições faz com que *"las políticas inmigratorias se encuentran con problemas que afectan, algunas veces de manera muy directa, a los derechos humanos que, como derechos comunes a la especie humana sin distinción de fronteras ni de razas, se entienden universales"*[50], tendo em vista que o país de acolhida, bem como a sociedade local, tendem a priorizar os nacionais e rechaçar os migrantes internacionais.

Tal situação de rechaço quanto a migração forçada também é visível em outros países, em distintas partes do planeta, como a Hungria, a Itália, os Estados Unidos da América e a Austrália e, segue as mesmas ideias equivocadas e medidas similares de controle migratório.

No que se refere a questão jurídica, no ordenamento espanhol a política migratória é tratada pela Constituição Espanhola, de 1978, em seu artigo 149, 1, §2º ao prever que: "*El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho".*[51]

Na órbita infraconstitucional tem-se a Lei Orgânica nº 4/2000, que derrogou a Lei Orgânica do Estrangeiro de 1985, que se orientava majoritariamente no controle policial da migração. Por essa nova lei, passou-se a fundamentar a migração com base nos artigos 2º, bis, nºs. 1 e 2 e, 2º, ter., nº 1, que prevê que:

> 1. *Corresponde al Gobierno, de conformidad con lo previsto en el artículo 149.1.2.ª de la Constitución, la definición, planificación, regulación y desarrollo de la política de inmigración, sin perjuicio de las competencias que puedan ser asumidas por las Comunidades Autónomas y por las Entidades Locales.*
> 2. *Todas las Administraciones Públicas basarán el ejercicio de sus competencias vinculadas con la inmigración en el respeto a los siguientes principios:*
> *[...]*
> *c) la integración social de los inmigrantes mediante políticas transversales dirigidas a toda la ciudadanía;*

Citada lei, trouxe distintos pontos positivos, sendo considerada um importante avanço

> *en el reconocimiento de los derechos, un incremento de la seguridad jurídica, un progreso en las prestaciones sociales, y algunos cambios en la regulación de los permisos de residencia y trabajo, y como consecuencia de todo ello, abre las posibilidades de integración social de los inmigrantes.*[52]

---

[49] CEAR. Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *Resumen ejecutivo Informe 2018. Las personas refugiadas en España y Europa*, p. 12. Disponível em:https://www.cear.es/wp-content/uploads/2018/06/Resumen-Ejecutivo-Informe-CEAR-2018.pdf. Acesso em: 30 ago. 2019.

[50] MIRAUT MARTÍN, L. *Inmigración y sociedad*. Manuales universitarios de Teleformación Grado en Seguridad y Control de Riesgos 23. Vicerrectorado de Profesorado y Planificación Académica Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Primera edición, 2015, p.32.

[51] ESPAÑA. *Constitución Española de 1978*. Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Disponível em: https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf. Acesso em: 13 abr. 2019.

[52] AJA FERNÁNDEZ, E. APARICIO, M. ÁNGEL CABELLO, M. *La nueva regulación de la inmigración en España.* Tirant lo Blanch, 2000.

No ano de 2000, outra lei foi criada com o escopo de reformular a Lei Orgânica nº 4/2000, de 11 de janeiro, sobre Direitos e Liberdades dos Estrangeiros na Espanha e sua Integração Social, trazendo em seu artigo 35, 1, que:

> *El Gobierno promoverá el establecimiento de Acuerdos de colaboración con los países de origen que contemplen, integradamente, la prevención de la inmigración irregular, la protección y el retorno de los menores no acompañados. Las Comunidades Autónomas serán informadas de tales Acuerdos.*[53]

Outra norma elaborada no mesmo período foi a Lei nº 8/2000 de 22 de dezembro (*Ley de Extranjeria*) que trata, em linhas gerais, de alguns tópicos envolvendo as crianças, a exemplo da residência do menor, prevista no artigo 35, em que:

> *Artículo 35. Residencia de menores.*
> *1. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo en lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.*
> *2. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores.*
> *3. La Administración del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor y previo informe de los servicios de protección de menores, resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen o aquél donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España.*
> *4. Se considera regular a todos los efectos la residencia de los menores que sean tutelados por una Administración pública. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se le otorgará un permiso de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.*
> *5. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado.*[54]

Percebe-se nitidamente que o artigo citado traz um tratamento prioritário para os indivíduos com idade inferior a dezoito anos, abarcando temas como documentação, residência, reagrupamento familiar e proteção dos menores, mediante comprovação preliminar da idade do migrante forçado, em caso de dúvida.

---

[53] ESPAÑA. *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.* Jefatura del Estado «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000 Referencia: BOE-A-2000-544.

[54] ESPAÑA. *Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.* Jefatura del Estado «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000 Referencia: BOE-A-2000-544. Disponível em:https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-23660. Acesso em: 17 mar. 2019.

Tal postura com relação a criança foi reiterada com o Real Decreto nº 557 de 2011, cujo "*título XI introduce diferentes mejoras en relación con los menores extranjeros, tanto acompañados como no acompañados. En este sentido, configura un régimen jurídico integral, de especial interés en el caso de estos últimos"*[55]. Não obstante, tal legislação, também foi duramente criticada em razão de facilitar as deportações e expulsões, além da aplicação de multas para os que ajudarem os migrantes em situação irregular.

Outra lei espanhola criada na primeira década do século XXI, com o escopo de regular o direito de asilo, foi a Lei nº 12/2009, e que trouxe em seus artigos a previsão de que:

> *1. Objeto de la ley. La presente Ley, de acuerdo con lo previsto en el apartado cuatro del artículo 13 de la Constitución, tiene por objeto establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios y las apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional.*
> *2. El derecho de asilo. El derecho de asilo es la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de esta Ley y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951, y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967.*
> *3. La condición de refugiado. La condición de refugiado se reconoce a toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o al apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9.*
> *4. La protección subsidiaria. El derecho a la protección subsidiaria es el dispensado a las personas de otros países y a los apátridas que, sin reunir los requisitos para obtener el asilo o ser reconocidas como refugiadas, pero respecto de las cuales se den motivos fundados para creer que si regresasen a su país de origen en el caso de los nacionales o, al de su anterior residencia habitual en el caso de los apátridas, se enfrentarían a un riesgo real de sufrir alguno de los daños graves previstos en el artículo 10 de esta Ley, y que no pueden o, a causa de dicho riesgo, no quieren, acogerse a la protección del país de que se trate, siempre que no concurra alguno de los supuestos mencionados en los artículos 11 y 12 de esta Ley.*
> *5. Derechos garantizados con el asilo y la protección subsidiaria.*
> *La protección concedida con el derecho de asilo y la protección subsidiaria consiste en la no devolución ni expulsión de las personas a quienes se les haya reconocido, así como en la adopción de las medidas contempladas en el artículo 36 de esta Ley y en las normas*

[55] ESPAÑA. *Código de Extranjería. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.* Ministerio de la Presidencia «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 2011 Última modificación: 4 de septiembre de 2018 Referencia: BOE-A-2011-7703. Disponível em: https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=070_Codigo_de...pdf. Acesso em: 23 mar. 2019.

> *que lo desarrollen, en la normativa de la Unión Europea y en los Convenios internacionales ratificados por España.*[56]

Do exposto, percebe-se que é com base na legislação interna de cada país, assim como nos tratados e nas políticas migratórias e educacionais, que se tem também uma maior ou menor integração dentro dos Estados soberanos, daqueles que se encontram em situação de refúgio.

3.3 AS LEIS ESPANHOLAS SOBRE REFÚGIO

A Espanha aborda o tema do refúgio, de modo genérico, em sua Constituição, de 1978, artigo 149, 1,§ 2º. Porém, é com a Lei Orgânica nº4/2000 ou Ley de Extranjeria, que se passa a fazer referência ao coletivo dos refugiados, outorgando-lhes proteção especial, com a aplicação do princípio do *non refoulement*, isto é, não podem ser expulsos ou devolvidos ao local de origem ou proveniência até o trâmite final do pedido de asilo/refúgio, conforme depreende-se do art. 33, §1º da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951.

Citada lei aborda em seu artigo 34 sobre a Residência de apátridas, indocumentados e refugiados, estabelecendo que:

> *1. El Ministro del Interior reconocerá la condición de apátrida a los extranjeros que manifestando que carecen de nacionalidad reúnen los requisitos previstos en la Convención sobre el Estatuto de Apátridas, hecha en Nueva York el 28 de septiembre de 1954, y les expedirá la documentación prevista en el artículo 27 de la citada Convención. El estatuto de apátrida comportará el régimen específico que reglamentariamente se determine.*
> *2. En cualquier caso, el extranjero que se presente en dependencias del Ministerio del Interior acreditando que no puede ser documentado por las autoridades de ningún país y que desea ser documentado por España, una vez verificada la pertinente información y siempre que concurran y se acrediten razones excepcionales de índole humanitaria, interés público o cumplimiento de compromisos adquiridos por España, podrá obtener, en los términos que reglamentariamente se determinen, un documento identificativo que acredite su inscripción en las referidas dependencias. En todo caso, se denegará la documentación solicitada cuando el peticionario esté incurso en alguno de los supuestos del artículo 26, o se haya dictado contra él una orden de expulsión.*
> *3. La resolución favorable sobre la petición de asilo en España supondrá el reconocimiento de la condición de refugiado del solicitante, el cual tendrá derecho a residir en España y a desarrollar actividades laborales, profesionales y mercantiles de conformidad con lo dispuesto en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, y su normativa de desarrollo. Dicha condición supondrá su no devolución ni expulsión en los términos del artículo 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951.*[57]

Quanto ao artigo 35, este trata de modo específico sobre os menores não acompanhados (MENAS), abordando os tratamentos e serviços postos à disposição dos indivíduos na faixa etária entre zero a quinze anos e entre os que têm dezesseis

---

[56] ESPAÑA. Ley nº 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria Jefatura del Estado «BOE» núm. 263, de 31 de octubre de 2009 Última modificación: 26 de marzo de 2014 Referencia: BOE-A-2009-17242. Disponível em: https://www.boe.es/eli/es/l/2009/10/30/12/con. Acesso em: 12 mai. 2019.

[57] ESPAÑA. *Ley Orgánica nº 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Jefatura del Estado «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000 Referencia: BOE-A-2000-544.

e menos de dezoito anos, incluindo no seu bojo a nomeação de defensor judicial, a situação de regularidade no país, e a possibilidade de repatriação.[58] Nesse sentido, vejamos:

> *[...]*
> *3. En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias.*
> *4. Determinada la edad, si se tratase de un menor, el Ministerio Fiscal lo pondrá a disposición de los servicios competentes de protección de menores de la Comunidad Autónoma en la que se halle.*
> *5. La Administración del Estado solicitará informe sobre las circunstancias familiares del menor a la representación diplomática del país de origen con carácter previo a la decisión relativa a la iniciación de un procedimiento sobre su repatriación. Acordada la iniciación del procedimiento, tras haber oído al menor si tiene suficiente juicio, y previo informe de los servicios de protección de menores y del Ministerio Fiscal, la Administración del Estado resolverá lo que proceda sobre el retorno a su país de origen, a aquel donde se encontrasen sus familiares o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio de interés superior del menor, la repatriación al país de origen se efectuará bien mediante reagrupación familiar, bien mediante la puesta a disposición del menor ante los servicios de protección de menores, si se dieran las condiciones adecuadas para su tutela por parte de los mismos.*
> *6. A los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años se les reconocerá capacidad para actuar en el procedimiento de repatriación previsto en este artículo, así como en el orden jurisdiccional contencioso administrativo por el mismo objeto, pudiendo intervenir personalmente o a través del representante que designen. Cuando se trate de menores de dieciséis años, con juicio suficiente, que hubieran manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su tutela o representación, se suspenderá el curso del procedimiento, hasta el nombramiento del defensor judicial que les represente.*
> *7. Se considerará regular, a todos los efectos, la residencia de los menores que sean tutelados en España por una Administración Pública o en virtud de resolución judicial, por cualquier otra entidad. A instancia del organismo que ejerza la tutela y una vez que haya quedado acreditada la imposibilidad de retorno con su familia o al país de origen, se otorgará al menor una autorización de residencia, cuyos efectos se retrotraerán al momento en que el menor hubiere sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores. La ausencia de autorización de residencia no impedirá el reconocimiento y disfrute de todos los derechos que le correspondan por su condición de menor.*
> *8. La concesión de una autorización de residencia no será obstáculo para la ulterior repatriación cuando favorezca el interés superior del*

[58] A repatriação, uma das formas de solução duradoura da situação de refúgio de acordo com o ACNUR, não é objeto de estudo na presente pesquisa.

> *menor, en los términos establecidos en el apartado cuarto de este artículo.*[59]

De acordo com dados do Instituto Nacional de Estatística (INE), verificou-se que as migrações *"a 1 de enero de 2018, […] se aprecia un incremento anual del 28% en la llegada de inmigrantes que es el responsable de que la población española haya vuelto a crecer por segundo año consecutivo"*.[60] Desses a maioria é proveniente da Venezuela (44% a mais somente em 2018), seguido da Colômbia (com 15% de aumento), alguns dos quais são solicitantes de refúgio, tendo também migrantes apenas econômicos oriundos do Marrocos e Romênia.[61] Porém, de acordo com Francisco García, *"no existen datos oficiales actualizados sobre el número de refugiados menores que viven en España"*[62], pois são tratados em conjunto com os adultos, pais ou responsáveis legais, que os acompanham.

Além disso, no território espanhol cada Comunidade Autônoma, mediante seus estatutos podem assumir um maior ou menor grau de compromisso na integração dos refugiados, razão pela qual

> *En ese sentido debemos decir que el colectivo de personas refugiadas o solicitantes de asilo es un auténtico desconocido para los servicios sociales generales, así un colectivo ignorado en las políticas de integración […] sin tener en cuenta las especificidades y necesidades particulares de dicho colectivo.*[63]

No que tange ao campo empírico, a procedência das crianças é diversa e crescente, variando periodicamente a quantidade e o país de origem.

Cabe destacar que além da Espanha passar a receber um maior número de refugiados em seu território nos últimos anos, também passou a ter uma tendência a políticas migratórias mais limitadas, a exemplo da expulsão massiva do território espanhol (*devoluciones en caliente*) de migrantes, sobretudo do continente africano, em nítida violação ao princípio do *non refoulement*[64] e, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.[65]

---

[59] ESPAÑA. *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Jefatura del Estado «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000 Referencia: BOE-A-2000-544.

[60] EL MUNDO. *La llegada de inmigrantes a España aumenta un 28% y hace crecer la población por segundo año consecutivo.* Disponível em: https://www.elmundo.es/espana/2018/06/25/5b30be1dca4741905f8b465e.html. Acesso em: 01 mar. 2019.

[61] Idem.

[62] VOZPOPULI. *Las 10 sugerencias para integrar a los niños refugiados en la educación española.* Disponível em:https://www.vozpopuli.com/altavoz/educacion/10-sugerencias-integrar-ninos-refugiados-educacion-espanola-becas-ayudas-que-esta-haciendo-espana-para-CCOO_0_1085292512.html#. Acesso em: 01 dez. 2019.

[63] CEAR. Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *La situación de las Personas Refugiadas en España. Informe 2011.* Madrid: Entinema, p. 78.

[64] O princípio do *non refoulment*, que veda a devolução do solicitante de refúgio ou refugiado, encontra-se previsto no artigo 33, nº 1 e nº 2, da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados de 1951 e, de modo similar, no artigo 3º da Convenção Europeia de Direitos do Homem e no artigo 3º, nº 1 e nº 2, da Convenção contra a Tortura e outros tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes, de 1984.

[65] A Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, traz em seus artigos 18 e 19, respectivamente, que:

Artigo 18 - Direito de asilo

É garantido o direito de asilo, no quadro da Convenção de Genebra de 28 de Julho de 1951 e do Protocolo de 31 de Janeiro de 1967, relativos ao estatuto dos refugiados, e nos termos do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

Artigo 19 - Protecção em caso de afastamento, expulsão ou extradição

1. São proibidas as expulsões colectivas.

No que se refere aos dados oficiais sobre o número de solicitações de refúgio envolvendo crianças, esse nem sempre são atualizados e/ou abarcam todas as situações envolvendo os menores de dezoito anos, pois as que chegam acompanhadas de seus pais ou separadas, mas em companhia de um parente adulto, nem sempre são contabilizadas, uma vez que o pedido é realizado pelo adulto responsável, englobando-a como parte do núcleo familiar.

Como destaca Vidal Liy e Arriola Hernández, "*la falta de disponibilidad de éstos [datos] en ciertas Comunidades Autónomas, la escasa fiabilidad de los mismos en relación con los menores acogidos y los ingresos y en último lugar la falta de homogeneidad o criterios únicos de las Comunidades Autónomas".*[66]

No que tange às crianças desacompanhadas (MENAS), apesar de alguns centros de acolhida receberem muitas vezes um maior número de crianças acompanhadas de seus familiares, como é o caso do Centro de Acogida a Refugiados (CAR)[67], tem-se verificado que na Europa, e em especial na Espanha,

> *[los MENA] empiezan a ser visilibilizados los primeros menores migrantes desde mediados de la década de los noventa, fenómeno que se relaciona directamente tanto con los cambios que hay en cuanto a los procesos de construcción social de la Infancia en estas décadas, como por la percepción social que se tiene de este fenómeno [...] Los menores que llegan a España suelen ser mayoritariamente de [...] origen marroquí [...] Senegal, Mali, Gambia, Ghana [y] Europa del este.*[68]

De acordo com a *Fiscalía General del Estado Español* "*en 2016, casi 600 niños extranjeros* llegaron a España en patera *sin acompañamiento de un adulto [y] había casi 4.000 menores tutelados por el Estado español*".[69]

Diante de tal realidade, a Espanha, ora vivencia casos de rechaço dos refugiados por parte do próprio Estado e/ou da população local, ora experimenta situações com tentativas de um acolhimento efetivo.

4 A EDUCACÃO COMO DIREITO HUMANO E POLÍTICA DE INTEGRACÃO LOCAL

A Proteção Jurídica dos refugiados envolve diretamente a seara dos direitos fundamentais e dos direitos humanos, em que o primeiro está consubstanciado na Constituição dos Estados soberanos, além de normas infraconstitucionais de proteção à pessoa e integridade humanas, com a intervenção de órgãos estatais, mediante políticas públicas. O segundo está previsto em tratados, com atuação de organismos internacionais, dentre os quais o Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados (ACNUR).

---

2. Ninguém pode ser afastado, expulso ou extraditado para um Estado onde corra sério risco de ser sujeito a pena de morte, a tortura ou a outros tratos ou penas desumanos ou degradantes.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA (2000/C 364/01). Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em:06 abr. 2019.

[66] VIDAL LIY, J. I. ARRIOLA HERNÁNDEZ, M. "Todo por el Interés Superior del Menor, pero sin el Menor. Preocupaciones de Amnistía Internacional respeto a los Menores ante el futuro reglamento de Asilo". In: CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.). *Infancia y Protección Internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*. Madrid: Tecnos, 2013, p. 181.

[67] Dados obtidos em conversa informal com o Diretor do Centro de Acogida a Refugiados (CAR), Sr. Santiago Garcia, em 24 de maio de 2017, na sede da CAR em Madrid, Espanha.

[68] VIDAL LIY, J. I. ARRIOLA HERNÁNDEZ, M. Op. cit., p. 180 -181.

[69] EL PAIS. *El mapa de los menores migrantes en España y Europa.* Disponível em: https://elpais.com/internacional/2018/02/01/actualidad/1517498139_350606.html. Acesso em: 17 mar. 2019.

No contexto do ACNUR, houve a elaboração de soluções duradouras, dentre as quais está a integração local, forma de inclusão social, econômica e até mesmo política dos migrantes forçados,[70] tendo relação direta com as políticas públicas estatais, em que

> *La actual situación de crisis económica supone un nuevo reto que requiere la puesta en marcha de estrategias y políticas estables para la integración de las personas refugiadas. En este difícil contexto, las políticas de protección internacional deberían permanecer en la agenda política evitando así la invisibilización de los movimientos migratorios forzosos.*[71]

Se na década de 1950 países da Europa foram favoráveis a criação da Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, época em que a maioria dos refugiados eram europeus, atualmente a própria Europa não cumpre com os tratados firmados de proteção aos refugiados e aos direitos humanos, sendo comum países da região virarem as costas aos "novos" refugiados, inclusive os que se inserem na definição de crianças à luz do direito internacional e da legislação pátria de alguns Estados, mitigando a integração local dos que migram forçadamente.

Antes de se abordar a educação, direito humano universal, e política de integração de crianças em situação de refúgio, se exporá sobre a Integração Local, um dos três tipos de solução duradoura prevista pelo ACNUR, conforme veremos a seguir.

4.1 POLÍTICAS PÚBLICAS DE INTEGRAÇÃO LOCAL

O ACNUR prevê três tipos de solução duradoura, das quais a Integração local é a dominante na maioria dos Estados como forma de proteção aos refugiados no território do país de acolhida, tratando-se de

> [...] *a complex and gradual process comprising distinct legal, economic, social, and cultural dimensions [with the aim of] that integrated refugees to be able to pursue sustainable livelihoods and contribute to the economic life of the host country, and live among the host population without discrimination or exploitation*.[72]

Mas para que a Integração local possa ter efetividade, necessário a criação de políticas públicas nacionais, que são as"[...] respostas do Estado a questões ou de interesse da sociedade, as quais se desenvolvem em três momentos: o da concepção, o da orçamentação e o da implementação [...]"[73], bem como o trabalho conjunto entre o governo e entidades da sociedade civil, tais como as ONGs e as entidades religiosas.

Mireya Maritza Peña Guzmán acrescenta que,

> *Las políticas públicas, independientemente de su objeto, ejercen influencia sobre la realización de los derechos humanos y están llamadas a traducir las vindicaciones de los derechos humanos en*

---

[70] As outras duas formas de solução duradoura, que não são objetos da presente pesquisa, são a repatriação voluntária e o reassentamento.

[71] CEAR. Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *La situación de las Personas Refugiadas en España*. Informe 2011. Madrid: Entinema, p. 75.

[72] Tradução nossa: "[...] um processo complexo e gradual que compreende dimensões legais, econômicas, sociais e culturais distintas [com o objetivo de que] os refugiados integrados possam prosseguir com meios de subsistência sustentáveis e contribuir para a vida económica do país de acolhimento, e vivem entre a população hospitaleira sem discriminação ou exploração". ACNUR. *Global Trends Forced Displacement in 2015*, p. 26. Disponível em: http://www.unhcr.org/576408cd7.pdf. Acesso em: 09 fev. 2019.

[73] PIRES, M. C. S. *Concepção, Financiamento e Execução de Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Tribunal de Contas de Minas Gerais. Abr-Jun, 2001.

> *reglas operacionalizables y en prácticas sociales que le permitan a los Estados cumplir con sus obligaciones internacionales en la materia. Los derechos humanos, a su vez, están llamados a inspirar las políticas públicas y requieren acciones afirmativas de los Estados, y por ende, políticas públicas que favorezcan su reconocimiento, respeto y realización*.[74]

Contudo, conforme destaca Etxeberrí e Elosegui, quanto à realidade espanhola, "*algunos estudios, y cada vez más con motivo de la crisis económica, nos muestran a la opinión pública que en un cierto grado es contraria a la admisión e integración de los inmigrantes y también del alumnado inmigrante*.[75]

A Constituição Espanhola de 1978 aborda em seu Artigo 2 ter. sobre a Integração dos imigrantes, prevendo que:

> *1. Los poderes públicos promoverán la plena integración de los extranjeros en la sociedad española, en un marco de convivencia de identidades y culturas diversas sin más límite que el respeto a la Constitución y la ley.*
> *2. Las Administraciones Públicas incorporarán el objetivo de la integración entre inmigrantes y sociedad receptora, con carácter transversal a todas las políticas y servicios públicos, promoviendo la participación económica, social, cultural y política de las personas inmigrantes, en los términos previstos en la Constitución, en los Estatutos de Autonomía y en las demás leyes, en condiciones de igualdad de trato. Especialmente, procurarán, mediante acciones formativas, el conocimiento y respeto de los valores constitucionales y estatutarios de España, de los valores de la Unión Europea, así como de los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, y desarrollarán medidas específicas para favorecer la incorporación al sistema educativo, garantizando en todo caso la escolarización en la edad obligatoria, el aprendizaje del conjunto de lenguas oficiales, y el acceso al empleo como factores esenciales de integración.*
> *3. La Administración General del Estado cooperará con las Comunidades Autónomas, las Ciudades de Ceuta y Melilla y los Ayuntamientos para la consecución de las finalidades descritas en el presente artículo, en el marco de un plan estratégico plurianual que incluirá entre sus objetivos atender a la integración de los menores extranjeros no acompañados. En todo caso, la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos colaborarán y coordinarán sus acciones en este ámbito tomando como referencia sus respectivos planes de integración.*
> *4. De conformidad con los criterios y prioridades del Plan Estratégico de Inmigración, el Gobierno y las Comunidades autónomas acordarán en la Conferencia Sectorial de Inmigración programas de acción bienales para reforzar la integración social de los inmigrantes. Tales programas serán financiados con cargo a un fondo estatal para la integración de los inmigrantes, que se dotará anualmente, y que podrá incluir fórmulas de cofinanciación por parte de las Administraciones receptoras de las partidas del fondo.*[76]

---

[74] PEÑA GUZMÁN, M. M. *Derechos humanos y políticas públicas*, p. 1. Disponível em: http://studylib.es/doc/1586189/raa-21-pe%C3%B1a-derechos-humanos-y-pol%C3%ADticas p%C3%BAblicas.pdf. Acesso em: 07 abr. 2019.

[75] ETXEBERRÍA, F. ELOSEGUI, K. *Integración del alumnado inmigrante: obstáculos y propuestas*. Revista Española de Educación Comparada, 16 (2010), 235-263. ISSN: 1137-8654, p. 254.

[76] ESPAÑA. *Ley Orgánica nº 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Jefatura del Estado «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000 Referencia: BOE-A-2000-544.

A Integração também é tratada no artigo 35, 2 e 12, ambos da Lei Orgânica nº 4/2000, que estipula que:

> *1. Las Comunidades Autónomas podrán establecer acuerdos con los países de origen dirigidos a procurar que la atención e integración social de los menores se realice en su entorno de procedencia. Tales acuerdos deberán asegurar debidamente la protección del interés de los menores y contemplarán mecanismos para un adecuado seguimiento por las Comunidades Autónomas de la situación de los mismos.*
> *[…]*
> *12. Las Comunidades Autónomas podrán llegar a acuerdos con las Comunidades Autónomas donde se encuentren los menores extranjeros no acompañados para asumir la tutela y custodia, con el fin de garantizar a los menores unas mejores condiciones de integración.*[77]

No que se refere às crianças refugiadas, o artigo 35, nºs. 9 e 10, da Lei Orgânica nº 4/2000 prevê que:

> *9. Reglamentariamente se determinarán las condiciones que habrán de cumplir los menores tutelados que dispongan de autorización de residencia y alcancen la mayoría de edad para renovar su autorización o acceder a una autorización de residencia y trabajo teniendo en cuenta, en su caso, los informes positivos que, a estos efectos, puedan presentar las entidades públicas competentes referidos a su esfuerzo de integración, la continuidad de la formación o estudios que se estuvieran realizando, así como su incorporación, efectiva o potencial, al mercado de trabajo. Las Comunidades Autónomas desarrollarán las políticas necesarias para posibilitar la inserción de los menores en el mercado laboral cuando alcancen la mayoría de edad.*
> *10. Los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado adoptarán las medidas técnicas necesarias para la identificación de los menores extranjeros indocumentados, con el fin de conocer las posibles referencias que sobre ellos pudieran existir en alguna institución pública nacional o extranjera encargada de su protección. Estos datos no podrán ser usados para una finalidad distinta a la prevista en este apartado.*[78]

Mas, como destaca a Comissão Espanhola de Ajuda ao Refugiado (CEAR)

> *En el marco de una política redistributiva, es competencia de los Estados el reparto de bienestar y del ingreso. Por ello tienen el deber de asumir la importancia de las políticas publicas para atender los movimientos migratorios, siendo conscientes de que las migraciones de la actualidad son de carácter mixto, tal y como ha señalado el ACNUR, integrando en lo mismos flujos a migrantes económicos y personas necesitadas de protección internacional y refugiadas, y no sólo hacer énfasis en el incremento de controles y políticas migratorias restrictivas.*[79]

Para tratar a temática da Integração local, tem-se o Ministério do Interior (MTI), que por intermédio da Secretaria do Estado de Imigração e Emigração, é o órgão competente quanto a execução do Fundo Europeu para os Refugiados, que visa

---

[77] Idem.
[78] ESPAÑA. *Ley Orgánica nº 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*. Jefatura del Estado «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000 Referencia: BOE-A-2000-544.
[79] CEAR. Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *La situación de las Personas Refugiadas en España*. Informe 2011. Madrid: Entinema, p 76.

as políticas de proteção aos refugiados, e o Fundo Europeu para a Integração, com o escopo de tratar de políticas de integração os migrantes irregulares de países não comunitários.[80]

As ações do MTI são fundamentais, uma vez que o aumento de refugiados no Estado de acolhida impacta diretamente nas políticas de integração local, dentre as quais se insere as educacionais[81], em virtude do aumento de matrículas nas instituições de ensino, seja de adultos, mas, sobretudo, de crianças.

Insta frisar que na Espanha "*hay Comunidades Autónomas en las que el alumnado inmigrante está mucho más representado que en otras: La Rioja, Baleares, Madrid, y Cataluña*"[82] havendo uma maior demanda nessas localidades em que "*los alumnos inmigrantes se escolarizan en mayor medida que la media estatal en los centros públicos (15 puntos por encima)".*[83]

Destacaremos em especial aqui, dentre as políticas de integração local para os menores em situação de refúgio, o direito a educação, que aliás é "*uno de los objetivos generales establecidos en la Cumbre de Lisboa de 2000 [para mejorar] la ciudadanía activa, la igualdad de oportunidades y la cohesión social"*.[84] Sobre esse assunto, trataremos no próximo tópico.

4.2 A EDUCAÇÃO COMO POLÍTICA DE INTEGRAÇÃO

No século XVIII, com os primeiros reconhecimentos da criança como sujeito de direito e detentor da fruição dos mesmos, "*lo que se estableció no fue el derecho de los niños a la educación, sino la obligación de los padres de mandarlos a la escuela, institución que el Estado había creado para la educación de la infancia [...]"*[85]*, reconhecendo-se "la importancia de garantizar el derecho a la educación en la etapa obligatoria, y también permitir la continuidad de los estudios en las etapas posteriores".*[86]

Com o limiar do século XIX a educação passou a ser tratada como um direito de segunda geração ou dimensão, compondo os chamados direitos sociais[87]que, usualmente, requerem um agir do Estado para que possam ser usufruídos em que

> *la actuación de los poderes públicos no es una actuación simplemente omisiva, como sucede en el caso de los derechos civiles y políticos,*

---

[80] Idem.

[81] Outras políticas relevantes estão no campo da moradia/abrigamento, saúde e trabalho.

[82] ETXEBERRÍA, F. ELOSEGUI, K. *Integración del alumnado inmigrante: obstáculos y propuestas*. Revista Española de Educación Comparada, 16 (2010), ISSN: 1137-8654, p. 237.

[83] Ibidem, p. 239.

[84] EURYDICE. Dirección General de Educación y Cultura. *La integración escolar del alumnado inmigrante en Europa.* España, 2004, p.13. Disponível em:https://www.sel-gipes.com/uploads/1/2/3/3/12332890/2004_eurydice__integrating_inmigrant_children_into_schools_in_europe_sp.pdf. Acesso em: 01 mai. 2019.

[85] GAITÁN, L. LIEBEL, M. *Ciudadanía y Derechos de Participación de los Niños*. Madrid: Universidad Pontificia Comillas/Sintesis, s/a, p. 17.

[86] SANTOS REGO, M. A. RUIZ ROMÁN, C. BALLESTER BRAGE, L. *Universidad de las Islas Baleares. Migraciones y Educación: claves para la reconstrucción de la ciudadanía*. Universidad de Murcia. Site 2017: Educación para la vida ciudadana en una sociedad plural, p. 12.

[87] Para Ester Sánchez '*Existen corrientes de autores que encuadran este derecho [educación] dentro de los parámetros de los derechos sociales, otras corrientes lo consideran un derecho fundamentalmente cultural, pero también podemos encontrar argumentos de diversos autores que afirman que el discutido derecho podría ser considerado también como un derecho económico, civil, político o incluso verse insertado dentro de la categoría de los derechos humanos denominada como "derechos de tercera generación" [...]'.*ESTER SÁNCHEZ, Antonio Tirso. "El sentido del derecho a la educación como derecho social"*. In:* BUJOSA VADELL. Lorenzo. DA SILVA VEIGA, Fábio (Coord). *Derecho Transnacional Iberoamericano. Valencia:* Tirant lo Blanch, 2018, p. 462.

> *sino directamente intervencionista [con] obligaciones de hacer (obligaciones de llevar a cabo acciones positivas) por parte de los poderes públicos.*[88]

Com o advento do século XX, passaram a existir várias definições de educação, uma vez que existe distintas formas de educar, tendo como algumas de suas funções o humanizar e o formar o indivíduo. De acordo com Josiane Rose Petry Veronese e Luciene de Cássia Policarpo Oliveira, "a educação consiste por primeiro em um processo de transformação intrínseca, em um processo de conscientização permanente do qual tem origem a manifestação, isto é, o comportamento. Ele é a consumação, a efetivação desta transformação".[89]

No tocante aos migrantes forçados, em situação de refúgio ou não,

> *El concepto tradicional de educación ha ido transformándose hacia un nuevo enfoque influenciado por el fenómeno migratorio fruto de la globalización mundial que conlleva la confluencia de individuos culturalmente diversos procedentes de otros países y que ha obligado a reconstruir los sistemas educativos de forma progresiva fundamentalmente en aquellas sociedades en donde se experimenta un acelerado crecimiento de población extranjera con culturas y tradiciones propias que pudieran entrar en colisión con el modo de pensar prevalente en las sociedades de acogida.*[90]

Desse modo, a educação deve ir mais além do intuito de formação do indivíduo, atuando como "uma ferramenta essencial para combater preconceitos, estereótipos e a discriminação. Se forem mal planejados, os sistemas educacionais podem promover representações negativas, parciais, excludentes ou depreciativas de imigrantes e refugiados"[91] valendo destacar a notoriedade de que a educação gera oportunidades, tanto no campo econômico como social e político, bem como o lograr de outros direitos humanos e fundamentais, como trabalho, moradia, dentre outros, sendo considerada um direito em âmbito global, assentado em instrumentos internacionais como: a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 (DUDH),[92] em seu artigo 26; o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966, artigo 13; o Comitê Executivo do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR), Sessão 38, artigo 34; a Convenção da UNESCO relativa a luta contra a discriminação na esfera do ensino, de 1960, artigos 1º, 3º e 4º; a

---

[88] ESTER SÁNCHEZ, Antonio Tirso. "El sentido del derecho a la educación como derecho social". *In:* BUJOSA VADELL. Lorenzo. DA SILVA VEIGA, Fábio (Coord). *Derecho Transnacional Iberoamericano. Valencia:* Tirant lo Blanch, 2018, p. 455.

[89] VERONESE, J. R. P. OLIVEIRA, L. de C. P. *Educação versus punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente*. Blumenau: Nova Letra, 2008. 136p, p.74.

[90] ESTER SÁNCHEZ, Antonio Tirso. "Las alternativas existentes en la realización del derecho a la educación en las sociedades multiculturales". Quaestio Iuris vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. p. 2055.

[91] UNESCO. *Relatório de monitoramento global da educação, resumo, 2019: migração, deslocamento e educação: construir pontes, não muros*, p. 10. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000265996_por. Acesso em: 17 mai. 2019.

[92] Artigo 26 – "1. Toda a pessoa tem direito à educação. A educação deve ser gratuita, pelo menos a correspondente ao ensino elementar fundamental. O ensino elementar é obrigatório. O ensino técnico e profissional dever ser generalizado; o acesso aos estudos superiores deve estar aberto a todos em plena igualdade, em função do seu mérito. 2.A educação deve visar à plena expansão da personalidade humana e ao reforço dos direitos do Homem e das liberdades fundamentais e deve favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e todos os grupos raciais ou religiosos, bem como o desenvolvimento das actividades das Nações Unidas para a manutenção da paz. 3.Aos pais pertence a prioridade do direito de escolher o género de educação a dar aos filhos". ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.* Disponível em: http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Acesso em: 08 fev. 2019.

Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 2000, artigo 14, dentre outros dispositivos internacionais nas esferas mundial e regional.

Nessa senda, Batanero destaca que:

> *[...] de ella [educación] dependen el pleno desarrollo de su personalidad, el aprendizaje de las técnicas que le permitirán en el futuro un empleo adecuado y la facilidad o dificultad para su [niños y adolescentes] integración en la sociedad; la propia convivencia social del país depende en buena parte de la educación de la infancia y la juventud. A la vista de estas dimensiones, son muchas las voces que se han alzado.*[93]

No que concerne às crianças refugiadas, a abordagem se dá com relação àquelas não nativas ou de primeira geração, isto é, "*niños nacidos en otro país, hijos de padres que también han nacido en otro país, distinto al de la escolarización*"[94] e para as quais, de acordo com o ACNUR, se deve *"garantizar el acceso a la educación de los niños es un componente esencial del mandato de ACNUR en materia de protección y búsqueda de soluciones duraderas"*[95], constando tal direito também na Convenção de Genebra sobre o Estatuto dos Refugiados, de 1951, em seus artigos 22, 28 e 29, bem como outros instrumentos de proteção à pessoa humana, como explanado anteriormente.

Percebe-se que a educação é de suma importância, pois é um fator "*déterminant de stabilité et de sécurité pour les enfants touchés par les conflits armés et forcés au déplacement*"[96], bem como de proteção a possíveis violações aos seus direitos humanos fundamentais, como trabalho infantil e exploração sexual, sendo fundamental para a formação e inclusão das crianças e adolescentes na sociedade de acolhida. Favorece inclusive a integração dos pais e/ou responsáveis legais, quando da sua participação na vida escolar, cultural e de lazer dos filhos ou tutorados, além de "*una instancia generadora de oportunidades y, a medio plazo, una vía de ascenso social, más allá del miedo a una pérdida de referencias identitárias"*.[97]

Como destaca Laura Miraut,

> *La existencia de escuelas, clubes, trabajos especificos para inmigrantes, sólo tiene sentido como un instrumento de uso temporal para favorecer su integración plena en el grupo social, pero no como ámbitos de desarrollo vital al margen del grupo mayoritario.*[98]

---

[93] FERNÁNDEZ BATANERO, J. M. *Inmigración y educación en el contexto español: un desafío educativo.* Revista Iberoamericana de Educación (ISSN: 1681-5653). España, 2005, p. 3.

[94] ETXEBERRÍA, F. ELOSEGUI, K. *Integración del alumnado inmigrante: obstáculos y propuestas*. Revista Española de Educación Comparada, 16 (2010), ISSN: 1137-8654, p. 244.

[95] *ACNUR. ACNUR acerca el derecho de la educación a los niños refugiados. Disponível em: https://eacnur.org/es/labor/areas-de-trabajo/educacion. Acesso em: 07 mai. 2019.*

[96] Tradução nossa: "determinante da estabilidade e segurança para crianças afetadas por conflitos armados e forçadas ao deslocamento". ONU. *Assemblée Générale. A/58/299*. Distr. générale 20 août 2003 Français, Original: anglais. *Assistance aux enfants réfugiés non accompagnés*. Rapport du Secrétaire general. Disponível em: https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/58/A_58_299_fr.pdf. Acesso em: 14 fev. 2019.

[97] SANTOS REGO, M. A. RUIZ ROMÁN, C. BALLESTER BRAGE, L. *Universidad de las Islas Baleares. Migraciones y Educación: claves para la reconstrucción de la ciudadanía*. Universidad de Murcia. Site 2017: Educación para la vida ciudadana en una sociedad plural, p. 4.

[98] MIRAUT MARTÍN, L. *Inmigración y sociedad*. Manuales universitarios de Teleformación Grado en Seguridad y Control de Riesgos 23. Vicerrectorado de Profesorado y Planificación Académica Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Primera edición, 2015, p. 35.

Isso é primordial, pois evita formas de inclusão que na verdade são um assimilacionismo da cultura do país de acolhida sob a cultura dos migrantes forçados em seus territórios, com a imposição de novos modelos de conduta, em que há o dominante *versus* o dominado. Deve, pois, existir um interculturalismo, "em que as comunidades étnicas, os grupos sociais se reconhecem em suas diferenças e buscam uma mútua compreensão e valorização"[99]. Na prática, no entanto, essa integração bidirecional raramente se configura

Vale destacar que, de acordo com dados do Informe do Alto Comissariado das Nações Unidas (ACNUR), intitulado *Turn the Tide: Refugee Education in Crisis,*

> *Cuatro millones de niños refugiados no asisten a la escuela, asegura ACNUR, la Agencia de la ONU para los Refugiados, en un informe publicado el pasado 29 de agosto de 2018. Este es un aumento de medio millón de niños refugiados fuera de la escuela en solo un año. El informe, Turn the Tide: Refugee Education in Crisis, muestra que, a pesar de los esfuerzos de los gobiernos, el ACNUR y sus socios, la matriculación de niños refugiados en la escuela no sigue el ritmo de la creciente población de refugiados. A fines de 2017, había más de 25,4 millones de refugiados en todo el mundo, 19,9 millones de ellos bajo el mandato del ACNUR. Más de la mitad – 52 por ciento – eran niños. Entre ellos, 7,4 millones estaban en edad escolar.*[100]

A medida que a quantidade de crianças em situação de refúgio cresce no mundo, o problema de acesso à educação e permanência nas escolas torna-se maior, num círculo vicioso que tende a crescer enquanto os Estados, de modo geral, não se preocuparem com a inserção dos menores de dezoito anos no ambiente educacional, em especial, os que mantem campos de refugiados em seus territórios.

Percebe-se claramente que esses menores enfrentam, em nível global, alguns problemas que dificultam ou mesmo impedem que fruam do direito à educação, pois, apesar de existir "*preocupación por su derecho a una educación digna, lo cierto es que aún no se ha logrado un acceso universal. El drama es que los refugiados son 'no ciudadanos' y así se les trata pues no disponen de mecanismos para activar mínimos derechos de ciudadanía*".[101]

Aliás, para as crianças refugiadas, dois são os problemas centrais no que tange a educação: o acesso e permanência na escola, e a qualidade do ensino usufruído, justamente pontos que são destacados pela Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, em seu artigo 28. Desse modo, "*para los niños refugiados la efectividad del derecho a la educación será una realidad o no en función del país de acogida en que se encuentren".*[102]

A dificuldade de acesso à educação ocorre em algumas situações, em razão de os menores estarem ora em campos de refugiados, sem a existência de escolas ou de difícil acesso, ora porque se encontram irregularmente no país de acolhida e/ou sem documentos que comprovem o grau de escolaridade anterior. Outro fator é a baixa qualidade da educação fornecida, nos países em desenvolvimento ou subdesenvolvidos, ou situações de segregação escolar em países desenvolvidos, como no caso da França[103], com classes ou mesmo escolas específicas

---

[99] DAMAZIO. E. da S. P. *Multiculturalismo versus Interculturalismo: por uma proposta intercultural do Direito*. Revista Desenvolvimento em Questão. Unijuí. Ano 6, nº 12, jul./dez., 2008, p. 77.

[100] CME. Campaña Mundial por la educación. *Millones de niños refugiados no van a la escuela, nuevo informe de ACNUR.* Disponível em: http://www.cme-espana.org/blog/millones-de-ninos-refugiados-no-van-a-la-escuela-nuevo-informe-de-acnur/. Acesso em: 08 set. 2019.

[101] SANTOS REGO, M. A. RUIZ ROMÁN, C. BALLESTER BRAGE, L. Op. cit., p. 7.

[102] SALADO OSUNA, A. "La Protección de los Niños Refugiados". In: *FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. La Revitalización de la Protección de los Refugiados*. Huelva: Universidad de Huelva, 2002, p. 220.

[103] De acordo com Choukri Ben Ayed, especialista em educação e professor da Université de Limoges,

para crianças migrantes, em situação de refúgio ou não, sem se aterem as necessidades especiais desse grupo vulnerável.

Esses são casos de clara exclusão, ao invés da inclusão buscada pela integração local de crianças e adolescentes, realidade que faz com que o desempenho desses menores seja inferior aos dos demais e, as chances futuras para lograr outros direitos sociais, como trabalho e moradia, sejam diminuídas. Nesse sentido, Antonio Tirso E. Sánchez destaca que

> *Si decimos que los derechos sociales constituyen, por lo que suponen de realización de las necesidades básicas del individuo, la base inexcusable para el ejercicio de los demás derechos, está claro que una realización insatisfactoria de tales derechos sociales provocará también una falta de firmeza de la base que permite al individuo desarrollarse plenamente como persona a través de la puesta en práctica de sus propios derechos. En este sentido también la situación de los derechos sociales del inmigrante.*[104]

De acordo com dados do ACNUR *"mientras que la media global de niños escolarizados es del 90%, menos del 50% de los niños refugiados tienen la posibilidad de ir a la escuela [y solo 61% son escolarizados en primaria, frente al 91% de la media mundial][105]. Esta diferencia se agranda si comparamos la escolarización en adolescentes refugiados, entre los cuales el 22% tiene acceso a educación"*[106], enquanto a quantidade geral de adolescentes matriculados é de 84%.[107]

Vale aqui destacar o Informe do Seguimento da Educação no Mundo 2019, intitulado *Migración, desplazamiento y educación: construyendo puentes, no barreras, da* Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), cujo estudo traz que

> *aunque el derecho de estos infantes a una educación de calidad se reconoce cada vez más en pactos internacionales y leyes, en la práctica no se lleva a cabo. Como evidencia de lo anterior, la UNESCO asegura que en la actualidad el número de niños migrantes y desplazados en edad escolar en todo el mundo ha aumentado un 26 % desde 2000.*[108]

No mesmo sentido, Sullivan e Simonson destacam que "*for many refugees, schools act as an essential and sometimes sole link to the broader*

"Por ser um país pequeno geograficamente, na França era difícil ver uma escola que atendesse apenas a um determinado perfil de aluno. Com o aumento da pobreza houve a intensificação das desigualdades e da segregação. Hoje, se na periferia você encontra escolas apenas com filhos de refugiados, se você caminhar pelo centro vai achar unidades só com filhos de médicos. CARTA EDUCAÇÃO. *Segregação escolar na França é sintoma de racismo*. Disponível em: www.cartaeducacao.com.br/reportagens/segregacao-escolar-na-franca-e-sintoma-de-racismo/. Acesso em: 30 abr. 2019.

[104] ESTER SÁNCHEZ, Antonio Tirso. *Los Planos de la Discriminación de los Derechos del Inmigrante.* Revista de Derecho UNED, núm. 17, 2015, p. 695.

[105] ACNUR. *Niños refugiados acuden a la escuela: aprendiendo a vivir*. Disponível em: https://eacnur.org/es/labor/areas-de-trabajo/educacion. Acesso em: 09 mar. 2019.

[106] ACNUR. *3,7 millones de niños refugiados no van al colégio.* Disponível em: https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/37-millones-de-ninos-refugiados-no-van-al-colegio. Acesso em: 15 fev. 2019.

[107] UOL. *Apenas 61% das crianças refugiadas estudam, diz ONU*. Disponível em:http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/09/1917651-apenas-61-das-criancas-refugiadas-estudam-diz-onu.shtml. Acesso em: 06 jun. 2019.

[108] UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Siete consejos de la Unesco para favorecer la educación inclusiva de migrantes y refugiados*. Disponível em: https://www.educaweb.com/noticia/2018/11/26/propuestas-unesco-favorecer-educacion-inclusiva-migrantes-refugiados-18615/>. Acesso em: 01 mar. 2019.

community"[109] e acrescentam que "*school-based interventions may be effective in reducing [refugees] students' trauma-related symptoms and impairment*"[110].

Percebe-se, desse modo, que para as crianças em situação de refúgio, o ambiente escolar é fundamental não apenas para a formação formal desses indivíduos em situação de vulnerabilidade, mas também para a socialização e interação dos mesmos com outras crianças da mesma faixa etária e com o restante da sociedade de acolhida, auxiliando a escola também na prevenção e tratamento de traumas e/ou outras dificuldades decorrentes da migração forçada.

Mas para que os menores possam ter acesso à educação e permaneçam na escola, com o escopo, dentre outros de inclusão social, políticas públicas educacionais passaram a ser necessárias para que o direito educacional seja de fato gozado por todos, crianças e adultos, nacionais e estrangeiros, uma vez que é *"un derecho central en la vida de las niñas y niños, y prioritário para todos los seres humanos".*[111]

Nesse sentido, Santos Pais enfatiza que:

> *[...] las políticas de los Estados deben promover planteamientos integrales que respeten la indivisibilidad de los derechos humanos, protegiendo los derechos humanos de las poblaciones que se desplazan y prestando una atención muy especial a los derechos de la niñez, y a las necesidades concretas de los niños que se encuentran en situaciones vulnerables. Deben desarrollarse y fortalecerse las leyes, programas y mecanismos de protección que sean adecuados a los distintos grupos étnicos y sociales, y que tengan en cuenta los retos sufridos específicamente por niños y niñas. Y deben buscarse soluciones duraderas que garanticen una perspectiva de vida para el niño y resistan a la tentación de mirar solo el contexto inmediato.*[112]

Não obstante, "*es sabido que los sistemas educativos de los países de acogida se ven fuertemente afectados por el fenómeno migratorio, ya que se les pide que contribuyan tanto a la integración social de los recién llegados como a la creación de una conciencia solidaria con ellos".*[113]

Enquanto os Estados receptores não atuam de modo efetivo no que tange a temática, seja por falta de condições ou por desinteresse, necessário que concedam ao menos o básico que é destinado aos seus nacionais, para que os menores em situação de refúgio possam aceder as escolas, estejam ou não em situação de regularidade no país de acolhida.

4.3 A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DO DIREITO A EDUCAÇÃO

O direito a educação é um direito universal e uma ferramenta de acessibilidade à cidadania e de transformação social, no qual o direito de acesso e permanência na escola, bem como um ensino de qualidade, são fatores capazes de

---

[109] SULLIVAN, A. L. SIMONSON, G. R. *A Systematic Review of School-Based Social-Emotional Interventions for Refugee and War-Traumatized Youth*. Review of Educational Research Month 201X, Vol. XX, nº. X, p. 6.

[110] Tradução nossa: "para muitos refugiados, as escolas funcionam como essencial e às vezes como único elo para a comunidade em geral" e acrescentam que "as intervenções escolares podem ser eficazes na redução dos sintomas e da incapacidade relacionada com o trauma dos estudantes [refugiados]'. Ibidem, p. 20.

[111] REIS MONTEIRO, A. *La Revolución de los Derechos del Niño. Érase una vez la infancia*. Madrid: Editorial Popular, 2008, p. 199.

[112] SANTOS PAIS, M. "Infancia y Protección Internacional." In: CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.). *Infancia y Protección Internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*. Madrid: Tecnos, 2013, p. 34 y 35.

[113] FERNÁNDEZ BATANERO, J. M. *Inmigración y educación en el contexto español: un desafío educativo.* Revista Iberoamericana de Educación (ISSN: 1681-5653). España, 2005, p. 3.

promover o pleno desenvolvimento do indivíduo e, por conseguinte, da sociedade como um todo.

Diante da importância que a educação possui, variados são os instrumentos que tratam e dão suporte ao direito educacional como um direito social de proteção ao indivíduo (crianças e adultos) na órbita internacional, dentre os quais o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, que traz em seu cerne:

> Artigo 13
> 1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa à educação. Concordam em que a educação deverá visar ao pleno desenvolvimento da personalidade humana e do sentido de sua dignidade e fortalecer o respeito pelos direitos humanos e liberdades fundamentais. Concordam ainda em que a educação deverá capacitar todas as pessoas a participar efetivamente de uma sociedade livre, favorecer a compreensão, a tolerância e a amizade entre todas as nações e entre todos os grupos raciais, étnicos ou religiosos e promover as atividades das Nações Unidas em prol da manutenção da paz.
> 2. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem que, com o objetivo de assegurar o pleno exercício desse direito:
> a) A educação primaria deverá ser obrigatória e acessível gratuitamente a todos;
> b) A educação secundária em suas diferentes formas, inclusive a educação secundária técnica e profissional, deverá ser generalizada e torna-se acessível a todos, por todos os meios apropriados e, principalmente, pela implementação progressiva do ensino gratuito [...].[114]

De modo específico, tem-se a Declaração dos Direitos da Criança de 1959, que traz em seu princípio 7 que,

> A criança terá direito a receber educação, que será gratuita e compulsória pelo menos no grau primário. Ser-lhe-á propiciada uma educação capaz de promover a sua cultura geral e capacitá-la a, em condições de iguais oportunidades, desenvolver as suas aptidões, sua capacidade de emitir juízo e seu senso de responsabilidade moral e social, e a tornar-se um membro útil da sociedade.
> Os melhores interesses da criança serão a diretriz a nortear os responsáveis pela sua educação e orientação; esta responsabilidade cabe, em primeiro lugar, aos pais.[115]

Já o principal documento de proteção à criança, a Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989, traz em seu bojo que:

> Art. 28
> 1 – Os Estados Partes reconhecem o direito da criança à educação e, a fim de que ela possa exercer progressivamente e em igualdade de condições esse direito, deverão especialmente:
> a) tornar o ensino primário obrigatório e disponível gratuitamente para todos;

---

[114] DHNET. Direitos Humanos na Net. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966*. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm. Acesso em: 05 mai. 2019.

[115] ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração dos Direitos da Criança de 20 de novembro de 1959*. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Criança/declaracao-dos-direitos-da crianca.html. Acesso em 31 mar. 2019.

> b) estimular o desenvolvimento do ensino secundário em suas diferentes formas, inclusive o ensino geral e profissionalizante, tornando-o disponível e acessível a todas as crianças, e adotar medidas apropriadas tais como a implantação do ensino gratuito e a concessão de assistência financeira em caso de necessidade;
> c) tornar o ensino superior acessível a todos com base na capacidade e por todos os meios adequados;
> d) tornar a informação e a orientação educacionais e profissionais disponíveis e acessíveis a todas as crianças;
> e) adotar medidas para estimular a frequência regular às escolas e a redução do índice de evasão escolar.
> 2 – Os Estados Partes adotarão todas as medidas necessárias para assegurar que a disciplina escolar seja ministrada de maneira compatível com a dignidade humana e em conformidade com a presente Convenção.
> 3 – Os Estados Partes promoverão e estimularão a cooperação internacional em questões relativas à educação, especialmente visando contribuir para a eliminação da ignorância e do analfabetismo no mundo e facilitar o acesso aos conhecimentos científicos e técnicos e aos métodos modernos de ensino. A esse respeito, será dada atenção especial às necessidades dos países em desenvolvimento.
>
> Art. 29
> 1 – Os Estados Partes reconhecem que a educação da criança deverá estar orientada no sentido de:
> a) desenvolver a personalidade, as aptidões e a capacidade mental e física da criança em todo seu potencial;
> b) imbuir na criança o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais, bem como aos princípios consagrados na Carta das Nações Unidas;
> c) imbuir na criança o respeito aos seus pais, à sua própria identidade cultural, ao seu idioma e seus valores, aos valores nacionais do país que reside, aos do eventual país de origem, e aos das civilizações diferentes da sua;
> d) preparar a criança para assumir uma vida responsável numa sociedade livre, com espírito de compreensão, paz, tolerância, igualdade de sexos e amizade entre todos os povos, grupos étnicos, nacionais e religiosos, e pessoas de origem indígena;
> e) imbuir na criança o respeito ao meio ambiente.
> 2 – Nada do disposto no presente Artigo ou no Artigo 28 será interpretado de modo a restringir a liberdade dos indivíduos ou das entidades de criar e dirigir instituições de ensino, desde que sejam respeitados os princípios enunciados no parágrafo 1 do presente Artigo e que a educação ministrada em tais instituições esteja acorde com os padrões mínimos estabelecidos pelo Estado.
>
> Art. 30
> 1 – Nos Estados Partes onde existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja de origem indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar ou praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma.[116]

Outro instrumento sobre a educação na esfera global é a Declaração Mundial sobre Educação para Todos, de 1990 (Conferência de Jomtien), a qual dispõe em seu artigo 1º, 4 que: “A educação básica é mais do que uma finalidade em si mesma. Ela é a base para a aprendizagem e o desenvolvimento humano

[116] UNICEF BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html. Acesso em: 26 set. 2019.

permanentes, sobre a qual os países podem construir, sistematicamente, níveis e tipos mais adiantados de educação e capacitação"[117].

O mesmo documento reforça em seu artigo 3º, 4 que:

> Um compromisso efetivo para superar as disparidades educacionais deve ser assumido. Os grupos excluídos – os pobres; os meninos e meninas de rua ou trabalhadores; as populações das periferias urbanas e zonas rurais; os nômades e *os trabalhadores migrantes*; os povos indígenas; as minorias étnicas, raciais e linguísticas; *os refugiados; os deslocados pela guerra*; e os povos submetidos a um regime de ocupação – não devem sofrer qualquer tipo de discriminação no acesso às oportunidades educacionais.[118] (destaque nosso)

Em 2000, com a elaboração da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, passou-se a tratar a temática no continente à luz também do artigo 14, que prevê:

> Artigo 14º
> Direito à educação
> 1. Todas as pessoas têm direito à educação, bem como ao acesso à formação profissional e contínua.
> 2. Este direito inclui a possibilidade de frequentar gratuitamente o ensino obrigatório.
> 3. São respeitados, segundo as legislações nacionais que regem o respectivo exercício, a liberdade de criação de estabelecimentos de ensino, no respeito pelos princípios democráticos, e o direito dos pais de assegurarem a educação e o ensino dos filhos de acordo com as suas convicções religiosas, filosóficas e pedagógicas.[119]

No que se refere às crianças migrantes, em situação de refúgio ou não, com

> *[...] la avalancha de inmigración de los últimos años ha inundado las aulas de los colegios españoles de niños y adolescentes procedentes de infinidad de países y culturas [y] la interculturalidad es una realidad, que debe estar siempre presente en los procesos educativos [cuya] la cifra de alumnos inmigrantes ha aumentado en los últimos años en más de un 40%.*[120]

Conforme destaca Fernandez Batanero,

> *Debemos tratar de ver el interculturalismo más allá de una perspectiva multicultural, pues plantea un enfoque positivo, un modelo de relaciones entre las culturas, que sitúa la interacción cultural como un hecho educativo en sí mismo [...] hay que potenciar la responsabilidad y el respeto, y desarrollar una educación no*

---

[117] UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Declaração Mundial sobre Educação para Todos (Conferência de Jomtien – 1990).* Aprovada pela Conferência Mundial sobre Educação para Todos, em Jomtien, Tailândia, de 5 a 9 de março de 1990. Disponível em:https://www.unicef.org/brazil/declaracao-mundial-sobre-educacao-para-todos-conferencia-de-jomtien-1990. Acesso em: 31 mar. 2019.

[118] Idem.

[119] JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/c 364/01)*. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf . Acesso em:06 abr. 2019.

[120] FERNANDEZ BATANERO, J.M. *La presencia de alumnos inmigrantes en las aulas: un reto educativo. Educación y Educadores*. Volumen 7. Universidad de la Sabana, Facultad de Educación. 2004, p. 34.

> *discriminatoria, orientada a la igualdad de las personas y de sus posibilidades de realización*.[121]

Quanto aos menores em situação de refúgio, a Convenção sobre os Direitos da Criança (CDC), 1989, como já mencionado, prevê em seu artigo 22, nº 1 e 2, a proteção e a assistência humanitária desses indivíduos, em observância aos tratados internacionais de direitos humanos, via cooperação estatal, das ONGs e Organizações Internacionais. Não obstante, '*los Estados Partes no estan obligados a garantizar la efectividad del derecho a la educación a los niños refugiados de forma absoluta, sino de la misma forma que "a sus nacionales*"'.[122] Desse modo,

> *si el Estado de acogida (que es el responsable de garantizar el derecho a la educación de los niños refugiados) es un Estado en desarrollo y no puede hacer efectivo el derecho a la educación de sus ciudadanos, resulta impensable hablar de la efectividad del derecho a la educación para los niños refugiados.*[123]

No continente europeu a primeira legislação abordando a política educacional para as crianças e adolescentes migrantes foi tratada, dentre outros documentos, pela Diretiva 77/486/CEE, com aplicação em todos os países da União Europeia. Segundo a Diretiva, todos os filhos de trabalhadores migrantes dos Estados membros, devem ser escolarizados, sendo direcionada aos que chegam como migrantes econômicos. Fica de fora, portanto, os filhos de migrantes oriundos de outras localidades, migrantes irregulares e em situação de refúgio. Para os

> *[…] hijos de nacionales de terceros países con el estatus de residentes de larga duración reciben, desde noviembre de 2003, el mismo trato que los nacionales en materia educativa, incluida la concesión de becas al estudio [pudiendo también] desde enero de 2003 los menores, hijos de demandantes de asilo o ellos mismos demandantes, han podido acceder al sistema educativo bajo condiciones similares a las que se aplican a los ciudadanos del Estado miembro de acogida.*[124]

Em 2008 outra Diretiva foi criada pelo Parlamento e Conselho Europeu, cujo artigo 8º trata sobre o retorno e expulsão de menores não acompanhados, no caso específico, migrantes forçados que não se encaixam na situação de refugiados, tendo em vista que para estes indivíduos se aplica o princípio do *non refoulement*.

4.4 O DIREITO A EDUCAÇÃO NA LEGISLAÇÃO E REALIDADE ESPANHOLA

A Constituição Espanhola de 1978 reconheceu o direito à educação como um direito fundamental, prevendo-o em seu artigo 27 que:

> *Todos tienen el derecho a la educación [...] La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales [...] Los poderes públicos garantizan el*

---

[121] Ibidem, p. 42-43.

[122] SALADO OSUNA, A. "La Protección de los Niños Refugiados". In: *FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, Pablo Antonio. La Revitalización de la Protección de los Refugiados*. Huelva: Universidad de Huelva, 2002, p. 222.

[123] Ibidem, p. 223.

[124] EURYDICE. Dirección General de Educación y Cultura. *La integración escolar del alumnado inmigrante en Europa.* España, 2004, p.12. Disponível em:<https://www.sel-gipes.com/uploads/1/2/3/3/12332890/2004_eurydice__integrating_inmigrant_children_into_schools_in_europe_sp.pdf>. Acesso em: 01 mai. 2019.

> *derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza[...]*[125]

Para que Estado espanhol garantisse o direito educacional a todos, estipulou também uma faixa etária no qual a educação é obrigatória, gratuita e pública, sendo dividida em Educação primaria (de seis a doze anos) e em Educação secundária obrigatória (E.S.O.), que vai dos 12 aos 16 anos.[126] Já a educação infantil, que vai de zero a seis anos, não é obrigatória em território espanhol.

O direito a educação destinado também ao migrante já estava previsto na legislação espanhola com a Lei Geral de Educação, de 1970, que estabelece em seu bojo que:

> *Artículo 2*
> *2. La Educación General Básica será obligatoria y gratuita para todos los españoles... Los extranjeros residentes en España tendrán también derecho a la Educación General Básica y a una formación profesional del primer grado de forma gratuita.*
>
> *Artículo 48*
> *1. Se establecerán cursos especiales para extranjeros, que permitan a éstos seguir con el máximo aprovechamiento cualquier ciclo del sistema educativo e informarse de la cultura española.*
> *2. Esta modalidad educativa podrá impartirse en los propios Centros docentes de régimen ordinario como materia complementaria o en cursos especiales a cargo de dichos Centros o de cualesquiera otros, con la autorización y bajo la supervisión del Ministerio de Educación y Ciencia.*

De acordo com Batanero, *"[...] esta Ley considera la presencia de estos alumnos como una realidad accidental y sólo se preocupa de articular los medios para que estos estudiantes se integren en la marcha escolar del resto, sin llegar a considerar sus verdaderas necesidades educativas".*[127] Vale ressaltar que a Espanha segue as Diretivas da União Europeia no que concerne aos direitos inerentes a migração e educação dos menores.

Na década de 1980 elaborou-se a Lei Orgânica nº 8/1985, de 3 de julho, reguladora *del Derecho a la Educación*, que trouxe em seu artigo 1º, 3, que: *"los extranjeros residentes en España tendrán también derecho a recibir la educación [...]"*[128], ou seja, o acesso à educação é garantido a todos, inclusive a

> *las personas extranjeras con edades comprendidas entre los 6 y 16 años [que] deben matricularse y asistir al centro educativo correspondiente. Además, tienen derecho al sistema público de*

[125] ESPAÑA. *Constitución Española de 1978*. Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de diciembre de 1978. Disponível em: https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf. Acesso em: 13 abr. 2019.

[126] ESPAÑA. Ley Orgánica nº 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo. Disponível em: https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-24172. Acesso em: 06 mai. 2019.

[127] FERNANDEZ BATANERO, J.M. *Inmigración y educación en el contexto español: un desafío educativo.* Revista Iberoamericana de Educación (ISSN: 1681-5653). España, 2005, p. 5.

[128] ESPAÑA. *Ley Orgánica nº 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.* Disponível em:https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12978. Acesso em: 06 mai. 2019.

> *becas, independientemente de si la situación de sus padres, y por tanto la de ellos/as, es regular o no.*[129]

No que se refere especificamente ao migrante com menos de dezoito anos, no qual se englobam as crianças em situação de refúgio, a Lei Orgânica nº 4/2000 reconhece que

> *Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.*

Quanto a Lei Orgânica nº 8/2000, seu artigo 9º, estabelece que:

> *Artículo 9. Derecho a la educación.*
> *1. Todos los extranjeros menores de dieciocho años tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, derecho que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas.*
> *2. En el caso de la educación infantil, que tiene carácter voluntario, las Administraciones públicas garantizarán la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite.*
> *3. Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto, tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previstos en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas.*
> *4. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros residentes que lo necesiten puedan recibir una enseñanza para su mejor integración social, con reconocimiento y respeto a su identidad cultural.*
> *5. Los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes.*[130]

Já a Lei do Estrangeiro de 2009, que reformou a Lei Orgânica nº 4/2000, prevê em seu artigo 9º, nºs 1,3 e 4, no que se refere à educação de indivíduos com menos de dezoito anos, que:

> *Artículo 9. Derecho a la Educación:*
> *1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza postobligatoria.*
> *Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles. En caso de alcanzar la*

---

[129] CNSE. ¿Cómo puedo acceder a la enseñanza obligatoria?. Disponível em: http://www.cnse.es/inmigracion/index.php?option=com_content&view=article&id=94&Itemid=288&lang=es. Acesso em: 06 mai. 2019.

[130] ESPAÑA. *Ley Orgánica nº 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.* Disponível em:https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-23660. Acesso em: 17 mar. 2019.

> *edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización.*
> *3. Los poderes públicos promoverán que los extranjeros puedan recibir enseñanzas para su mejor integración social.*
> *4. Los extranjeros residentes que tengan en España menores a su cargo en edad de escolarización obligatoria, deberán acreditar dicha escolarización, mediante informe emitido por las autoridades autonómicas competentes, en las solicitudes de renovación de su autorización o en su solicitud de residencia de larga duración.*[131]

Apesar da legislação existente, o Informe *España: esperanza en la diversidad sobre los derechos de los niños y niñas refugiados,* apresentado pela Federação de Ensino de CCOO (FE-CCOO) no Senado

> *[...] parte de la premisa de que aunque el derecho de las personas refugiadas a la Educación y a la protección internacional "están contemplados en el marco jurídico español", no existen mecanismos "que garanticen el cumplimiento y respeto a los derechos mencionados" y "esta ausencia tiene efectos especialmente perniciosos para los refugiados y los solicitantes de asilo menores, dado su mayor nivel de vulnerabilidad [en que] La principal dificultad en este contexto reside en la falta de inversión en la partida de igualdad de oportunidades para atender a este perfil de alumnado".*[132]

Na prática, conforme expõe Santos Rego, Ruiz Roman e Ballester Brage

> *Una de las mayores preocupaciones desde el inicio del reciente crecimiento migratorio ha sido sin duda el acceso a la educación. Por una parte, el debate se había centrado en la distribución de los alumnos en los centros escolares - en ocasiones, focalizándose en los de titularidad pública - y cómo su incorporación afecta al rendimiento escolar. En nuestro caso, dado que la mayoría de los flujos provienen en su mayoría de países o regiones catalogadas como "subdesarrolladas" o pobres, como lo son América Latina, África o Europa del Este, a menudo se considera que su incorporación a los centros escolares representará un perjuicio para el alumnado español.*[133]

De acordo com o Informe da UNESCO

> *el 52 % de los maestros entrevistados en España, Francia, Irlanda, Italia, Letonia y el Reino Unido no se sentían adecuadamente apoyados por la administración escolar para manejar la diversidad. También menciona que en 2013, la Encuesta Internacional sobre Enseñanza y Aprendizaje de la OCDE indicaba que solo el 16 % de los docentes del primer ciclo de secundaria en 34 sistemas educativos habían emprendido actividades de formación multicultural o multilingüe el año anterior*.[134]

---

[131] ESPAÑA. Ley Orgánica nº 2/2009, de 11 de diciembre de 2009. Boletín Oficial del Estado, de 12 de diciembre de 2009. Núm. 299. Sec. I., p. 104986. Disponível em:https://www.boe.es/eli/es/lo/2009/12/11/2/dof/spa/pdf. Acesso em: 03 mar. 2019.

[132] MAGISTERIO. *La situación educativa de los niños refugiados en España*. Disponível em: https://www.magisnet.com/2017/12/la-situacin-educativa-de-los-nios-refugiados-en-espaa/. Acesso em: 30 set. 2019.

[133] SANTOS REGO, M. A. RUIZ ROMÁN, C. BALLESTER BRAGE, L. *Universidad de las Islas Baleares. Migraciones y Educación: claves para la reconstrucción de la ciudadanía*. Universidad de Murcia. Site 2017: Educación para la vida ciudadana en una sociedad plural, p. 8.

[134] UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Siete consejos de la Unesco para favorecer la educación inclusiva de migrantes y refugiados*.

Essa realidade também é presenciada em países de outras regiões. Na América Latina, com o Brasil, no Oriente Médio, com o Líbano, e na África, com Uganda. Diante dessa realidade, a Presidente e CEO da *Save the Children*, Carolyn Miles, afirma que a

> *education is a lifeline for refugee children – it helps them cope better with their current situations while fostering hopes for the future [...] That's why investing in teachers should be the highest priority if we are to achieve our aim of providing quality education to all refugee children [however, what is seen is] The lack of professional development and support teachers receive to meet refugee children's distinct needs in these respects.*[135]

Esse, aliás, é um dos desafios a serem suplantados para que a educação destinada aos menores refugiados possa na prática se efetivar e alcançar os objetivos almejados, tais como a inclusão social, a humanização das crianças e o gozo de um rol de direitos inerentes à pessoa humana.

5 OS DESAFIOS E MEDIDAS EDUCACIONAIS PARA A INTEGRAÇÃO LOCAL DAS CRIANÇAS REFUGIADAS

Apesar da existência de algumas políticas públicas que propiciam a integração dos refugiados na Espanha, os desafios vivenciados ainda são grandes e heterogêneos no que toca a educação das crianças em situação de refúgio, razão pela qual recomendações nessa seara para a integração desse grupo de menores vêm sendo elaboradas, conforme veremos a seguir.

5.1 A EFETIVIDADE E OS DESAFIOS DO DIREITO A EDUCAÇÃO PARA AS CRIANÇAS REFUGIADAS

A Espanha foi por muito tempo país de trânsito para uma grande parcela dos migrantes internacionais forçados, que buscavam melhores condições financeiras e de vida, em direção a outros países europeus mais prósperos como Alemanha, Suécia e Reino Unidos.

Mas com o crescente número de indivíduos que passaram a migrar com o escopo de solicitação do reconhecimento da condição de refugiado, nas diferentes regiões do planeta, os Estados de acolhida passaram a repensar como trabalhar a integração local, e dentre uma das preocupações, o acesso aos direitos educacionais para que crianças em situação de refúgio, possam dele fruir efetivamente.

Isso é primordial, tendo em vista que a Declaração de Nova Iorque para Migrantes e Refugiados inseriu a educação como ponto principal de inclusão. Contudo, o alto comissário do ACNUR, Filippo Grandi, no ano de 2016, relatou que "cerca de 1,75 milhão de crianças refugiadas não está na escola primária e 1,95 milhão de adolescentes refugiados não estão na escola secundária. Os refugiados são cinco vezes mais propensos a estarem fora da escola do que a média global"[136].

Disponível em: https://www.educaweb.com/noticia/2018/11/26/propuestas-unesco-favorecer-educacion-inclusiva-migrantes-refugiados-18615/. Acesso em: 01 mar. 2019.

[135] Tradução nossa: "A educação é uma tábua de salvação para as crianças refugiadas - ajuda-as a lidar melhor com suas situações atuais enquanto promovem as esperanças para o futuro [...] É por isso que investir em professores deve ser a maior prioridade se quisermos atingir nosso objetivo de fornecer educação de qualidade a todas as crianças refugiadas [contudo, o que se vê é] A falta de desenvolvimento profissional e apoio aos professores para atender às necessidades específicas das crianças refugiadas nesses aspectos ". SAVE THE CHILDREN. *Investing in teachers is critical for refugee children, new save the children report find*. Disponível em:https://www.savethechildren.net/article/investing-teachers-critical-refugee-children-new-save-children-report-finds. Acesso em: 08 mai. 2019.

[136] ACNUR BRASIL. *Relatório do ACNUR retrata crise na educação para refugiados*. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/2016/09/15/relatorio-do-acnur-retrata-crise-na-educacao-para-refugiados/. Acesso em: 07 mai. 2019.

Em entendimento semelhante, o Relatório da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO), intitulado *Migração, deslocamento e educação: construir pontes, não muros*, alerta que "*la migración y los desplazamientos interactúan con la educación a través de relaciones mutuas y complejas que afectan a los que migran, los que se quedan y los que acogen o pueden acoger a migrantes y refugiados [...]"*[137] e acrescenta que

> *los países deben reconocer en su legislación el derecho de los migrantes y refugiados a la educación y hacerlo cumplir en la práctica. Deben adaptar la educación a los que viven hacinados en tugurios, a los nómadas, a los que están esperando que se les conceda la condición de refugiados. Los sistemas educativos deben ser incluyentes y cumplir el compromiso de equidad.*[138]

Contudo, a inclusão de crianças em situação de refúgio nos sistemas nacionais de educação dos países receptores, com raras exceções, como o Canadá nas Américas, e a Irlanda na Europa[139], raramente é efetiva, ou seja, nem sempre possuem acesso à educação, e quando a têm, nem sempre continuam na escola ou se permanecem poucas vezes a educação obtida é de qualidade, situação que faz com que tanto os menores, quanto a sociedade de acolhida, percam no campo econômico e sociocultural, seja a curto, médio e/ou longo prazos.

Dentre os desafios a serem suplantados estão a discriminação, a xenofobia de alunos, pais de alunos e até mesmo de professores e demais profissionais da área educacional, falhas estruturais no sistema educacional, em geral não preparados para o acolhimento e inclusão nas escolas, além da falta ou pouca capacitação, e mesmo sensibilização para a temática, em que se verifica desde o desconhecimento linguístico, a incompreensão dos valores e da cultura dos menores que devem ser acolhidos nas escolas, até sobre o que configura o refúgio.

Para tanto, a observância e trabalhos conjuntos no sentido de mitigar esses problemas é crucial, uma vez que, independente do país ser desenvolvido ou não, algumas dificuldades são similares. Exemplo aqui trazido é o relato de uma professora primária de um colégio na região da Catalunha, que *"enumera las principales dificultades a las que se enfrentan estos alumnos: "Desconocimiento del idioma y la ausencia o fragilidad de una red social de apoyo".* Na mesma senda o diretor de um centro educacional em Valencia também acrescenta que o *"impacto emocional fruto del desplazamiento forzoso que el alumno ha tenido que realizar"*[140]*,* como mais um ponto a ser suplantado para o bom desempenho do aluno (a).

Deve-se ter em mente que a educação deve ser meio de inclusão e não de assimilação, uma vez que a

> *asimilación del inmigrante al prototipo personal vigente en la sociedad de acogida constituye en sí misma un atentado directo a su dignidad [...] La asimilación es la postura más cómoda para quien detenta de hecho el poder social. Pero también la más frustrante para el inmigrante, que ve denigrados por su falta de aceptación social los principios culturales que han guiado el desarrollo de su formación personal. No puede ser una integración aceptable aquélla que obliga*

---

[137] UNESCO. *Informe de seguimiento de la educación en el mundo 2019*, p. 11. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367436. Acesso em: 07 mai. 2019.

[138] Idem.

[139] NAÇÕES UNIDAS BRASIL. *Crianças migrantes e refugiadas do mundo estão sendo excluídas da educação, diz relatório.* Disponível em:https://nacoesunidas.org/criancas-migrantes-e-refugiadas-do-mundo-estao-sendo-excluidas-da-educacao-diz-relatorio/. Acesso em: 06 mai. 2019.

[140] MAGISTERIO. *La situación educativa de los niños refugiados en España*. Disponível em: https://www.magisnet.com/2017/12/la-situacin-educativa-de-los-nios-refugiados-en-espaa/. Acesso em: 30 set. 2019.

> *al inmigrante a despersonalizarse, porque esa misma despersonalización del inmigrante constituye una vulneración de su dignidad individual.*[141]

A integração local, como forma de solução duradoura para as situações de refúgio relaciona-se com a *"integración justa del inmigrante [que] ha de partir del respeto a su pasado, a la cultura propia, instrumentalizando ciertamente criterios de resolución de los conflictos culturales"*[142], contudo, o que se verifica na maior parte dos casos de acolhida dos refugiados é uma segregação, em que o outro, o diferente deve-se "adaptar" a sociedade de acolhida, porém, sem condições reais para tal, vivendo por vezes em comunidades fechadas de seu próprio grupo nacional, inexistindo uma incorporação social.

Desse modo, verifica-se que na Espanha o apoio inicial a educação de menores em situação de refúgio fica a cargo das ONGs, tendo-se como exemplo a *Fundación La Merced*, que trabalha desde 1987 com a acolhida de menores, atendendo mais de 150 pessoas por ano, e com atuação em diferentes frentes, dentre as quais está a educação, onde aulas de língua espanhola são ministradas.[143] Já na esfera global há a já conhecida *Save the Children,* que atua nos países de origem, de trânsito, e de destino de refugiados.

5.2 RECOMENDAÇÕES E MEDIDAS EDUCACIONAIS PARA A INTEGRAÇÃO LOCAL

A integração local, visando a inclusão de menores refugiados nos países de destino/acolhida demanda ações por vezes distintas, conforme cada caso. De acordo com estudos desenvolvidos por Charland, Arvisais, Cyr e Gadaisp

> *Los planes de actuación específicos a implantar en estos sistemas educativos son complejos: los perfiles y trayectorias de los niños refugiados son a menudo muy diferentes. La acogida de un niño nigeriano que ha llegado a Italia por mar no implica las mismas acciones educativas que para un joven sirio integrado en la escuela búlgara. Uno y otro quizás necesitarán unos servicios especializados, dependiendo de las situaciones y los traumas. Y, sin duda, los dos tendrán que aprender un idioma, pero habrá que tener en cuenta que sus sistemas educativos de procedencia son diferentes y que sus trayectorias migratorias también.*[144]

Para lidar com as variadas situações, algumas recomendações, com base em experiências educacionais para os menores, e que servem não somente para a Espanha, mas para outros países de destino, são:

> *– Articular y definir la figura de equipos de transición integrados por docentes, familias y personal voluntario capacitados para orientar a este grupo en los momentos de cambio entre etapas educativas.*
> *– Ofrecer dispositivos de refuerzo y asesoramiento lingüístico al alumnado y sus familias.*
> *– Desarrollar cursos de formación docente sobre atención de alumnado refugiado.*

---

[141] MIRAUT MARTÍN, L. *Inmigración y sociedad*. Manuales universitarios de Teleformación Grado en Seguridad y Control de Riesgos 23. Vicerrectorado de Profesorado y Planificación Académica Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Primera edición, 2015, p. 30.

[142] Ibidem, p. 31.

[143] Informação dada por integrantes da *Fundación La Merced* durante o Curso de Verano en Migraciones Forzosas y Refúgio, ministrado na Universidad Complutense de Madrid, Madrid, em 05 de julho de 2017.

[144] CHARLAND, P. ARVISAIS, O. CYR, S. GADAISP, T. *Retos educativos de niños inmigrantes o refugiados La educación, uno de los pilares de la ayuda humanitaria, se enfrenta a desafíos como el volumen de desplazados, el idioma y los múltiples actores implicados*. Universidad de Quebec, Montreal. AFKAR/IDEAS, otoño de 2017, p. 31.

> *– Dotar a los centros de recursos humanos y materiales, incluyendo profesionales de apoyo psicopedagógico y lingüístico, así como especialistas en mediación cultural y personal de refuerzo.*
> *– Identificar las barreras que impiden el acceso a la Educación de este alumnado y buscar metodologías que den respuesta a sus peculiaridades.*[145]

Na Espanha,

> *los gobiernos locales y autonómicos, instituciones privadas y universidades se han puesto en marcha una serie líneas de actuación y programas especializados que, por lo menos de forma parcial, han contribuido significativamente a garantizar la protección del colectivo. Las universidades y otras organizaciones ligadas a la educación superior también se encontrarían entre los agentes sociales que han planteado respuestas en relación a la acogida de alumnado refugiado.*[146]

Outros pontos importantes são a elaboração de material curricular adequados e adaptados às necessidades educativas das crianças em situação de refúgio, em especial as provenientes de países com língua e cultura muitos distintas do mundo ocidental e alfabeto latino, como as crianças sírias em solo espanhol.

Na lição de Antonio Tirso E. Sánchez,

> *Las políticas educativas deben tener como objetivo la idea de posibilitar al*
> *individuo un desarrollo libre de su personalidad sin obstáculos que le mermen la percepción del protagonismo que le corresponde y le produzcan inseguridades que dañen su autoestima la estructuración del sistema educativo deberá buscar la realización de objetivos precisos sin perjudicar la realización personal de quien recibe la formación*[147]*.*

Assim, implementar materiais para orientar os professores e cursos de capacitação envolvendo todos os profissionais da área de educação, bem como elaborar um currículo flexível para receber e respeitar a cultura do outro também é de fundamental importância, pois auxilia no lidar com as diversidades e facilitar o relacionamento entre as partes e auxiliar na adaptação e integração local, uma vez que

> *Es absurdo entender que la educación cumple siempre una función positiva*
> *porque igual que puede decirse que hay una educación favorable para el mejor desarrollo de la personalidad individual, existe también una educación negativa que provocará consecuencias desfavorables para el individuo y para el grupo social en el que éste enmarca su existencia*.[148]

---

[145] MAGISTERIO. *La situación educativa de los niños refugiados en España*. Disponível em: https://www.magisnet.com/2017/12/la-situacin-educativa-de-los-nios-refugiados-en-espaa/. Acesso em: 30 set. 2019.

[146] VOZPOPULI. *Las 10 sugerencias para integrar a los niños refugiados en la educación española.* Disponível em: https://www.vozpopuli.com/altavoz/educacion/10-sugerencias-integrar-ninos-refugiados-educacion-espanola-becas-ayudas-que-esta-haciendo-espana-para-CCOO_0_1085292512.html#. Acesso em: 01 dez. 2019.

[147] ESTER SÁNCHEZ, Antonio Tirso, "Los objetivos declarados del derecho a la educación: especial consideración al menor inmigrante". Mérida, Venezuela: Dykaiosine, Vol. 31, 2016, p. 38.

[148] Ibidem, p. 44.

A título de exemplo, professores espanhóis "*dicen que no tienen suficiente conocimiento respecto a las necesidades que les plantean los niños inmigrantes, especialmente en lo relativo a la cultura de origen, información del país, conocimiento básico de la lengua, etc.*"[149] e ainda acrescentam no estudo realizado que:

> *manifiestan disponer de poco tiempo, recursos, formación y apoyos suficientes para enfrentarse a su tarea. Como resultado de todo esto, aparece la sensación de abandono, desprotección y no saber cómo encarar la educación con inmigrantes, especialmente con los que se incorporan en la enseñanza primaria.*[150]

Jaione Gaztañaga, também traz como recomendação, *"[...] evitar la separación del alumnado recién incorporado y maximizar las horas de contacto con el resto de los estudiantes, a fin de acelerar el proceso de inclusión y el aprendizaje del idioma".*[151]

Outros pontos são trazidos por Fernández Batanero, num conjunto dos entes políticos (Municipios, Diputaciones, Comarcas y Comunidades Autónomas), quais sejam:

> *- Elaboración de normativa sobre atención a estudiantes inmigrantes dentro del marco de las necesidades educativas especiales.*
> *- Elaboración y actualización de un censo que permita conocer en cualquier momento la distribución y movimientos de la población inmigrante en relación con las previsiones para establecer los recursos.*
> *- Atención a la familia, fundamentalmente en lo concerniente a información sobre el sistema educativo y la formación de adultos, pero también mediante la concesión de becas y ayudas*
> *- Formación del profesorado y creación de centros de apoyo (o especialistas en los Centros de Profesores).*
> *- Publicación y elaboración de materiales, guías, etc., así como su difusión (en papel, CD o página web)*
> *- Apoyo al desarrollo de la cultura y lengua maternas, fundamentalmente mediante convenios con diversas organizaciones.*
> *- Programa de Lengua y Cultura Portuguesa.*
> *- Programa de Enseñanza de Lengua Árabe y Cultura Marroquí*
> *- Evaluación de actuaciones de atención al alumnado inmigrante.*[152]

Apesar da atuação do ACNUR, a inclusão dos refugiados é levada a cabo preponderantemente pelas Organizações Não Governamentais (ONGs) e entidades religiosas. Percebe-se, desse modo, que a atuação da sociedade civil é significativa, auxiliando mediante trabalho de informação, acolhida dos coletivos, cursos de idiomas, desenvolvimento de ações culturais e de lazer, uma vez que

> *En general la sociedad receptora no suele plantear el tema de la inmigración en términos de conveniencia propia. Más bien trata de esgrimir argumentos en su contra, considerándola como una amenaza para la situación de privilegio que ostentan sus nacionales. Ese sentimiento generalizado contrasta, sin embargo, con la utilidad que para la misma realización del ideal de vida de la sociedad*

---

[149] ETXEBERRÍA, F. ELOSEGUI, K. *Integración del alumnado inmigrante: obstáculos y propuestas*. Revista Española de Educación Comparada, 16 (2010), ISSN: 1137-8654, p. 256.
[150] Ibidem, p. 257.
[151] MAGISTERIO. *La situación educativa de los niños refugiados en España*. Disponível em: https://www.magisnet.com/2017/12/la-situacin-educativa-de-los-nios-refugiados-en-espaa/. Acesso em: 30 set. 2019.
[152] FERNANDEZ BATANERO, J.M. *Inmigración y educación en el contexto español: un desafío educativo.* Revista Iberoamericana de Educación (ISSN: 1681-5653). España, 2005, p. 7-8.

> *receptora cumple en muchas ocasiones la llegada de los inmigrantes*.[153]

Uma outra recomendação importante é a criação de um sistema de dados interligados, com o escopo de coordenar as ações estatais e não estatais, elaborar infraestruturas públicas para receber os migrantes forçados que chegam ao país, em especial os menores, assim como produzir campanhas para sensibilização e conhecimento da população sobre a temática, desvinculando a figura do refugiado de estereótipos e da ideia de que apenas se utilizam dos direitos, sem deveres, e que nada podem contribuir nos campos socioeconômicos.

Vale ressaltar que os imigrantes respondem globalmente por

> [...] 3,4% da população, mas contribuem desproporcionalmente mais à economia, produzindo quase 10% de toda a riqueza mundial (PIB) [...] Mas tudo depende da forma como um governo irá receber esses imigrantes, [...]Se os imigrantes e refugiados são um peso ou uma oportunidade depende das escolhas políticas.[154]

Destarte, seguir as recomendações e investir em educação para as crianças em situação de refúgio é uma forma de investir no futuro e dar oportunidade a esses menores, que irão contribuir para o crescimento do país de acolhida nas searas sociais, político e econômicas.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O perfil migratório se diversificou desde a década de 1950 até os primeiros anos do século XXI, tendo como impacto humanitário a afetação de um maior número de menores de dezoito anos que são levados a se refugiar em localidades para além de sua terra natal devido a conflitos armados e perseguições de distintas naturezas, como a religiosa e a de grupo social.

Embora sejam reconhecidas como sujeitos de direito internacional e da existência do princípio do interesse superior, as crianças em situação de refúgio ainda são deixadas em segundo plano, apesar dos variados documentos internacionais que versam sobre os refugiados e as crianças, tendo em vista que não há um tratado que aborde especificadamente esse grupo vulnerável como grupo social.

Em sendo o coletivo que mais cresce entre os refugiados no mundo, um dos principais desafios para as crianças refugiadas, está centrado na integração local nos países de recepção, em que a educação é uma das maneiras mais eficazes de inclusão em diversas esferas da sociedade de acolhida e de facilitação de uma visão, senão positiva, ao menos não discriminatória sobre o refúgio.

A dificuldade existe, pois apesar da educação ser um direito reconhecido universalmente em tratados, e inserido em distintas constituições estatais, como a Constituição espanhola, de 1978, para que haja uma efetiva integração, via políticas públicas educacionais, necessário que barreiras sociais e, sobretudo, políticas sejam rompidas, o que se dará mediante uma ação conjunta e efetiva de Organismos Internacionais, Órgãos estatais e a sociedade civil, algo que ainda não se verifica em grande parcela dos Estados, incluindo a Espanha.

Para que haja a socialização e inclusão na sociedade de acolhida, é crucial que o Poder Público invista na educação das crianças em situação de refúgio, pois, além do ambiente escolar se tornar um local de proteção e aprendizado, também

---

[153] MIRAUT MARTÍN, L. *Inmigración y sociedad*. Manuales universitarios de Teleformación Grado en Seguridad y Control de Riesgos 23. Vicerrectorado de Profesorado y Planificación Académica Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Primera edición, 2015, p. 22-23.

[154] BBC News Brasil. *Como países como o Brasil podem se beneficiar da vinda de refugiados*. Disponível em: https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45330780. Acesso em: 15 mai. 2019.

pode propiciar uma mais rápida superação de dificuldades cotidianas oriundas dos traumas vivenciados ao longo do deslocamento forçado.

Além disso, o acesso à educação, sobretudo de qualidade, é uma forma não só de promoção e transformação do desenvolvimento humano, mas também de garantia de um futuro melhor para estes indivíduos, pois é possível prepará-los para o presente e para o porvir, podendo contribuir de modo produtivo para o país que os recepcionou.

A Espanha, apesar de algumas resistências do governo e da população, por ser um país que vivenciou os dois lados da moeda, ou seja, de emigração e imigração, não se verifica medidas tão drásticas de oposição aos migrantes forçados, como as vivenciadas em outros países europeus.

Contudo, se verificou que são parcas as preocupações e vontade política no sentido de formar e capacitar especificadamente os profissionais da educação, de estudantes de distintas línguas, culturas e procedências, assim como implementar o orçamento educacional e reformular a legislação, quando necessário, ficando o assunto, em grande parte, a cargo da sociedade civil.

As barreiras relacionadas a integração local, que vão desde estereótipos e desconhecimentos ligados ao tema do refúgio, passando pelas dificuldades de lograr os direitos humanos fundamentais, têm como origem e obstáculos a inércia dos países nessa seara, diante da pouca atuação no sentido de acolhida e proteção dos refugiados, e da dificuldade em enxergar os benefícios que podem decorrer da inclusão das crianças refugiadas, a médio e longo prazos, em seu território.

7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ACNUR. Alto Comissariado das Nações Unidas sobre Refugiados. Convenção de Genebra Relativa ao Estatuto dos Refugiados (1951). Disponível em: http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf?view=1. Acesso em: 02 mar. 2019.

ACNUR. *Global Trends Forced Displacement in 2015*, p. 26. Disponível em: http://www.unhcr.org/576408cd7.pdf. Acesso em: 09 fev. 2019.

ACNUR. ACNUR acerca el derecho de la educación a los niños refugiados. Disponível em: https://eacnur.org/es/labor/areas-de-trabajo/educacion. Acesso em: 07 mai. 2019.

ACNUR. *3,7 millones de niños refugiados no van al colegio.* Disponível em: https://eacnur.org/es/actualidad/noticias/emergencias/37-millones-de-ninos-refugiados-no-van-al-colegio. Acesso em: 15 fev. 2019.

ACNUR. *Niños refugiados acuden a la escuela: aprendiendo a vivir*. Disponível em: https://eacnur.org/es/labor/areas-de-trabajo/educacion. Acesso em: 09 mar. 2019.

ACNUR. *Dados sobre o Refúgio*. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/dados-sobre-refugio/. Acesso em: 15 ago. 2019.

ACNUR. *ACNUR e UNICEF lançam plano para proteger refugiadas e crianças*. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/2016/02/26/acnur-e-unicef-lancam-plano-para-proteger-refugiadas-e-criancas/. Acesso em: 26 abr. 2019.

ACNUR BRASIL. *Relatório do ACNUR retrata crise na educação para refugiados*. Disponível em: https://www.acnur.org/portugues/2016/09/15/relatorio-do-acnur-retrata-crise-na-educacao-para-refugiados/. Acesso em: 07 mai. 2019.

AJA FERNÁNDEZ, E. APARICIO, M. ÁNGEL CABELLO, M. *La nueva regulación de la inmigración en España.* Tirant lo Blanch, 2000.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA (2000/C 364/01). Jornal Oficial das Comunidades Europeias. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em:06 abr. 2019.

CARTA EDUCAÇÃO. *Segregação escolar na França é sintoma de racismo*. Disponível em:www.cartaeducacao.com.br/reportagens/segregacao-escolar-na-franca-e-sintoma-de-racismo/. Acesso em: 30 abr. 2019.

CEAR. Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *La situación de las Personas Refugiadas en España*. Informe 2011. Madrid: Entinema.

CEAR. Comisión Española de Ayuda al Refugiado. *Resumen ejecutivo Informe 2018. Las personas refugiadas en España y Europa*. Disponível em:https://www.cear.es/wp-content/uploads/2018/06/Resumen-Ejecutivo-Informe-CEAR-2018.pdf. Acesso em: 30 ago. 2019.

CHARLAND, P. ARVISAIS, O. CYR, S. GADAISP, T. *Retos educativos de niños inmigrantes o refugiados La educación, uno de los pilares de la ayuda humanitaria, se enfrenta a desafíos como el volumen de desplazados, el idioma y los múltiples actores implicados*. Universidad de Quebec, Montreal. AFKAR/IDEAS, otoño de 2017.

CME. Campaña Mundial por la educación. *Millones de niños refugiados no van a la escuela, nuevo informe de ACNUR.* Disponível em:http://www.cme-espana.org/blog/millones-de-ninos-refugiados-no-van-a-la-escuela-nuevo-informe-de-acnur/. Acesso em: 08 set. 2019.

CNSE. ¿Cómo puedo acceder a la enseñanza obligatoria? Disponível em: http://www.cnse.es/inmigracion/index.php?option=com_content&view=article&id=94&Itemid=288&lang=es. Acesso em: 06 mai. 2019.COMISSÃO EUROPEIA. *Sistema Europeu Comum de Asilo.* Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2014. Disponível em:https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/ceas-fact-sheets/ceas_factsheet_pt.pdf. Acesso em: 06 abr. 2019.

DAMAZIO. E. da S. P. *Multiculturalismo versus Interculturalismo: por uma proposta intercultural do Direito*. Revista Desenvolvimento em Questão. Unijuí. Ano 6, nº 12, jul./dez., 2008.

DAY, V. P. et al. *Violência doméstica e suas diferentes manifestações*. R. Psiquiatr. RS, 25 (suplemento 1), p. 9-21, abril. 2003. Disponível em: http://www.scielo.br/pdf/rprs/v25s1/a03v25s1. Acesso em: 08 set. 2019.

DE LA VIUDA SÁINZ, C. "La Política de la Unión Europea en Relación con los menores extranjeros no acompañados" In: CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.). *Infancia y Protección Internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria.* Madrid: Tecnos, 2013.

DHNET. Direitos Humanos na Internet. *Declaração Mundial sobre a Sobrevivência, a Proteção e o Desenvolvimento da Criança nos Anos 90.* Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/c_a/lex42.htm. Acesso em: 05 abr. 2019.

DHNET. Direitos Humanos na Net. *Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), de 1966*. Disponível em:http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/onu/doc/pacto1.htm. Acesso em: 05 mai. 2019.

EL MUNDO. *La llegada de inmigrantes a España aumenta un 28% y hace crecer la población por segundo año consecutivo.* Disponível em:https://www.elmundo.es/espana/2018/06/25/5b30be1dca4741905f8b465e.html. Acesso em: 01 mar. 2019.

EL PAIS. *La ley ya ampara a las embarazadas migrantes que quiere proteger Casado.* Disponível em: https://elpais.com/politica/2019/03/14/actualidad/1552546013_308881.html. Acceso em: 30 mar. 2019.

EL PAIS. *El mapa de los menores migrantes en España y Europa.* Disponível em: https://elpais.com/internacional/2018/02/01/actualidad/1517498139_350606.html. Acesso em: 17 mar. 2019.

ESPAÑA. *Constitución Española de 1978*. Aprobada por Las Cortes en sesiones plenarias del Congreso de los Diputados y del Senado celebradas el 31 de octubre de 1978. Ratificada por el pueblo español en referéndum de 6 de

diciembre de 1978. Disponível em: https://www.boe.es/legislacion/documentos/ConstitucionCASTELLANO.pdf. Acesso em: 13 abr. 2019.

ESPAÑA. *Ley Orgánica nº 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación.* Disponível em: https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12978. Acesso em: 06 mai. 2019.

ESPAÑA. Ley Orgánica nº 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo. Disponível em:https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1990-24172. Acesso em: 06 mai. 2019.

ESPAÑA. Ley nº 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria Jefatura del Estado «BOE» núm. 263, de 31 de octubre de 2009 Última modificación: 26 de marzo de 2014 Referencia: BOE-A-2009-17242. Disponível em:https://www.boe.es/eli/es/l/2009/10/30/12/con. Acesso em: 12 mai. 2019.

ESPAÑA. *Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.* Jefatura del Estado «BOE» núm. 10, de 12 de enero de 2000 Referencia: BOE-A-2000-544. Disponível em:https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-23660. Acesso em: 17 mar. 2019.

ESPAÑA. *Código de Extranjería. Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.* Ministerio de la Presidencia «BOE» núm. 103, de 30 de abril de 2011 Última modificación: 4 de septiembre de 2018 Referencia: BOE-A-2011-7703. Disponível em: https://www.boe.es/legislacion/codigos/abrir_pdf.php?fich=070_Codigo_de... pdf. Acesso em: 23 mar. 2019.

ESPAÑA. Ley nº 26/2015*, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*. Jefatura del Estado «BOE» núm. 180, de 29 de julio de 2015 Referencia: BOE-A-2015-8470. Disponível em:https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-8470-consolidado.pdf. Acesso em: 29 mar. 2019.

ESTER SÁNCHEZ, Antonio Tirso. "El sentido del derecho a la educación como derecho social"*. In:* BUJOSA VADELL. Lorenzo. DA SILVA VEIGA, Fábio (Coord)*. Derecho Transnacional Iberoamericano. Valencia:* Tirant lo Blanch, 2018, p. 449-470.

ESTER SÁNCHEZ, Antonio Tirso. "Las alternativas existentes en la realización del derecho a la educación en las sociedades multiculturales". Quaestio Iuris vol. 09, nº. 04, Rio de Janeiro, 2016. p. 2055-2074.

ESTER SÁNCHEZ, Antonio Tirso, "Los objetivos declarados del derecho a la educación: especial consideración al menor inmigrante". Mérida, Venezuela: Dykaiosine, Vol. 31, 2016, p. 38.

EURYDICE. Dirección General de Educación y Cultura. *La integración escolar del alumnado inmigrante en Europa.* España, 2004, p.11. Disponível em:https://www.sel-gipes.com/uploads/1/2/3/3/12332890/2004_eurydice__integrating_inmigrant_children_into_schools_in_europe_sp.pdf. Acesso em: 01 mai. 2019.

FERNANDEZ BATANERO, J.M. *La presencia de alumnos inmigrantes en las aulas: un reto educativo. Educación y Educadores*. Volumen 7. Universidad de la Sabana, Facultad de Educación, 2004.

FERNANDEZ BATANERO, J.M. *Inmigración y educación en el contexto español: un desafío educativo.* Revista Iberoamericana de Educación (ISSN: 1681-5653). España, 2005.

INGLÊS, P. "Globalização, mobilidade humana e criatividade: desafiando categorias a partir de três casos de migração forçada em Angola". In: VASCONCELOS, A.

M. N.; BOTEGA, T. *Política migratória e o paradoxo da globalização.* Porto Alegre: EDIPUCRS, Brasília: CSEM, 2015, p. 169-187.

JORNAL OFICIAL DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (2000/c 364/01)*. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em:06 abr. 2019.

JORNAL OFICIAL DA UNIÃO EUROPEIA. *Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (Versão Consolidada).* Disponível em:https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75ed71a1.0019.01/DOC_3&format=PDF. Acesso em: 04 mai. 2019.

JOSÉ JAMES, A. "El significado ético da la Protección: el caso de los menores no acompañados en España" In: CLARO QUINTÁNS, Irene. LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (Coord.). *Infancia y Protección Internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*. Madrid: Tecnos, 2013.

LAFONT NICUESA, L. "Breves Notas sobre los Menores Extranjeros y el Asilo" In: CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.). *Infancia y Protección Internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*. Madrid: Tecnos, 2013.

LA VANGUARDIA. *Cádiz acoge el primer 'campo de refugiados temporal' en España*. Disponível em: https://www.lavanguardia.com/vida/20180805/451233109838/cadiz-campo-refugiados-espana-migrantes-crinavis.html. Acesso em: 09 mar. 2019.

MAGISTERIO. La situación educativa de los niños refugiados en España. Disponível em: https://www.magisnet.com/2017/12/la-situacin-educativa-de-los-nios-refugiados-en-espaa/. Acesso em: 30 set. 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO DE PORTUGAL. *Comentários Gerais do Comité dos Direitos da Criança nº 6, sobre o tratamento das crianças não acompanhadas e separadas fora do seu país de origem (2005).* Disponível em: http://direitoshumanos.gddc.pt/ 2_1/IIPAG2_1_2_6_2.htm. Acesso em: 17 nov. 2019.

MIRAUT MARTÍN, Laura. *Inmigración y sociedad*. Manuales universitarios de Teleformación Grado en Seguridad y Control de Riesgos 23. Vicerrectorado de Profesorado y Planificación Académica Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, Primera edición, 2015.

MIRAUT MARTÍN, L. "Problemas pendientes de la migración en un mundo dividido" In: MIRAUT MARTÍN, L (Coord). *Justicia, Migración y Derecho*. Madrid: Dykinson S. L., 2004, p. 7-14.

ONU. Assemblée Générale. A/58/299. Distr. générale 20 août 2003 Français, Original: anglais. *Assistance aux enfants réfugiés non accompagnés*. Rapport du Secrétaire general. Disponível em: https://www.iom.int/jahia/webdav/shared/shared/mainsite/policy_and_research/un/58/A_58_299_fr.pdf. Acesso em: 14 fev. 2019.

ONU. Organização das Nações Unidas. *Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.* Disponível em: http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf. Acesso em: 08 fev. 2019.

ONU. Assembleia Geral das Nações Unidas. *Declaração dos Direitos da Criança de 20 de novembro de 1959*. Disponível em: http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Criança/declaracao-dos-direitos-da crianca.html. Acesso em 31 mar. 2019.

ONU. *Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas de 1954.* Disponível em:http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Refugiados-Asilos NacionalidadeeAp%C3%A1tridas/convencao-sobre-o-estatuto-dos-apatridas.html. Acesso em: 05 fev. 2019.

OUA. Organização da Unidade Africana. *Convenção da Organização de Unidade Africana (OUA), que rege os aspectos específicos dos problemas dos Refugiados em África. Adoptada pela Conferência dos Chefes de Estado e do Governo*

aquando da Sexta Sessão Ordinária (Adis-Abeba, 10 de Set. de 1969) Disponívelem:www.estatutorefugiado.org/Content/pdfs/CONVENÇÃO%20DA%20OUA%20QUE%20REGE%20OS%20ASPECTOS%20ESPECÍFICOS%20DOS%20PROBLEMAS%20DOS%20REFUGIADOS%20EM%20ÁFRICA%20-%201969.pdf.Acesso em: 10 out. 2019.

PEÑA GUZMÁN, M. M. *Derechos humanos y políticas públicas*, p. 1. Disponível em: http://studylib.es/doc/1586189/raa-21-pe%C3%B1a-derechos-humanos-y pol%C3%ADticas p%C3%BAblicas.pdf. Acesso em: 07 abr. 2019.

PIRES, M. C. S. *Concepção, Financiamento e Execução de Políticas Públicas no Estado Democrático de Direito*. Belo Horizonte: Tribunal de Contas de Minas Gerais. Abr-Jun, 2001.

SALADO OSUNA, A. "La Protección de los Niños Refugiados". In: *FERNÁNDEZ* SÁNCHEZ, P. A*. La Revitalización de la Protección de los Refugiados*. Huelva: Universidad de Huelva, 2002.

SANTOS REGO, M. A. RUIZ ROMÁN, C. BALLESTER BRAGE, L. *Universidad de las Islas Baleares. Migraciones y Educación: claves para la reconstrucción de la ciudadanía*. Universidad de Murcia. Site 2017: Educación para la vida ciudadana en una sociedad plural.

SAVE THE CHILDREN. *Nuestros retos en la defensa de los derechos de la infancia,* p. 18. Disponível em: https://www.savethechildren.es/propuestas-politicas. Acesso em: 08 mar. 2019.

SAVE THE CHILDREN. *Investing in teachers is critical for refugee children, new save the children report find*. Disponível em:https://www.savethechildren.net/article/investing-teachers-critical-refugee-children-new-save-children-report-finds. Acesso em: 08 mai. 2019.

REIS MONTEIRO. A. *La Revolución de los Derechos del Niño. Érase una vez la infancia*. Madrid: Editorial Popular, 2008.

SANTOS PAIS, M. "Infancia y Protección Internacional". In: CLARO QUINTÁNS, Irene. LÁZARO GONZÁLEZ, Isabel (Coord.). *Infancia y Protección Internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*. Madrid: Tecnos, 2013.

UNICEF. Comité Español. *Acogida en España de los Niños Refugiados. Estado y aplicación de la política y programa de acogida en España desde la perspectiva de los Derechos de la Infancia*. LÁZARO GONZALES, I. E. CASTÃNO REYERO, M. J. CLARO QUINTÁNS, I et. al. Madrid: Universidad Pontificia Comillas. Catedra Santander de Derecho y Menores.

UNICEF. Fundo das Nações Unidas para a Infância. *Declaração Mundial sobre Educação para Todos (Conferência de Jomtien – 1990).* Aprovada pela Conferência Mundial sobre Educação para Todos, em Jomtien, Tailândia, de 5 a 9 de março de 1990. Disponível em:https://www.unicef.org/brazil/declaracao-mundial-sobre-educacao-para-todos-conferencia-de-jomtien-1990. Acesso em: 31 mar. 2019.

UNICEF BRASIL. *Convenção sobre os Direitos da Criança, de 1989*. Disponível em: https://www.unicef.org/brazil/pt/resources_10120.html. Acesso em: 26 set. 2019.

UNESCO. Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura. *Siete consejos de la Unesco para favorecer la educación inclusiva de migrantes y refugiados*. Disponível em:https://www.educaweb.com/noticia/2018/11/26/propuestas-unesco-favorecer-educacion-inclusiva-migrantes-refugiados-18615/. Acesso em: 01 mar. 2019.

UNESCO. *Informe de seguimiento de la educación en el mundo 2019*, p. 11. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000367436. Acesso em: 07 mai. 2019.

UNESCO. *Relatório de monitoramento global da educação, resumo, 2019: migração, deslocamento e educação: construir pontes, não muros*, p. 10. Disponível em:

https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000265996_por. Acesso em: 17 mai. 2019.

UOL. *Apenas 61% das crianças refugiadas estudam, diz ONU*. Disponível em:http://www1.folha.uol.com.br/mundo/2017/09/1917651-apenas-61-das-criancas-refugiadas-estudam-diz-onu.shtml. Acesso em: 06 jun. 2019.

VERONESE, J. R. P. OLIVEIRA, L. de C. P. *Educação versus punição: a educação e o direito no universo da criança e do adolescente*. Blumenau: Nova Letra, 2008. 136p, p.74.

VIDAL LIY, J. I. ARRIOLA HERNÁNDEZ, M. "Todo por el Interés Superior del Menor, pero sin el Menor. Preocupaciones de Amnistía Internacional respeto a los Menores ante el futuro reglamento de Asilo". In: CLARO QUINTÁNS, I. LÁZARO GONZÁLEZ, I. (Coord.). *Infancia y Protección Internacional en Europa. Niños y niñas refugiados y beneficiarios de protección subsidiaria*. Madrid: Tecnos, 2013.

VOZPOPULI. *Las 10 sugerencias para integrar a los niños refugiados en la educación española.* Disponível em:https://www.vozpopuli.com/altavoz/educacion/10-sugerencias-integrar-ninos-refugiados-educacion-espanola-becas-ayudas-que-esta-haciendo-espana-para-CCOO_0_1085292512.html#. Acesso em: 01 dez. 2019.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 202-230
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Guarda de la Naturaleza: Conocimientos Ecológicos Tradicionales de los Pueblos Indígenas y Estrategias de Protección

Environmental Stewardship: Traditional Ecological Knowledge of Indigenous Peoples and Protection Strategies

Salvador Millaleo Hernández[1]
Universidad de Chile

Sumario: Introducción; 1. Los Intereses y Conocimientos Ecológicos de los Pueblos; 2.Conceptos Ambientales de los Pueblos Mapuche y Māori: Ixofil Mongen/Kaitiakitanga; 3. Los Derechos Bioculturales; 4. Los Derechos de la Naturaleza; 5. La Guarda de la Naturaleza y los Pueblos Indígenas; Conclusión; Bibliografía.

Resumo: Este artículo busca comprender el rol de guardadores de la naturaleza que han asumido y demandan los pueblos indígenas. Este rol deriva de las concepciones de los conocimientos ecológicos tradicionales que han desarrollado y mantenido colectivamente esos pueblos y que señalan los deberes de cuidado de una gestión responsable de los ecosistemas, la interconectividad, reciprocidad y relaciones de equilbrio enre todos los seres naturales, incluyendo a los humanos. Precisamente el equilibrio es una noción capital que está a la base de concepciones como el Ixofil Mongen del Pueblo Mapuche en Sudamérica y la Kaitiakitanga del Pueblo Māori en Oceanía. Las estrategias de las últimas décadas que quieren brindar una protección legal estatal e internacional a las concepciones ecológicas de los pueblos indígenas, en el reconocimiento, por una parte de derechos grupales de índole biocultural y, por al otra, de derechos de la naturaleza, confluyen en asegurar y proteger el rol de guarda de la naturaleza para los pueblos indígenas. Esta condición de guardadores ha sobrevivido al colonialismo y sus legados y ofrece alternativas para mejorar las formas de conservación de la naturaleza que estamos formulando e implementando en la actualidad.

Palavras chave: Guarda de la Naturaleza, Conocimientos Ecológicos Tradicionales, Pueblos Indígenas, Derechos Bioculturales, Derechos de la Naturaleza, Conservación Indígena, Derechos Indígenas.

Abstract: This article seeks to understand the role of environmental stewardship that indigenous peoples have assumed and demand. This role result from conceptions of traditional ecological knowledge that these peoples have developed and maintained collectively and indicate the duties of care for responsible management

[1] Abogado chileno, Doctor (Dr. Phil.), en la Universidad de Bielefeld (Alemania), Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Investigador en el Centro de Derechos Humanos de dicha Universidad en materia de derechos indígenas. También ha publicado diversos artículos sobre la propiedad intelectual de los conocimientos tradicionales y sobre la protección constitucional de los pueblos indígenas. Actualmente se desempeña también como Consejero del Instituto Nacional de Derechos Humanos de Chile. Su correo es smillaleo@derecho.uchile.cl

Recibido: 11/03/2020
Aceptado: 05/06/2020

of ecosystems, interconnectivity, reciprocity and relations of balance between all-natural beings, including human beings. Precisely, equilibrium is a capital notion that is at the base of conceptions such as the Ixofil Mongen of the Mapuche people in South America and the Kaitiakitanga of the Māori people in Oceania. The strategies of the last decades that want to provide a state and international legal protection to indigenous ecological conceptions, though recognition, on the one hand, of biocultural group rights, and of rights of nature, on the other, converge in ensuring and protecting the role of environmental stewardship for indigenous peoples. This condition of stewards has survived colonialism and its legacies and offers alternatives to improve the forms of nature conservation that we are formulating and implementing today.

Keywords: Environmental Stewardship, Traditional Ecological Knowledge, Indigenous Peoples, Biocultural Rights, Rights of Nature, Indigenous Conservation, Indigenous Rights.

Introducción

Los pueblos indígenas están reclamando en los foros internacionales, con especial fuerza desde la COP21 en París, un rol especial en las estrategias de conservación ecológica a nivel global, pero también en cada país con el que están vinculados.

Sin embargo, hasta ahora ha sido difícil de comprender por las autoridades globales y estatales el significado y alcance del rol que los pueblos indígenas pretenden jugar respecto de las estrategias de conservación de la naturaleza. La noción de guarda de la naturaleza está profundamente enraizada en la mayoría de los pueblos indígenas, pero aún se está abriendo paso en los sistemas jurídicos. Este estudio busca proporcionar una comprensión de la noción de guarda que pretenden los pueblos indígenas, sus fundamentos y las estrategias que se han desarrollado para implementar dicha posición de guarda en las tendencias de prácticas jurídicas internacionales y estatales de las últimas décadas.

La calidad de guardadores de la naturaleza de los pueblos indígenas está fundada en los conocimientos ecológicos tradicionales que atesoran esos pueblos inveteradamente, y que los revisten de una visión distante respecto de las formas en que se relacionan la política y la economía con los ecosistemas. Estos fundamentos han despertado el interés de la ciencia y la política por dichos conocimientos frente a la actual crisis ambiental global.

Para hacer viable el mantenimiento y aplicación de esos conocimientos, se han desarrollado estrategias innovadoras en las nociones jurídicas, sobre todo, a través de la construcción de derechos grupales de índole biocultural, así como del reconocimiento más reciente de derechos para los entes naturales no humanos.

Ambas estrategias confluyen y se hacen operativas en cuanto estatuyen la condición de guardadores de la naturaleza de los pueblos indígenas. Esto sucede, ya sea mediante la atribución de derechos a esos pueblos o la atribución de derechos a los entes naturales basándose en las concepciones indígenas de la naturaleza. Sin embargo, en ambos casos se consolida a nivel jurídico el rol y responsabilidades que los pueblos indígenas sostienen respecto a los ecosistemas naturales, de acuerdo con sus propias cosmovisiones, que incluyen visiones políticas, sociales y religiosas que destacan el equilibrio, reciprocidad, interconectividad, y los deberes de cuidado que tenemos con el entorno natural.

Para desarrollar estas ideas, presentaremos un primer apartado sobre la importancia ecológica de los intereses y conocimientos ecológicos de los pueblos indígenas. En un segundo apartado, pondremos como ejemplo de lo indicado en el primer apartado dos concepciones ambientales específicas de dos pueblos indígenas bastante numerosos – el Pueblo Mapuche en Sudamérica y el Pueblo Māori en Oceanía. En el tercer y cuarto apartado, describiremos las estrategias del reconocimiento de derechos bioculturales y de derechos de la naturaleza, mientras que, en el quinto y final, explicaremos el significado del concepto de guarda de la naturaleza en el cual confluyen las dos estrategias anteriores.

1. Los Intereses y Conocimientos Ecológicos de los Pueblos Indígenas

Existen antecedentes que informan como los pueblos indígenas también han cometido errores ambientales por diversas razones al interactuar con sus entornos como el pastoreo excesivo, asentamientos irregulares, la caza excesiva o el cultivo excesivo de la tierra.[2] Sin embargo, está abrumadoramente documentado, en un sentido contrario, que las creencias, normas de comportamiento y conocimientos de los indígenas han sido y siguen siendo de inmenso valor para la conservación de la biodiversidad, muy por sobre los esfuerzos occidentales en esa dirección.

Los territorios habitados por pueblos indígenas coinciden con algunas de las principales áreas que presentan altas concentraciones de biodiversidad en el mundo. La convergencia de áreas importantes para la biodiversidad con los territorios indígenas es una enorme oportunidad para expandir los esfuerzos de conservación.[3] De esta manera, la implementación exitosa y duradera de los programas de conservación sólo puede garantizarse cuando existe consentimiento y participación de los Pueblos Indígenas.[4]

Para los pueblos indígenas, la conservación de la biodiversidad no es un concepto aislado y compartimentado, sino una parte integrada de sus formas de vida. Las actitudes de conservación de los pueblos indígenas no son actividades aisladas o separadas del resto de sus formas de vida, sino que constituyen una parte integral de las prácticas culturales indígenas. Los elementos vistos como de valor paisajístico o de funciones ecosistémicas por la ecología occidental, para los pueblos indígenas son lugares sagrados, espacios de significación para la cohesión comunitaria y de ejercicio de la autoridad tradicional, además de relevancia para sostener la comunidad.

Es por eso, que el despojo de las tierras indígenas o la restricción del acceso a los recursos naturales ha traído no sólo el empobrecimiento económico sino también la pérdida de identidad y las amenazas a su supervivencia cultural. Para la cosmovisiones indígenas, la relación con la naturaleza discurre a través de relaciones de intercambio con equilibrio, y de identidad, institucionalizando el concepto de biofilia: la idea de que los seres humanos tienen una comprensión instintiva y la necesidad de afiliación con otros seres vivos, y que requiere la transferencia de

---

[2] PETER, M., Indigenous Knowledge in Disaster Management in Africa, United Nations Environment Program, Nairobi, 2008.

[3] SOBREVILA, C., The Role of Indigenous Peoples in Biodiversity Conservation, the Natural but often Forgotten Partners. The International Bank for Reconstruction and Development/THE WORLD BANK, Washington, 2008, p. 5.

[4] Ibíd., p. 7.

conocimiento de una generación a la siguiente.[5] La vida nativa en comunidad permite a las personas establecer contactos con entidades dentro de la naturaleza, como plantas, animales y fuerzas naturales.

Los sistemas de conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas juegan roles cruciales en la conservación de la biodiversidad. Estos sistemas y las tecnologías que habilitan dependen fundamentalmente de las habilidades y materiales disponibles localmente, estando mejor adaptados a su entorno que tecnologías exóticas introducidas desde el exterior. Sin embargo, el conocimiento indígena y los sistemas de gestión representan recursos críticos pero frecuentemente no explotados en las iniciativas de conservación.[6]

La evolución de la investigación sobre los conocimientos tradicionales ecológicos ha destacado que ellos pueden servir como base para intervenciones de desarrollo y conservación más exitosas, especialmente en áreas donde los pueblos indígenas y la alta biodiversidad se superponen.[7]

El conocimiento ecológico tradicional consiste en un sistema de conocimiento dinámico que surge de las interacciones de las personas con su entorno y que está integrado en las instituciones y organizaciones locales.[8] El conocimiento ecológico tradicional es un cuerpo acumulativo de conocimiento, práctica y creencia, evolucionando por procesos adaptativos y transmitido de generación en generación por transmisión cultural – a menudo oral -, sobre la relación de los seres vivos entre sí y con su entorno.[9] Este conocimiento se ha desarrollado en la continuidad histórica e intergeneracional en el uso y manejo de los recursos naturales por las comunidades indígenas, acumulando conocimientos sobre las funciones y dinámicas del ecosistema, así como prácticas de manejo asociadas, permitiendo fortalecer y diversificar las formas de conservación, y incrementar las capacidades de restauración en ambientes que han sido perturbados, incluso por la contaminación. Los conocimientos ecológicos tradicionales de los pueblos indígenas permiten mantener la gestión y las prácticas tradicionales, restaurar tierras degradadas por extraños; y generar adhesión y cohesión en los grupos que buscan restaurar los ecosistemas mediante las identidades densas que ponen en juego.[10]

A partir de la revisión de la literatura sobre estudios empíricos disponible, se pueden sintetizar tres los valores ambientales de los conocimientos ecológicos tradicionales:[11]

a) Supervivencia de formas de vida indígenas y locales: dichos conocimientos pueden ser críticos para el bienestar y la supervivencia de las sociedades indígenas y rurales, lo cual incluye la gestión de la tierra (cultivos itinerantes, cultivos mixtos, cultivos intercalados) y el desarrollo, la salud y la nutrición de las comunidades. Ello se explicaría debido a que las personas y grupos con

[5] CAJETE, G., Native Science, Natural Laws of Interdependence, Lear Light Publishers, Santa Fe, 2000, p. 99.
[6] SOBREVILA, C., Op. Cit., p. 9.
[7] REYES-GARCÍA, V., "The values of traditional ecological knowledge", en VV.AA. (Martínez-Alier, Joan; Muradian, Roldan, eds.), Handbook of Ecological Economics, Edward Elgar, Cheltenham & Northampton, 2015, p. 287.
[8] Ibíd., pp. 283-284.
[9] BERKES, F., COLDING, J.; FOLKE, C., Rediscovery of Traditional Ecological Knowledge as adaptive management. Ecological Applications Nº10, 2000.
[10] REYES-GARCÍA, V., Op. Cit., p. 4.
[11] Ibíd., pp. 290-294.

más conocimientos del entorno pueden ser explotadores más eficientes de los recursos locales, pudiendo proveerse a sí mismos con dietas superiores tanto en términos cualitativos como cuantitativos. Las mejores dietas refuerzan las defensas inmunitarias contra las enfermedades infecciosas. Por otro lado, algunas plantas tradicionales tienen propiedades farmacológicas y medicinales que ayudan a prevenir y tratar enfermedades.

b) Manejo óptimo de recurso naturales: los conocimientos tradicionales pueden mejorar la conservación del medio ambiente mediante formas de relación incorporadas en las formas de vida indígenas e institucionalizadas en las normas locales. Normas que cierran periódicamente los ecosistemas o que prohíben la caza, permitiendo la reproducción de las especies son algunos ejemplos. Así también, la regulación de la gestión de recursos incluyen la gestión de cuencas hidrográficas en ríos de pesca o la creación de islas forestales. Los bosques en funcionamiento, donde el manejo forestal incorpora conocimientos ecológicos tradicionales mediante la gestión de las comunidades indígenas locales para usos múltiples, presentan tasas de deforestación anuales bajas y más estables.

   Los sistemas agrícolas indígenas, practicados en pequeña escala, pueden conducir a un aumento de la biodiversidad del paisaje mediante la creación de un mosaico de diferentes hábitats. Por otro lado, dichos sistemas preservan y aumentan las variedades vegetales adaptadas a sus entornos, generando prácticas alimentarias sostenibles.

   Los conocimientos tradicionales mejoran las posibilidades de una óptima selección de suelos o de tipos de bosques adecuados para la agricultura; tienen mayor probabilidad de acertar con el mejor momento para diferentes tareas (talar árboles, quemar, etc.) y tienen más capacidad para seleccionar, almacenar y plantar semillas.

c) Resiliencia ambiental: los conocimientos tradicionales incrementan la resiliencia o capacidad de recuperación de los sistemas socioecológicos, o las capacidades de estos sistemas para absorber perturbaciones recurrentes para retener estructuras, procesos y retroalimentaciones esenciales. En el contexto del cambio climático global acelerado y la disminución de los servicios del ecosistema, hay al menos tres formas posibles en que los conocimientos ecológicos tradicionales pueden aumentar la resiliencia ambiental: puede complementar el poder explicativo de los modelos de cambio climático global y proporcionar información fundamentada sobre sus impactos reales. Las respuestas de los pueblos indígenas a los impactos, a su vez, proporcionan información sobre las adaptaciones; mejora la variedad de las respuestas a cambios ambientales, pues los conocimientos tradicionales proporcionan una alternativa a las respuestas occidentales, incluyendo que, debido a su naturaleza adaptativa y su capacidad de hibridarse con otras formas de conocimiento, los conocimientos tradicionales podrían contribuir a la gestión y gobernanza de los sistemas socioecológicos ante los desafíos del cambio climático; finalmente, la naturaleza evolutiva y adaptativa de los conocimientos ecológicos tradicionales de los pueblos indígenas han funcionado durante siglos o milenios, enfrentando los cambios ambientales y las formas de perturbación que pueden resultar de ellos, por lo cual su capacidad adaptativa de largo plazo de los conocimientos tradicionales favorece la coevolución de los grupos humanos ante el cambio climático actual.

La práctica de los conocimientos ecológicos nativos intenta conectar la naturaleza interior del hombre, como microcosmos de la inteligencia de la Tierra y el universo, con el resto de las persona y el entorno. El arte y el lenguaje, a través de la historia, la canción y la danza simbólica, se usan simultáneamente para explorar

las relaciones con el paisaje y la tierra,[12] en un proceso de comprensión para llegar a conocer las relaciones legítimas con el mundo natural que dan vida y sentido a la vida.[13] Los modelos de los conocimientos ecológicos indígenas basan su valor en su capacidad para hacer conexiones y percibir patrones a través de vastos ciclos de espacio y tiempo, de una manera no lineal o cíclica, a través de un proceso de regeneración y recreación.[14]

Sin embargo, solo se han comenzado a valorar de manera incipiente a los beneficios de los conocimientos ecológicos nativos . Uno de los principales obstáculos ha sido la propia doctrina de la gestión ambiental del ecologismo occidental. Esta ha funcionado como una "nueva forma generalizada de colonización" para los pueblos indígenas, en cuanto la gestión ambiental es una forma monolítica de toma e implementación de decisiones, basadas en el pensamiento científico reduccionista occidental.[15]

Los conocimientos ecológicos tradicionales de los pueblos puede servir para fundamentar una política y ética de conservación ambiental centradas en la conexión con el mundo natural. La ética de conservación indígena incluye principios que involucran el respeto a las entidades no humanas y la existencia de lazos entre humanos y no humanos, requiriendo la incorporación de los no humanos en los códigos éticos de comportamiento; el reconocimiento de la importancia de los lugares locales, y del rol de los humanos como parte del sistema ecológico, en lugar de ser independientes de éste.

Müller destaca tres principios de los conocimientos ecológicos tradicionales de los pueblos indígenas que transforman la gestión ambiental: engendramiento de un ethos del cuidado; participación en relaciones recíprocas; y celebración de la interconectividad:[16]

- Un ***ethos del cuidado*** se refiere a una forma de estar en el mundo que funciona como un dispositivo de relación entre "humano" y "no humano". Las naciones indígenas consumen servicios y recursos ambientales (caza, pesca, agricultura y silvicultura tradicional, etc.), pero en un marco de relaciones con especies no humanas y entre sí. En ese marco, recibir recursos se reconoce como un privilegio que conlleva responsabilidades recíprocas concurrentes con las otras especies naturales. Estas relaciones éticas están incrustadas en el parentesco y las conexiones genealógicas con todo en el mundo, de modo que cada persona tiene un vínculo espiritual en una relación de reciprocidad con todas las demás especies.
- Las ***relaciones recíprocas*** se se refieren a una "reciprocidad actitudinal" más que a intercambios directos entre individuos en términos occidentales. En esta noción, el intercambio recíproco significa que lo que se da a otros como es representación de las responsabilidades recíprocas que tienen las personas en sus relaciones sociales y naturales, y no una contraprestación en espera de un bien o servicio concreto. La persona recibirá una devolución del intercambio por los otros, tanto a través de reclamos de derechos multidimensionales, cíclicos, de parentesco, como del ejercicio de responsabilidades con humanos y no humanos.

[12] CAJETE, G. , Op. Cit., p. 71.

[13] Ibíd., p. 80.

[14] MULLER, S.; HEMMING, S. ; RIGNEY, D., Indigenous sovereignties: relational ontologies and environmental management, Geographical Research, 2019, p. 405.

[15] Ibíd., p. 7.

[16] Ibíd., pp. 5 ss.

- ***Interconectividad del mundo***: En la visión sagrada del mundo, los lugares, los humanos y las otras especies están interconectados, sosteniendo relaciones de respeto y reciprocidad. El carácter sagrado permite que se produzca en los pueblos indígenas una "curatoría informada" y una "guarda apasionada" de la naturaleza. El sentido sagrado y la intimidad religiosa de las relaciones sociales y naturales permiten una profundidad de conocimiento que no está disponible en cosmovisiones occidentales que separan la sociedad de la naturaleza y objetivizan esta última. En las cosmovisiones indígenas se generan ontologías relacionales que vinculan lo humano con lo natural.

Los conocimientos ecológicos tradicionales permiten que surja un nuevo enfoque de conservación ambiental basada en las formas de conservación ecológica de los pueblos indígenas. Según Gavin, ha surgido un nuevo enfoque biocultural de la conservación. El enfoque biocultural para la conservación representa una síntesis de la teoría en múltiples campos vinculados a la conservación de la biodiversidad, incluido el pensamiento de sistemas socio-ecológicos, la teoría de los bienes comunes, la diversidad biocultural y patrimonio, gestión de recursos naturales indígenas y conocimiento ecológico tradicional, y diferentes modelos de conservación participativa y centrada en las personas.[17] Los enfoques bioculturales para la conservación enfatizan que muchos tipos de asociaciones son fundamentales para el proceso de conservación. Las acciones humanas producen amenazas para el entorno natural de diversa índole y a múltiples escalas, las cuales deben ser enfrentadas por la conservación. Las respuestas de una conservación efectiva requieren la colaboración entre múltiples grupos de partes interesadas, que aporten conocimientos e instituciones desarrolladas a escalas relevantes para abordar las diversas amenazas.[18]

2. Conceptos Ambientales de los Pueblos Mapuche y Māori: Ixofil Mongen/Kaitiakitanga

El equilibrio es una de las nociones básicas de las visiones ambientales de los pueblos indígenas. Para explicar esta noción tomaremos el ejemplo de dos pueblos indígenas, el Pueblo Mapuche y el Pueblo Māori. El primero habita en el Cono Sur de Sudamérica, en territorios que comprenden hoy los estados de Chile y Argentina, con casi 2 millones de personas. El segundo, habita en lo que es hoy Nueva Zelanda, con casi 800 mil personas. Hemos seleccionado estos dos pueblos, debido a la relevancia demográfica y política de ambos, y la documentación disponible de sus concepciones políticas, religiosas y ambientales. Ambos ofrecen conceptos culturales que ilustran el ethos del cuidado, la reciprocidad e interconectividad de las visiones indígenas del mundo que determinan las actitudes ambientales de dichos pueblos. Es el caso del *Ixofil Mongen* del Pueblo Mapuche y de la *Kaitiakitanga* del Pueblo Māori.

En el caso del pueblo Mapuche, el valor del equilibrio suele ser entendido como una relación de armonía que vincula, en una visión holística, a la totalidad de los seres, una vinculación entre el *Che* (la persona), el *Ixofil Mongen* (Diversidad de las Formas de Vida) y los *Newen* (espíritus o fuerzas) que habitan la *Mapu*

[17] GAVIN, M.; Mccarter, J.; BERKES, F.; TE PAREAKE MEAD, A.; STERLING, E.; TANG, R.; TURNER, N., Effective Biodiversity Conservation Requires Dynamic, Pluralistic, Partnership-Based Approaches, Sustainability Nº 10, 2018.
[18] Ibíd., pp. 1851-1852.

(espacio/territorio); esto es, las distintas formas de vida, visibles y no visibles.[19] Las fuerzas naturales o *Newen*, los espíritus o *Gnen*, las personas o *Che* están en una convivencia armoniosa. El equilibrio es el principio regulador de las relaciones que deben existir entre todas las «formas de vida» que moran en el mundo, *Waj Mapu*. Este término denota una concepción holística y sacralizada del espacio y ensambla culturalmente los diferentes componentes del medio ambiente.[20] El mundo es ante todo un mundo viviente, donde conviven y se interrelacionan en una mutua y permanente codeterminacion los humanos, las plantas, animales, piedras, agua, cerros, volcanes, lagos, mares, las divinidades, los antepasados, los espíritus, los espíritus malignos o *wekufe*.

La convivencia entre las diversas formas de la vida es concebida como *Ixofil Mongen*, concepto que algunos traducen directamente como diversidad biológica, pero que tiene sus determinaciones propias. El poeta mapuche Elicura Chihuailaf concibe el *Ixofil Mongen* de la siguiente manera:

> "Itro Fil Mogen es el centro de nuestra filosofía y significa la totalidad sin exclusión, la integridad sin fragmentación de todo lo viviente, de la vida. Es la biodiversidad nos dicen hoy desde la cultura occidental. Somos apenas una pequeña parte del Universo, una parte más de la Naturaleza -la Tierra- de la cual aprehendemos nuestra Palabra. Una parte más con todo lo esencial que ello implica en la reciprocidad. Por eso, nos dicen, debemos tomar de la Tierra sólo lo necesario para vivir. No somos utilitarios en el misterio de la vida.Así, la Tierra no tiene un sentido utilitario para nosotros. Tomamos de ella lo que nos sirve en el breve paso por este mundo, sin esquilmarla, así como ella nos toma -poco a poco-para transformarnos en agua, aire, fuego, verdor." [21]

De acuerdo con su etimología se distinguen tres raíces: *Ixo*, que indica la totalidad sin exclusión; *Fil*, que significa la integridad sin fracción; y *Mongen*, que significa la vida, el mundo viviente. Según Chihuailaf:

> "cuando se dice Vida se está hablando de la Tierra; y cuando se habla de la Tierra se habla de su entorno: el Universo infinito, con lo nombrado por la Palabra y por lo aun innombrado, es decir, por lo ignorado por los seres humanos que tienen –tenemos– la maravillosa tarea, dicen nuestros Mayores, de observar y escuchar a la Naturaleza, al Universo, de la que aprendemos nuestros idiomas y que, nombrando, nos permite seguir enriqueciéndolo".[22]

A diferencia de la diversidad biológica, la diversidad de las formas de vida del Ixofil Mongen concibe el mundo como un espacio sacralizado con una organización socio-territorial a la vez que con un carácter sobrenatural.[23] En el mundo o *Waj Mapu,* cada ser tiene su espacio y éste está presidido jerárquicamente por un ser espiritual (*Gnen*), que es preeminente en ese lugar y que se encarga de hacer cumplir las

[19] QUIDEL, J., La Regeneración de un Currículo propio mapunche no escolarizado a partir de algunos elementos socio religiosos, Cochabamba, Universidad Mayor de San simón, 2006, p. 37.

[20] ANTONA, J., Los derechos humanos de los pueblos indígenas, el Az Mapu y el Caso Mapuche, Temuco, Universidad Católica de Temuco Ediciones, 2016, p. 140.

[21] CHIHUALILAF, E., "Nuestra lucha es una lucha por ternura", en VV.AA., Historia y Luchas del Pueblo Mapuche, Santiago, Editorial Aún Creemos en los Sueños, 2008, p. 11.

[22] CHIHUALILAF, E. "Fewla nvtrankam ta pu Che mu-feypigeiñ. Que converse también la gente ahora, nos están diciendo", en VV.AA. (Negrón, Barbara, ed.), Diversidad cultural: El valor de la diferencia, LOM, Santiago, 2005, p. 115.

[23] Op. Cit., p. 154.

normas concretas que rigen específicamente sobre las actividades permitidas o restringidas en ese lugar.

Por otra parte, el término *Ixofil Mongen* trasciende la dualidad naturaleza y sociedad, pues las personas se sitúan en el mismo nivel que el resto de los elementos y seres que componen el entorno y con los que se encuentra integrado por múltiples relaciones de interdependencia. Esta asociación resulta sustancialmente relevante para reforzar la idea de que la vida, para los Mapuche, se concibe a partir de una simbiosis entre la persona mapuche y el territorio, y, por tanto, para reafirmar que el derecho a la vida propia está ligado a los derechos territoriales, ya que como vimos en el capítulo sobre la construcción de la persona mapuche, el *Che* está vinculado con el territorio a través del *Tuwün* u origen.[24] Además, le brinda un fundamento ecológico a las instituciones políticas, jurídicas y éticas del Pueblo Mapuche. El *Ixofil Mongen* vincula el medio ambiente con el contexto del sistema normativo consuetudinario del Pueblo Mapuche (Az Mapu).[25] Las normas consuetudinarias pueden clasificarse de acuerdo con los distintos ámbitos que ellas regulan: las relaciones entre los seres humanos y el cuidado individual de las personas; las relativas al protocolo de comportamiento dentro de los espacios sagrados del territorio; y las relaciones que se establecen con lo sagrado.[26]

El *Ixofil Mongen* promueve un uso ético, responsable y sostenible de los recursos naturales, la preservación del hábitat y de la vida mapuche, la solidaridad social e intergeneracional, el mantenimiento de la cultura y la defensa de los espacios ancestrales.[27]

El concepto ético de la vida buena o *Küme Mongen* para los Mapuche es fruto del *Ixofil Mongen*. De esa manera, la relación cotidiana con los espacios y la aplicación de las normas en la vida diaria es una responsabilidad individual que se ejerce a través del *feyentuⁿ*, del destino de las fuerzas en la acción, y del control del sujeto sobre dichas fuerzas, del *Güⁿen*. Sin embargo, las infracciones contra la tierra siempre tienen consecuencias colectivas. La falta de observancia de las normas conlleva sanciones morales que se materializan en el cuerpo del individuo y en el entorno social a través de la enfermedad o *küxan*,[28] y de sanciones sociales en el sistema consuetudinario del *Az Mapu*.

En el caso del Pueblo Māori, el sistema tradicional de gestión ambiental es de naturaleza holística también. Dicho sistema asegura la armonía dentro del medio ambiente y proporciona controles y equilibrios diarios, evita intrusiones que causan desequilibrios permanentes y protege los elementos de la diversidad biológica. Para los Māori, las actitudes maoríes hacia el mundo natural deben reflejar las relaciones creadas a través de *Ranginui* (Padre del cielo) y *Papatuanuku* (Madre de la tierra), pues todos los seres y elementos naturales son sus descendientes y, por lo tanto, están relacionados con un parentesco trascendental, una interconexión por genealogía o *whakapapa*. En esta visión, la conectividad de todos los seres deriva de

[24] Ibíd., p. 155.
[25] Ibíd., p. 152.
[26] CETTI, A., ¿Interculturalidad o multiculturalismo de Estado? Las paradojas del campo de la Salud Intercultural en Chile, Tesis presentada con el fin de cumplimentar con los requisitos finales para la obtención del título Licenciatura de la Facultad de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires en Ciencias Antropológicas, Buenos Aires, 2009, p. 111.
[27] Op. Cit., Ibíd.
[28] CHIHUALILAF, E., Op. Cit., p. 156.

su familiaridad o parentesco, el cual tiene un carácter sagrado.[29] La *Kaitiakitanga* es un concepto que conlleva la obligación de cuidar el mundo natural, pero también de cada generación sucesiva, asegurando que se transmita un medio de vida viable para el futuro.

El responsable o *kaitiaki* actúa como benefactor y beneficiario, en el sentido de que protege el recurso del daño mientras cosecha los beneficios del recurso. Una parte intrínseca de este concepto es el reconocimiento de que cada generación tiene la responsabilidad heredada de proteger y cuidar el mundo.

Literalmente, la *Kaitiakitanga,* deriva de la palabra central *tiaki* que significa cuidar, proteger, proteger, vigilar y proteger. El núcleo central del concepto es custodia y tutela. *Kai* es un término genérico y cuando se aplica a *tiaki* como prefijo, tiene una traducción literal que significa cuidador, tutor, conservador o administrador.[30]

La *Kaitiakitanga* se refiere a la unidad cósmica entre los humanos y el universo. Esta unidad debe entenderse en dos niveles interdependientes: el filosófico y el social. En el primer nivel, incorpora un nexo de creencias que impregna las esferas espiritual, ambiental y humana. En el nivel social, la *Kaitiakitanga* también abarca los protocolos sociales asociados con la hospitalidad, la reciprocidad y la obligación. Además, la *Kaitiakitanga* es un medio fundamental por el cual se garantiza la supervivencia, en términos espirituales, económicos y políticos. En esa concepción, también se puede interpretar como gestión de recursos, administración responsable de recursos y desarrollo sostenible, dentro del ámbito del sistema de valores definido dentro del grupo de familiares, cuyas relaciones también tienen una dimensión sagrada.

Los *Kaitiaki* son guardianes o protectores, que pueden liderar diferentes órdenes de la realidad. En el reino espiritual, los *Kaitiaki* puede aparecer en forma de seres míticos, así como en la forma de líderes políticos o familiares. En el mundo social, los "ancianos" *kaumatua* y los "líderes" *rangatira* son los principales *kaitiaki* del grupo de parientes y administran todos los asuntos principales del grupo, de índole política, económica y espiritual. La gestión espiritual de los recursos y las personas es realizada por el *rangatira* o *kaumatua*, llamado *tohunga*.

La *Kaitiakitanga* se refiere a un conjunto de relaciones que trascienden en el tiempo y el espacio, entre los dioses, seres espirituales y antepasados, y sus descendientes mortales vivos. Los Māori, a través de la *Kaitiakitanga,* caminan hacia atrás en el futuro, es decir, llevan el pasado con ellos mientras avanza hacia lo desconocido, en cuanto el presente y el futuro cobran sentido haciendo referencia al pasado.[31]

Aquella noción se refleja en un conjunto de tradiciones mantenidas por las normas y sanciones del derecho consuetudinario Māori, requiriendo el respeto de los rituales apropiados para regular las relaciones dentro del grupo de parentesco – como el *manaaki* u hospitalidad -, y luego entre el grupo y el medio ambiente. Las

---

[29] HAYES, S., "Defining Kaitiakitanga and the Resource Management Act 1991", Auckland University Law Review, Vol. 8, Nº 3, 1998, p. 893.

[30] KAWHARU, M. "Kaitiakitanga: A Maori anthropological perspective of the Maori socioenvironmental ethic of resource management" , The Journal of the Polynesian Society, Vol. 109, Nº 4, 2000, p. 350.

[31] Ibíd., p. 352.

relaciones con el entorno y las relaciones sociales están interconectadas, mediante un sistema de reciprocidad. El ejercicio de la autoridad basado en la *Kaitiakitanga* es la *Rangatiratanga.*[32]

El conocimiento ancestral, el *Mātauranga Māori* consiste en el conocimiento o comprensión de todo lo visible o invisible que existe en todo el universo, lo cual incluye todos los sistemas de conocimiento o formas de saber y hacer.[33] Es concebido como una herramienta o tesoro heredado - *taonga tuku iho* - para pensar, organizar información, considerar la ética del conocimiento, lo apropiado de todo e informarnos sobre nuestro mundo y nuestro lugar en él, lo cual necesita el control de dicho conocimiento en cada generación. Los valores de la *Mātauranga* permean las políticas y acciones que se expresan en áreas como la protección y gestión de sitios culturales tradicionales, recursos y ecosistemas, como sitios sagrados (*wāhi tapu*), cementerios (*urupā*), cosecha consuetudinaria (*mahinga kai*), lugares y sitios tradicionales (*wahi taonga*), mantenimiento de la flora y fauna propia y recursos naturales (hábitats y especies de *taonga*, plantas, animales, pájaros, agua) y salvaguardar y fortalecer el idioma y la cultura.[34]

El colectivo es el que asigna las funciones y actividades de los individuos, incluido el derecho a cuidar y proteger los recursos y el patrimonio que pertenecen al colectivo. La creación y aplicación del conocimiento requiere el reconocimiento de las interconexiones e interdependencias mediante la genealogía que relaciona todos los entes del mundo, la *whakapapa*, y la mediación de múltiples responsabilidades y relaciones colectivas. [35]

La *whakapapa* sigue una secuencia que comienza con la nada, el vacío, la oscuridad, hacia un dios supremo (*Io-matuakore*), luego emerge la luz, hasta la creación de lo tangible mundo, la creación de dos padres primigenios (*Ranginu*i y *Papatū-ā-nuku*), el nacimiento de sus hijos (el viento, el bosque y las plantas, el mar, los ríos, los animales), hasta la creación de la humanidad.[36]

3. Los Derechos Bioculturales

Para mantener e implementar sus concepciones ambientales, los pueblos indígenas han perseguido diversas estrategias jurídicas para lograr el reconocimiento a nivel del derecho estatal e internacional. A través de ellas han logrado, en múltiples ejemplos, dar garantía a las prácticas que aplican los conocimientos ecológicos tradicionales. En las últimas décadas se destacan dos estrategias principales, a saber, en primer lugar, el reconocimiento y la protección de derechos bioculturales, y, en segundo término, de los derechos de la naturaleza.

---

[32] Ibíd., p. 353.

[33] MARSDEN, M., The natural world and natural resources. Māori value systems and perspectives. Resource Management Law Reform, Working Paper Nº 29, Part A.m Ministry for the Environment, Wellington, 1988.

[34] KAWHARU, M., p. 281.

[35] FORSTER, M., Hei Whenua Papatipu: Kaitiakitanga and the Politics of Enhancing the Mauri of Wetlands, A Thesis Presented for the Degree of Doctor of Philosophy, Massey University, Palmerston, 2012, pp. 69 ss.

[36] HARMSWORTH, G.; AWATERE, SH., "Indigenous Māori Knowledge and Perspectives of Ecosystems", en VV.AA. (Dymond, J., ed.), Ecosystem services in New Zealand – conditions and trends, Manaaki Whenua Press, Lincoln, New Zealand, 2013, p. 274.

A partir de la comprensión de la conservación biocultural, se está desarrollando un movimiento dirigido a proteger derechos bioculturales vinculados a la protección de la biodiversidad y sus elementos. Esta es una estrategia jurídica para hacer posible la protección de la biodiversidad.

Los derechos bioculturales son derechos humanos de tercera generación que buscan resolver la crisis ambiental actual mediante la afirmación del papel de guarda responsable del medioambiente de los pueblos indígenas en el régimen de los derechos indígenas y de los pueblos tribales, los derechos de las comunidades campesinas y otras comunidades tradicionales sobre sus tierras y aguas. Estos derechos surgen a través del derecho internacional de los derechos humanos, de acuerdos ambientales multilaterales, legislación interna, jurisprudencia, cambios en el discurso del desarrollo y las luchas socioambientales.[37]

Los derechos bioculturales en tanto derechos grupales se atribuyen en titularidad a sujetos colectivos. En tanto derechos colectivos, miran tanto a la naturaleza de los bienes a los que se otorga protección jurídica como a la naturaleza de los sujetos a quienes se intitula con ellos. La particularidad de ellos, frente a otros derechos es que estos derechos afirman el vínculo entre las comunidades indígenas, tribales y tradicionales, y las otras comunidades y el medio ambiente.[38] Los bienes jurídicos protegidos son bienes comunes ambientales o estrechamente relacionados con el entorno, en tanto los sujetos protegidos con los derechos bioculturales son colectivos que tienen dentro de constitución como grupos aspectos vinculados a la diversidad biológica y sus elementos. Este es el caso de los derechos de los pueblos indígenas, pero también alcanza a los derechos de comunidades afrodescendientes y comunidad campesinas locales.

El postdesarrollo ha valorado las prácticas ecológicas comunitarias y que surge de la crítica de la ecología política hacia el ecologismo tecnoburocrático de las ideas de desarrollo sostenible y conservacionismo liberal. La actual crisis ecológica, sostiene el postdesarrollismo, es la consecuencia del dominio de los expertos, que impone soluciones desde arriba hacia abajo y que suponen la deslegitimación del conocimiento local de las comunidades en la toma de decisiones que afectan el medio ambiente.[39] Los conocimientos locales son, a menudo, conocimientos abiertos que se incorporan en el patrimonio cultural tradicional de las comunidades, como lo muestran los conocimientos ecológicos tradicionales de los pueblos indígenas, pero quedando a disposición del resto de los sujetos.

El discurso postdesarrollista insiste en un vínculo claro entre la conservación ambiental y los derechos de la comunidad en la gestión de las tierras y aguas y otros elementos de la diversidad biológica.

Por otra parte, muchas investigaciones han establecido que, bajo ciertas condiciones, la conservación de los bienes comunes de los ecosistemas está mejor

---

[37] BAVIKATTE, K., Stewarding the Earth: Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights, Oxford University Press, Oxford, 2014.

[38] BAVIKATTE, K.; BENNETT, T., "Community stewardship: the foundation of biocultural rights", Journal of Human Rights and the Environment, Vol. 6 Nº 1, 2015.

[39] FISCHER, F., Citizens, Experts, and the Environment: The Politics of Local Knowledge, Duke University Press, Durham, 2000.

garantizada por las comunidades. Estas condiciones pueden ser esquematizadas así:[40]

(1) definición de límites claros del grupo;
(2) ajuste de las reglas que rigen el uso de bienes comunes a las necesidades y condiciones locales;
(3) aseguramiento de que los afectados por las reglas puedan participar en la modificación de las reglas;
(4) aseguramiento de que las autoridades externas respeten los derechos de reglamentación de los miembros de la comunidad;
(5) desarrollo de un sistema, llevado a cabo por miembros de la comunidad, para monitorear el comportamiento de los miembros;
(6) uso de sanciones graduadas para los infractores de las reglas;
(7) proporción de medios accesibles y de bajo costo para la resolución de disputas;
(8) desarrollo de la responsabilidad de gobernar el recurso común en niveles anidados desde el nivel más bajo hasta todo el sistema interconectado.

El reconocimiento y protección de derechos para las comunidades locales va en la dirección de permitir la generación de las condiciones relevantes para que se pueda defender de mejor manera a los ecosistemas locales.

Los derechos bioculturales se refieren a todos los derechos requeridos para asegurar la administración comunitaria sobre sus tierras y aguas. Este rol refleja una forma de vida, en la cual la identidad de una comunidad, su cultura, espiritualidad y sistema de gobierno son inseparables de sus tierras y aguas. En este sentido, los derechos bioculturales difieren de otros derechos colectivos o de grupo que se afirman en un carácter étnico, religioso o minoritario de un grupo específico y que no incorporan una visión de las relaciones de dicho grupo con sus ecosistemas.[41]

A partir de sus derechos bioculturales, las comunidades han desarrollado estrategias que combinan tradición e innovación para la conservación de sus ecosistemas, incluyendo la generación de protocolos bioculturales para el desarrollo de actividades económicas en sus territorios,[42] así como la constitución de acuerdos o alianzas – incluyendo las servidumbres ambientales o acuerdos de custodia territorial - con otros actores, públicos o privados, para la conservación de la biodiversidad.

4. Los Derechos de la Naturaleza

Una segunda estrategia legal para proteger la diversidad biológica consiste en la consagración de derechos de la naturaleza o de algunos entes naturales. La tendencia de reconocer derechos animales ya ha sido conocida en diversos sistemas jurídicos, pero la innovación más reciente es su reconocimiento a entes naturales no animales, como los ríos, los ecosistemas o la naturaleza en su conjunto.

---

[40] OSTROM, E., Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action, Cambridge University Press, New York, 1990, p. 90.
[41] BAVIKATTE, K.; BENNETT, T., op. cit., p. 27.
[42] JONAS, H; SHRUMM, H.; BAVIKATTE, K., Biocultural Community Protocols and Conservation Pluralism, Policy Matters 17, IUCN-CEESP, Malaysia, 2010.

El art. 71º inciso 1 de la Constitución de Ecuador de 2008, señaló que la naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida. tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Esta atribución de titularidad de derechos es una historia constitucional global, en cuanto se reconoce como titular de derechos fundamentales a un ente no humano, a la Madre Tierra o *Pachamama* en la cosmovisión de los pueblos andinos. este derecho constitucional no ampara a organismos vivos aisladamente considerados, sino al conjunto de estos y sus interrelaciones.[43]

Este derecho se traduce en que cualquier persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad el cumplimiento de los derechos de la naturaleza.

Los derechos de la naturaleza reconocen atributos en la naturaleza independientes de los seres humanos y que permanecen aún en ausencia de éstos.[44] Aunque con antecedentes en la ecología profunda, la noción de la *Pachamama* como sujeto de derecho en la Constitución ecuatoriana de 2008, es comprensible sólo desde el pensamiento de los pueblos indígenas andinos.

En este pensamiento rigen los principios de relacionalidad, correspondencia y reciprocidad. En virtud de la relacionalidad, todo está conectado y no existe ningún ente carente de relaciones con otro. Para el principio de correspondencia hay una correlación mutua y bidireccional entre dos elementos, que se manifiesta en todo nivel y en todos los aspectos de la vida. La complementariedad implica que un elemento depende de todos los restantes para ser pleno o completo, de manera que los elementos no son precisamente opuestos, sino complementarios y armónicos. Bajo el principio de reciprocidad, en todo tipo de interacción, humana y no humana, cada vez que se produce un acto o fenómeno se manifiesta un acto recíproco como una contribución complementaria dentro de un orden cósmico universal.[45]

La noción de *Pachamama* incorpora también a los seres humanos, a sus relaciones entre las comunidades, sus territorios y los seres espirituales que corresponden a sus cosmovisiones. Para ello, se vinculó los derechos de la Naturaleza con los derechos humanos enfocados en el ambiente sano y ecológicamente equilibrado.[46]

La estrategia de los derechos de la naturaleza, tal como lo explica Jörg Leimbacher, trata de revertir la concepción de los derechos subjetivos radicados exclusivamente en los humanos, donde se construye un sistema legal basado en la dominación humana, que hace posible la opresión y la destrucción inherentes al sistema sobre la diversidad biológica. Con el reconocimiento de derechos, se establece la indisponibilidad fundamental de la entidad jurídica protegida, esto, de la naturaleza. Dicha indisponibilidad es relativa, en cuanto admite intervención humana, pero, de la misma manera que la intervención en los derechos humanos requiere de

[43] PRIETO, J., Derechos de la naturaleza, Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013, pp. 89 ss.

[44] GUDYNAS, E. , "Los derechos de la Naturaleza en serio", en VV.AA. (Acosta, Alberto; Martínez, Esperanza, comp.), La Naturaleza con Derechos, De La Filosofía a la Política, Abyayala ediciones, Quito, 2011, p. 249.

[45] ÁVILA, R., "El derecho de la naturaleza: fundamentos", en VV.AA. (Acosta, Alberto; Martínez, Esperanza, comp.), La Naturaleza con Derechos, De La Filosofía a la Política, Abyayala ediciones, Quito, 2011.

[46] ACOSTA, A.; MARTÍNEZ, E., "Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible", Revista Direito e Práxis, Vol. 8, Nº 4, 2017.

una justificación en la necesidad y la proporcionalidad, la intervención sobre la naturaleza provista con derechos también requeriría una justificación.[47]

El reconocimiento de derechos a la naturaleza persiguen obviamente, como primera función, el fortalecimiento de la protección general de la naturaleza. Su segunda función es que se espera que el reconocimiento de los derechos legales brinde a los ambientalistas mayores posibilidades de procedimientos legales en nombre de la naturaleza, especialmente contra la administración estatal. La tercera función consiste en otorgar a los interese ambientales un lugar más prominente tanto en el proceso de promulgación legislativo y en la administración estatal.[48]

En los Estados Unidos, existe una gran cantidad de ordenanzas municipales que reconocen el derecho de la naturaleza a existir, prosperar y evolucionar. Estas se han adoptado desde 2006 en varios estados a través de iniciativas de base lideradas por el Fondo Comunitario de Defensa Legal Ambiental. Los derechos se confieren a las 'comunidades y ecosistemas naturales', incluido el derecho al agua, y los residentes se establecen como representantes legales para hacer cumplir los derechos de la naturaleza. Un buen ejemplo es la Ordenanza Anti-Fracking de Pittsburgh de 2010.[49]

En 2010 se promulgó una ley nacional de derechos de la naturaleza en Bolivia. En 2014, Nueva Zelanda adoptó una legislación que otorga personalidad jurídica a áreas específicas de importancia cultural y ambiental en el caso de la zona Te Urewera y Te Awa Tupua, que comprende el lago Waikaremoana y las tierras y bosques circundantes, incorporando todos sus elementos físicos y metafísicos, adoptando reclamos históricos del pueblo indígena Maorí. Australia, en 2017, ha reconocido al río Yarra en el Estado de Victoria como una entidad natural viva e integrada a través de la Ley de Protección del Río Yarra.

En su sentencia T-622 de 10 de noviembre de 2016, la Corte Constitucional reconoce los derechos del río Atrato, constituyendo a este río en un sujeto de derechos que implican su protección, conservación, mantenimiento y en el caso concreto, restauración. La Corte declaró que las poblaciones humanas son interdependientes con el mundo natural y que deben asumir las consecuencias de sus acciones y omisiones con la naturaleza.

El 5 de abril de 2018, la Corte Suprema de Justicia colombiana, emite la sentencia STC 4360/2018, donde se aplican los mismos fundamentos en el caso de la Amazonía, afectada por la deforestación.

En tres sentencias sucesivas de la Alta Corte de Uttarakhand sobre acciones de Public Interest Litigation en la India, en los años – sentencia sobre Writ Petition (PIL) Nº 126/2014, 20 de marzo de 2017; Writ Petition (PIL) Nº 140/2015, 30 de

---

[47] LEIMBACHER, J., "NHG und Rechte der Natur", en VV.AA. (Keller, Peter; Zufferey, Jean-Baptiste; Fahrländer, Karl , Eds.), Kommentar NHG, Kommentar zum Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz , Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1997, pp. 119 ss.

[48] BIRNBACHER, D., "Legal Rights for Natural Objects, A Philosophical Critique", en VV.AA. (Morscher, Edgar; Neumaier, Otto; Simons, Peter, eds.), Applied Ethics in a Troubled World, Springer, New York, 1998, p. 30.

[49] D'ANDREA, A., "Can the river spirit be a person in the eye of the law?", en VV.AA., Conferring legal personality on the world's rivers: A brief intellectual assessment, Water International, Vol. 44, Nºs 6-7, 2019.

marzo de 2017; Writ Petition (PIL) Nº 43/2014, 4 de julio de 2018 – ha reconocido las derechos de entidades naturales.[50]

En la primera sentencia, la Corte prohíbe la realización de ciertas actividades económicas en la cuenca del río Ganges y de sus afluentes en la zona alta, a la vez que ordena al Gobierno de la Unión crear una institución para la gestión integrada de la cuenca del río. El fundamento son la necesidades y la religión, en cuanto se debe garantizar el bienestar físico y psíquico de las comunidades que viven alrededor de sus orillas, de las montañas al mar, y para la población hindú los ríos son sagrados y aprovechan al pueblo la mitad del sustento físico y espiritual desde tiempo inmemorable.

En la segunda sentencia se reconocen los derechos los glaciares donde nacen el río Ganges. Se afirma para ello el deber moral de proteger el medio ambiente y la ecología.la Corte sostiene que los ríos, bosques, lagos, cuerpos de agua, aire, glaciares y manantiales tienen derecho a existir, persistir, mantener, sostener y regenerar su propio sistema ecológico vital. Por ella, asegura el deber de reconocer y otorgar derechos legales constitucionales a la 'Madre Tierra'.

En la tercera sentencia, con fundamentos similares, se reconocen los derechos de los animales, tratándose de los caballos que remolcan carros en la frontera entre India y Nepal.

Las principales razones para conferir derechos a los ríos, han consistido en: dar efecto a las normas, los valores y la relación de los pueblos indígenas con sus territorios en el respectivo país, particularmente en contextos coloniales; elevar el río a la igualdad en la ley con los seres humanos (ecocentrismo); para permitir que el río participe en los mercados de servicios de agua y ecosistemas (ambientalismo de mercado); y para permitir que el río defienda sus propios intereses en los debates de políticas (teoría reguladora del interés privado).[51]

5. La Guarda de la Naturaleza y los Pueblos Indígenas

En ambas estrategias referidas anteriormente, el concepto de guarda de la naturaleza consiste en un punto de confluencia que hace operativa en el mundo legal y en las discusiones morales las nociones desarrolladas en las visiones biocultural y de los derechos de la naturaleza. Esta noción está siendo usada de una manera creciente en la literatura de las ciencias biológicas y ambientales, como los demuestra la indagación bibliográfica de Mathevet[52] sobre el concepto inglés de "Stewardship".

La guarda de la naturaleza está estrechamente vinculada al servicio del hombre hacia la naturaleza e incluye el llamado a su responsabilidad para garantizar el bienestar del mundo y dentro del mundo.[53] Una definición general de la guarda de la naturaleza es:

---

[50] BAGNI, S., "Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia Colombiana e Indiana", Revista Jurídica de Derecho, Vol.7, Nº 9, 2018.

[51] O'DONNELL, E., "When a river becomes a person: polarizing environmental protection", en VV.AA., Conferring legal personality on the world's rivers: A brief intellectual assessment, Water International, Vol. 44, Nºs 6-7, 2019.

[52] MATHEVET, R.; BOUSQUET, F.; RAYMOND; C. "The concept of stewardship in sustainability science and conservation biology", Biological Conservation Nº 217, 2018, fig. 1, p. 364.

[53] PONDER, J.; COX-PETERSON, A, "Action-Based Science Instruction: Service-Learning, Stewardship, and Civic Involvement", en VV.AA. (Tippins, Deborah et al., eds.), Cultural

"el uso responsable (incluida la conservación) de los recursos naturales de una manera que tenga en cuenta de manera plena y equilibrada los intereses de la sociedad, las generaciones futuras y otras especies, así como las necesidades privadas, y acepte una responsabilidad significativa ante la sociedad."[54]

Esta noción se expresa en diversos usos en el actual debate sobre la conservación:[55]

- En primer lugar, se refiere a una ética hacia el uso responsable y conservación de los recursos naturales de una manera que tenga en cuenta de manera plena y equilibrada los intereses de la sociedad, las generaciones futuras y otras especies, así como las necesidades privadas, y acepte una responsabilidad significativa a la sociedad. Esta ética se refiere al rol que los individuos o grupos de individuos deben jugar:[56]
    - En el cuidado y redefinición de la gestión ambiental para ofrecer marcos de gobernanza y gestión responsable.
    - En la conservación responsable y el uso de los recursos naturales de una manera que tenga en cuenta de manera plena y equilibrada los intereses de la sociedad y las generaciones futuras.
    - en un proceso de gobernanza participativa que puede conciliar conflictos entre grupos que difieren en valores, intereses, perspectivas y poder
    - como un marco político que podría impulsar un enfoque conservacionista de la naturaleza desde abajo hacia arriba.
- En segundo lugar, es un enfoque que configura activamente las trayectorias de los sistemas socioambientales indeseables para mejorar la resiliencia ecológica y apoyar el bienestar humano, reduciendo las vulnerabilidades, a través de la provisión de servicios ecosistémicos.[57] La guarda de la naturaleza procura visibilizar y proteger las interacciones socioambientales en tanto ubicuas en los ecosistemas, las cuales se están transformando aceleradamente con el cambio climático. También quiere identificar los bienes comunes globales del medio ambiente, los cuales deben quedar sujetos a regímenes de propiedad comunitarios que permita cuidar de esos bienes, manteniendo y fortaleciendo su carácter compartido. Finalmente, se busca una práctica científica proactiva, que incorpore los conocimientos ecológicos tradicionales, que anticipe los cambios ambientales y sociales, y participe en el diálogo con actores e instituciones sociales.[58]
- En tercer lugar, en entornos urbanos, aquel enfoque involucra redes de gestión de tierras urbanas basadas en la comunidad para limpiar el aire y proporcionar espacios verdes y para mejorar la infraestructura verde, los servicios de los ecosistemas y el bienestar humano en ciudades

---

Studies and Environmentalism, The Confluence of EcoJustice, Place-Based (Science) Education, and Indigenous Knowledge Systems, Dordrecht et al., Springer, 2010, p. 141.

[54] WORRELL, R.; APPLEBY, M., "Stewardship of Natural Resources: Definition, Ethical and Practical Aspects", Journal of Agricultural and Environmental Ethics, Vol. 12, Nº 3, 2000, p. 269.

[55] MATHEVET et al., op.cit., p. 364.

[56] RIDINGS, P., "Redefining environmental stewardship to deliver governance frameworks for marine biodiversity beyond national jurisdiction", ICES Journal of Marine Science, Vol. 75, Issue 1, 2018.

[57] CHAPIN III, S.; PICKETT, S.; POWER, M.; JACKSON; R.; Carter, D; Duke, C., Earth stewardship: a strategy for social–ecological transformation to reverse planetary degradation, Journal of Environmental Studies Sciences, Vol. 1, 2011, p. 45. CHAPIN III, S.; CARPENTER, S.; KOFINAS, G., et.al., "Ecosystem stewardship: sustainability strategies for a rapidly changing planet", Trends in Ecology and Evolution, Vol. 25, Nº.4, 2010, p. 242.

[58] Ibíd., pp. 46-47.

- También se ha utilizado como una forma de políticas de incentivos que fomentan la producción sostenible de la agricultura, la tala o la pesca o la protección de las tierras privadas.

En todos esos usos, la noción de guarda de la naturaleza cuestiona la visión de la economía política que enfatiza la sostenibilidad y se concentra en los impactos sociales de las políticas ambientales.

En el movimiento ecologista, el concepto de guarda o gestión responsable de la naturaleza se origina en el uso que hacía la biblia hebrea del concepto en el sentido de mayordomía. El "steward" en inglés, en el ámbito cultural donde surge el ecologismo, se refiere al *oikonomos* clásico, un mayordomo o administrador doméstico en el mundo antiguo.[59] Para la Biblia hebrea, el mayordomo o administrador es un funcionario real, precisamente el administrador de la casa del rey, subordinado y responsable ante él. En el Nuevo Testamento a veces se usa la metáfora de la mayordomía para describir su responsabilidad del hombre ante Dios con respecto a la administración de la iglesia y sus misterios – Lucas 12: 42-46; Lucas 16: 1-8).[60] Esto se debe a que Dios fue el sabio conservador y superintendente del mundo natural, quien hizo a las personas a su imagen como cuidadores y mayordomos en la tierra en alianza con él.[61]

Esta visión teológica cristiana contrasta con los recordados pasajes del Libro del Génesis – Génesis 1:27-28, tan influyentes en la tradición intelectual occidental,[62] donde se ordena a la pareja de Adán y Eva que gobiernen y tengan dominio sobre la creación, lo cual constituye una justificación para la explotación de la naturaleza.[63] En este sentido, la belleza de la armonía de la creación y la obediencia de ella al Creador es un proceso de comunicación antes que de dominio. Por ello, a la humanidad se le confiaría una tarea especial, una responsabilidad para tener actitudes piadosas y acciones de gracia hacia la naturaleza, implicando entonces el dominio humano sobre la naturaleza y el cuidado vigilante y preservación de la tierra.[64]

A pesar de la valiosa reintepretación en la teología ecológica protestante, de la mano de Douglas Hall,[65] Richard Cunningham,[66] John Macquarrie,[67] entre otros, la noción cristiana de gestión responsable que revisa el carácter del dominio humano sobre lo natural, no logra anular los cuestionamientos a la visión cristiana, en cuanto

[59]BEAVIS, M., "Stewardship, Planning and Public Policy", Plan Canada, Vol. 31, Nº 6, 1991, p. 76.

[60] BEAVIS, 1994, p. 4.

[61] HALL, D. J., The Steward: A Biblical Symbol Come of Age, New York, Friendship Press, 1982, 272 p.; VALLET, The Steward Living in Covenant: A New Perspective on Old Testament Stories, REV/Rose Ministries Inc., New York, 2001.

[62] HUTCHINSON, R., "Human Responsibility and the Environment: A Christian Perspective", Journal of Hindu-Christian Studies, Vol. 6, 1993.

[63] WHITE JR., L., "The Historical Roots of the Ecological Crisis", Science, Vol. 155, Nº 3767, 1967.

[64] GNANAKAN, K., "Creation, Christians and Environmental Stewardship", Journal of Social, Technological and Environmental Science, Vol.4, Nº 3, 2015, pp. 125-127.

[65] HALL, D., Imaging God: Dominion as Stewardship, Grand Rapids, W.B. Eerdmans Pub., 1988.

[66] CUNNIGHAM, R., Creative Stewardship, Abingdon, Nashville, 1979.

[67] MACQUARRIE, J., "Creation and Environment: The Inaugural Lecture at Oxford University", The Expository Times, Vol. 83, Nº 1, 1971.

esta se encuentra profundamente enraizada en una conciencia antropocéntrica, jerárquica y paternalista del hombre sobre el resto de las formas de vida.[68]

La investigación de análisis de los discursos sobre la guarda ecológica que realizaron Mathevet, Bousquet y Raymond ha esquematizado cuatro formas de guarda:[69]

- La guarda reformista: se basa en una combinación de enfoques que buscan la resolución de problemas y la provisión de servicios ecosistémicos, pero solo busca algunos ajustes en la economía política dominante, sin discutir el proceso de toma de decisiones y las relaciones de poder.
- La guarda por la sostenibilidad: constituye una implementación a nivel local de los principios del desarrollo sostenible. Busca desarrollar una modernización verde, construyendo una economía circular y un enfoque en las asociaciones público-privadas y las políticas públicas basadas en incentivos para los negocios.
- La guarda adaptativa: se basa en la creencia de que el crecimiento económico como el demográfico alcanzarán los límites de la capacidad de la biosfera para proporcionar recursos naturales y apoyar la vida humana. Por ello, este enfoque cuestiona el crecimiento económico y las relaciones de poder a escala mundial.
- La guarda transformadora: promueve otras formas de entender el medio ambiente y las relaciones de la naturaleza humana y rechaza la estructura básica del industrialismo. Busca volver a conectar a las personas con la biosfera y cambiar los comportamientos humanos a nivel individual, pero también promover acciones colectivas. Este tipo de guarda enfatiza la diversidad de valores y responsabilidades, pero también la necesidad de un cambio social fundamental para garantizar que la forma en que actúan los humanos sea compatible con una vida humana digna sobre la tierra para las futuras generaciones y evitar los esfuerzos de conservación que exacerban las vulnerabilidades sociales. El enfoque transformador se funda en gestión conjunta adaptativa y participativa. Esta forma de gestión responsable considera las relaciones de poder entre diferentes grupos, y sitúa la definición concreta de los fines de las políticas ambientales en la deliberación y decisión conjunta de todos los actores relevantes.

La Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medioambiente Humano (UNCHE) en 1972, fue el momento constitutivo de la irrupción de las tesis de la guarda ecológica dentro de las instituciones de gobernabilidad global. La Declaración de Estocolmo, con que finalizó dicha conferencia y que fue acordada por 113 países, es la primera declaración internacional que expresa la guarda ecológica como norma internacional – aunque en el ámbito del soft law:[70]

> "Principio 4**.** El hombre tiene la responsabilidad especial de preservar y administrar juiciosamente el patrimonio de la flora y la fauna silvestres y su hábitat, que se encuentran actualmente en grave peligro por una combinación de factores adversos. En consecuencia, al planificar el desarrollo económico debe atribuirse importancia a la conservación de la naturaleza, incluidas la flora y la fauna silvestres."

[68] BEAVIS, M., 1991, pp. 76 y ss.

[69] Op. Cit., pp. 365-366.

[70] FALKNER, R.; BUZAN, B., "The emergence of environmental stewardship as a primary institution of global international society", European Journal of International Relations, Vol. 25, Nº 1.

Por su parte, la Millennium Declaration de la ONU – Resolución Nº 55/2 de la Asamblea General del 8 September de 2000- llama a la práctica universal de una nueva ética de conservación y guarda.

Ridings sostiene que, más allá de la potencia política y la fuerza moral del principio de guarda ecológica, éste tiene un contenido jurídico normativo actual, puesto que , al menos, comprende estándares normativos ya contenidos en el derecho positivo internacional del medio ambiente: el principio de prevención, la obligación de diligencia debida, el deber de cooperar y la equidad intergeneracional.[71]

La visión indígena de la guarda o gestión responsable de la naturaleza carece precisamente de esos elementos cristianos perturbadores del ecologismo occidental, y se suele identificar como la forma más nítida del activismo comprometido con el enfoque más transformador de la guarda responsable de la naturaleza.

A partir de fines de los años 70´se ha despertado un interés y actividad científica creciente sobre los conocimientos tradicionales de los pueblos indígenas como fundamento de una noción alternativa de guarda ecológica.[72] Junto con ello, en la práctica y el derecho internacional se ha ido reconociendo el principio de guarda ecológica específica de los pueblos indígenas.

En el Reporte de la Cumbre Mundial sobre el Desarrollo de Johannesburg (2002), se indicó en su párrafo 25 que se reformaba el papel vital de las poblaciones indígenas en el desarrollo.

El Preámbulo de la Declaración de la ONU sobre los derechos de los Pueblos Indígenas reconoce que "el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente". En su artículo 25º, la Declaración reconoce los deberes de los pueblos indígenas con las generaciones venideras:

> "Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras."

Sin embargo, el antecedente más claro en cuanto a sus contenidos normativos – estricto hard law - consiste en el Convenio Nº 169 de la OIT, en cuanto éste dispone, en su artículo 13º:

> "Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación."

La noción de vínculo espiritual resume la relación interactiva, intersubjetiva y de copertenencia que tienen los pueblos indígenas con el entorno natural, y la eleva a un principio jurídico guarnecido por derechos fundamentales de índole colectiva en el derecho internacional de los derechos humanos.

---

[71] RIDINGS, Op. Cit., pp. 4 ss.

[72] WARREN, M., "Indigenous Knowledge Systems and Cross-Cultural Aspects of Environmental Stewardship", en VV.AA. (Beavis, Mary Anne, ed.), Environmental Stewardship: History, Theory and Practice-Workshop Proceedings (March 11-12, 1994), Occasional Paper Nº 32, The University of Winnipeg, Institute of Urban Studies, Winnipeg, 1994.

A los anteriores desarrollos hay que sumar el Convenio sobre la Diversidad Biológica. Este reconoció la importancia de la conservación indígena para la protección de la diversidad biológica. En su artículo 8º, señala:

> "j) Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente"

Por lo anterior, y en concordancia con el reconocimiento del vínculo espiritual, se establece en el artículo 10º:

> "c) Protegerá y alentará la utilización consuetudinaria de los recursos biológicos, de conformidad con las prácticas culturales tradicionales que sean compatibles con las exigencias de la conservación o de la utilización sostenible"

Así también, el Tratado Internacional sobre los Recursos Fitogenéticos para la Alimentación y la Agricultura señala:

> "9.1 Las Partes Contratantes reconocen la enorme contribución que han aportado y siguen aportando las comunidades locales e indígenas y los agricultores de todas las regiones del mundo, en particular los de los centros de origen y diversidad de las plantas cultivadas, a la conservación y el desarrollo de los recursos fitogenéticos que constituyen la base de la producción alimentaria y agrícola en el mundo entero. "

Estos elementos del derecho internacional establecen un vínculo entre el concepto de guarda o gestión responsable del medioambiente y los derechos de los pueblos indígenas.

Para los pueblos indígenas, el cambio climático antropogénico es una intensificación del cambio ambiental impuesto a los pueblos indígenas por el colonialismo europeo que comenzó a invadir hace cinco siglos sus territorios ancestrales.[73] Los pueblos indígenas señalan que sus territorios son algunos de los más ricos en biodiversidad y que el colapso de tales ecosistemas comenzó con su despojo. El colonialismo junto al capitalismo asentaron las bases para la industrialización y la militarización, que son los principales impulsores de la economía intensiva en carbono, incluyendo la deforestación masiva para la agricultura de productos básicos hasta las tecnologías petroquímicas que queman combustibles fósiles para energía, pasando por la contaminación, la modificación de los ciclos hidrológicos y la amplificación del uso del suelo y la terraformación para determinados tipos de agricultura, pastoreo, transporte y residencial y la creación de la infraestructura comercial y gubernamental.[74] La conquista de los territorios indígenas fue justificada ideológicamente en las creencias religiosas y raciales de los colonos, que incluía la pretensión de que la civilización de los colonos blancos era superior. Sobre estos procesos, los colonos construyeron sociedades reguladas por sistemas normativos que ven a la tierra como una mercancía sobre la cual se constituyen derechos de propiedad que conciben usos permanentes, excluyentes y exclusivos.

En la actualidad, el cambio climático hace que los territorios indígenas sean más más vulnerables al daño ambiental. Para las comunidades indígenas, la solución pasa por una estrategia que restaure y fortalezca plenamente su derecho de

---

[73] WHITE, K., "Indigenous Climate Change Studies: Indigenizing Futures, Decolonizing the Anthropocene", English Language Notes, Vol. 55, Nºs 1-2, 2017, p. 153.
[74] Ibíd., 154.

autodeterminación, para que con su ejercicio se obligue a los estados construidos a partir de la colonización a adoptar y respetar un marco legal de derechos humanos que aborde el cambio climático.[75]

Es innegable que los pueblos indígenas también están contribuyendo negativamente al cambio climático a través de la destrucción ecológica que provocan medidas que buscan el desarrollo económico sobre la base de explotación de recursos naturales desde perspectivas que se alejan de sus conocimientos ecológicos tradicionales, tratando de superar sus altas tasas de pobreza, desempleo y carencias de infraestructura.[76] Sin embargo, las capacidades que están inscritas en sus conocimientos ecológicos tradicionales, incorporados en el derecho consuetudinario de los pueblos indígenas, pueden permitir recuperar estrategias de desarrollo más armoniosas con la naturaleza, mediante la aplicación de sus propias prácticas jurídicas tribales de índole tradicional para regular la contaminación del aire, el agua y la tierra. El reconocimiento de sistemas comunitarios de derecho consuetudinario en diversos países implica un respaldo de la efectividad de la tenencia de la comunidad para la guarda de la diversidad biológica.

Las normas consuetudinarias indígenas pueden haberse desarrollado a lo largo de siglos de adaptación a través de una interacción continua entre los comportamientos actuales y las formas establecidas de hacer las cosas. Son la base del orden social y pueden no ser consistentes con el derecho estatal. Las normas de los pueblos indígenas son parte de sus cosmologías, proviniendo de una tradición basada en creencias y entendimientos comunes del mundo y del universo.[77]

La renovación del derecho consuetudinario va de la mano de la renovación de los conocimientos indígenas, permitiendo ejercer la autodeterminación mediante la planificación autónoma para enfrentar el cambio climático. La renovación de los conocimientos implicaba renovar las relaciones con las formas de vida humanas y no humanas y restaurar la reciprocidad entre todos los sujetos que están vinculados en las interacciones socio-ambientales. Algunos llaman a esto "renovar los vínculos del parentesco", ya que implica tanto restaurar las relaciones persistentes que forman parte del patrimonio cultural indígena.[78]

De acuerdo con Erica Irene Daes, el derecho a la autodeterminación es el derecho de un pueblo indígena a elegir su estatus político, a influir en el orden político bajo el cual vive y a preservar su identidad cultural, étnica, histórica o territorial.[79] El contenido esencial de la autodeterminación consiste en la libertad colectiva, entendida como ausencia de dominación.[80] Esta libertad colectiva siempre estará vinculada a la expresión de la voluntad del sujeto colectivo titular del derecho. En el

[75] THOMPSON, G., "Environmentalism and Human Rights Legal Framework: The Continued Frontier of Indigenous Resistance", The Indigenous Peoples' Journal of Law, Culture & Resistance, Vol. 4, Nº 1, 2017, p. 11.
[76] Ibíd., 22.
[77] BUNIKOWSKI, D; DILLON, P., "Arguments from Cultural Ecology and Legal Pluralism for Recognising Indigenous Customary Law in the Arctic", en VV.AA. (Heinämäki, Leena; Herrmann, Thora Martina, eds.), Experiencing and Protecting Sacred Natural Sites of Sámi and other Indigenous Peoples, The Sacred Arctic, New York, Springer, 2017, p. 42.
[78] WHITE, K., Op. Cit.
[79] DAES, E., "Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination", Transnational Law & Contemporary Problems, Vol. 3, Nº 1, 1993, pp. 4-5.
[80] SAUL, M., "Self-Determination in International Law: A Formula for Uncertainty in the Scope and Content of the Right?", Human Rights Law Review, Vol. 11, Nº4, 2011, p. 613.

caso de los pueblos indígenas, la autodeterminación se basa en la aspiración de preservar sus formas de vida heredadas, así como de cambiar esas tradiciones cuando lo consideren necesario, y de hacer que sus culturas se desarrollen, mediante procesos de decisión colectivos al interior de los pueblos.[81]

El derecho a la autodeterminación consiste en el pilar fundamental del régimen de los derechos humanos de los pueblos indígenas. Este es el derecho matriz del que emanan el resto de sus derechos colectivos ya que sin la capacidad de autodeterminar no pueden ser ejercidos los diversos derechos de que están revestidos.[82]

Para el ejercicio de la autodeterminación es indispensable el uso autónomo de los recursos naturales de los territorios a los cuáles se vinculan las identidades de los pueblos indígenas. La autodeterminación para los pueblos se traduce en una autonomía territorial – según art. 4º de Declaración de ONU sobre derechos de los pueblos indígenas-, precisamente debido a su vínculo de co-pertenencia con los hábitat y ecosistemas que han habitado tradicionalmente. Los reclamos indígenas por sus derechos sobre sus tierras ancestrales, por su derecho a ejercer sus actividades tradicionales, para disfrutar de los recursos naturales de las tierras en las que viven y para compartir los beneficios de usar tales recursos, se relacionan estrechamente con la autodeterminación, con el objetivo de aplicar prácticas indígenas para proteger la diversidad biocultural.

La propiedad de que están intitulados los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales – en conformidad con el Convenio Nº 169 de la OIT -, no corresponde al modelo de propiedad proveniente de las culturas jurídicas europeas, sino a una forma de propiedad cultural que deriva de su identidad cultural, puesto que las tierras y territorios ancestrales, sus propiedades y servicios ecosistémicos, así como las prácticas culturales tradicionales y los conocimientos ecológicos tradicionales sobre todos ellos son integrales a la identidad cultural que constituye las formas de vida de los pueblos indígenas.[83] Las tierras, los territorios y los recursos en ellas son parte de la identidad misma de los pueblos indígenas como pueblos.

Ya sea, de acuerdo a las diferentes cosmovisiones de los pueblos indígenas, que los territorios de los pueblos indígenas se consideren la "madre" (*Pachamama*) de la que surgen los mismos pueblos, o una persona sagrada en su conjunto, o un conjunto de sujetos no humanos con espíritu de diversa índole que están en interacción con los humanos, los pueblos indígenas sostienen con la diversidad biológica y sus elementos deberes específicos para conservar los paisajes, las fuentes de agua, los lugares de sepultura de los restos humanos de sus ancestros, obligaciones que están destinadas a mantener las formas de vida indígenas tradicionales.[84]

La pretensión de guarda de la naturaleza de los pueblos indígenas implica una construcción fiduciaria que hace que los individuos subordinen su interés propio a los

---

[81] WIESSNER, S., "Indigenous self-determination, culture, and land: a reassessment in light of the 2007 UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", en VV.AA. (Pulitano, Elvira, ed.), Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration, Cambridge University Press, Cambridge, 2012, p. 45.

[82] OLIVA MARTÍNEZ, D.; BLÁZQUEZ MARTÍN, D., Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural, Publicacions Universitat de València & Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, p. 240.

[83] CARPENTER, K.; KATYAL, S.; RILEY, A., "In Defense of Property", Yale Law Journal, Vol. 118, Nº 6, 2009, p. 1028.

[84] CARPENTER, K. Et al., Ibíd., p. 1068.

intereses de los demás, incluyendo los entes no humanos de la diversidad biológica. El gestor fiduciario está al servicio que se aborden de la mejor manera los intereses de la diversidad biológica y sus elementos.

Un pueblo indígena tiene deberes de lealtad y diligencia razonable al actuar en nombre de los intereses de la diversidad biológica y sus elementos, incluso en ausencia de un título específico sobre un territorio, o frente a un desacuerdo con los intereses divergentes del titular individual. De acuerdo a Carpenter, Katyal y Riley, "inherente a estas obligaciones tribales está el concepto de guarda y su corolario de responsabilidad fiduciaria: un deber de lealtad para actuar en interés del beneficiario, junto con un deber de cuidado de emprender acciones razonables en nombre del beneficiario. En contraste con la propiedad, que ubica la mayoría de estos derechos y obligaciones dentro de la esfera de responsabilidad del propietario, la administración distribuye estos derechos, deberes y responsabilidades a lo largo de un espectro de obligaciones colectivas o grupales, centrándose en las nociones de "guarda" y "custodia" más que en el título."[85]

Precisamente, la reclamación de los pueblos indígenas por el reconocimiento e implementación efectiva de su derecho a la autodeterminación consisten en el reclamo del reconocimiento legal de su papel de guardadores de la naturaleza y comprende la exigencia de derechos de gestión ecológica sobre sus tierras y territorios. El corolario natural de este punto de vista es que la conservación de la biodiversidad está integralmente vinculada a garantizar los derechos de los pueblos indígenas a sus territorios, su forma de vida, su cultura y formas habituales de toma de decisiones.[86]

La idea de restauración de la autodeterminación de los pueblos indígenas, perdida por la colonización está íntimamente ligada con la restauración de los entornos naturales mediante acciones de conservación basadas en los conocimientos ecológicos tradicionales de los pueblos indígenas. La concepción de la guarda o gestión responsable de la naturaleza supone un valor de recuperación de la conexión entre los humanos y los otros componentes de la diversidad biológica, un valor de "justicia conectiva", [87] donde la restauración supone que algo ha resultado mal en el orden de las cosas, que requiere que se recupere o repare un equilibrio o balance entre los seres humanos – o alguna parte de ellos - y el mundo natural, implicando simultáneamente una reconciliación entre estos. La idea de antropoceno hace que las posibilidades de controlar las consecuencias dañinas el cambio climático antropogénico dependen también de cambios socio-políticos humanos, donde la lucha de los pueblos indígenas por sus derechos busca restaurar los equilibrios ecosistémicos.[88]

La noción de guarda de la naturaleza no excluye el uso económico, tanto para la subsistencia de las comunidades indígenas como para establecer relaciones de

[85] Ibíd., p. 1074.

[86] BAVIKATTE, K.; BENNETT, T., op. cit., p. 18.

[87] BARRIT, E., "The Story of Stewardship and Ecological Restoration", en VV.AA. (Akhtar-Khavari, Afshin: Richardson, Benjamin, eds.), Ecological Restoration Law: Concepts and Case Studies, Routledge, New York, 2019.

[88] OGDEN, L.: HEYNEN, N.; OSLENDER, U.;WEST, P.; KASSAM, K.; ROBBINS, P.; MASSARDO, F.; ROZZI, R., "The Politics of Earth Stewardship in the Uneven Anthropocene", en VV.AA. (Rozzi, Ricardo et al., eds), Earth Stewardship, Linking Ecology and Ethics in Theory and Practice, Springer, New York, 2015, p. 154.

intercambio con otras actividades económicas. Por ello se ha distinguido entre una forma guarda estática y otra dinámica de los pueblos indígenas respecto de la diversidad biológica.

La guarda estática implica:

> "(1) un interés en conservar un recurso sagrado del uso excesivo o la contaminación; (2) un interés en colocar un objeto para descansar, como restos funerarios; (3) un interés en mantener la integridad física y espiritual de un objeto mediante la imposición de reglas contra la enajenación, como las reglas tribales que prohíben la venta de objetos sagrados a miembros no tribales; y (4) un interés en asegurar el acceso continuo y la preservación de un recurso cultural para la oración, como un sitio sagrado."[89]

En tanto, la guarda dinámica involucra:

> "(1) implica derechos de comercialización que rigen la producción de bienes culturales derivados, bienes que fluyen de un bien cultural, como las reproducciones de artefactos sagrados; (2) implica derechos que rigen la adquisición y el uso de estos bienes derivados, incluido el derecho a determinar si compartir información con grupos no indígenas para fines de mercado, como en operaciones de "turismo cultural"; y (3) implica más derechos limitados de representación y atribución, es decir, la capacidad de los pueblos indígenas de participar en el uso comercial y la expresión de sus prácticas religiosas, artefactos e identidades en ciertos casos."[90]

CONCLUSIÓN

La guarda de la naturaleza es un concepto que está basado en las cosmovisiones de diversos pueblos indígenas en el mundo, los que sostienen una ética de cuidado, relaciones de interconectividad y reciprocidad en el equilibrio de los mundos socio-ambientales. Esto queda bien ejemplificado en las nociones de *Ixofil Mogen* y de *Kaitiakitanga* de los pueblos Mapuche y Māori, respectivamente.

En las últimas décadas se ha ido abriendo paso el reconocimiento jurídico del rol de los pueblos indígenas en el cuidado de la diversidad biológica y sus elementos.

La estrategia de los derechos bioculturales atribuye derechos colectivos a diversos grupos en base a sus vínculos e intereses ambientales. Esto ha sido particularmente imporante para el empoderamiento de los pueblos indigenas como sujetos colectivos.

Por su parte, la estrategia de los derechos de la naturaleza, acuñada de manera más reciente, ha acudido a menudo a las visiones indígenas de la relacionalidad de todos los seres vivientes para atribuir derechos a los entes naturales no humanos. Con ello ha renovado y reforzado las visiones indígenas respecto a los vínculos que nos unen o emparentan con todos los seres naturales.

Ambas estrategias, expresadas tanto en acuerdos internacionales, en soft law, en cláusulas constitucionales o decisiones judiciales estatales, confluyen con claridad en la consagración del rol de guardadores de la naturaleza que los pueblos indígenas se han atribuido ancestralmente a partir de sus sistemas tradicionales de conocimiento y de las normas de su derecho consuetudinario.

Dicha guarda de la naturaleza consiste en un conjunto de orientaciones que resitúan al ser humano frente a sus entornos, construyendo formas de gestión o control responsable de los elementos de la diversidad biológica, las que dependen de un conjunto de valores intrínsecos de ellos y de deberes hacia dichos elementos,

---

[89] CARPENTER, K. Et al., Ibíd., p. 1085.

[90] Ibíd., p. 1084.

entendidos como un sujeto unitario o como una pluralidad de sujetos a los cuales quedamos obligados.

La propiedad ancestral cultural de las tierras como realización de la autodeterminación constituye una institución concreta de la guarda de la naturaleza y con ello tiene un perfil completamente diferente de la noción de propiedad que proviene de los sistemas jurídicos europeos.

La noción de guarda transformadora de la naturaleza constituye, sin duda, una posibilidad alternativa que construye salidas viables, validadas por su mantenimiento por largas tradiciones que han logrado sobrevivir al colonialismo y sus consecuencias, frente a la actual crisis ecológica global.

BIBLIOGRAFÍA

ACOSTA, A.; MARTÍNEZ, E., "Los Derechos de la Naturaleza como puerta de entrada a otro mundo posible", Revista Direito e Práxis, Vol. 8, Nº 4, 2017, 2927-2961.

ANTONA, J., Los derechos humanos de los pueblos indígenas, el Az Mapu y el Caso Mapuche, Universidad Católica de Temuco Ediciones, Temuco, 2016.

ÁVILA, R., "El derecho de la naturaleza: fundamentos", en VV.AA. (Acosta, Alberto; Martínez, Esperanza, comp.), La Naturaleza con Derechos, De La Filosofía a la Política, Abyayala ediciones, Quito, 2011.

BARRIT, E., "The Story of Stewardship and Ecological Restoration", en VV.AA. (Akhtar-Khavari, Afshin: Richardson, Benjamin, eds.), Ecological Restoration Law: Concepts and Case Studies, Routledge, New York, 2019.

BAVIKATTE, K., Stewarding the Earth: Rethinking Property and the Emergence of Biocultural Rights, Oxford University Press, Oxford, 2014.

BAVIKATTE, K.; BENNETT, T., "Community stewardship: the foundation of biocultural rights", Journal of Human Rights and the Environment, Vol. 6 Nº 1, 2015, 7–29.

BAGNI, S., "Los derechos de la naturaleza en la jurisprudencia Colombiana e Indiana", Revista Jurídica de Derecho, Vol.7, Nº 9, 2018, 33-53.

BEAVIS, M., "Stewardship, Planning and Public Policy", Plan Canada, Vol. 31, Nº 6, 1991, 75-82.

BERKES, F., COLDING, J.; FOLKE, C., Rediscovery of Traditional Ecological Knowledge as adaptive management. Ecological Applications Nº10, 2000, 1251–1262.

BIRNBACHER, D., "Legal Rights for Natural Objects, A Philosophical Critique", en VV.AA. (Morscher, Edgar; Neumaier, Otto; Simons, Peter, eds.), Applied Ethics in a Troubled World, Springer, New York, 1998.

BUNIKOWSKI, D; DILLON, P., "Arguments from Cultural Ecology and Legal Pluralism for Recognising Indigenous Customary Law in the Arctic", en VV.AA. (Heinämäki, Leena; Herrmann, Thora Martina, eds.), Experiencing and Protecting Sacred Natural Sites of Sámi and other Indigenous Peoples, The Sacred Arctic, New York, Springer, 2017.

CAJETE, G., Native Science, Natural Laws of Interdependence, Lear Light Publishers, Santa Fe, 2000.

CARPENTER, K.; KATYAL, S.; RILEY, A., "In Defense of Property", Yale Law Journal, Vol. 118, Nº 6, 2009, 1022-1125.

CETTI, A., ¿Interculturalidad o multiculturalismo de Estado? Las paradojas del campo de la Salud Intercultural en Chile, Tesis presentada con el fin de cumplimentar con los requisitos finales para la obtención del título Licenciatura de la Facultad

de Filosofía y Letras de la Universidad de Buenos Aires en Ciencias Antropológicas, Buenos Aires, 2009.

CHAPIN III, S.; CARPENTER, S.; KOFINAS, G., et.al., "Ecosystem stewardship: sustainability strategies for a rapidly changing planet", Trends in Ecology and Evolution, Vol. 25, Nº 4, 2010, 241-249.

CHAPIN III, S.; PICKETT, S.; POWER, M.; JACKSON; R.; Carter, D; Duke, C., Earth stewardship: a strategy for social–ecological transformation to reverse planetary degradation, Journal of Environmental Studies Sciences, Vol. 1, 2011, 44–53.

CHIHUALILAF, E. "Fewla nvtrankam ta pu Che mu-feypigeiñ. Que converse también la gente ahora, nos están diciendo", en VV.AA. (Negrón, Barbara, ed.), Diversidad cultural: El valor de la diferencia, LOM, Santiago, 2005.

CHIHUALILAF, E., "Nuestra lucha es una lucha por ternura", en VV.AA., Historia y Luchas del Pueblo Mapuche, Santiago, Editorial Aún Creemos en los Sueños, 2008.

CUNNIGHAM, R., Creative Stewardship, Abingdon, Nashville 1979.

D'ANDREA, A., "Can the river spirit be a person in the eye of the law?", en VV.AA., Conferring legal personality on the world's rivers: A brief intellectual assessment, Water International, Vol. 44, Nºs 6-7, 2019, 804-829.

DAES, E., "Some Considerations on the Right of Indigenous Peoples to Self-Determination", Transnational Law & Contemporary Problems, Vol. 3, Nº 1, 1993, 1-11.

FALKNER, R.; BUZAN, B., "The emergence of environmental stewardship as a primary institution of global international society", European Journal of International Relations, Vol. 25, Nº 1, 131-155.

FISCHER, F., Citizens, Experts, and the Environment: The Politics of Local Knowledge, Duke University Press, Durham, 2000.

FORSTER, M., Hei Whenua Papatipu: Kaitiakitanga and the Politics of Enhancing the Mauri of Wetlands, A Thesis Presented for the Degree of Doctor of Philosophy, Massey University, Palmerston, 2012.

GAVIN, M.; Mccarter, J.; BERKES, F.; TE PAREAKE MEAD, A.; STERLING, E.; TANG, R.; TURNER, N., Effective Biodiversity Conservation Requires Dynamic, Pluralistic, Partnership-Based Approaches, Sustainability Nº 10, 2018, 1846-1857.

GNANAKAN, K., "Creation, Christians and Environmental Stewardship", Journal of Social, Technological and Environmental Science, Vol.4, Nº 3, 2015, 122-135.

GUDYNAS, E. , "Los derechos de la Naturaleza en serio", en VV.AA. (Acosta, Alberto; Martínez, Esperanza, comp.), La Naturaleza con Derechos, De La Filosofía a la Política, Abyayala ediciones, Quito, 2011.

HALL, D., The Steward: A Biblical Symbol Come of Age, New York, Friendship Press, 1982, 272 p.; VALLET, The Steward Living in Covenant: A New Perspective on Old Testament Stories, REV/Rose Ministries Inc., New York, 2001.

HALL, D., Imaging God: Dominion as Stewardship, Grand Rapids, W.B. Eerdmans Pub., 1988.

HARMSWORTH, G.; AWATERE, SH., "Indigenous Māori Knowledge and Perspectives of Ecosystems", en VV.AA. (Dymond, J., ed.), Ecosystem services in New Zealand – conditions and trends, Manaaki Whenua Press, Lincoln, New Zealand 2013.

HAYES, S., "Defining Kaitiakitanga and the Resource Management Act 1991", Auckland University Law Review, Vol. 8, Nº 3, 1998, 893-899.

HUTCHINSON, R., "Human Responsibility and the Environment: A Christian Perspective", Journal of Hindu-Christian Studies, Vol. 6, 1993, 13-17.

JONAS, H; SHRUMM, H.; BAVIKATTE, K., Biocultural Community Protocols and Conservation Pluralism, Policy Matters 17, IUCN-CEESP, Malaysia, 2010, 102–112.

KAWHARU, M. "Kaitiakitanga: A Maori anthropological perspective of the Maori socioenvironmental ethic of resource management", The Journal of the Polynesian Society, Vol. 109, Nº 4, 2000, 349-370.

LEIMBACHER, J., "NHG und Rechte der Natur", en VV.AA. (Keller, Peter; Zufferey, Jean-Baptiste; Fahrländer, Karl , Eds.), Kommentar NHG, Kommentar zum Bundesgesetz über den Natur- und Heimatschutz , Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1997.

MACQUARRIE, J., "Creation and Environment: The Inaugural Lecture at Oxford University", The Expository Times, Vol. 83, Nº 1, 1971, 4-9.

MARSDEN, M., The natural world and natural resources. Māori value systems and perspectives. Resource Management Law Reform, Working Paper Nº 29, Part A. Ministry for the Environment, Wellington, 1988.

MATHEVET, R.; BOUSQUET, F.; RAYMOND; C. "The concept of stewardship in sustainability science and conservation biology", Biological Conservation Nº 217, 2018, 363–370.

MULLER, S.; HEMMING, S. ; RIGNEY, D., Indigenous sovereignties: relational ontologies and environmental management, Geographical Research, Vol. 57, Nº 4, 2019, 399-410.

O'DONNELL, E., "When a river becomes a person: polarizing environmental protection", en VV.AA., Conferring legal personality on the world's rivers: A brief intellectual assessment, Water International, Vol. 44, Nºs 6-7, 2019, 804-829.

OGDEN, L.: HEYNEN, N.; OSLENDER, U.;WEST, P.; KASSAM, K.; ROBBINS, P.; MASSARDO, F.; ROZZI, R., "The Politics of Earth Stewardship in the Uneven Anthropocene", en VV.AA. (Rozzi, Ricardo et al., eds), Earth Stewardship, Linking Ecology and Ethics in Theory and Practice, Springer, New York, 2015.

OLIVA MARTÍNEZ, D.; BLÁZQUEZ MARTÍN, D., Los derechos humanos ante los desafíos internacionales de la diversidad cultural, Publicacions Universitat de València & Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007.

OSTROM, E., Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action, Cambridge University Press, New York, 1990.

PETER, M., Indigenous Knowledge in Disaster Management in Africa, United Nations Environment Program, Nairobi, 2008.

PONDER, J.; COX-PETERSON, A, "Action-Based Science Instruction: Service-Learning, Stewardship, and Civic Involvement", en VV.AA. (Tippins, Deborah et al., eds.), Cultural Studies and Environmentalism, The Confluence of EcoJustice, Place-Based (Science) Education, and Indigenous Knowledge Systems, Dordrecht et al., Springer, 2010.

PRIETO, J., Derechos de la naturaleza, Fundamento, contenido y exigibilidad jurisdiccional, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2013.

QUIDEL, J., La Regeneración de un Currículo propio mapunche no escolarizado a partir de algunos elementos socio religiosos, Cochabamba, Universidad Mayor de San simón, 2006.

REYES-GARCÍA, V., "The values of traditional ecological knowledge", en VV.AA. (Martínez-Alier, Joan; Muradian, Roldan, eds.), Handbook of Ecological Economics, Edward Elgar, Cheltenham & Northampton, 2015.

RIDINGS, P., "Redefining environmental stewardship to deliver governance frameworks for marine biodiversity beyond national jurisdiction", ICES Journal of Marine Science, Vol. 75, Issue 1, 2018, 435–443.

SAUL, M., "Self-Determination in International Law: A Formula for Uncertainty in the Scope and Content of the Right?", Human Rights Law Review, Vol. 11, Nº4, 2011, 609-644.

SOBREVILA, C., The Role of Indigenous Peoples in Biodiversity Conservation, the Natural but often Forgotten Partners. The International Bank for Reconstruction and Development/THE WORLD BANK, Washington, 2008.

THOMPSON, G., "Environmentalism and Human Rights Legal Framework: The Continued Frontier of Indigenous Resistance", The Indigenous Peoples' Journal of Law, Culture & Resistance, Vol. 4, Nº 1, 2017, 9-44.

WARREN, M., "Indigenous Knowledge Systems and Cross-Cultural Aspects of Environmental Stewardship", en VV.AA. (Beavis, Mary Anne, ed.), Environmental Stewardship: History, Theory and Practice-Workshop Proceedings (March 11-12, 1994), Occasional Paper Nº 32, The University of Winnipeg, Institute of Urban Studies, Winnipeg, 1994.

WHITE JR., L., "The Historical Roots of the Ecological Crisis", Science, Vol. 155, Nº 3767, 1967, 1203-1207.

WHITE, K., "Indigenous Climate Change Studies: Indigenizing Futures, Decolonizing the Anthropocene", English Language Notes, Vol. 55, Nºs 1-2, 2017, 153-162.

WIESSNER, S., "Indigenous self-determination, culture, and land: a reassessment in light of the 2007 UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples", en VV.AA. (Pulitano, Elvira, ed.), Indigenous Rights in the Age of the UN Declaration, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

WORRELL, R.; APPLEBY, M., "Stewardship of Natural Resources: Definition, Ethical and Practical Aspects", Journal of Agricultural and Environmental Ethics, Vol. 12, Nº 3, 2000, 263-277.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 231-247
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A Defensoria Pública e os processos de luta por direitos humanos no Brasil

The Public Defender's Office and the human rights struggling processes in Brazil

Antonio Henrique Graciano Suxberger[1]
Alberto Carvalho Amaral[2]
UniCEUB

Sumário: 1 Introdução. 2 Aportes para uma atuação contra-hegemônica a partir de órgãos institucionalizados. 3 Situando a Defensoria Pública: a proteção de grupos vulneráveis no Brasil. 4 Missões, dilemas e desafios para a Defensoria Pública e as perplexidades da institucionalização: inovando ou renovando o campo jurídico? 5 Conclusões. Referências.

Resumo: O artigo aproxima a percepção dos direitos humanos, especialmente à vista da teoria crítica de Joaquin Herrera Flores, e a atuação da defensoria pública no Brasil, órgão protetor dos vulneráveis e metagarantia para o acesso à Justiça. Problematiza a defensoria pública a partir de uma proposta crítica de sua operacionalização em prol de direitos humanos, com atenção aos desafios e riscos dessa escolha política consagrada no Brasil. Em aparente contradição, a defensoria surge como antagonismo às hegemonias vigentes e se consolida no bojo da constitucionalização de garantias processuais e institucionais. Seu realce legislativo dirige-se às missões e aos desafios diante do cenário jurídico-político. Suas ações e opções se desenham para a escolha política e funcional do órgão, como adequação a pautas hegemônicas ou descolamento pela naturalização sistêmica de sua atuação em benefício dos socialmente excluídos. Metodologicamente, o artigo revisa a literatura específica sobre teoria crítica dos direitos humanos aplicada às instituições e promove abordagem jurídico-compreensiva da promoção de novos direitos pela defensoria pública.

Palavras chave: Defensoria Pública. Direitos Humanos. Processos de luta. Teoria crítica.

Abstract: This paper seeks to approach the perception of human rights, based on Joaquin Herrera Flores' critical theory, and the Public Defender's Office ("Defensoria Pública") in Brazil, as the state agency that protects the vulnerable and represent a guarantee for access to justice. It aims to situate the public defender's office from a critical proposal of its operationalization in favor of human rights, attentive to the challenges and risks of Brazil's choice. The (apparent) contradiction that inserts a

[1] Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UniCEUB. Investigador Associado da linha Direitos Humanos e Desenvolvimento do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Pablo de Olavide. Líder do Grupo de Pesquisa "Políticas Públicas" do UniCEUB. Promotor de Justiça no Distrito Federal.

[2] Doctorando en Sociologia por la Universidad de Brasilia. Máster en Derecho por el Centro Universitário de Brasília (UniCEUB). Profesor de la Escuela Superior de la Defensoria Pública del Distrito Federal (Brasil).

Recibido: 10/02/2020
Aceptado: 15/05/2020

public service institution guided to be a player to face hegemonies relies originally in the Latin-American constitucionalism, which is defined by the progressive inclusion of procedural guarantees in constitutional texts. It asserts the missions and challenges in the juridical scenario and the options designed for the political and functional choice of this specific state agency, such as adaptation to hegemonic directives or distancing by the systemic naturalization of its performance in benefit of social excluded. Methodologically, the paper reviews the specific literature on human rights theory applied to institutions and promotes a legal-comprehensive approach on new rights enforced by the public defender's office**.**

Keywords: Defense. Human rights. Struggling processes. Critical theory.

> Os fenômenos que "*se dan en una formación social determinada – entre ellos, como no, los derechos humanos –, sólo pueden ser entendidos en el ámbito de la suma de los procesos sociales y económicos que predominan en un contexto espacio/temporal concreto. Pero, también partimos de que podemos construir propuestas normativas y realizar prácticas sociales que pueden usarse para transformar tales sistemas hegemónicos y proponer la búsqueda de alternativas reales y concretas si es que percibimos que los mismos conducen a injusticias y explotaciones del ser humano*"[3].

1 Introdução

A defensoria pública talvez seja, dentre as instituições os órgãos públicos brasileiros relacionados ao sistema de justiça, um dos que teve mais sensíveis alterações, em nível constitucional e legal, nos últimos anos no Brasil. Em parte, isso se deve a reformas constitucionais que, por um lado, equipararam o estatuto jurídico dos defensores a algo similar ao estatuto jurídico dos membros da magistratura e do Ministério Público, reproduzindo, com suas particularidades, medidas constitucionais e legais voltadas para operacionalização do órgão, gestão orçamentária, financeira, patrimonial, contábil, além do próprio estatuto jurídico de seus membros e servidores. Tais alterações também se voltaram para os papéis e para as funções que o órgão deve desempenhar em seu cotidiano, existindo, de forma clara, um aumento de suas atribuições que, em certa medida, desprendem-se de uma imagem histórica, centrada na atuação em juízo para pessoas sem assistência de advogados, e o reconhecimento contemporâneo de uma função estatal voltada para assistir juridicamente coletividades vulneráveis[4].

A existência de uma conjuntura política favorável a essa temática, construída e marcada pelas articulações de associações de defensores públicos e sociedade civil junto aos parlamentos e ao executivo, é elemento importante para compreender como um órgão que, apesar de sua relevância social, especialmente em um país marcado pela pobreza e pela enorme desigualdade social, sempre esteve à margem dos outros partícipes da Justiça, como magistrados, promotores e advogados de Estado, conseguiu realizar interações que geraram consequências de grande monta, com sensíveis alterações constitucionais e legais.

A própria institucionalização do órgão no texto original da Constituição da República de 1988, que foi alvo de severos debates no âmbito constituinte[5], já se

---

[3] HERRERA FLORES, J. "La reinvención de los derechos humanos". Ed. Atrapsuenõs, Sevilla, 2007, p. 81.

[4] Para melhor adequar o conceito de grupos vulneráveis, podemos compreender como vulneráveis, de acordo com as Regras de Brasília, as pessoas que, "por razão da sua idade, gênero, estado físico ou mental, ou por circunstâncias sociais, econômicas, étnicas e/ou culturais, encontram especiais dificuldades em exercitar com plenitude perante o sistema de justiça os direitos reconhecidos pelo ordenamento jurídico" (REGRAS..., 2018).

[5] Acerca da constitucionalização da defensoria pública, interessante estudo sobre os debates constituintes encontra-se no texto de Thiago de Miranda Queiroz Moreira (in "A constitucionalização da Defensoria Pública: disputas por espaço no sistema de justiça". *Opinião*

mostrou como um rompimento relevante para o tratamento prestado para os necessitados. Prevaleceu o desenho de âmbito nacional, em concorrência de atribuições entre a União, Estados e Distrito Federal, voltado primordialmente para a defesa de quem não dispusesse de condições econômicas para acessar a Justiça[6]. O critério econômico dizia respeito, naquele momento, a possuir condições materiais para contratar advogados particulares, como se o serviço prestado se restringisse a atuação em feitos judiciais em juízo, como uma opção público-governamental à função advocatícia. Essa visão econômico-material cedeu espaço para uma concepção substancial.

De outro lado, parece ser cada vez mais claro que, nas primeiras décadas do século XXI, as pautas denominadas "neoliberais" assumiram, com força e disposição, um papel relevante nas discussões políticas no Brasil, em movimento semelhante ao ocorrido no Norte global[7], especialmente a partir do século 1970, e que foram potencializados pela *uberização*, uma nova faceta dos avanços empresariais e de gestão, inaugura uma imagem ideológica de um novo tipo de labor, de relações e que define subjetividades nesta contemporaneidade.

Esses movimentos políticos contraditórios ou, ao menos, pouco conciliáveis entre si, marcam uma das características do cenário político brasileiro que, após conturbado período, irá buscar compatibilizar esse órgão de defesa dos interesses dos necessitados e as pautas políticas. Diante dos riscos e dilemas que surgem, ressalta-se a necessidade de, mais uma vez, situar a defensoria pública a partir de uma proposta crítica de sua operacionalização em prol de direitos humanos, com olhos atentos aos desafios e aos riscos dessa escolha política consagrada no Brasil e que tem gerado ramos por diversos países da América Latina, questionando, inclusive, opções tradicionais do norte global.

Busca-se, neste artigo, compreender se e como a defensoria pública, órgão derivado de uma institucionalização voltada para assegurar assistência jurídica a grupos sociais vulneráveis, mostra-se como catalisador de processos de luta por direitos humanos no Brasil.

Na primeira seção, tecerei considerações teóricas sobre como uma instituição jurídica, ou posicionalmente jurídica, pode oferecer opções de antagonismo às hegemonias sistêmicas e institucionais, derivadas ou matizadas a partir de um cenário capitalista, situando a pobreza e a exclusão de grupos sociais como pauta relevante de políticas públicas, em um enfrentamento constante na busca da diminuição das mazelas sociais.

Na segunda seção, pretendo situar o órgão defensoria pública no Brasil, como ocorre a institucionalização, a partir de lutas desenvolvidas nos foros e nos órgãos legislativos, em decorrência de um fenômeno latino-americano de constitucionalização de garantias processuais, que ganhará projeção com o advento da Constituição da República de 1988, mas que será concretizado por emendas constitucionais advindas após interlocuções de êxito junto às Casas Legislativas.

Pública, v. 23, n. 3, p. 647-681, 2017), o qual também debateu, em outra ocasião, movimentações políticas para a criação das Defensorias Públicas estaduais (MOREIRA, T.M.Q. "A criação da Defensoria Pública nos Estados: conflitos institucionais e corporativos no processo de uniformização do acesso à Justiça". In: *Encontro anual da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS)*, *Anais...* Caxambu, 2016). São leituras e abordagens relevantes para a compreensão da defensoria pública brasileira.

[6] O acesso à Justiça deve ultrapassar o mero acionamento de ações ou medidas em face do Poder Judiciário, para abarcar uma série de instituições, estatais ou não, com variedade de mecanismos para a busca da resolução pacífica de conflitos e do reconhecimento de direitos (SADEK, M.T.A. "Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos". *Revista USP*, n. 101, 2014, p. 57).

[7] Adota-se, aqui, a conceituação de norte e sul globais definida por Raewyn Connell (in "A iminente revolução na teoria social". *Revista brasileira de ciências sociais,* vol. 27, n. 80, p. 9-20, 2012.

Na terceira e derradeira seção, as missões e desafios para este órgão, no cenário atual, serão delineados, bem como os perigos que podem significar, de um lado, a adequação às pautas hegemônicas prioritárias, especialmente pela seleção das castas jurídicas em seus quadros e pelas disputas institucionais que se voltam para prestígio, remuneração, benefícios do cargo, e, de outro, o descolamento que pode ocorrer pela naturalização das lutas sociais como um cerne mascarado de sua atuação.

Metodologicamente, o artigo se vale da revisão específica da literatura, tomando de modo particular as categorias de Joaquín Herrera Flores[8] aplicadas às instituições, além de problematizar a promoção de novos direitos, numa perspectiva jurídico-compreensiva[9], pela defensoria pública.

2 Aportes para uma atuação contra-hegemônica a partir de órgãos institucionalizados

A institucionalização da defensoria pública no Brasil dá-se especialmente com a Constituição de 1988, existindo, anteriormente, apenas alguns serviços, com nítida atuação judicial e usualmente em capitais muito numerosas. Depois da constitucionalização, em 1988, e de diversas reformas, constitucionais e infraconstitucionais, que realinham o órgão, dotando-o de autonomia (financeira, orçamentária, administrativa, funcional), a defensoria pública assume relevo no cenário nacional e mostra-se como uma opção institucional para concretizar direitos de parcela significativa da população, na defesa rotineira de pautas contra-hegemônicas ou, ao menos, representando interesses de uma população carente e que dificilmente conseguiria acessar o sistema judiciário sem a participação do órgão.

Dentro de um sistema que se estrutura pelas lógicas capitalistas, de acumulação de capital, que gera distanciamento e pobreza para um grande contingente populacional, a primeira indagação volta-se para questionar se é possível a estruturação de um órgão público desenhado institucionalmente e vocacionado para uma pauta de inclusão social e de exclusão de ilegalidades que representa, em seu extremo, um antagonismo à própria lógica de acumulação capitalista.

Desde logo, importante assentar que, embora o sistema capitalista, estrutura estruturante[10] que condiciona a realidade, ele não determina toda a realidade. Essa é uma lógica que decorre da própria complexidade, processualidade e contingência que permitem o desenho social, sendo um pressuposto importantíssimo para situar os discursos, filosóficos e sociológicos, que se pautam pela necessidade de mudanças sociais. Do contrário, se a estrutura condiciona e determina toda a realidade, estamos fadados a repetir todos os seus sistemas exclusivos e não há o que se esperar do lado de fora.

Portanto, é possível alterar a realidade a partir de como essa realidade se apresenta, de suas estruturas, sistemas, discursos, pessoas, imagens, ou seja, desse amplo conjunto de dispositivos, elementos heterogêneos que incluem o dito e o não-dito[11] e que permitem a compreensão social. Mudanças são possíveis, porém não são facilmente alcançáveis, daí surgindo a necessidade de teorizar sobre como se situar e como proceder para obter uma realidade que, em que se diferencia da anterior, possibilite menos opressão e menos danos para a população.

A teoria crítica dos direitos humanos, iniciando-se pelos aportes teóricos de Joaquin Herrera Flores, em *La reinvención de los derechos humanos*, ousa projetar um mundo diferente, pautada por premissas teóricas que possam nos retirar de qualquer lugar falseado de conforto e que possibilitariam confrontar a dura realidade

---

[8] HERRERA FLORES, J. "La reinvención de los derechos humanos". Ed. Atrapsuenõs, Sevilla, 2007.

[9] GUSTÍN, M.B.S.; DIAS, M.T.F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.* 3. ed. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2010, p. 28.

[10] BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Ed. Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2001.

[11] FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. 13.ed. Ed. Graal, Rio de Janeiro, 1998.

dos contextos sociais que se apresentam neste século XXI, em prol de um mundo melhor.

Após criticar o discurso hegemônico e tradicional dos direitos humanos, que se vincula a pressupostos metafísicos e que, em grande medida, é linguagem que se alinha aos interesses dos setores dominantes, na manutenção do *status quo*. Alterando a própria concepção dos direitos, enquanto respostas ofertadas após lutas por mais dignidade humana, o liberalismo tradicional enfatiza uma visão estética e artificial desses dispositivos, como se fossem reconhecimento derivados da própria concepção humana, olvidando o sangue e as lágrimas que permitiram que sobreviessem e que melhorassem, um pouco, a situação dos vitimizados, dos excluídos, dos indesejados.

A teoria crítica dos direitos humanos se afasta dessa visão formal dos direitos humanos, que os situa em uma inexistente evolução de um tipo individual para um difuso, que ressalta a relevância de direitos e garantias individuais em oposição às sociais e coletivas, e situa os direitos como frutos de sua sociedade, de sua temporalidade e das relações de poder desiguais, que se articulam e oferecem respostas, mantendo-se, em certo nível, as dessemelhanças e as hierarquias. Como fruto temporal, podem ser articulados para operar no mundo e nas suas dinâmicas, com força emancipadora, não apenas de legitimação.

Os direitos humanos "*deben considerarse con la puesta en práctica de disposiciones críticas con respecto al conjunto de posiciones desiguales que las personas y grupos ostentan tanto se un nivel local como global*"[12]. Nessa esteira, o órgão que assume a proteção dos direitos humanos na órbita de todos os grupos vulneráveis, como se apresenta a atual conformação da defensoria pública brasileira, deve estar permeado de ferramentas, instrumentos e de presentantes que se coloquem no sentido de denunciar abusos e ilegalidades, diminuindo as mazelas sociais.

Mas como articular-se com esse objetivo emancipador? Para uma ação emancipadora, deve-se considerar que (a) a análise teórica sempre deve exteriorizar as estratégias de reprodução de que se valem as relações de força hegemônica; (b) deve ser explicitado que essas estratégias cumprem 3 (três) funções, que devem ser criticadas e denunciadas, quais sejam, se voltam para a própria perpetuação, geram obrigações morais sobre a estrutura hegemônica de posições e disposições e engendram a construção de garantias jurídicas, políticas e econômicas dessa reprodução/dominação que se apresentam como cláusulas pétreas imutáveis; e (c) visibilizar constantemente as manipulações simbólicas que estas estratégias promovem através de processos educativos, culturais e midiáticos[13].

Utilizando-se das 4 (quatro) estratégias que Joaquin Herrera Flores descreve, como elementos para antagonismo, podemos conceber um órgão voltado para essa função, concebendo, também, que o estado de exclusão contínua de parcela populacional, a longo prazo, é ofensivo a qualquer normatividade social e tende à própria erupção das estruturas sociais.

Assim, a primeira estratégia, é compreender que conhecer é saber interpretar o mundo. O mundo atual está embebido da racionalidade que enfatiza as liberdades individuais e o Estado de direito formal em detrimento dos direitos sociais e do Estado social de direito, dando base para a ideologia jurídica e política dominantes, que também pautam o neoliberalismo e neoconservadorismo. Para modificar essa racionalidade, é imperioso conhece-la para, após, instrumentalizar meios de superá-la. Logo, "devemos desenvolver um programa educativo e de ação que conscientize todas e todos da necessidade de enfrentar com o maior número de instrumentos

[12] HERRERA FLORES, J. "La reinvención de los derechos humanos". Ed. Atrapsuenõs, Sevilla, 2007, p. 84.
[13] HERRERA FLORES, J. "La reinvención de los derechos humanos". Ed. Atrapsuenõs, Sevilla, 2007, p. 85-86.

possíveis esses obstáculos que impedem a realização efetiva dos fins indicados"[14]. A segunda estratégia enuncia que todo conhecimento é produzido por alguém, situado em determinado contexto, e se presta para um determinado objetivo ou finalidade[15], logo o próprio conhecimento deve ser alvo de crítica, concebendo-se o homem como algo mais que liberdades individuais e que o mundo escapa, sempre, a qualquer mapa mental ou pré-definição. Os direitos não surgem do nada, como um espirro de genialidade ou de pureza, sendo fruto de circunstâncias reais de tensionamento de poder, que gerarão efeitos reais. Pela terceira, ao definir eu delimito o horizonte de direitos humanos que vindico e que irei realizar as lutas necessárias para obtê-lo, logo, "uma delimitação dos direitos em função de uma escolha ética, axiológica e política: a da dignidade humana de todos os que são vítimas de violações ou dos que são excluídos sistematicamente dos processos e dos espaços de positivação e reconhecimento de seus anseios, de seus valores e de suas concepções a respeito de como deveriam ser entendidas as relações humanas na sociedade"[16]. Devo colocar em marcha processos de luta pela dignidade humana ou a própria instituição desses direitos, para a construção de espaços que permitam um empoderamento plural e diferenciado[17]. A quarta, por derradeiro, uma definição material de dignidade humana pressupõe bases teóricas, que acentuem os processos históricos envolvidos nas lutas contra opressão e dominação, e que permita a criação de espaços de luta, que propiciem o surgimento e desenvolvimento de propostas alternativas à realidade, respeitando-se os 5 (cinco) deveres básicos, quais sejam, reconhecimento, respeito, reciprocidade, responsabilidade e redistribuição.[18]

Essas estratégias devem levar em consideração que, na pragmática dos direitos humanos, as instituições, enquanto normas, regramentos e procedimentos articulados hierárquica e burocraticamente para a resolução de conflitos, irão suportar toda a estrutura cognitiva e, se "uma teoria chega a ser posta em prática institucionalmente, aumenta sua capacidade de 'durar', de ser 'transmitida' e, inclusive, de 'resistir' a possíveis deformações"[19], logo, uma institucionalização como a defensoria pública, que iremos nos debruçar na próxima seção, possui uma potencialidade de atuação concreta relevante e imprescindível.

> O componente institucional dos direitos é, então, muito relevante, pois toda instituição é o resultado jurídico/político/econômico e/ou social de uma determinada forma de entender os conflitos sociais. Nesse sentido, entendemos as instituições como espaços de mediação nos quais se cristalizam os resultados sempre provisórios das lutas sociais por dignidade. Tudo isso sem esquecer que falar de "instituição" é o mesmo que tratar das relações de poder que primam no momento histórico concreto em que vivemos. Daí a enorme importância da luta político/institucional para levar à prática nossas ideias críticas sobre os direitos[20].

Indiscutivelmente, no atual cenário do sistema de justiça, a defensoria pública parece agrupar essa potencialidade prática das teorias emancipadoras. Desde sua concepção, como uma instrumentalização de assistência judicial aos hipossuficientes

---

[14] HERRERA FLORES, J. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. GARCIA, C. R. D., SUXBERGER, A.H.G.; DIAS, J.A. Ed. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2009, p. 93.
[15] HERRERA FLORES, J. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. GARCIA, C. R. D., SUXBERGER, A.H.G.; DIAS, J.A. Ed. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2009, p. 98.
[16] HERRERA FLORES, J. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. GARCIA, C. R. D., SUXBERGER, A.H.G.; DIAS, J.A. Ed. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2009, p. 107.
[17] HERRERA FLORES, J. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. GARCIA, C. R. D., SUXBERGER, A.H.G.; DIAS, J.A. Ed. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2009, p. 109.
[18] HERRERA FLORES, J. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. GARCIA, C. R. D., SUXBERGER, A.H.G.; DIAS, J.A. Ed. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2009, p. 110.
[19] HERRERA FLORES, J. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. GARCIA, C. R. D., SUXBERGER, A.H.G.; DIAS, J.A. Ed. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2009, p. 122.
[20] HERRERA FLORES, J. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. GARCIA, C. R. D., SUXBERGER, A.H.G.; DIAS, J.A. Ed. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2009, p. 123.

econômicos, à sua atuação em prol de grupos vulneráveis, o desenho institucional possui elementos para encampar e concretizar as lutas sociais por dignidade.

3. Situando a Defensoria Pública: a proteção de grupos vulneráveis no Brasil

Desde que atentas às características essenciais para uma abordagem crítica dos direitos humanos, que ultrapasse critérios liberais de uma realidade evolucionista ficcional inexistente, as instituições possuem potencialidade ínsita para a concretização de teorias e práticas. Nesta seção, pretendo discorrer brevemente sobre a opção institucional adotada pelo Constituinte de 1988, qual seja, a criação de um órgão de Estado, essencial à função jurisdicional do Estado e aos próprios anseios democráticos do texto constitucional, composto por advogados selecionados por concurso público, de provas e títulos, em carreira estável, impossibilitados de advogar, e vinculados à prestação de assistência jurídica gratuita aos necessitados.

Inicialmente, é preciso definir o que é a prestação de assistência jurídica. E, para bem compreender esse termo, precisamos definir o que seja "acesso à Justiça". O acesso à Justiça, tradicionalmente, se volta para duas finalidades essenciais do sistema jurídico, quais sejam, propiciar que todos possam reivindicar direitos e/ou a resolução de conflitos sob a tutela Estatal e, também, que os resultados advindos da prestação jurisdicional sejam justos, individual e socialmente[21]. Embora possamos alinhar outros elementos modernos relevantes nessa definição, ela ainda possui relevância para a compreensão e comparação de ordenamentos distintos.

No Brasil, criou-se um órgão com atribuição inerente voltada para prestar acesso à Justiça, possibilitando a assistência judicial, ou seja, provendo meios para que as pessoas possam ingressar com ações ou contestar demandas contra si, manejar de recursos ou outros instrumentos no âmbito do Poder Judiciário. Para além disso, a defensoria pública foi disciplinada para ofertar assistência jurídica, a qual, englobando a assistência judicial, volta-se em um sentido mais amplo em busca de concretizar direitos, prestar a orientação jurídica, ainda que desvinculada de processos ou sem que seja necessário demandar juntamente ao Judiciário, propiciar a educação em direitos humanos e a busca pela diminuição das desigualdades sociais, garantindo-se meios de defesa e de proteção para grupos vulneráveis, protegendo-os contra os desmandos de corporações ou do próprio Estado. Possível falar, inclusive, da necessidade de se buscar uma assistência jurídica que rompa barreiras formais, de forma sensibilizada às demandas e dramas sociais[22].

O desenho constitucional da defensoria pública apresenta um órgão, de viés nacional, com abrangência para tutelar as pretensões jurídicas, judiciais ou extrajudiciais, não limitadas necessariamente à tutela de direitos em juízo, de grupos vulneráveis e de pessoas sem condições financeiras de acessar os serviços de advogados particulares.

A institucionalização, que marca o desenho da defensoria pública brasileira, afasta-se dos sistemas de acesso à Justiça visualizados por Mauro Cappelletti e

[21] CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Ed. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 3.

[22] A assistência jurídica sensibilizada (AMARAL, A.C. "Mulheres, violência de gênero e as dificuldades no acesso às proteções judiciais da Lei Maria da Penha". *Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress* (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017), de extrema relevância em situações de vitimização por violências estruturais históricas, no âmbito individual ou coletivo, não se limita à atuação processual/judicial, perseguindo o empoderamento da mulher, conscientizando-a em direitos (AMARAL, A.C. *A violência doméstica a partir do olhar das vítimas: reflexões sobre a Lei Maria da Penha em juízo*. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 328) e evitando atitudes recriminatórias, em um nível interpessoal (MILLS, L.G. "On the other side of silence: affective lawyering for intimate abuse". *Cornell Law Review*. Nova Iorque, vol. 81, 1996, p. 1228).

Bryant Garth[23], os quais vislumbravam a possibilidade de atuação pelo sistema do *judicare*, pelo sistema de advogados remunerados pelos cofres públicos e, ainda, por sistemas mistos. Para esses autores, o Estado moderno, ao ultrapassar a visão formalista dos estados liberais burgueses (séculos XVIII e XIX) de que bastaria o acesso à Justiça, com meios para ingressar ou se defender em feitos judiciais, vislumbra, como dever estatal, a diminuição da miséria e da pobreza.

Para propiciar os meios adequados para a defesa dos direitos dessa parcela populacional, Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha Oriental estipularam o sistema denominado *judicare*, em que a assistência é direito de todos que se enquadram em um conceito de baixa renda. Realizada a comprovação, a parte beneficiária poderia escolher, a partir de uma lista de advogados particulares, quem iria patrocinar sua ação e receber os valores de honorários para sua atuação[24]. Nos Estados Unidos da América do Norte, adotou-se o sistema dos advogados remunerados pelos cofres públicos, que, em "escritórios de vizinhança", manejavam ações coletivas, principalmente, e buscavam conscientizar a população marginalizada e pobre sobre seus direitos enquanto classe[25]. Existiam, ainda, sistemas combinados, como o da Suécia e de Quebec, no Canadá, em que se poderia optar por advogados particulares ou advogados servidores públicos, ou o da Austrália, Holanda e Grã-Bretanha, em que centros de atendimento de vizinhança suplementavam os serviços prestados por advogados escolhidos via *judicare*[26].

Esses sistemas possuíam falhas e os sistemas mistos voltavam-se para tentar diminuir ou dirimir os prejuízos, sem conseguir tanto sucesso. O caminho brasileiro, porém, foi diverso.

> Atualizando esses modelos propostos por Cappelletti e Garth, é perceptível que, no Brasil, criou-se uma terceira via, que não pode ser considerada mera combinação dos modelos *judicare* e advogados remunerados pelo Estado. A Defensoria Pública é uma instituição de Estado autônoma, porém, na sua atuação, congrega servidores públicos devidamente habilitados, com remuneração paga pelo Estado independentemente do êxito nas lides que atuam, e que devem atuar em questões individuais ou coletivas, com anseios primordiais voltados para evitar o excessivo ajuizamento de demandas – ênfase, portanto, na resolução extrajudicial de conflitos – , e com exigências de atuação para conscientização de direitos, para promoção dos direitos humanos e para a maior atuação em relação às pessoas carentes e grupos vulneravelmente expostos[27].

A defensoria pública brasileira apresenta-se como órgão autônomo, com independência orçamentária, administrativa, funcional, financeira e patrimonial[28]. E,

---

[23] CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Ed. Fabris, Porto Alegre, 1988.
[24] CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Ed. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 13-14.
[25] CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Ed. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 16.
[26]CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Ed. Fabris, Porto Alegre, 1988, p. 16-17.
[27] SUXBERGER, A.H.G; AMARAL, A.C. "A defensoria pública como garantia constitucional processual de acesso à justiça na América do Sul". *Revista Brasileira de Políticas Públicas,* v. 6, nº 2, p. 116-131, out. 2016, p. 115.
[28] Na Constituição da República, a defensoria pública teve alterações significativas nos últimos anos, em razão, primordialmente, dessas 4 (quatro) emendas. A Emenda Constitucional n.º45, de 2004, que, ao alterar o texto constitucional, previu a autonomia funcional e administrativa, além da iniciativa orçamentária para as Defensorias Públicas estaduais. A Emenda Constitucional n.º 69, de 2012, que transfere da União para o Distrito Federal a competência para legislar sobre sua própria defensoria pública, reconhecendo uma situação fática e jurídica corrente nesse ente federativo. Emenda Constitucional n.º 74, de 2013, que estendeu os efeitos da Emenda Constitucional n.º 45 para a Defensoria Pública da União e do Distrito Federal. E, por fim, mas não menos relevante, a Emenda Constitucional n.º 80, que alterou significativamente o papel constitucional do órgão defensoria pública, seja criando uma seção específica para ela (Seção IV), prevendo explicitamente no texto constitucional os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e da independência funcional, bem como aplicou, no que couber, as disposições previstas nos arts. 93, II, e 96, relativas à magistratura, para a defensoria.

como metagarantia, ou seja, garantidora de uma garantia constitucional, que é o próprio acesso à Justiça[29], é instituição perene, essencial à função jurisdicional do Estado e que, em seu mister, concretiza o princípio democrático, ao pretender diminuir as mazelas sociais e as diminuições vivenciadas por grupos vulneráveis, cabendo-lhe a orientação jurídica, a promoção dos direitos humanos e a defesa integral e em todos os graus e instâncias dos direitos individuais e coletivos dos necessitados e dos grupos vulneráveis.

A defensoria pública brasileira reparte-se, em razão de sua atuação[30], em grandes ramos, quais sejam, a Defensoria Pública da União (DPU), a Defensoria Pública do Distrito Federal (DPDF), as Defensorias Públicas estaduais (DPE's) e as Defensorias Públicas dos Territórios[31]. Para aquelas matérias que tramitam na Justiça estadual ou do Distrito Federal, terá atribuições para atuar a defensoria correspondente. Por sua vez, para as matérias que tramitam na Justiça Federal, do Trabalho, Militar, a atribuição será da DPU.

Da mesma forma, a competência para organizar e manter a DPU e a Defensoria Pública dos Territórios será da União e para organizar e manter as DPE's e a DPDF será, respectivamente, do referido Estado ou do Distrito Federal. Com relação às normas advindas do legislativo, a competência para legislar sobre normas da DPU e normas gerais das DPE's e da DPDF é do legislativo federal, devendo os Estados e o Distrito Federal legislarem sobre as normas específicas de suas próprias defensorias, no exercício de sua competência[32].

No exercício de suas funções, os defensores públicos possuem instrumentos para a proteção do exercício pleno e desimpedido dessa função pública, decorrentes da Constituição da República e que se confundem com o próprio órgão, como os princípios institucionais da unidade, indivisibilidade e da independência funcional, ou de garantias voltadas para seus afazeres cotidianos, alguns com assento constitucional, como a inamovibilidade[33], o acesso à carreira por concurso público de provas e títulos, promoção na carreira por merecimento ou antiguidade, e outros de assento legal, como irredutibilidade de vencimentos, estabilidade, direito de recusa a causas em que fundamente inadequado o patrocínio, entre outras.

E, embora haja uma certa regularidade com relação a órgãos, atribuições e tipos de demandas submetidas às diversas defensorias, é importante trazer para o bojo deste artigo a mesma advertência realizada por Bruno Amaral Machado, ao analisar o desenho institucional do Ministério Público:

---

[29] A defensoria pública, que concretiza o "Estado-defensorial" no Brasil, assume o papel de metagarantia (DEVISATE, R. "Categorização: o modelo constitucional, o defensor público e o seu atuar – ato de defensorar" en *Defensoria Pública: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia*. ANADEP, Brasília, 2015), na medida em que é um instrumento para assegurar a garantia constitucional de acesso à Justiça, de pessoas carentes e grupos vulneráveis, porém de abrangência muito maior que o mero ajuizamento de demandas perante o Poder Judiciário, em razão de sua função político-institucional em prol dessa parcela populacional carente (AMARAL, A.C. *A violência doméstica a partir do olhar das vítimas: reflexões sobre a Lei Maria da Penha em juízo*. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 311, nota 142).

[30] Importante assinalar que, em razão o princípio da unidade, que ganhou assento constitucional em razão da Emenda Constitucional n.º 80, de 2014, mas que já constava na Lei Complementar Federal n.º 80/1994, essas divisões são internas e se justificam para a melhor atuação do órgão.

[31] Para fins didáticos, considerando as atribuições constitucionais de competência e o cenário delineado após as alterações constitucionais, a Defensoria Pública dos Territórios, caso venha a ser criado algum território federal, incorpora-se na DPU e é tratada de forma similar.

[32] Nesse sentido, é a previsão do art. 24, XIII, §§ 1º ao 4º, eis que é competência concorrente da União, do Distrito Federal e dos Estados para legislar sobre assistência jurídica e defensoria pública, devendo a União estabelecer normas gerais para os Estados e o Distrito Federal, os quais, por sua vez, exercerão sua concorrência suplementar.

[33] A garantia da inamovibilidade não possui caráter absoluto, sendo possível a remoção por interesse público (art. 93, VIII, c/c 134, §4º, da Constituição da República).

> Certamente, há uma diversidade de modelos institucionais. Os exemplos e experiências concretas demonstram que o modelo idealizado constitucionalmente constitui apenas o ponto de partida. O desempenho das funções relaciona-se a distintas variáveis. Fatores organizacionais jogam um papel relevante, na medida em que a distribuição das tarefas entre os integrantes da organização passa pela estruturação burocrática (burocracia no sentido weberiano) das diversas funções institucionais[34].

Assim, ainda que haja questões comunicáveis entre as DPE's e DPDF, especialmente em relação ao quadro de pessoal, as particularidades vivencias de cada ramo faz surgir distanciamentos grandes, inclusive pelas rotinas adotadas, pelos enfoques privilegiados. Acentuar essa característica é importante para não se esquecer, em algum momento, que as aproximações não são capazes de silenciar as dinâmicas particulares de constituição de cada uma das defensorias públicas, bem como o tipo de atuação que terá em determinadas matérias e como poderá se apresentar como um órgão mais ou menos combativo, mais ou menos atento às demandas sociais emancipatórias, mais ou menos articulado com os demais órgãos e instituições, inclusive na mídia, não necessariamente tradicional.

4 Missões, dilemas e desafios para a Defensoria Pública e as perplexidades da institucionalização: inovando ou renovando o campo jurídico?

Nesse tópico, tentaremos situar os cenários que se avizinham para a defensoria pública brasileira, já que, a depender de suas decisões e de como irá articular sua atuação, poderá desempenhar um papel de inclusão ou de exclusão de direitos humanos da população vulnerável, servindo-se como instrumento de retificação ou de emancipação social.

O contexto pode condicionar – e assim o faz efetivamente, inclusive em decorrência de sua própria estruturação –, porém não determina[35] o desenho social, existindo celeumas e espaços que permitem uma crítica e uma visão diferenciada. Essa é a aposta da visão crítica dos direitos humanos, com o objetivo de posicionar-se contra os elementos básicos do sistema capitalista e de sua tendência inexorável à acumulação predatória, podem ser adotadas estratégias de antagonismo, de insurgência e de confrontação. A mera concepção ou o desenho normativo não são suficientes para determinar como e de que maneira as instituições se portarão, especialmente porque, como ocorre em todos os momentos históricos, somos atravessados por processos complexos e contraditórios, que nos tencionam cotidianamente. E, este momento, sinaliza mais uma ocasião de definição paradigmática de políticas públicas e de rumos no Brasil.

Nas primeiras décadas do século XXI, as pautas denominadas "neoliberais" assumiram, com força e disposição, um papel relevante nas discussões políticas no Brasil, em movimento semelhante ao ocorrido a partir do século 1970 no Norte global. Pautas como desestatização, aumento da competividade, diminuição de políticas sociais para setores menos abastados, diminuição de "privilégios" como direitos de seguridade social, redução de direitos e garantias trabalhistas, tem incrementado sua força, enquanto se visualiza uma depreciação dos elementos até então tradicionais na relação de emprego, por uma *uberização*, como imagem ideológica, que marca um novo tipo de sociedade e de cidadão, que assume seu futuro e toda sua sorte dependente de seu próprio mérito, ressignificando as relações em que se insere, retirando de sua visão os diversos mecanismos de submissão, típicos de estruturas capitalistas e do próprio subdesenvolvimento que o Brasil, como

---

[34] MACHADO, B.A. "Representações sociais sobre o controle externo da atividade policial: cultura organizacional e relações institucionais". *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 19, n. 88, 2011.

[35] HERRERA FLORES, J. "La reinvención de los derechos humanos". Ed. Atrapsuenõs, Sevilla, 2007, p. 87.

diversos outros países do Sul global, colonizados e ainda dependentes, é obrigado a situar-se, por submissão e opressão dos países do norte global.

A *uberização*, que ultrapassa o aplicativo de celular e marca o cenário mundial com a assunção total de todos os riscos pelos que já estavam à margem dos avanços culturais ou muito perto dessa margem, talvez seja um dos principais fatores que alteram toda a dinâmica social e que molda uma subjetividade que, em que pese anuncie independência, escamoteia e elimina qualquer possibilidade de visualizar os diversos mecanismos sociais de controle e exclusão daqueles menos abastados que permanecem em operacionalização. O homem e a mulher que se esperam, nessa sociedade, não dependem dos outros, assumem os próprios riscos e irão – ou pretendem – conseguir seu sucesso por mérito próprio, conquistado por seu esforço, em suas horas de trabalho que não são mais ociosas, enquanto, de outro lado, repassasse para o empregado-uber todo o risco da atividade econômica, inclusive moralmente. Isso no bojo de uma sociedade midiática, que se veste, se relaciona e se comunica por aplicativos que expõe toda a intimidade sem rodeios e sem censuras, com possibilidade de engajamentos e de violações, democráticas ou não, com potencial inédito de reunião e disseminação[36].

Com a naturalização dos fenômenos, tal como ocorre com a *uberização,* os excluídos e explorados apropriam-se dos mecanismos de reprodução e de dominação hegemônicos. Frases de efeito, imagens e sentidos são articulados e reiterados, em uma reafirmação de um posicionamento que viola às expectativas desses grupos dominados, mas que servem para enfrentar o cotidiano de violações, bem como situar suas expectativas no mundo. Essa estratégia de sobrevivência mina as possibilidades de rompimento por esses excluídos.

De outro lado, vimos que a institucionalização de uma defensoria pública independente e autônoma ganhou força, sobretudo, pelas substanciais reformas nos textos constitucionais e legais, além da própria atuação junto à sociedade civil do órgão, também durante essas primeiras décadas. A divulgação de suas atribuições e articulações realizadas além dos fóruns, em ambientes populares ou na defesa das populações tradicionalmente excluídas dos avanços culturais, marcaram uma institucionalização muito particular. E, nesse ponto, evidencia-se mais uma vez como os processos de luta e seus reconhecimentos não são uniformes, sofrendo todo tipo de interferência e contingência. Como o órgão irá se portar nessa nova dinâmica sócio-política instaurada?

Inicio, pois, pela possibilidade de alinhamento do órgão defensoria pública com outras carreiras jurídicas, o que poderia significar uma perda de participação voltada para o engajamento social e que tende à clausura em questões internas, de posicionamento do órgão perante outros do sistema de justiça, ou de limitação às questões funcionais de seus membros e servidores.

Os órgãos são compostos por pessoas, envoltas em subjetividades alinhadas ao modelo capitalista hegemônico e não se pode exigir, ao menos não com critérios objetivos razoáveis e de antemão, pessoas outras que venham a inserir-se em tais instituições. A seleção por concurso público, na medida em que prima por critérios de objetividade, acaba por homogeneizar as opções para os candidatos melhor preparados, que não se vinculam à magistratura, ministério público, defensoria, advocacia pública ou outras carreiras jurídicas apenas em razão de suas experiências ou aptidões. Os critérios de objetividade acabam por suprimir caracteres pessoais de maior ou menor aproximação da atividade desempenhada, o que causa

[36] As jornadas de julho de 2013, no Brasil, foram um dos primeiros sinais do poder de agrupamento que pode ser propiciado pelas novas mídias sociais e que, em diversas eleições em países democráticos, tem questionado as estruturas políticas tradicionais e dando voz a pretensões e movimentos que não conseguiam se articular no passado, ressurgindo pleitos conservadores, reacionários, anticientíficos e, em certa medida, resignificando pretensões nada democráticas. A "democratização" propiciada por esses aplicativos acabou por transformar a cena pública nos momentos e sentimentos instantâneos de seus usuários, sem qualquer censura e sem qualquer compromisso ético em face dos demais cidadãos.

desvirtuamento na hora de operacionalização de sua atividade rotineira, além de ser possível uma total dissonância entre as concepções particulares e as articulações organicamente atribuídas para o órgão[37].

A questão remuneratória é tormentosa e merece ser tratada com cautela. Eventuais buscas de melhorias remuneratórias, benefícios e outras vantagens advindas do cargo, usuais nos outros órgãos componentes do sistema judicial brasileiro, também se fazem presentes nas diversas defensorias públicas. Em razão de elementos que permeiam o capital cultural que detém aqueles que conseguem alcançar esses cargos públicos, seja pelos gastos necessários para obtenção de instrução suficiente para alcançar o bacharelado em direito, obtenção da carteira da ordem, dificuldade e da alta competividade envolvendo a aprovação em concursos públicos, há a constituição de uma elite jurídica que distancia-se, sensivelmente, do público que a ela recorre na busca por auxílio jurídico. E essa elite jurídica, ainda que incluída em um órgão voltado para os pobres e mais vulneráveis, no momento de análise de remuneração e outros benefícios, buscam por espelhar a situação de outros órgãos, ainda que suas atividades sejam bem distanciadas.

Em um país marcado pela desigualdade, não há dúvidas que as carreiras jurídicas se apresentam como uma grande possibilidade de mudança remuneratória, para os menos abastados, ou de manutenção de famílias com boas condições econômicas. Essa situação, todavia, não é particular ao Brasil e tem certa semelhança com ocorrido em outros países, seja do sul ou do norte globais – apesar de não ser o cenário adequado, é uma das facetas que mantém as diferenças entre os detentores de poder e os demais. Também é importante assinalar que, embora seja relevante a luta pelos direitos da população carente, é imprescindível apresentar-se como um órgão do sistema de justiça que pode cooptar bons quadros, ao menos em uma visão funcional-sistêmica. Garantias, privilégios e remuneração compatíveis com outros atores como juízes e promotores são elementos que contam para a manutenção de profissionais ou sua seleção em certames públicos, evitando esvaziamento para outras carreiras e possibilitando que bons defensores possam dedicar-se integralmente às suas atribuições.

É concreta a possibilidade de a defensoria situar-se como tantos outros órgãos e, em que pese seu importante papel social e de proteção às minorias castigadas pelo sistema capitalista hegemônico, enfocar seus esforços em questões internas, orgânicas. Há, inclusive, estudos que apontam uma certa cooptação do órgão e como tem se estruturado à margem de sua função institucional primordial, para manter as hierarquias postas[38].

Porém, divergindo desse posicionamento, não creio que haja uma desvirtuada e deliberada perseguição de fins outros, olvidando-se das finalidades constitucionais e legais. A questão não é tão simplesmente delineada e não pode ser enquadrada de maneira tão rígida e definida – há um cenário mais complexo. Em realidade, a partir do paradigma de estudos sistêmicos, é esperado que os diversos organismos jurídicos, ao se especializarem, busquem fortalecer o órgão, as carreiras componentes – e um dos elementos de distinção entre os diversos cargos jurídicos é a remuneração e benesses. Essa diferenciação funcional é ínsita à própria

---

[37] ALBRECHT, P.A.T.; KRAWULSKI, E. "Concurseiros e a busca por um emprego estável: reflexões sobre os motivos de ingresso no serviço público". *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*, v. 14, n. 2, 2011, p. 211–226.

[38] CARDOSO, L.Z.L. *Um espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional*. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2017, 336p.

caracterização dos órgãos estatais[39] e, como já visto operar em outras carreiras, também se articula dessa forma na própria defensoria pública[40].

O simples alinhamento a outras carreiras jurídicas, distanciadas da população em seus afazeres cotidianos, no caso da defensoria pública, possui dificuldades extras, já que, em razão da maior abertura deste órgão à sociedade civil, resta mais dificultoso que se alinhe ao modelo tradicional. Essas características que refletem uma casta jurídica, pela própria atuação dos defensores, são questionadas diuturnamente e, ao contrário dos demais órgãos do sistema de justiça, há instrumentos internos de oxigenação e de certa supervisão de suas atividades pela sociedade civil. Na estrutura da defensoria pública, desenhou-se a figura do Ouvidor-Geral, papel de oxigenação e controle popular[41]. É uma figura que, necessariamente, não pode ser exercida por membro da carreira, sendo a possibilidade de a sociedade civil ingressar no órgão, realizando uma interlocução entre os pleitos de populares e eventuais distanciamentos.

E, mais uma vez inovando no âmbito do sistema de justiça, o estatuto da defensoria pública prevê, em artigo exclusivo (art. 4º-A), explicitação e proteção dos direitos dos usuários de seus serviços, comprometendo-se, de alguma forma, ao mínimo essencial, além de outros previstos em outras normativas, como informações sobre localização e horário de funcionamento de seus órgãos e acerca da tramitação de processos e procedimentos para providências necessárias para a defesa de seus interesses, a qualidade e a eficiência de seus serviços, o direito de revisão no caso de recusa de atuação pelo Defensor Público, a previsão do defensor natural para a tutela de seus direitos e a atuação de defensores distintos, na ocorrência de interesses antagônicos ou colidentes.

Assinalam-se, também, previsões legais e práticas que ultrapassam a visão adversarial, como a principal caracterização de sua atuação no âmbito judicial, sendo prestigiada a busca por meios consensuais de resolução de conflitos, a educação em direitos humanos, a atuação em prol das vítimas e para a diminuição das mazelas sociais, enfim, um amplo rol de atividades que não podem e não devem ser submetidas, apenas, a ajuizamento de ações perante o Judiciário. O papel a ser desempenhado extrapola os fóruns e exige articulações políticas, esclarecimentos junto à população alvo, medidas de esclarecimento e de prevenção em matérias de relevância social distinta. No âmbito criminal, o órgão defensoria pública pode atuar em momento anterior ao oferecimento da denúncia, quando realiza o acompanhamento do inquérito policial, pelo indiciado ou pelas vítimas; pode atuar dentro do processo, porém com o objetivo de perseguir a condenação do acusado, atuando como assistente de acusação pela vítima ou com o objetivo de prestar auxílio à vítima, independentemente do rumo processual, como está previsto na Lei Maria da Penha. Pode atuar, ainda, na fiscalização das políticas públicas voltadas para o encarceramento, protegendo esse grupo vulnerável composto pelas pessoas em encarceramento. São exemplos de atividades que, além de ultrapassarem a visão tradicional do tipo de atuação, indicam que há um amplo campo para desenvolver

[39] MACHADO, B.A. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. Ed. Marcial Pons, São Paulo, 2014; MACHADO, B.A. "O inquérito policial e a divisão do trabalho jurídico-penal no Brasil: discursos e práticas". *Revista brasileira de segurança pública*, v. 9, n. 1, p. 12-33, 2015.

[40] AMARAL, A.C. *A violência doméstica a partir do olhar das vítimas: reflexões sobre a Lei Maria da Penha em juízo*. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017.

[41] No caso das Defensorias Públicas do Distrito Federal e dos Estados, a Lei Complementar Federal n. 80/1994 prevê a existência de um Ouvidor-Geral, órgão auxiliar, voltado para a promoção da qualidade dos serviços prestados pelo órgão. O Ouvidor-Geral é, necessariamente, estranho ao órgão, sendo essa uma de suas características mais interessantes, de verdadeira oxigenação do órgão, sendo um cidadão de reputação ilibada, não integrante da carreira, indicando em lista tríplice pela sociedade civil, escolhido pela Conselho Superior e nomeado pelo Defensor Público-Geral, para mandato de 2 (dois) anos, em cargo a ser exercido em regime de dedicação exclusiva.

suas atribuições constitucionais e legais. Essas atividades extrapolam a ideia conservadora de defensor para acusado ou, no máximo, para buscar indenização para a vítima, em caso de condenação. Vem ao encontro, também, de recentes atuações das defensorias públicas no âmbito criminal a partir de instrumentos não típicos, como ações civis públicas ou habeas corpus coletivo[42], ou a interlocução de forma não usual, como, por exemplo, a ocorrente no âmbito da Lei Maria da Penha[43].

De outro lado, o conceito de grupos vulneráveis, que recentemente se adere aos fins buscados pela defensoria pública e que se alinha ao desenho orgânico que o órgão obtém, especialmente após sua inclusão como um dos legitimados a atuar em ações civis públicas e o reconhecimento judicial da relevância da atuação do órgão nesse viés, amplia sobremaneira a atuação, que, na redação anterior da Constituição, limitava-se à tutela dos desabastecidos financeiramente, ou seja, dos miseráveis, daqueles que não tinham condição de utilizar serviços de advogados particulares.

Enquanto *custos vulnerabilis*[44], cabe à defensoria pública a tutela de coletividades que estejam em situação de vulnerabilidade, um conceito amplo e que aumenta, vertiginosamente, a relevância do órgão no sistema de justiça brasileiro, aí se incluindo, sem grandes questionamentos, a tutela de menores e adolescentes em situação irregular, consumidores, idosos, grupos socialmente excluídos e marginalizados, encarcerados, vítimas de violência doméstica. Não se pode esquecer a importância das práticas sociais e institucionais participativas, pois dão a dimensão real do que é e do que não é democratizado desde um ponto de vista de efetiva atuação do povo[45].

Essas articulações, contextualizadas dentro do quadro esperado de atuação da defensoria pública, ou seja, em prol de novas defesas de direitos humanos de imigrantes, indígenas, ambientais, jovens, feministas, negros, coletivos rurais, LGBT, entre tantas outras, acentuam que é possível, sim, sonhar com outras possibilidades que emancipem pessoas usualmente vilipendiadas pelas estruturas constituídas.

---

[42] Um exemplo recente é o *habeas corpus* coletivo (HC n.º 143641/SP), que tramitou no Supremo Tribunal Federal, impetrado pela Defensoria Pública da União, e que buscava relaxar prisões cautelares de gestantes e mulheres com filhos de até 12 (doze) anos de idade. Além da própria atuação não usual da DPU, diversas DPE's solicitaram o ingresso nos autos na função de *custos vulnerabilis.*

[43] A Lei Maria da Penha encarrega à defensoria pública a promoção da assistência jurídica à mulher vitimizada, não necessariamente vinculada à esfera criminal, prevendo interlocução com a rede de proteção e com possibilidade de intervenção além dos limites judiciais. Indica um posicionamento até então inovador no processo penal. A defensoria não agiria como o tradicional assistente de acusação, mas assumiria um papel não limitado ao processo e às respostas sistêmicas que o Poder Judiciário pode propiciar. Sua atuação seria prestar atendimento jurídico amplo, inclusive nas esferas policial e judicial, de forma específica e humanizada (a esse respeito, veja AMARAL, A.C. *A violência doméstica a partir do olhar das vítimas: reflexões sobre a Lei Maria da Penha em juízo*. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017, p. 146 e 346).

[44] Para conferir algumas críticas ao conceito, formulação e uso da nomenclatura *custos vulnerabilis*, sugerimos a leitura dos seguintes textos: AZEVEDO, J.C. "*A atuação da Defensoria Pública em favor de vulneráveis: proposta de um perfil institucional à luz da função promocional dos direitos humanos*". Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Congresso_2017.pdf#page=69>. Acesso em 15 jan. 2020; MAIA, M.C. "Custos Vulnerabilis Constitucional: o Estado Defensor entre o REsp 1.192.577-RS e a PEC 4/14". *Revista Jurídica Consulex*, 417, Brasília, 2014, p. 55-57; MAIA, M.C. "Quem defende as minorias vulneráveis? Perspectiva defensoriais, ministeriais e jurisdicionais à luz da tutela dos vulneráveis e das minorias". *Seleções jurídicas*. Rio de Janeiro, 2014, p. 17-19.

[45] SANCHEZ RUBIO, D. "Repensando los derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia". Mad Ediciones, Madrid, 2007, p. 25.

5 Conclusões

"*Los sistemas de garantía jurídicos para hacerlos efectivos deben ir acompañados de más garantías*"[46]. A institucionalização da defensoria pública, que se apresenta como metagarantia, na medida em que visa garantir a própria garantia de acesso à Justiça, é um instrumento de efetivação dos direitos humanos e, a partir das teorizações da abordagem crítica dos direitos humanos, mostra-se como um plano possível para a emancipação.

É inegável o avanço de pautas que, sob pleitos de enfrentamento à crise e recessão, vem paulatinamente atacando e diminuindo direitos sociais reconhecidos a diversos grupos vulneráveis. Se, nas décadas posteriores a 1970, esse fenômeno foi observado, em grande medida, em diversos países europeus, Estados Unidos da América do Norte e na Inglaterra[47], a segunda metade da primeira década do século XXI foi o alvo dessas pretensões no Brasil, as quais tem alcançado certo êxito em importar, à sua maneira, preceitos que visam "maximizar" lucros, diminuir a atuação do Estado e prestigiar o sistema econômico, acabam enfraquecendo mecanismos protetivos das relações sociais envolvendo grupos vulneráveis, deteriorando as já frágeis relações trabalhistas e benefícios de inclusão (ou de tentativa de inclusão) social.

Essas dinâmicas e "novas" opções, usualmente correlacionadas a tentativas de implementação de pautas nominadas neoliberais, adquirem novas significações e tendem a sofrer oposição em face de órgãos e de um sistema de proteção que, desenhado institucionalmente, acabou por consolidar mecanismos de proteção e que são tencionados nesses momentos de discussões e diminuições de direitos. Não poderia ocorrer diferente com a defensoria pública, órgão que surge a partir da premissa de propiciar acesso à justiça para grupos vulneráveis.

Os direitos não podem ser utilizados para eternizar desigualdades e obstáculos da acumulação capitalista, sendo imprescindível colocar em prática um conjunto de estratégias antagonistas, como guia ou metodologia de uma ação emancipadora[48].

Como foi visto no transcorrer deste *paper,* é possível que uma instituição jurídica, advinda a partir de um cenário hegemônico, apresente-se como possibilidade de oposição, crítica e de emancipação, situando a pobreza e a exclusão de grupos sociais como pauta relevante de políticas públicas, demandando atuação estatal e novas relações que ressignifiquem os papeis ocupados pelos antes silenciados. No cenário brasileiro, e que se amplia para relevante parte da América Latina[49], a institucionalização da defensoria pública, como órgão autônomo, pode ser a possibilidade de um novo enfrentamento a esse cenário desolador, o qual, mesmo diante das dificuldades que se apresentam, representa verdadeira possibilidade de inovações no sistema judicial.

Um óbice, porém, pode sobrevir e é necessário que, ainda que profeticamente, seja discorrido sobre as possibilidades de, em vão, as estruturas se mantiverem e o papel operado pelo órgão permanecer o mesmo. Ou, pior, degenerar-se a tal ponto que não se mostre como instrumento viável para a proteção das populações vulneráveis. Estruturas internas das instituições, sejam de segurança

[46] SANCHEZ RUBIO, D. "Repensando los derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia". Mad Ediciones, Madrid, 2007, p. 30.
[47] Isso é o que se observa, por exemplo, nas sensíveis alterações das relações de trabalho ocorridas na França, como apontado por Luc Boltanski e Ève Chiapello (in *O novo espírito do capitalismo*. Trad. de Ivone C. Benedetti. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2009).
[48] HERRERA FLORES, J. "La reinvención de los derechos humanos". Ed. Atrapsuenõs, Sevilla, 2007, p. 84.
[49] SUXBERGER, A.H.G; AMARAL, A.C. "A defensoria pública como garantia constitucional processual de acesso à justiça na América do Sul". *Revista Brasileira de Políticas Públicas,* v. 6, nº 2, p. 116-131, out. 2016.

pública, sejam das componentes do sistema de justiça, são usualmente imputadas como responsáveis por obstaculizar inovações[50]. Aliás, as instituições tendem a manter uma certa "coerência interna", ao se definirem e isso pode ser elemento identificador, mas, ao mesmo tempo, elemento que traz maior dificuldade para as mudanças organizacionais. Para pensar adequadamente os rumos de uma determinada organização, sempre deve ser levada em consideração essa característica, pois mudanças internas demandam mais que intenções ou programas, mas uma conjectura de fatores. Como apresentado, acredito que a sistematização da defensoria pública possibilita escapar das possibilidades de o órgão situar-se como apenas outro, no âmbito de suas articulações, já que há determinadas previsões que inovam na participação popular em sua vida cotidiana.

Para falar de e atuar voltado para os direitos humanos é necessário assumir, de forma plena, convicta e sem receios, compromissos e deveres para os outros, para nós mesmos e para a natureza, em uma nova cultura dos direitos humanos, na qual, *si los hechos contradicen la teoría, peor para la teoría*[51]. É nesse contexto que se busca situar uma defensoria pública que articule as medidas e as instrumentalizações necessárias para uma atuação emancipadora. E, no nosso caso, quando os fatos contradizem, pior para as instituições jurídicas.

Referências

ALBRECHT, P.A.T.; KRAWULSKI, E. "Concurseiros e a busca por um emprego estável: reflexões sobre os motivos de ingresso no serviço público". *Cadernos de Psicologia Social do Trabalho*, v. 14, n. 2, 2011, p. 211–226.

AMARAL, A.C. *A violência doméstica a partir do olhar das vítimas: reflexões sobre a Lei Maria da Penha em juízo*. Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2017.

AMARAL, A.C. "Mulheres, violência de gênero e as dificuldades no acesso às proteções judiciais da Lei Maria da Penha". *Fazendo Gênero 11 & 13th Women's Worlds Congress* (Anais Eletrônicos), Florianópolis, 2017.

AZEVEDO, J.C. "*A atuação da Defensoria Pública em favor de vulneráveis: proposta de um perfil institucional à luz da função promocional dos direitos humanos*". Disponível em: <https://www.anadep.org.br/wtksite/Livro_Congresso_2017.pdf#page=69> . Acesso em 15 jan. 2020.

BOLTANSKI, L.; CHIAPELLO, E. *O novo espírito do capitalismo*. Trad. de Ivone C. Benedetti. Ed. Martins Fontes, São Paulo, 2009.

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*. Ed. Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2001.

CAPPELLETTI, M.; GARTH, B. *Acesso à justiça*. Ed. Fabris, Porto Alegre, 1988.

CARDOSO, L.Z.L. *Um espiral elitista de afirmação corporativa: blindagens e criminalizações a partir do imbricamento das disputas do sistema de justiça paulista com as disputas da política convencional*. Tese (Doutorado em Administração Pública e Governo) – Fundação Getúlio Vargas. São Paulo, 2017, 336p.

CAVALCANTE, B. *A atuação defensorial como custos vulnerabilis no processo penal***.** Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-mai-22/tribuna-defensoria-atuacao-defensorial-custos-vulnerabilis-processo-penal>. Acesso em 15 jan. 2020.

CONNELL, R. "A iminente revolução na teoria social". *Revista brasileira de ciências sociais,* vol. 27, n. 80, p. 9-20, 2012.

[50] COSTA, A.T.M. "Estado, governança e segurança pública no Brasil: uma análise das secretarias estaduais de Segurança Pública". *Dilemas: Revista de Estudos de conflito e controle social,* v. 8, n. 4, p. 607-632, dez. 2015, p. 608.

[51] HERRERA FLORES, J. "La reinvención de los derechos humanos". Ed. Atrapsuenõs, Sevilla, 2007, p. 86.

COSTA, A.T.M. "Estado, governança e segurança pública no Brasil: uma análise das secretarias estaduais de Segurança Pública". *Dilemas: Revista de Estudos de conflito e controle social,* v. 8, n. 4, p. 607-632, dez. 2015.

DEVISATE, R. "Categorização: o modelo constitucional, o defensor público e o seu atuar – ato de defensorar" en *Defensoria Pública: o reconhecimento constitucional de uma metagarantia*. ANADEP, Brasília, 2015.

FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*. 13.ed. Ed. Graal, Rio de Janeiro, 1998.

GUSTÍN, M.B.S.; DIAS, M.T.F. *(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.* 3. ed. Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2010.

HERRERA FLORES, J. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. GARCIA, C. R. D., SUXBERGER, A.H.G.; DIAS, J.A. Ed. Fundação Boiteux, Florianópolis, 2009.

HERRERA FLORES, J. "La reinvención de los derechos humanos". Ed. Atrapsuenõs, Sevilla, 2007.

REGRAS DE BRASÍLIA sobre acesso à Justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade. Disponível em:<https://www.anadep.org.br/wtksite/100-Regras-de-Brasilia-versao-reduzida.pdf>. Acesso em 15 jan. 2020.

SANCHEZ RUBIO, D. "Repensando los derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia". Mad Ediciones, Madrid, 2007.

MACHADO, B.A. "O inquérito policial e a divisão do trabalho jurídico-penal no Brasil: discursos e práticas". *Revista brasileira de segurança pública*, v. 9, n. 1, p. 12-33, 2015.

MACHADO, B.A. "Representações sociais sobre o controle externo da atividade policial: cultura organizacional e relações institucionais". *Revista brasileira de ciências criminais*, v. 19, n. 88, 2011.

MACHADO, B.A. *Justiça criminal: diferenciação funcional, interações organizacionais e decisões*. Ed. Marcial Pons, São Paulo, 2014.

MAIA, M.C. "Custos Vulnerabilis Constitucional: o Estado Defensor entre o REsp 1.192.577-RS e a PEC 4/14". *Revista Jurídica Consulex*, 417, Brasília, 2014, p. 55-57.

MAIA, M.C. "Quem defende as minorias vulneráveis? Perspectiva defensoriais, ministeriais e jurisdicionais à luz da tutela dos vulneráveis e das minorias". *Seleções jurídicas*. Rio de Janeiro, 2014, p. 17-19.

MILLS, L.G. "On the other side of silence: affective lawyering for intimate abuse". *Cornell Law Review*. Nova Iorque, vol. 81, p. 1225-1263. 1996.

MOREIRA, T.M.Q. "A constitucionalização da Defensoria Pública: disputas por espaço no sistema de justiça". *Opinião Pública*, v. 23, n. 3, p. 647-681, 2017.

MOREIRA, T.M.Q. "A criação da Defensoria Pública nos Estados: conflitos institucionais e corporativos no processo de uniformização do acesso à Justiça". In: *Encontro anual da Associação Nacional de Pós-graduação e Pesquisa em Ciências Sociais (ANPOCS)*, *Anais...* Caxambu, 2016.

RIBEIRO, L.; SILVA, C. "Fluxo do sistema de justiça criminal brasileiro: um balanço da literatura". *Cadernos de Segurança Pública*, ano 2, n. 1, p. 15-27, 2010.

SADEK, M.T.A. "Acesso à justiça: um direito e seus obstáculos". *Revista USP*, n. 101, p. 55-66, 2014.

SUXBERGER, A.H.G; AMARAL, A.C. "A defensoria pública como garantia constitucional processual de acesso à justiça na América do Sul". *Revista Brasileira de Políticas Públicas,* v. 6, nº 2, p. 116-131, out. 2016.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 248-268
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La pena natural. Un criterio de oportunidad procesal necesario para Cuba

Natural grief. A necessary procedural opportunity criterion for Cuba

Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez[1]
Universidad de la Habana, Cuba

Sumario: I. Apuntes necesarios; 1.1 Distinción entre principio de oportunidad y criterios de oportunidad, 1.2 La pena natural como criterio de oportunidad; 1.3 Surgimiento y conceptualización de la pena natural; 1.4. Clases de pena natural 1.5 Naturaleza jurídica de la pena natural; 1.6 Problemas y objeciones; 1.7 Fundamentos desde la teoría de la pena; II Principios que justifican la pena natural; 2.1 Equidad; 2.2 Humanidad; 2.3 Proporcionalidad; III**.** Momento para su imposición; Conclusiones; Recomendaciones.

Resumen: En la doctrina, desde tiempos muy remotos, se habla de la "pena natural" (poena naturalis) para referirse a un problema que no ha dejado de perdurar en el debate, a saber, si acaso los perjuicios sufridos por el autor de un delito como consecuencia de este podrían significar una dispensa o aminoramiento de la pena a imponérsele. En el presente trabajo se intenta, por un lado, compendiar los escritos sobre los fundamentos teóricos de la institución, tanto desde la perspectiva de su concepto, como de su entroncamiento en la teoría de la pena y, por otro, analizar las soluciones de lege lata que se han dispuesto a nivel teórico y en los ordenamientos positivos, su conformación como criterio de oportunidad procesal dentro de los que da vida, entre otros, al principio de oportunidad, a los efectos de proponer su posible inclusión en el derecho procesal cubano actual.

Palavras chave: Pena natural, principio de oportunidad, criterio de oportunidad, compensación de culpabilidad.

Abstract: In the doctrine, from very remote times, there is talk of the "natural penalty" (poena naturalis) to refer to a problem that has not endured in the debate, namely, if the damage suffered by the author of a crime as a consequence of this, they could mean a waiver or reduction of the penalty to be imposed. In this article we try, on the one hand, to summarize what is written about the theoretical foundations of the institution, both from the perspective of its concept, as well as its entrenchment in the theory of punishment and, on the other, to analyze solutions lege lata that have been arranged at the theoretical level and in positive systems, its conformation as a criterion of procedural opportunity within those that gives life, among others, at the beginning of opportunity, in order to determine if it is possible to accommodate it in Cuban procedural law current.

---

[1] Doctora en Derecho por la Universidad de La Habana, Cuba; Jueza y Directora de Formación y Desarrollo del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba. Profesora en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

Recibido: 11/04/2020
Aceptado: 23/05/2020

Keywords: Natural penalty, opportunity principle, opportunity criteria, compensation of guilt.

1. APUNTES NECESARIOS

El enjuiciamiento criminal abrió las puertas al siglo XXI tratando de resolver la disputa por la supremacía entre dos modelos de juzgamiento; de una parte, el llamado sistema adversarial con raíces en el antiguo proceso germánico; de otra, el proceso continental europeo que, pese a tener orígenes inquisitivos, ha sido penetrado por diversas instituciones propias del sistema acusatorio, para dar lugar a un esquema procesal acusatorio formal o mixto.

En este camino, ya no podemos afirmar que los sistemas de justicia son absolutamente puros; el sistema anglosajón, fundamentado en su paradigma de precedente judicial y el sistema romano-latino-francés, en su codificación, tienden puentes que tratan de tomar de uno y otro lo mejor de sus instituciones; sin embargo, ello se ha querido presentar como la irrupción única del sistema anglosajón, lo que tiene muchas aristas y puntos oscuros.[2]

Es, precisamente, en esta controversia entre modelos, donde no puede perderse de vista la relación entre los principios de legalidad y de oportunidad; el uno presidido por las concepciones absolutas de la pena, y el otro, animado por las ideas político-criminales propias de las corrientes preventivas.

La incorporación del principio de oportunidad al proceso penal obedece a cuestiones de índole plural, dogmáticas, procesales, constitucionales, político-criminales, orgánicas, económicas, entre otras, que aparecen condicionadas por las corrientes minimalistas y de expansión del Derecho Penal.

El principio de oportunidad tiene su génesis en el sistema del *Common Law,* y su primera expresión normativa se ubica en Alemania, mediante la Ley *Emminger*, de 4 de enero de 1924 –Artículo 153–, en virtud de la cual el Ministerio Público quedó facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones, como son: a) reparar el daño ocasionado; b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

Con el proceso de reformas, primero en el continente europeo y después de la segunda mitad del siglo XX en Latinoamérica, toma auge este principio, con su incorporación a legislaciones procesales, como se puede verificar desde el Derecho comparado. Su implementación desafía una realidad construida bajo preferencias muy diferentes a sus postulados, pues la mayoría de los sistemas jurídicos de la región, como el cubano, surgieron bajo el imperio del principio de legalidad, conocido, además, como principio de necesidad, el cual constituía una premisa para la implantación de los llamados Estados de Derecho. [3]

El estudio de este principio no ha sido de fácil comprensión, dado el arraigo que en la cultura jurídica ha tenido, durante tantos años, el principio de legalidad. Por su importancia, ha sido conceptualizado por varios autores, como GIMENO, TIJERINO, MAIER, BINDER, CAFFERATA, ROXIN y GONZÁLEZ y, en el suelo patrio, por GOITE, MENDOZA, TOLEDO y GÓMEZ, asentando con sus análisis, diversas posturas, en las que afloran elementos comunes, como las ventajas que todos identifican, representa para el proceso penal.

Es precisamente el rediseño y actualización del proceso penal cubano, bajo

[2] Schünemann, B. *¿Crisis del procedimiento penal? ¿marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?,* col. *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Ed. CGPG, Madrid, 1991, p. 111.

[3] En el Artículo 1 de la Constitución de la República de Cuba se reconoce que somos un Estado socialista de derecho y justicia social. Constitución de la República proclamada en Sesión Extraordinaria de la Asamblea Nacional del Poder Popular el 10 de abril de 2019. Gaceta Oficial del Ministerio de Justicia.

las exigencias criminológicas de la contemporaneidad, lo que me motiva, dar continuidad al estudio de este tema que desarrollamos como tesis doctoral donde entre otros aspectos pudimos demostrar y concluir que:

- El principio de oportunidad, como tendencia, goza de reconocimiento constitucional y se complementa con el resto de los principios y garantías. La doctrina moderna reconoce su excepcionalidad, discrecionalidad, así como que siempre es referido al órgano persecutor oficial del Estado y su taxatividad, cuando no se aplica la modalidad libre.

- Que la oportunidad reglada ofrece un conjunto de ventajas que se erigen en razones de política criminal cuyo fundamento no obliga a la persecución indiscriminada de todos los delitos en pos del descongestionamiento del sistema judicial; permite concentrar los esfuerzos en una eficaz persecución de los delitos más graves, con una actual tendencia hacia la criminalidad organizada, nos ofrece una amplitud de posibilidades de reinserción social a los sujetos involucrados en hechos de poca peligrosidad social y, como colofón de todo ello, tributa a la necesaria economía procesal.

- Del análisis de la totalidad de los criterios de oportunidad que se manejan en la doctrina y el Derecho comparado, y atendiendo a las características propias del delito y sus comisores en nuestro país, una selección de ellos tributaría a una correcta implementación de la oportunidad reglada, con énfasis en los que toman en cuenta: la insignificancia, la pena natural, la colaboración, y los postulados en convenios internacionales.

En el Derecho comparado no existe unanimidad en cuanto a los criterios de oportunidad, el país que más ha reconocido es Colombia con 17, hago referencia a los más aceptados, con los que coincido son los más necesarios a tener en cuenta para Cuba: 1. Cuando se trate de un hecho que, por su insignificancia,[4] por lo exiguo de la contribución del partícipe o por su mínima culpabilidad, no afecte el interés público; 2. Cuando el imputado haya realizado cuanto estaba a su alcance para impedir la ejecución del hecho o haya contribuido decisivamente al esclarecimiento de la participación de otros imputados en el mismo hecho o en otro más grave; 3. Cuando el imputado, como consecuencia directa del hecho, haya sufrido un daño físico o psíquico, grave o irreparable, que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando, tratándose de un delito culposo, haya sufrido un daño moral de difícil superación;[5] 4. Cuando la pena que corresponde por el hecho o calificación jurídica, de cuya persecución se prescinde, carece de importancia en consideración a la pena ya impuesta, o a la que corresponde por los restantes hechos o calificaciones, o la que se impondría en un procedimiento tramitado en el

---

[4] *Vid. CPPMI,* Art. 230; *CPP Bolivia*, Art. 21.1; *CPP Colombia*, Art. 324.12*; CPP Chile*, Art. 170; *CPP Costa Rica*, Art. 22 a); *CPP El Salvador*, Art. 18.2; *CPP Guatemala*, Art. 25.4; *CPP Honduras*, Art. 28.1; *CPP Perú* R. N° 1470-2005-MP-FN, Art. 2.b y c; *CPP República Dominicana*, Art. 34.1; *CPP Venezuela*, Art. 38.1. En Bolivia, Guatemala, Honduras y Perú se requiere que se haya reparado el daño*. Vid.,* Sentencia No.095-07de fecha 14 de febrero de 2007 Sala Plena de la Corte Constitucional de Colombia, juez ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabrera, define que entienden por insignificancia, tanto del hecho como del sujeto, corte-constitucional.vlex.com.co/vid/-43531753, consultada 23-1-2017, 4:00 p.m. En igual sentido, la sentencia No.219-98 de fecha 6 de marzo de 1998, de la Sala Tercera de la Corte Suprema de Costa Rica, consultada en: vlex.co.cr/vid/-497727966, el mismo día y hora.

[5] *Vid. CPP Bolivia*, Art. 21.2; *CPP Colombia*, Art. 324.6; *CPP Costa Rica*, Art. 22 c); *CPP El Salvador*, Art. 59.2; *Perú R. N° 1470-2005-MP-FN*, Art. 2.a; *CPP República Dominicana*, Art. 34.2; *CPP Venezuela*, Art. 38.3.Art. 18.3; *CPP Honduras*, Art. 28.3; *CPP Nicaragua*, Art. 59.3.*Vid.,* Sentencia No.806-02 de fecha 9 de abril de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia, ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, hace referencia a los elementos a tener en cuenta para apreciar la pena natural, consultada en www.*corteconstitucional*.gov.co/relatoria/*, consultada 23-1-2017 a las 4:30 p.m.*

extranjero;[6] 5. Casos relacionados con extradición; 6. Colaboración en delitos graves de delincuencia organizada o procesos de tramitación compleja.[7]

Es precisamente sobre el tercero, de los criterios de oportunidad que proponemos reconocer en Cuba, que desarrollaremos el presente trabajo: el conocido como la pena natural, bajo la interrogante[8]¿Cómo instrumentar la pena natural en el proceso penal cubano?. Bajo la respuesta anticipada de que se puede instrumentar como uno de los criterios de oportunidad que darían vida al principio de oportunidad en la legislación procesal cubana y con el objetivo general de demostrar que este principio y los criterios que lo materializan son una necesidad de política criminal imprescindible para el derecho penal de la modernidad, lo que pretendemos fundamentar desde su evolución histórica, fundamentación teórica, naturaleza jurídica, clasificación, críticas, ventajas y desventajas, así como, su legitimidad desde los principios de equidad, humanidad, y proporcionalidad que desde rango constitucional informan el Derecho Penal.

1.1 Distinción entre principio de oportunidad y criterios de oportunidad

En el vocabulario de los profesionales del Derecho, en textos jurídicos y en la jurisprudencia, son empleados estos conceptos de forma indistinta, por lo que, a continuación, se desarrolla su debida separación conceptual y señalaremos el carácter en que deberán ser entendidos en el desarrollo del presente trabajo.

La denominación principio de oportunidad debe reservarse a la actuación libre del Ministerio Público, como posibilidad de desistir, en el ejercicio de la acción penal, mientras que cuando la ley enumera los supuestos bajo los cuales dicho sujeto procesal puede abandonar la persecución penal, lo que establece son criterios de oportunidad.

En referencia al criterio de oportunidad, se hace alusión a las remisiones expresas del principio de oportunidad a la legislación procesal penal, es decir, la idea fundamental (principio) ha coadyuvado para que, en la norma procesal, se haya generado una norma concreta (criterio de oportunidad). Este último debe tal conceptualización a que, particularmente, el término *criterio* da la idea de juicio, razonamiento, por la que pretende identificar el caso de ser dicha figura un mecanismo por el que se faculta de modo reglamentario al Ministerio Público a seleccionar los hechos que han de llegar a conocimiento del Sistema Judicial y los que no lo serán.

Un criterio de oportunidad se refiere a aquellas circunstancias prácticas o de política criminal que posibilitan al órgano encargado de la persecución penal solicitarla al juzgador, prescindir de ella, suspenderla o abandonarla, en los casos

---

[6] *CPP Bolivia,* Art. 21.3; *CPP Costa Rica*, Art. 22 d); *CPP El Salvador*, Art. 18.4; *CPP Honduras*, Art. 28.4; *CPP Nicaragua*, Art. 59.3; *CPP República Dominicana*, Art. 34.3; CPP Venezuela, Art. 38.4.

[7] *Vid. CPP Bolivia*, Art. 21.apartado 5*; CPP Colombia*, Art. 324, apartado 2; *CPP Costa Rica*, Art. 22 inciso d); *CPP El Salvador*, Art. 18, Apartado 4; *CPP Nicaragua*, Art. 59. apartado 3; *CPP República Dominicana*, Artículo 34, apartado 3; *CPP Venezuela*, Artículo 38, apartado 4.

[8] La palabra pena, deriva del latín *poena* y esta a su vez del vocablo griego *ποινή* que significa *(poine=castigo).* La voz griega tiene por sinónimos: *compensar, expiar, pagar, punir.* Vocablos que se traducen en conceptos retribucionistas del mal causado, tal y como era entendida la pena según las teorías absolutas sobre esta Por supuesto que con el paso del tiempo la esencia retribucionista de la pena no ha cambiado, a pesar de que surgieron teorías antagónicas llamadas utilitarias y consecutivamente las teorías mixtas o teorías de la unión. Es por ello, que las acepciones con las cuáles se define actualmente el término, llevan implícito un sentido de castigo, pesar, mal. En esta esfera, la Real Academia Española RAE define al término pena de la siguiente forma: (…) **"**2**.** f. Castigo impuesto conforme a la ley por los jueces o tribunales a los responsables de un delito o falta. 3. f. Dolor, tormento o sentimiento corporal."

establecidos en la ley, para alguno o todos los imputados por la comisión de un hecho delictivo. Es un supuesto en el cual la Fiscalía decide no ejercer la acción penal, aunque ya determinó que sí existe un delito y, además, que existe la probable responsabilidad de un individuo, y aun así no presenta el caso ante la autoridad judicial.[9]

Es un análisis intelectivo que hace el fiscal con todos los presupuestos con que cuenta, después de la noticia criminal, y ha llegado a razonar, a discernir, y a formular un juicio de valor para distinguir que en la norma procesal penal existen supuestos que inspirados en el principio de oportunidad le dan la facultad de prescindir de la acción penal, a través de uno de esos supuestos.

El principio de oportunidad es utilizado cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, que se denominan criterios de oportunidad, a hacer uso de su ejercicio, incoando el procedimiento o provocando su sobreseimiento.

Otra forma de distinguir estos conceptos de manera ejemplificativa, sobre la línea de pensamiento que se trae (el principio son normas rectoras que se traducen en fundamentos), puede perfectamente ser desde las salidas alternas dentro del proceso penal, mecanismos creados por el legislador para dar una respuesta adecuada a ciertas situaciones de transgresión a las normas penales que resulten más convenientes para los imputados y las víctimas, en los cuales el carácter retributivo de la pena es desplazado por criterios que son inspirados en el principio de oportunidad.

En los casos donde se habla de principio de oportunidad, debe entenderse que se está refiriendo a aspectos doctrinarios y, si se alude a criterio de oportunidad, el nivel de análisis y de estudio se encuentra en la legislación, así como su aplicación práctica de los supuestos reglados.

1.2 La pena natural como criterio de oportunidad

Cuando el imputado, como consecuencia directa del hecho, haya sufrido un daño físico o psíquico, grave o irreparable, que le incapacite para el ejercicio de sus ocupaciones ordinarias o cuando, tratándose de un delito culposo, haya sufrido un daño moral de difícil superación.[10]

La razón por la cual se incluyó este criterio, y este grupo de casos, está en que el imputado, al cometer un hecho delictivo, puede resultar lesionado, como efecto directo de su acción, y cuya gravedad apunta hacia una renuncia de la pena, porque su imposición resulta improcedente con los elementos objetivos que la pena debe cumplir, como son los elementos de prevención general o de la retribución de la culpabilidad.

Estamos en presencia de casos conocidos como de “retribución natural” o “pena natural”,[11] ya que el propio autor sufre un daño como resultado de su comportamiento delictuoso que debe ser tenido en cuenta por la afectación que le causa. Como consecuencia de lo anterior, el Ministerio Público prescinde de la persecución penal y el juez, al aplicar el criterio, tendrá por extinguida la acción.

---

[9] *Vid.* Chiara Díaz, C. y otros: *La acción penal. Procesal Penal. El rol del Ministerio Fiscal y las víctimas en el debido proceso,* Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 231.

[10] *Vid. CPP Bolivia*, Art. 21.2; *CPP Colombia*, Art. 324.6; *CPP Costa Rica*, Art. 22 c); *CPP El Salvador*, Art. 59.2; *Perú R. N° 1470-2005-MP-FN*, Art. 2.a; *CPP República Dominicana*, Art. 34.2; *CPP Venezuela*, Art. 38.3.Art. 18.3; *CPP Honduras*, Art. 28.3; *CPP Nicaragua*, Art. 59.3.*Vid.,* Sentencia No.806-02 de fecha 9 de abril de 2002 de la Corte Constitucional de Colombia, ponente Dra. Clara Inés Vargas Hernández, hace referencia a los elementos a tener en cuenta para apreciar la pena natural, consultada en www.*corteconstitucional*.gov.co/relatoria/*, consultada 23-1-2017 a las 4:30 p.m.*

[11] *Vid.* Zaffaroni, E.R., y otros: *Derecho Penal. Parte General,* Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003, pp. 196-197.

En estos casos, prima la justicia más que el Derecho[12] y, sin embargo, en nuestro país, al no tenerse esa posibilidad, el Ministerio Fiscal se ve en la necesidad de acusar, y el juez de sancionar, aunque considere que la pena no es merecida y, después, en la fase de ejecución, se busque la forma más adecuada de hacer justicia. Por tales razones, consiste en uno de los criterios de oportunidad de mayor aceptación[13], que también cuenta con el voto de la autora a su favor.

1.3 Surgimiento y conceptualización de la pena natural

Desde la antigüedad se ha hablado sobre la noción de *poena naturalis*. En la doctrina existente sobre el asunto, es frecuente encontrar, como primera noticia de esta institución, los planteamientos de THOMAS HOBBES e IMMANUEL KANT. En su obra "El Leviatán", HOBBES hace referencia a la existencia de un castigo divino, en aquellos casos en que ciertas acciones llevan consigo, por naturaleza, diversas consecuencias perniciosas. Por ejemplo, quien contrae una enfermedad al ejecutar una acción ilícita. En esos casos, aunque no puede hablarse de pena infligida por una autoridad humana, según HOBBES, podría hablarse de una pena impuesta por Dios[14], compensándose el injusto cometido.

Por otro lado, KANT distinguió entre *poena forensis,* como la sanción impuesta por la autoridad al culpable, y *poena naturalis*, siendo esta la punición natural del vicio, en que los perjuicios sufridos por el autor fueren de tal magnitud que la imposición de una *poena forensis* resultase un error evidente[15].

Como bien señala FINOCCHIARO, "la pena natural surge *per se*, más allá del castigo del Estado, representa ya un mal intrínseco que el autor padece a consecuencia de la realización de la acción u omisión que le es reprochada"[16]. En similar sentido, JAKOBS señala que en gran parte de los casos en que podemos apreciar una *poena naturalis* "(…) la pena es innecesaria; un ciudadano que quita la vida a otro por falta de cuidado frecuentemente, sufrirá más por ese hecho que por la *poena forensis* que le corresponda"[17]. Si bien este es el punto de partida, el desarrollo y estudio de la *poena naturalis* ha trascendido este comienzo.

Para proseguir, hemos de ensayar un concepto de pena natural que nos permita tener claridad a la hora de avanzar en la investigación, con la finalidad de delimitar nuestro objeto de estudio. En doctrina se han propuesto diversas definiciones que pasaremos a analizar, a los efectos de poder afiliarnos a la que defenderemos en el presente estudio.

Si bien es una definición acertada y sencilla que nos permite tener una primera aproximación a la institución, carece de una caracterización del mal constitutivo de la pena natural, pues, como veremos, cualquier mal puede caber

---

[12] Bacigalupo, E. "Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual", en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Nueva Serie, No 2, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Cordoba, Ed. Lerner, Buenos Aires 1998, pp. 73-101.

[13] Hernández Rodríguez R.C. El Principio de Oportunidad. Una Necesidad para Cuba, Tesis Doctoral 2017, en la encuesta realizada el 100% de los encuestados coinciden en que la pena natural debe ser reconocida en Cuba.

[14] HOBBES, T. *El Leviatán,* 2ª edición, SÁNCHEZ SARTO*,* Manuel (Trad.), Argentina: Fondo de Cultura Económica, 1980, p. 255.

[15] KANT, I., *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, trad. CÓRDOVA, Arnaldo, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978, p. 167

[16] FINOCCHIARO, E., "La pena natural. Breves consideraciones", Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 5 (2012), p. 68.

[17] JAKOBS, G., "El principio de culpabilidad", trad. CANCIO MELIA, Manuel, Anuario de derecho penal y ciencias penales, t. XLV, fascículo III (1992), p. 1058.

dentro de los supuestos en análisis. La postura de dichos autores se entenderá, como veremos, dado que ellos conciben desde una perspectiva amplia a los males que pueden ser constitutivos de una pena natural. Pues bien, antes de proseguir hemos de apuntar, como bien lo expresa CHOCLÁN MONTALVO, que el perjuicio no ha de ser asumido por el autor como consecuencia de su acción al tiempo de ejecutar el hecho[18]. Esto, ya que podría llevarnos al equívoco de pensar que la auto aflicción es querida por el autor, cuando en realidad es todo lo contrario, dado que los daños lesivos han de ser imprudentes o fortuitos.

En definitiva, pensamos que el concepto de pena natural debe rechazar aquellos males que el autor, en caso de delitos dolosos, previó o aceptó como probables. En segundo lugar, el profesor SILVA SÁNCHEZ nos ofrece la siguiente definición: "cualquiera de las consecuencias lesivas que sufre el agente por azar (de modo fortuito) como efecto (imprevisible o inevitable) de su actuación".[19] Habría que agregar a esta definición el que las consecuencias lesivas sufridas por el agente pueden ser también debido a su imprudencia, siendo los perjuicios causados con culpa un fértil ámbito de aplicación de la pena natural.

En tercer lugar, CHOCLÁN MONTALVO nos señala que la pena natural: "conduce a una serie de supuestos en los que el autor de un hecho punible, como consecuencia inmediata de su realización y por causas naturales o no jurídicas, ha resultado con un daño grave en su persona o bienes, daño que ha sido producido por el propio reo, además, del perjuicio causado a la víctima".[20]

Consideramos que esta definición nos otorga elementos adicionales que enriquecen la noción antes esbozada, como, por ejemplo, el nexo que debe existir entre la conducta y el resultado lesivo, cuestión que es debatida, pero que en una primera aproximación, antes de adentrarnos en la discusión, diremos que es una conexión inmediata entre ambos.

A los efectos de clarificar aún más el concepto tradicional de pena natural, pasaremos a exponer situaciones hipotéticas en las cuales podría darse cabida a esta institución. CHOCLÁN MONTALVO nos entrega ciertos casos que ha fallado el Tribunal Supremo alemán, en aplicación del § 60 del Código Penal, que es el lugar al que se ha reconducido esta dispensa de pena en aquel país: (a) una madre mata a su hijo en el curso de una grave depresión reactiva; (b) un conductor, a consecuencia de un patinazo por su culpa, ocasionó una colisión en la que el mismo sufrió lesiones graves irreversibles, falleciendo la mujer que le acompañaba; (c) un conductor, desatiende la conducción, se sale de la vía y se vuelca el vehículo, a consecuencia de lo cual se produce la muerte imprudente del padre y de la novia[21].

Además, recordemos que, aunque suene de perogrullo, en este análisis estamos descartando aquellos supuestos por los cuales el sujeto activo estaría exento de responsabilidad penal. De esta manera, como bien señala CHOCLÁN MONTALVO, no podemos incluir dentro de la concepción de pena natural los casos de riesgo permitido, pues en aquellas situaciones en realidad habría atipicidad, y por tanto no existiría delito[22]. Por ello, al hablar de pena natural nos encontramos frente a casos que exceden el riesgo permitido, entrando en una fase que el ordenamiento jurídico ya no protege, no obstante lo cual se ha de depurar la

---

[18]CHOCLÁN MONTALVO, J.A., "La pena natural", La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 3 (1999), p. 1910.

[19] SILVA SÁNCHEZ, J.M, "¿Puede considerarse el remordimiento una 'poena naturalis'?", *In Dret Penal*, N° 3 (2014), en: www.indret.com/pdf/editorial.2_7.pdf [visitado el 15.08.2015], p. 1.

[20] CHOCLÁN MONTALVO, "La pena natural", cit. nota n° 17, p. 191 *Introducción al estudio del Derecho Procesal,* Ed. Rubinzal-Culzoni, t. 2, Buenos Aires, 2005.

[21] CHOCLÁN MONTALVO, "La pena natural", cit. nota n° 17, p. 1910.

[22] CHOCLÁN MONTALVO, "La pena natural", cit. nota n° 17, p. 1910-1911

sanción aplicable en razón de su desproporción o de la compensación que ha sufrido la culpabilidad.

A la luz de los anteriores casos, resulta claro que la aplicación de una sanción estatal ante aquel ilícito resulta desproporcionada, atendido el menoscabo que ha sufrido el agente, en su integridad física y en su integridad moral. Bien plantea esta situación el profesor POLITOFF: "ante el conductor imprudente que, en la colisión con un árbol, ocasiona la muerte de su mujer y de sus hijos, ¿qué puede añadir de razonable el Derecho Penal?".[23]

1.4. Clases de pena natural

Dicho lo anterior, hemos de intentar una sistematización que permita ordenar los distintos supuestos de pena natural, pues la solución jurídica puede variar en uno y otro caso. A este respecto realizaremos las siguientes distinciones para delimitar la noción antes mencionada: (1) en atención a la entidad de los males constitutivos de pena natural (físicos, morales, patrimoniales o de otra índole); (2) en atención a la procedencia del mal que causa la pena natural *(* directamente del autor o de terceros); (3) en atención al aspecto subjetivo del hecho base (dolo o culpa).

1.4.1 En cuanto a la entidad de los males constitutivos de ella: pena natural cuyo mal es de naturaleza física, moral, patrimonial o de otra índole.

En primer lugar categorizaremos la institución en orden al sustrato que tiene el mal causado al sujeto. Así pues, hablaremos de la pena natural física*,* en aquellos casos en que el efecto lesivo recae de forma directa en el propio autor, por ejemplo, en el caso en que este queda parapléjico al caer de un edificio, luego de haber perpetrado un robo. A su vez, llamaremos pena natural moral, a aquellos en que el efecto lesivo recae en una persona distinta a la del autor, pero respecto de la cual está tan ligado afectivamente, que siente el perjuicio sufrido por esta como el suyo propio, por ejemplo un supuestos donde, por un acto suyo y sin intervención de terceros, muere un familiar del autor.

Es necesario realizar esta subdivisión pues, en el primer caso, puede resultar más fácil para el juez apreciar daño objetivamente, como lo sería en una efectiva lesión en la integridad física del sujeto. Sin embargo, en el segundo caso, si bien es fácil acreditar la lesión del tercero, se hace necesario establecer un vínculo entre aquel daño y la integridad psicológica del sujeto activo. Esta relación se expresa en el dolor que ha de producir en el autor los efectos del acto, el cual entenderemos como "una alteración con sufrimiento en el existir del individuo."[24]

De esta manera, no podemos presumir que por la muerte de un familiar se ha producido dolor en el autor, pues es perfectamente imaginable una situación en la cual éste no tuviera lazos afectivos con aquel. Como consecuencia de esto, el mero vínculo de consanguinidad o afinidad no puede ser motivo *per se* para la aplicación de la pena natural. Si bien puede afincar la decisión (y, de hecho, en la mayor parte de los casos así será), no puede ser un elemento de valoración exclusiva al momento de decidir si aplicar o no el instituto en estudio.

---

[23]POLITOFF, S., "Derecho penal con mesura: una respuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista", *Revista Universum*, N° 10 (1995), p. 125.

[24] ARIGÓS, C.R., "El dolor y el derecho penal"*,* en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al profesor Luis Jimenez de Asúa,* Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970, p. 79.

En ese sentido, como bien señala COSCIA, no podemos limitar la institución a casos damnificados unidos solamente por vínculos reconocidos por ley,[25] y de hecho podríamos aventurarnos en áreas conocidas en nuestro Derecho, aunque discutidas (como la noción de "conviviente"), o incluso, áreas más desconocidas, como las de "amigo íntimo" o cualquier persona con la que se tenga un afecto personal comprobable.[26] Así pues, hablamos de pena natural en sentido restringido para referiremos a esta noción, que entiende incluidos dentro de ella exclusivamente a los males físicos y morales recaídos sobre el autor.

No obstante lo anterior, existen autores que extienden dicha noción, abarcando dentro de ella males de diversa entidad. De esta manera, ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR incluyen dentro de estos, aquellos de "naturaleza económica o de otro tipo, con tal que lo sea con motivo del delito y siempre que estén en juego los principios constitucionales de racionalidad y de humanidad".[27] En contra de esta postura, CHOCLÁN MONTALVO excluye las consecuencias legales como, por ejemplo, la inhabilitación para el ejercicio de una profesión, y aquellas debidas a comportamientos de terceros, como la reducción del volumen de un negocio.

En este punto creemos que es necesario realizar una ponderación de los bienes en juego. La pena natural es una institución excepcional, por lo mismo, ha de aplicarse solo en casos de extrema gravedad. Al contrario *sensu,* en aquellos casos en que no se afecte el bienestar físico o psíquico del individuo, no resultará posible aplicar la pena natural. Recordemos el objeto que tiene la pena natural, a saber, que se exima o atenúe la pena del autor y, en ese entendido, el dolor o perjuicio sufrido por este ha de poder ser considerado como un equivalente funcional de la pena. Pues bien, por esto mismo, no cualquier pérdida logrará alcanzar dicho estándar, y si llegásemos a considerar como pena natural a perjuicios que no alcanzan a ser equivalentes funcionales de la pena, corremos el riesgo de deslegitimar la pena, de cara a sus fines preventivos generales.

En casos de perjuicios patrimoniales, consideramos al patrimonio un bien jurídico de menor valor que la vida o la salud y, por esto, excluimos de la noción los males patrimoniales y, en general, aquellos cuantificables económicamente. Por supuesto, el juez podrá tener en cuenta estos perjuicios al momento de determinar la pena concreta a aplicar, pero no como un daño constitutivo de pena natural. Así, si bien la pena natural puede considerarse (diremos, en general y en una primera aproximación) un equivalente de la pena forense, no por ello todo equivalente de la pena forense podrá ser considerado pena natural. En definitiva, hacemos esta distinción ya que sólo delimitando el contenido de la institución podremos abordarla de manera correcta, y favorecer así su aplicación en los casos en que corresponda, pues de lo contrario podríamos considerar que cualquier tipo de perjuicio sea considerado una pena natural.

Por último, ligado a los supuestos de pena natural moral, como una especie de especificación de aquellos, abarcamos la reflexión de SILVA SÁNCHEZ, en orden a si podemos considerar o no al remordimiento como una pena natural. A este respecto, el autor delimita, primero, lo que se entiende por remordimiento. Apuntando que es diferente a la conciencia de haber obrado mal, señala que es el "sufrimiento derivado de esa ausencia de paz con uno mismo".[28]

Si bien parecería que el remordimiento es un equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena, el autor señala que ha de hacerse una prevención,

---

[25]cuando el sujeto activo del delito se constituye a su vez principal víctima material (entiéndase lesionado) de su ilegal actividad, con daños y padecimientos superiores a los soportados por el damnificado del disvalioso". COSCIA, O., "Poena naturalis versus pretensión estatal", Revista Jurídica de LexJuris, vol. I, N° 1 (2000), en: http://www.lexjuris.com/revista/opcion1/2000/lexpoena.htm[visitado el 15.08.2015], p.2.

[26] Ob cit p. 17

[27] ZAFFARONI/ALAGIA/SLOKAR, *Manual de derecho penal,* cit. nota n° 16, p. 744.

[28] SILVA SÁNCHEZ, J.M. "Remordimiento", cit. nota no. 18, p. 3.

en orden a considerar si el legislador ha partido de la premisa de que todo delincuente experimenta un cargo de conciencia por su delito y, por lo mismo, haya descontado del marco penal correspondiente aquella cuota de sufrimiento; o bien, no ha obrado de esta manera por la razón que sea. En este último caso, SILVA SÁNCHEZ concluye que podría operar (a efectos de una dispensa concreta de pena) como una verdadera pena natural.[29]

Aunque el razonamiento del profesor SILVA SÁNCHEZ es ciertamente correcto, en la práctica se nos presentaría el problema de cómo probamos la existencia de un auténtico remordimiento. Creemos que la dificultad sería aún mayor que la de probar el dolor, pues es un sentimiento mucho más determinado.

En cuanto al sujeto que provoca el mal: pena natural causada por el actuar del propio autor o por el actuar de un tercero. En este punto hemos de discernir si los males constitutivos de pena natural han de ser directamente derivados de la conducta del autor, o bien pueden ser provocados por terceros. Para tal cometido, comenzaremos desde los diversos perjuicios que puede traer aparejada la comisión de un delito para el autor del mismo: aquellos que son consecuencia directa de su actuar (supuestos propios de pena natural) y aquellos que son consecuencia indirecta. Dentro de estos últimos encontramos aquellas conductas perjudiciales provocadas por particulares (como el despido de un empleo) y aquellos perjuicios provocados por el Estado (como la pena, y las penas accesorias).

En un comienzo, partimos de la distinción que hace KANT entre *poena naturalis* y *poena forensis*, siendo esta última la pena estatal que se impone como consecuencia de la perpetración de un ilícito. En virtud de aquello, no podemos considerar a una *poena forensis,* a la vez, como una *poena naturalis*. En aquellos ordenamientos jurídicos en que la *poena naturalis* se consagra como motivo para una dispensa de pena, llegaríamos al absurdo de valorar como elemento para dispensar de la pena, a la misma sanción que se pretende aplicar, lo cual es totalmente inaceptable. Sin embargo, sí podría darse en el caso en que la finalidad buscada con la aplicación de la pena natural no sea una dispensa total, sino solo su reducción.

Con todo, en ese caso nos encontraríamos ante la disyuntiva que SILVA SÁNCHEZ plantea en torno al remordimiento como pena natural, a saber, si acaso el legislador no ha descontado ya al marco penal susceptible de ser aplicado, el perjuicio que además se causará con la pena accesoria. Si la respuesta fuese afirmativa, no podríamos argüir la pena natural para pretender un aminoramiento de la pena. Sin embargo, esta discusión tiene menos plausibilidad que en el caso del remordimiento pues, en general, el legislador ha acompañado cada uno de los tipos penales con su respectiva pena principal y accesoria correspondiente. Asimismo, ha dejado un margen de apreciación al juez en cuanto a la graduación de la misma, dotándolo, además, de herramientas que permiten bajar la escala de penas si se acreditan determinadas situaciones.

1.4.2 En cuanto al aspecto subjetivo del hecho base: pena natural derivada de un delito cometido con dolo o con culpa que el hecho base es cometido con dolo de aquellos en que es cometido con culpa.

Hemos dicho que los delitos culposos son un campo fértil para la ocurrencia de autopuniciones imprudentes, ya que si el sujeto rechaza el resultado, o bien ni siquiera llega a preverlo, con mayor razón rechazará los perjuicios postdelictuales que este hecho no querido, provoca.

Ahora bien, los delitos culposos son solo una faz en la cual sería posible encontrar supuestos de pena natural, puesto que también en los delitos dolosos es plausible la ocurrencia de dichos supuestos. Así, concurre esta circunstancia

[29] SILVA SÁNCHEZ, J. M. "Remordimiento", cit. nota n° 18, p. 3.

debido a consecuencias ulteriores sufridas por el hechor que hacen razonable la dispensa de pena. Son los casos, por ejemplo, en que el autor de un robo haya perdido la mano por la explosión del arma. El juez deberá valorar la culpabilidad del hecho base a efectos de admitir una pena natural, teniendo en cuenta el desvalor de acción que llevaba la conducta principal. Así pues, obvio es decirlo, resultará más probable la aplicación de una pena natural cuando estemos frente a un delito culposo que frente a un delito doloso.

Como señala CHOCLÁN MONTALVO, lógicamente la pena natural reducirá la necesidad de la pena forense en menor medida cuando el hecho cometido sea un delito grave. Pueden existir hechos en los cuales el autor, con la intención de ejecutar una determinada conducta, resulte dañado de manera considerable producto de la misma. En estos casos, el elemento subjetivo no impedirá la aplicación de la pena natural, en circunstancias que el daño causado pueda ser considerado un equivalente funcional de la pena a aplicar.

En definitiva, analizando el panorama anteriormente esbozado, podemos definir la pena natural como aquel mal físico o moral que, por imprudencia o caso fortuito, recae sobre el autor de un delito, como consecuencia directa de la comisión del mismo

1.5 Naturaleza jurídica de la pena natural

Existen dos posiciones en las cuales los autores han circunscrito el problema de la pena natural. Así, como veremos, hay quienes lo identifican como un problema de culpabilidad y otros, como un problema de punibilidad. Pues bien, por un lado están quienes lo identifican como un problema de culpabilidad.[30] BACIGALUPO, autor que le dedicó un artículo a este tema, señala que el principio de culpabilidad tiene una doble dimensión: determinando los presupuestos de la pena y en el marco de individualización de la pena. Esta segunda dimensión es la que nos interesa, e implica determinar los límites de la legitimidad de la pena, debiendo ser la gravedad de esta proporcional a la gravedad del reproche.[31]

Siguiendo al autor CHOCLÁN MONTALVO afirma que si bien existe el principio de *nulla poena sine culpa,* no podemos afirmar en un sentido inverso que a toda culpabilidad deba corresponderle una pena.[32] Siguiendo a este autor, "la pena solo será necesaria cuando el conflicto social creado con el delito no pueda solucionarse por la comunidad sin la intervención del derecho penal".[33] La cuestión es que pese a que con un fin preventivo general o especial pueda justificarse la aplicación de una pena grave, esta gravedad no puede sobrepasar la magnitud de la culpabilidad del hechor. Como bien señala ROXIN, dada la exigencia de dignidad humana, la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad[34] De esta manera, el principio de culpabilidad es un mandato también al juez para que determine la pena exacta en atención a la gravedad de la culpabilidad.[35]

En este sentido, lo que habría en el caso de la pena natural sería una compensación de culpabilidad. Versa sobre la cuantificación de la culpabilidad, pues si es cuantificable, puede ser compensada con hechos posteriores que reducen su

---

[30]BACIGALUPO, E. "Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual", en: OUVIÑA, G.et al., *Teorías actuales en el derecho penal*. 75 aniversario del Código Penal, Buenos Aires: Editorial Ad-Hoc, 1998, p. 158; CHOCLÁN, "La pena natural", cit. nota n° 11, pp. 1915-1916.

[31] BACIGALUPO, "Principio de culpabilidad", cit. nota n° 11, p. 145.

[32] CHOCLÁN MONTALVO, "La pena natural", cit. nota n° 17, pp. 1912-1913

[33] CHOCLÁN MONTALVO, "La pena natural", cit. nota n° 17, pp. 1912-1913.

[34] ROXIN, C. "*Sentido y límites de la pena estatal*", en: EL MISMO, *Problemas básicos del derecho penal,* trad. LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel, Madrid: Editorial Reus, 1976, p. 27.

[35] Bacigalupo, "*Principio de culpabilidad*", cit. nota n° 11, p. 146.

significación ordinaria.[36] De esta manera, BACIGALUPO concibe dos grados en los cuales puede ocurrir esta compensación de la culpabilidad: (1) compensación socialmente constructiva, que se da cuando el autor, mediante un *actus contrarius*, reconoce la vigencia de la norma vulnerada (como la reparación con celo del mal causado); (2) compensación destructiva, que tiene lugar cuando el autor recibe, como consecuencia del delito, un mal que compensa total o parcialmente su culpabilidad.[37] En este último caso, podemos apreciar males jurídicos y naturales. Dentro de los primeros, está lógicamente la pena estatal, y dentro de los segundos, nos encontramos frente a la pena natural. De la misma opinión son en Alemania JESCHECK Y WEIGEND, al señalar que en virtud de la pena natural se prescinde de la pena, pues la culpabilidad del autor ya ha quedado compensada en parte por las consecuencias del hecho, además de la ausencia de necesidad preventiva.[38]

Por otro lado, hay autores como GUSTAVO VITALE, ZAFFARONI, ALAGIA Y SLOKAR[39] que circunscriben el problema a que, pese a haber una conducta típica, antijurídica y culpablemente ejecutada, el castigo de la misma reñiría con los principios de legalidad, proporcionalidad y racionalidad, además de las garantías que prohíben penas crueles e inhumanas.[40] De esta manera, VITALE señala que han de ser reconocidas tanto las excusas legales absolutorias (como causas de no punibilidad), como casos concretos se presenten. En caso de no estar expresamente previstas en un ordenamiento jurídico, han de ser reconocidas en este por parte de los intérpretes de la ley penal, sobre la base de los principios y garantías constitucionales y contenidos en instrumentos internacionales, con el fin de que la pena no se convierta en una medida inconveniente e innecesaria para el cumplimiento de los fines que se le asignan.[41] Así pues, estos autores resuelven el problema acudiendo a los principios generales del derecho penal, y a la repulsa que con estos presentaría el aplicar una pena en los casos de pena natural, solución aplicable en el caso en que el ordenamiento jurídico no contemple un mecanismo expreso de acogida para este instituto.

Por último, queda la pregunta referida a si la aplicación de la pena natural tiene o no algún límite, es decir, si implica siempre una dispensa absoluta de toda pena o bien podría servir para moderarla. Pues ello resulta perfectamente concebible que la pena natural sirva únicamente para disminuir en parte la pena a aplicar, y no para dispensar de forma absoluta la pena. Va a depender del caso concreto al que nos enfrentemos, ya que, no es lo mismo que como consecuencia de la explosión de una bomba en la mano, pierda un dedo a resultar la detonación en una deformación facial. Será allí tarea del juez, determinar cuán lesiva fue la auto punición para determinar si es compensable totalmente o no con la *poena forensis* contemplada en la ley, o bien si el hecho fue cometido con dolo o culpa, como hemos visto.

De esta manera, la circunstancia podrá compensar todo o parte de la culpabilidad, o bien excluir total o parcialmente la punibilidad de la conducta, dependiendo de las circunstancias que se den en el caso concreto y lo que aconseje los motivos político-criminales. Así también lo reconoce FEIJOO respecto de la pena

---

[36] BACIGALUPO, "*Principio de culpabilidad*", cit. nota n° 11, p. 157.

[37] BACIGALUPO, "*Principio de culpabilidad*", cit. nota n° 11, p. 157.

[38] JESCHECK, HANS H., Weigend, T. *Tratado de derecho pe*nal. Parte general, trad. Olmedo CARDENETE, M.G., Ed. Comares, 2002, p. 929.

[39] Ver ZAFFARONI E.R. *Manual de derecho penal*, cit. nota n° 5, p. 113; VITALE, G. "Estado constitucional de derecho y derecho penal", en: OUVIÑA, Guillermo et al., Teorías actuales en el derecho penal, 75° Aniversario del Código Penal, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, pp. 117-118

[40] IRIBARREN, P. "La poena naturalis y su aplicación en la provincia de Río Negro", Suplemento de derecho penal y procesal penal La Ley, 2006/B, en: www.pinedairibarrenasoc.com.ar/pdf/pena%20natural1.pdf[visitado el 15.08.2015], p. 2.

[41] VITALE, "Estado constitucional", cit. nota n° 38, p. 119.

en general, señalando lo siguiente: no parece una opción plausible, todavía hoy, renunciar totalmente a la pena de prisión, al menos en casos de comportamientos delictivos que generan victimizaciones muy intensas (contra la vida, la salud o la libertad sexual), cometidos de forma dolosa, y mientras se pueda hacer al sujeto responsable (no se trate, por ejemplo, de un niño o un enfermo mental). A partir de ahí las penas han de sufrir una graduación descendiendo en su intensidad o carga aflictiva en relación al menor carácter perturbador del hecho".[42]

1.6 Problemas y objeciones

Hemos de analizar los reparos, precisiones y problemas prácticos que suscita la noción de pena natural. En primer lugar, una precisión que realiza FINOCCHIARO, en orden a que la verdadera aplicación del instituto (agregamos nosotros que para los casos de pena natural física) se dará en aquellos casos en que el único resultado lesivo del hecho en cuestión perjudique solo al propio autor, no resultando afectados terceros o cuando la afectación de estos sea mínima o eminentemente inferior a la del sujeto activo[43].

Claro está que si un sujeto hiere o mata con un arma de fuego a varias personas y durante el *iter criminis* se lastima, dicho padecimiento será infinitamente inferior al causado por su conducta y así el concepto de pena natural queda desdibujado y desequilibrado frente al resultado dañoso causado a los terceros afectados y la respuesta que el Estado prevé para este resultado.

En segundo lugar, de lo expuesto hasta el momento podemos encontrar una evidente contradicción entre los supuestos de pena natural moral y el rol que a los parientes les compete dentro de la sociedad. Así, PATRICIA ZIFFER señala:(…) si bien la institución responde a un sentimiento más o menos generalizado, la mayor dificultad que plantea consiste en responder a la pregunta de cómo medir la gravedad de la pérdida para el autor, cómo medir el sufrimiento(...) la valoración solo sería posible desde un punto de vista objetivo, lo cual conduciría a una atenuante general. Pero esto no está exento de cuestionamientos, dado que, por ejemplo, en los casos de homicidios causados imprudentemente a parientes cercanos, con frecuencia será posible afirmar un deber de cuidado mayor, y por lo tanto una atenuación general no necesariamente representa una solución más justa para todos los supuestos (...). En síntesis, si bien el principio de la "*poena naturalis*" puede partir de buenos fundamentos, resulta sumamente difícil incorporarlo dentro de un sistema de hecho punible, sin conducir a contradicciones (...)".[44]

Si bien hemos de dar lugar a la apreciación de ZIFFER, debemos primero aclarar que se refiere solo a los casos de pena natural moral, dejando a salvo los supuestos de pena natural física. Dicho esto, es cierto que la mayor parte de los casos que hemos analizado de pena natural moral consisten en situaciones en las que los involucrados están unidos por un vínculo de parentesco. También es cierto que el deber de cuidado respecto del bien jurídico ha de ser más estricto en estas relaciones que en aquellas que se tienen con desconocidos. Sin embargo, hemos dicho en un comienzo que no nos parece el otorgar pena natural a cada supuesto en los que se den relaciones de parentesco, debiendo evaluarse en el caso concreto si esta relación es un mero título jurídico o efectivamente existe un lazo afectivo entre parientes. Por otro lado, como hemos dicho, el asunto no es de blanco y negro, sino que podemos encontrar matices en los cuales no exista una dispensa absoluta de pena, sino una atenuación de la misma, todo lo cual va a depender de la situación en concreto que

---

[42]FEIJOO SÁNCHEZ, B. *La pena como institución jurídica: retribución y prevención genera*l, Argentina: B de F, 2014, p. 290.

[48]Finocchiaro, "La pena natural", cit. nota n° 3, p. 68.

[43] FINOCCHIARO, E. "La pena natural. Breves consideraciones", Revista de derecho penal y criminología, N° 5 (2012), p. 68.

[44] ZIFFER, P., Lineamientos de la determinación de la pena, Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1996, p. 143.

se someta al juicio del tribunal, y por esto mismo existen los marcos penales en los cuales el tribunal puede graduar la pena. En ese sentido, no es lo mismo el padre, que conduciendo, se estrella contra un árbol encontrando la muerte su esposa, que aquel que se encuentra en la misma situación, pero conduce bajo la influencia del alcohol.

Si utilizáramos un criterio objetivo, podríamos llegar a la conclusión de que en ambos casos de mediar sufrimiento el padre debiese ser dispensado de la pena. Sin embargo, utilizando un criterio subjetivo podemos determinar que en el primer caso pudo haber existido una imprudencia leve, en tanto en el segundo caso hay una autopuesta en peligro que es a todas luces riesgosa, tanto para el sujeto infractor, como para su familia. Por lo mismo, el desvalor de su culpabilidad se hace más robusto, encontrando menos razones legítimas para atenuar la gravedad de la pena. Particularmente crítico de lo que se ha entendido por pena natural es GUZMÁN DALBORA, al analizar los distintos conceptos de pena, toca el de pena natural a propósito de las definiciones naturalistas o sociológicas, respecto de las cuales señala "carecen propiamente de actualidad, siquiera constituyen el mejor ejemplo de la diversidad confusa de significados que fue acumulando el término a lo largo de su progresión histórica,"[45] al tratar brevemente la teoría sociológica de NIKLAS LUHMANN y su influencia en el funcionalismo sistémico.

1.7 FUNDAMENTOS DESDE LA TEORÍA DE LA PENA

La pena natural puede ser fundamentada desde cualquiera de las teorías desarrolladas para sostener la necesidad e importancia de la pena. Tanto en las teorías absolutas como en las relativas y, por supuesto, también en las teorías mixtas podrá encontrar cobijo la pena divina o natural.

En las teorías absolutas basadas en la retribución, el padecimiento del sujeto activo sirve de respuesta “talional”, siempre y cuando el sufrimiento sea equiparable al grado de culpabilidad del autor y se encuentre en relación proporcional a la pena estatal que le correspondería, en cuyo caso esta última pena podrá ser reemplazada total o parcialmente, por la ocurrida naturalmente con motivo del hecho generado por el individuo infractor de la norma penal.

KANT[46] argumentaba a favor de esta tesitura, que el individuo no puede ser un medio utilizable para otros fines, pues es un fin en sí mismo. Ciertamente, esta aseveración, producida por uno de los más grandes filósofos de la ilustración del S. XVIII, constituye una seria limitación a posibles desenfrenos del poder del príncipe y es una buena razón para aceptar el castigo que divinamente ya fue impuesto, sorteando de ese modo cualquier intento devaluador de un ser humano particular.
Con respecto a la prevención general negativa, el conocimiento de la posibilidad de la ocurrencia de un daño superior a los beneficios que le generaría al autor llevar a cabo determinada conducta ilícita, lo coaccionará psicológicamente (al estilo Feuerbach), de abstenerse de producirla.

Sin embargo, de llevarla a cabo con la concreta producción de los efectos estimados como posibles, le significará un fuerte llamado de atención al resto de la comunidad con el mensaje ejemplar, preciso y claro: dada cierta conducta delictiva, tendrás eventualmente una pena natural, incluso mucho más severa que la forense. La situación es indeseable, por lo que no es aconsejable su imitación, ni individualmente, ni mucho menos, comunitariamente. Este sería el papel de la prevención general positiva.

La teoría preventivo-general tiene también dos ventajas fundamentales frente a la preventivo-especial. En primer lugar, puede demostrar sin compromiso que

[45] GUZMÁN DALBORA, J. L., La pena y la extinción de responsabilidad, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008, p. 13.

[46] KANT E., Principios metafísicos del Derecho, Ediciones de Plata, Publidisa, 2004, p.145.

incluso, en ausencia del peligro de repetición del hecho, no se debe renunciar totalmente a la pena; la sanción es necesaria porque los delitos que se quedan sin consecuencias para el autor, incitan a la imitación, y en segundo lugar, el principio de la prevención general no tiende a sustituir descripciones claras del hecho por pronósticos de peligrosidad vagos y arriesgados para el Estado de Derecho; por el contrario, exige disposiciones a ser posibles exactas, porque el objeto de la prohibición debe estar fijado exactamente si el ciudadano debe ser motivado a distanciarse de una determinada conducta.

Siguiendo entonces a ROXÍN,[47] el resultado o las consecuencias lesivas sobre el propio autor, evitará la estimulación por imitación en el resto y provocará un fuerte impulso en la ciudadanía a respetar las reglas establecidas para la convivencia.

En tal aspecto, siendo las secuelas del acto delictivo posiblemente no sólo más perjudiciales que el beneficio a obtener por el ilícito, sino incluso más perniciosos que la pena estatal, será motivo suficiente para que una mayoría elevada se distancie de determinadas conductas como lo explica el autor alemán.

Por último, la intimidación individual (o prevención especial) tendrá seguros efectos en la persona del sujeto activo, que notará inmediatamente la peligrosidad de llevar a cabo ciertas conductas ante los resultados lesivos que le provocaron. En el futuro, casi se podría asegurar, que analizará con mayor detenimiento asumir vulnerar nuevamente el ordenamiento jurídico.

Además, el sujeto deberá aprender a convivir sin el bien del que con anterioridad gozaba plenamente (tal como sucede con la libertad cuando esta es limitada temporalmente por la condena) y cuya pérdida fue ocasionada *naturalmente* a consecuencia del delito. Sin temor a equivocarme, los efectos de la huella desjada por el ilícito, que puede ser *física, material o espiritual*, tendrán un tratamiento aleccionador mucho mejor y efectivo que el desempeñado por el mismísimo tratamiento penitenciario, que dicho sea de paso, es criticado hasta el cansancio por atribuírsele que no consigue los efectos deseados.

Poco puede agregarse sobre de las teorías mixtas al respecto, pues son, como la misma palabra lo indica, una "mixtura" de las teorías que se acaban de desarrollar. En lo esencial, basta referir que ambas fueron sometidas a críticas, tanto positivas, como negativas. La simbiosis se consigue entonces, reuniendo en una teoría los aspectos indemnes de las absolutas y relativas, para decir que la pena natural sirve a la retribución del hecho cometido y cuando no alcance, el quantum de la pena no podrá desconsiderar el sufrimiento que el delito le ocasionó al autor, salvo que por la inexistencia de motivos preventivos sea innecesaria la aplicación de una sanción penal, ya sea por insignificancia del bien jurídico lesionado o por la presencia de la duda en relación a la necesidad de la pena.

II. PRINCIPIOS QUE JUSTIFICAN LA PENA NATURAL

2.1 Equidad

La reacción penal se acepta como un resultado justo frente a la ofensa inferida por el autor a un bien jurídico ajeno, pero esa noción de justicia puede verse severamente cuestionada si junto al daño ocasionado por el delito, se produce un serio sufrimiento también al autor. Desde esa especial perspectiva, no cabe duda de que si la pena es un mal destinado a retribuir la culpabilidad mediante algún género de padecimiento, resultaría carente de sentido equitativo hacer total abstracción del sufrimiento que experimenta el responsable del delito como consecuencia de su misma comisión. Si la sanción impuesta ignora los sufrimientos que el autor padece como consecuencia del delito, la respuesta punitiva del Estado alcanzará un *quantum* que excederá la medida señalada por la proporcionalidad entre delito y pena.

---

[47] ROXIS C. *Límites de la pena, Problemas básicos del Derecho Penal*, Madrid Editorial Reus, 1976, p.341

Si el Derecho Penal juega con una herramienta de tanta contundencia como la pena, su puesta en funcionamiento debe ser estrictamente calibrada frente al caso para que no tengan lugar situaciones de extrema iniquidad; un Derecho Penal que se descarga insensible e indiscriminadamente sobre quien se encuentra ya profundamente afectado por el hecho delictivo estaría llegando a un extremo de brutalidad posiblemente apto para destruir a la persona y no para alcanzar el pregonado propósito de resocializarla.

2.2 Humanidad

En un Estado constitucional de Derecho como es el nuestro, este principio adquiere un predominio axiológico esencial para la correcta conformación social, pues una sociedad que se ubique por encima del hombre no es humana y no buscará, o no se preocupará entonces por cuidar de este.

Esta manera de observar al hombre en su individualidad, es más propio de una concepción kantiana, y un tanto alejada del utilitarismo. El hombre debe ser la medida de la sociedad, y no al revés. Solo podrá aceptarse la hipótesis contraria en el caso en que la sociedad sirva de protección a la personalidad y al libre desarrollo de esta, pero sin desconocer el marco de la convivencia legal.

En el ámbito de la pena, lo mencionado conlleva la eliminación de la tortura (como medio de determinación de la verdad y de la dosis de respuesta punitiva) y de la pena capital. Incluso nuevas voces llevan a cuestionar la completa inocuización de individuos que son confinados a completar sus días detrás de las rejas, y reducidos de esa manera a una muerte civil. De todas maneras, es un tema que merece una discusión mayor. No obstante lo cual, el dictado de una sentencia condenatoria, ajena a toda consideración del sufrimiento ocasionado por el actuar ilícito del sujeto involucrado en el mismo, atenta contra este principio de humanidad. De este modo, un sistema penal que ignore dicho axioma, vence y degrada al individuo a un doble sufrimiento: primero con la penal natural y luego con la pena estatal, solo atribuible a una actuación estatal de cuño preventista, vengativa y por supuesto, arbitraria.

2.3 Proporcionalidad

Uno de los más grandes maestros del Derecho Penal que la historia ha dejado, el italiano CESARE BECCARIA, partiendo de la base de que el fin de las penas no es atormentar y afligir un ente sensible, ni deshacer un delito ya cometido; argumentó que la finalidad de la pena no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos, y retraer a los demás de la comisión de otros iguales, para luego aseverar que: "*deberán ser escogidas aquellas penas y aquel método de imponerlas, que guardada la proporción, hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los hombres, y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo"*.[48]

La proporcionalidad de la pena con el delito cometido es fundamental para logar la razonabilidad del sistema punitivo. Las escalas penales deben apuntar a lograr proporcionar cierta relación entre la pena y el hecho. Mientras más severo y grave sea este último, mayor contenido, rigurosidad y duración tendrá la consecuencia.

Nada impide que por razones de utilidad, (o mejor dicho: de inutilidad) la pena pueda tener un contenido menor que el que correspondería en situaciones normales (dentro del marco de la discrecionalidad previamente proporcionada por el legislador penal al juzgador). Si ello puede ser considerado así, no existe óbice para prescindir de la acción cuando por razones de oportunidad procesal, se considere que se podría rebasar el principio de proporcionalidad, además del de legalidad, desde el inicio

[48] BECARIA C. *Tratado de los Delitos y las penas*, traducido J. Rivera, Madrid, Ed. Feltrineeli, 1821

mismo de la investigación, pues esta ya puede generar perjuicios adicionales al ya estipulado por la naturaleza y/o por las circunstancias del hecho.

III. MOMENTO PARA SU IMPOSICIÓN

Cualquier autor de teoría del delito diría que la valoración de la pena, en lo que al alcance y cuantía se refiere, queda reservada para la etapa de sentencia, donde el Tribunal habrá de valorar todas las circunstancias que rodean al hecho.

Ahora bien, dándose los presupuestos para la aplicación de la pena natural, ¿qué sentido tendría llevar a cabo todo el procedimiento? con los conocidos perjuicios y estigmatizaciones que significa para el imputado, si desde el primer momento en que la causa penal es conocida por el titular de la acción procesal penal, este advierte la presencia de sus extremos fácticos. Procesalmente se perdería el interés en la persecución de algo que ya obtuvo su reproche natural, con implicancias iguales o superiores al buscado públicamente.

Esta razón es la que me hace pensar que ningún sentido tiene que esperar hasta la etapa de debate y decisión, máxime con todo lo que conlleva la tramitación integral de un proceso. El enjuiciamiento penal, no solamente supone un desgaste jurisdiccional injustificado en casos de pena natural, sino que, además, implica la generación de mayores trastornos al inculpado, cuando se sabe casi con certeza o con una probabilidad elevada que el aseguramiento de la pena devendría desproporcionada y desventajosa.

Es por ello que la opción correcta, en mi criterio, es regular la posibilidad de prescindir de la acción penal desde el primer momento (principio de oportunidad), con la finalidad de evitar vulnerar al individuo, primero sometiéndolo a proceso y luego, aplicándole una sanción estatal, que vendría sumada a la ya soportada de forma natural.

Lo anterior, siempre y cuando el sufrimiento del autor tenga su génesis en el hecho al que en circunstancias normales, le correspondería eventualmente una pena forense. Puntualmente se protege el interés individual a los fines de obstaculizar el sometimiento a juicio y eventualmente a la pena legalmente establecida cuando ya padeció una de carácter natural con un alcance igual o mayor que la contemplada *de iure*. Vale decir entonces, que el motivo, si bien es procesal, el fundamento para abstenerse de ejercitar el poder estatal nunca puede dejar de ser penal, al menos en estos casos.

La naturaleza también coloca muros a la actuación de las personas con consecuencias tan severas como las pautadas por el Estado. Cuando aquella actúa, se encarga en el mismo acto delictivo de sancionar al infractor con la pérdida de algún bien material (tal como lo hace la pena). Su desconsideración, en el caso concreto, es contraria a la dignidad de la persona y a su naturaleza humana, y significa una doble condena por el mismo hecho, desproporcionando las consecuencias y elevando el poder de respuesta penal más allá de lo que le es indispensable para el caso concreto.

CONCLUSIONES

Al finalizar esta investigación, hemos llegado a las siguientes conclusiones respecto del tema inicial planteado:

1. Ante las diversas nociones que analizamos, nos decantamos por aquella que entiende a la pena natural como aquel mal físico o moral que, por imprudencia o caso fortuito, recae sobre el autor de un delito, como consecuencia directa de la comisión del mismo. Ante ello, adoptamos un concepto restringido de la misma, que abarca solo los perjuicios físicos o morales, descartando aquellos de índole económica u otros que no logran el estándar de equivalente funcional de la dimensión fáctica de la pena. Por otro lado, es más sencillo hallar supuestos en delitos culposos y, excepcionalmente, en delitos dolosos, cuando el daño es de gran entidad para el

autor; y que puede ser provocado, por regla general por el propio autor, y excepcionalmente, por terceros.

2. La pena natural puede hallar su fundamentación, ya sea en ser considerada una forma de compensación destructiva de la culpabilidad, o bien en que la sanción aplicable sería vulneradora del principio de humanidad de las penas. Todo lo anterior rodeado por los principios de proporcionalidad y necesidad de la pena.

3. Dentro de las objeciones que pueden plantearse a la aplicación de la institución, sin duda los casos más problemáticos se darán en los cuales pueda predicarse respecto del autor una posición de garante respecto de la víctima, pero que aun así, el daño le haya provocado sufrimiento. No obstante aquello, aun así sostenemos su aplicación en atención a las circunstancias concretas de cada hipótesis.

4. La pena natural puede ser fundamentada desde cualquiera de las teorías desarrolladas para sostener la necesidad e importancia de la pena. Tanto en las teorías absolutas como en las relativas y, por supuesto, también en las teorías mixtas podrá encontrar cobijo la pena divina o natural.

5. En cuanto a los modelos teóricos de solución que dan cabida a la pena natural, encontramos aquellos que dejan la decisión en manos del juez y aquellos que descansan en manos del órgano persecutor. A este respecto, y como dejamos de manifiesto al presentar nuestra posición, creemos que es indispensable dotar al juez de herramientas que le permitan una amplia gama de opciones a la hora de aplicar esta institución a solicitud del Fiscal.

6. Dadas las condiciones de perfeccionamiento legislativo que vive Cuba a partir del 10 de abril de 2019, con la proclamación de la nueva constitución, están dadas las condiciones para que el principio de oportunidad sea introducido en la Ley de Procedimiento Penal y uno de sus criterios sea la pena natural, lo que se justifica con los fundamentos, históricos, doctrinales y procesales que aportamos en este trabajo.

Recomendaciones

A: La Asamblea Nacional del Poder Popular de la República de Cuba, máximo órgano legislativo del país, introducir en la nueva Ley de Procedimiento Penal el principio de Oportunidad y como uno de sus criterios, la pena natural, que solicitaría el Fiscal mediante un sobreseimiento definitivo, que debe aprobar, el tribunal, con posibilidad de recurso, y una vez firme tenga efecto de cosa juzgada.

Bibliografía

Libros de textos

ARIGÓS, CARLOS R., “El dolor y el derecho penal”¸ en *Problemas actuales de las ciencias penales y la filosofía del derecho. En homenaje al profesor Luis Jimenez de Asúa,* Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970.

BACIGALUPO, ENRIQUE: “Principio de culpabilidad, carácter del autor y *poena naturalis* en el derecho penal actual”, en *Cuadernos del Departamento de Derecho Penal y Criminología*, Nueva Serie, No 2, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Cordoba, Ed. Lerner, Buenos Aires 1998.

BECARIA CESARE, Tratado de los Delitos y las penas, traducido J. Rivera, Madrid, Editorial Feltrineli, 1821.

CHIARA DÍAZ, Carlos; Grisetti, Ricardo y Obligado, Daniel: *La acción penal. Procesal Penal. El rol del Ministerio Fiscal y las víctimas en el debido proceso*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio “La pena natural”, cit. nota n° 17, p. 191 *Introducción al estudio del Derecho Procesal,* Ed. Rubinzal-Culzoni, t. 2, Buenos Aires, 2005.

CHOCLÁN MONTALVO, José Antonio“, La pena natural”, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, N° 3, 1999.
FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo, La pena como institución jurídica: retribución y prevención general, Argentina: B de F, 2014, p. 290.
FINOCCHIARO, Enzo, “La pena natural. Breves consideraciones”, Revista de Derecho Penal y Criminología, N° 5, 2012.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, La pena y la extinción de responsabilidad, Santiago de Chile: Legal Publishing, 2008.
HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ Rufina de C. El Principio de Oportunidad. Una Necesidad para Cuba, Tesis Doctoral 2017
HOBBES, Thomas, *El Leviatán,* 2ª edición, SÁNCHEZ SARTO*,* Manuel (Trad.), Argentina: Fondo de Cultura Económica, 1980.
JAKOBS, Günther, “El principio de culpabilidad”, trad. Cancio Melia, Manuel, Anuario de derecho penal y ciencias penales, t. XLV, fascículo III 1992.
KANT, Immanuel, *Principios metafísicos de la doctrina del derecho*, trad. Córdova, Arnaldo, México: Universidad Nacional Autónoma de México, 1978.
POLITOFF, Sergio, “Derecho penal con mesura: una respuesta reduccionista a la mala conciencia del jurista”, *Revista Universum*, N° 10 1995.
ROXIN, Claus, "Sentido y límites de la pena estatal", en: EL MISMO, Problemas básicos del derecho penal, trad. Luzón Peña, Diego-Manuel, Madrid: Editorial Reus, 1976.
SCHÜNEMANN, Bernard: ¿Crisis del procedimiento penal? ¿Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo?, col. *Cuadernos del Consejo General del Poder Judicial*, Ed. CGPG, Madrid, 1991, p. 111.
WEIGEND, Thomas, Tratado de derecho penal. Parte general, trad. Olmedo Cardenete, Miguel, Granada: Editorial Comares, 2002.
ZAFFARONI, Eugenio Raúl, y otros: *Derecho Penal. Parte General,* Ed. Ediar, Buenos Aires, 2003.
ZAFFARONI, Eugenio, Alagia, Alejandro, Slokar, Alejandro, Manual de derecho penal. Parte general, 2° edición, Buenos Aires: Editorial Ediar, 2014.
ZAFFARONI/Alagia/Slokar, Manual de derecho penal, cit. nota n° 5, p. 113; Vitale, Gustavo, "Estado constitucional de derecho y derecho penal", en: Ouviña, Guillermo et al., Teorías actuales en el derecho penal, 75° Aniversario del Código Penal, Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998.
ZIFFER, Patricia, Lineamientos de la determinación de la pena, Buenos Aires: Editorial Ad-hoc, 1996.

Documentación digital

-COSCIA, ORLANDO, "Poena naturalis versus pretensión estatal", Revista Jurídica de LexJuris, vol. I, N° 1, 2000, en: http://www.lexjuris.com/revista/opcion1/2000/
lexpoena.htm[visitado el 15.08.2015.
-IRIBARREN, PABLO, "La poena naturalis y su aplicación en la provincia de Río Negro", Suplemento de derecho penal y procesal penal La Ley, 2006/B, en: www.pinedairibarrenasoc.com.ar/pdf/pena%20natural1.pdf [visitado el 15.08.2015.
-SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA, “¿Puede considerarse el remordimiento una ‘poena naturalis’?”, *In Dret Penal*, N° 3 (2014), en: www.indret.com/pdf/editorial.2_7.pdf [visitado el 15.08.2015].

Legislación nacional

-Constitución de la República de Cuba de 10 de abril de 2019
-Ley No. 62 de 13 de agosto de 1977 Código Penal Cuba
-Ley No. 5 29 de diciembre de 1987 de Procedimiento Penal

Legislación extranjera

-Código Penal Alemán. Trad. por la profesora C. L. Díaz Consultado en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf en fecha 26 noviembre 2016 a las 9: 45 a.m.
-Código Penal de Colombia. Ley No.600 de 24 de julio de 2000. Consultado en:http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20130808_01.pdf en fecha 28 de noviembre 2016 a las 4: 35 p.m.
-Código Penal de Costa Rica. Consultado en: https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Penal_Costa_Rica.pdf en fecha 26 de noviembre 2016 a las 11:00 a.m.
-Código Penal de Chile de 1874, con modificación de Ley 20968 de 22 de noviembre de 2016. Consultado en https://www.leychile.cl/N?i=1984&f=2016-11-22&p= en fecha 19 diciembre 2016 a las 8:55 a.m.
-Código Penal de Francia, actualizado a 10 diciembre 2015. Consultado en https://www.legifrance.gouv.fr/content/download/1969/13763/version/3/.../Code56.pdf en fecha 19 febrero 2016 a las 9:00 a.m.
-Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 con Exposición de Motivos. Tomado del Texto "Derecho Procesal Penal Argentino" de Julio B. J. Maier.
-Código Procesal Penal de Costa Rica, Ley No. 7594 de 10 de abril de 1996. Publicado en Alcance No. 31 al Diario Oficial La Gaceta, No. 106 de 4 de junio de 1996, que entró en vigencia el 1ro de enero de 1998.
-Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, Caracas, de 25 de julio de 2000 (Gaceta Oficial, No. 37.022, Extraordinaria, de 25 de Agosto del 2000). Ediciones DABOSAN.
-Código Procesal Penal de Chile, de 29 de septiembre del 2000, con modificación de Ley 20931 de 5 de julio de 2016. Consultado en http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=176595 en fecha 21 de octubre de 2016 a las 12:00 m.
-Código Procesal Penal de la República de Venezuela. Decreto 9042, de 15 de junio de 2012, CENDIJ, La Habana, 2014.
-Código Procesal Penal de la República de Bolivia, Consultado en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/PL/CU/Codigos/30081933.pdf; y www.fiscalia.gov.bo/icmp/material-educativo/cpp.htm en fecha 19 de marzo a las 2: 15 p.m.
-Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Ley No. 23.984. Modificada y complementada. Anotado, comentado y concordado. 3ra ed. corregida, ampliada y actualizada. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, octubre de 1997.
-Código de Procedimientos Penales de Perú, consultado en: http://www.unifr.Ch/derechopenal/legislación/pc/cpp–perú.htm. en fecha 21-11-2016 a las 16.00 horas.
-Código Procesal Penal de Alemania del 15 de mayo de 1871 con la última reforma del 31 de enero de 1998, consultado en: www.unifr.Ch / derecho penal/lex. en fecha 21-11-2016 a las 16.30 horas.
-Código Procesal Penal de la República de Guatemala, en www.ordenjuridico.gob.mx/Federal/ PL /CU/Codigos/30081934.pdf; y www.fiscalia.gov.bo/icmp/material-educativo/cpp.htm en fecha 12 de octubre de 2016 a las 5:35 p.m.
-Código Orgánico Integral de la República de Ecuador. SR.O.no.180 de 10 de febrero de 2014, Ed. GAB, 2014.
-Código Procesal Penal de Nicaragua, Ley No. 406 de 2001, Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. CENDIJ, La Habana, 2014.
-Código Procesal de la República de Paraguay, 1286 de 1998, Segunda edición actualizada en 2001. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. CENDIJ, La Habana, 2014.
-Código Procesal de la República del Salvador. Decreto 626 de 2014. Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina. CENDIJ, La Habana, 2014.

-Código Procesal Penal de Honduras. Decreto No. 9 de 1999. Consultado en: www.poderjudicial.gob.hn/juris/Leyes/CODIGO%20PROCESAL%20PENAL.pdf en fecha 14 de mayo de 2015 a las 4: 05 p.m.
-Código Procesal Penal de República de Dominicana. Ley No. 76 de fecha 19 de julio del 2002. Consultado en: http://www.poderjudicial.gob.do/documentos/PDF/
códigos/Codigo_Procesal_Penal.pdf en fecha 26 de octubre de 2014 a las 3: 35 p.m.
-Código Procesal Penal, Estado de México, de 2008. Reformado por Decreto 186 de 22 de enero de 2014, Compilación de Códigos Procesales actualizados de América Latina, CENDIJ, La Habana, 2014.
-Código Procesal de la República de Paraguay, 1286 de 1998, 2da ed. actualizada en 2001, CENDIJ, La Habana, 2014.
-Código Procesal Penal de Panamá, Ley 63 de 28 de agosto 2008, Gaceta Oficial Digital No. 26114 de 29 de agosto de 2008.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 269-284
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Vulneração de gênero no âmbito do direito à saúde no Brasil: um olhar sob a premissa da obra "Holocausto brasileiro"

Gender vulneration in the scope of the right to health in Brazil: a look under the premise of the work "Holocausto brasileiro"

Angelita Maria Maders[1]
Defensoría Pública do Estado do RS
Universidad de Chile

Sumário: 1. Introdução; 2. Prolegômenos acerca do livro "Holocausto brasileiro"; 3. Vulnerabilidade e vulneração de gênero; 4. A humanização da saúde frente à vulneração de gênero; 5. Conclusão; 6. Referências.

Resumo Em uma tentativa de aproximação com a literatura, neste artigo é analisada a vulneração de gênero no ambiente sanitário no Brasil. Para demonstrar a violação do direito à saúde a que muitas mulheres estão sujeitas, são trazidos fatos relacionados aos direitos sexuais e reprodutivos, analisados paralelamente aos casos citados no documentário "Holocausto Brasileiro", no intuito de sensibilizar acerca da premente necessidade de humanização dos serviços de saúde para concretizar a igualdade de gênero e suprir as omissões e o próprio silêncio que há nos discursos institucionalizados nessa tangente. A conexão entre a temática e a obra utilizada justifica-se para recuperar, no presente, o significado da violação de direitos e oportunizar a escrita de uma história diversa para o futuro. Para tanto, o texto está dividido em três partes. Na primeira, são reproduzidos aspectos inerentes ao referencial teórico adotado para justificar sua escolha e demonstrar o liame com a temática principal. Na segunda, é tratada a vulnerabilidade em sentido amplo para chegar à vulneração de gênero e, na terceira, a necessidade de uma retomada de princípios éticos universais à humanização na área da saúde para garantir equidade de gênero. O método utilizado é o hipotético-dedutivo de revisão bibliográfica

Palavras chave: Vulnerabilidade; vulneração; gênero; direito à saúde; humanização.

Abstract: In an attempt to approach the literature, this article analyzes gender vulnerability in the health environment in Brazil. To demonstrate the violation of the right to health to which many women are subjected, facts related to sexual and reproductive rights are brought up, analyzed in parallel to the cases mentioned in the documentary "Holocausto Brasileiro", in order to raise awareness about the pressing need for humanization of health services. health to achieve gender equality and supply the omissions and the very silence that exists in the institutionalized discourses on this tangent. The connection between the theme and the work used is justified to recover, in the present, the meaning of the violation of rights and to provide the opportunity to write a different story for the future. To this end, the text is divided into three parts. In the first, aspects inherent to the theoretical framework adopted to justify their choice and demonstrate the link with the main theme are reproduced. In the second, vulnerability is dealt with in a broad sense in order to reach gender vulnerability and, in the

[1] Defensora Pública do Estado do Rio Grande do Sul, 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

Recibido: 10/01/2020
Aceptado: 25/04/2020

third, the need for a return to universal ethical principles for humanization in the health area to ensure gender equity. The method used is the hypothetical-deductive bibliographic review.

Keywords: Vulnerability; vulneration; gender; right to health; humanization.

1. Introdução

A realidade brasileira está repleta de casos vexatórios envolvendo a vulnerabilidade humana na área da saúde, notadamente em relação às mulheres. A mídia relata diferentes e novos casos de discriminação de gênero no ambiente sanitário a cada dia. Não é diferente na literatura, a exemplo do livro "Holocausto Brasileiro", que retira das sombras a realidade do Hospital Colônia de Barbacena, no Estado de Minas Gerais, no qual, em torno de 60.0000 pessoas teriam morrido em razão das condições subumanas a que eram submetidas em nome do "tratamento de saúde". Apesar de o referido documentário tratar mais especificamente da área da saúde mental e psiquiátrica, já que os pacientes lá internados supostamente apresentavam sintomas de doenças dessa natureza, há relatos de casos que não se enquadravam em tais diagnósticos, a caracterizar uma espécie de higienização social por distintos aspectos, também de gênero.

Justifica-se a utilização desse livro como base teórica deste texto para demonstrar a desumanidade que pode ser praticada na área da saúde e sensibilizar para mudanças. Sabidamente, trata-se de uma literatura de testemunho, que traz à memória fatos do passado, fadados ao esquecimento se não relembrados, e que podem orientar para o futuro. Afinal, a literatura de testemunho é capaz de dar vida e voz a quem ou àquilo que não foi vivido ou dito, porque permaneceu na sombra por força da dominação e dos desmandos daqueles que não permitiam viver ou falar. Além de proporcionar a catalogação de dados históricos, o documentário em testilha sensibiliza, auxilia na humanização do ser humano. Enfim, dá mais humanidade à humanidade, parafraseando Edgar Morin.[2] Aí está, pois, a ligação com a questão da vulnerabilidade na área da saúde, a qual é agravada quando se trata do sujeito mulher, por diferentes razões, inclusive de gênero, e em diferentes especialidades das ciências que se ocupam da saúde humana, especialmente, dos direitos sexuais e reprodutivos.

Este estudo bibliográfico busca, portanto, analisar a vulneração de gênero no ambiente sanitário no Brasil, sempre tentando estreitar a realidade, inclusive jurídica, com a literatura, neste caso, não a ficcional, senão a de testemunho, para demonstrar a violação do direito à saúde a que muitas mulheres estão sujeitas. Para tanto, ele está dividido em três diferentes planos que dialogam entre si utilizando o método hipotético-dedutivo, nos quais se faz uma revisão da literatura acerca do tema. No primeiro plano, são trazidos aspectos inerentes à obra utilizada para fins de justificação de sua escolha e demonstração do liame com a temática principal. No segundo, é tratada a questão da vulnerabilidade para se chegar à vulneração de gênero e, no último, a necessidade de haver uma urgente retomada de princípios éticos universais no que se refere à humanização na área da saúde para efetivamente dar vida aos direitos humanos das mulheres e minimizar a vulnerabilidade humana.

2. Prolegômenos acerca do livro "Holocausto brasileiro"

Como forma de situar contextualmente o livro utilizado como pressuposto teórico para retratar a realidade da vulnerabilidade humana na área da saúde e a título de introito, defende-se sua escolha pelo fato de ele evidenciar, por meio de dados históricos e testemunhos reais, as atrocidades a que foram expostas as

[2] MORIN, E. *O método 5*: a humanidade da humanidade. Tradução Juremir Machado da Silva. 5.ed. Porto Alegre: Sulina, 2012.

pessoas internadas no Hospital Colônia de Barbacena, estabelecido no interior do Estado de Minas Gerais, entre os anos de 1903 e de 1980. A vulnerabilidade e a (des)humanização são a temática principal deste artigo e foram documentadas na obra em questão, embora em um contexto diferenciado, pois trata de pacientes, em sua maioria, supostamente diagnosticados com problemas psiquiátricos. No entanto, é preciso esclarecer que não se pretende aqui trabalhar a questão manicomial, ao que se acredita, essa obra possa ser de profunda relevância, mas da questão da vulnerabilidade humana e, para fins de maior delimitação, da vulneração de gênero na área da saúde, cujo liame entende-se possível e pertinente.

O livro é de autoria da jornalista Daniela Arbex, que trabalha no Jornal Tribuna de Minas, onde é repórter especial; foi lançado em 2013, ganhou o segundo lugar do prêmio Jabuti na categoria livro-reportagem em 2014, além de ter sido eleito o melhor livro-reportagem do ano pela Associação Paulista de Críticos de Arte em 2013. Ele teve grande repercussão e serviu de base para um filme com o mesmo nome, estreado no ano de 2016 e produzido com exclusividade para a HBO, com exibição em mais de 40 países.

O documentário "Holocausto brasileiro" conta a história de décadas do Hospital Colônia, em que milhares de pacientes, aproximadamente 60 mil, teriam sido internados involuntariamente e sem que para tanto tivessem efetivamente sido diagnosticados com doença mental, local onde teriam sido torturados, violentados e utilizados em experimentos; mortos em razão das condições subumanas em que eram mantidos, situação que a autora apontou como genocídio, ou melhor, como um verdadeiro holocausto brasileiro. Muitos desses pacientes eram, segundo ela, apenas epiléticos, alcoólatras, homossexuais, prostitutas, mulheres ou adolescentes que foram engravidadas pelos patrões e ou desvirginadas antes do casamento, mulheres confinadas pelos maridos e que ali permaneceram sem que alguém se importasse com sua condição humana, com seu tratamento adequado, se efetivamente necessário, ou com seus gritos[3] de dor ou de solidão.[4]

Ao vincular a obra em comento com o objeto de estudo deste artigo é importante pontuar a desumanidade com que eram tratadas as pessoas que ali chegavam conduzidas em um vagão de trem. Ao aportarem, essas pessoas tinham imediatamente suas cabeças raspadas, as roupas arrancadas e os documentos retidos, de modo que suas identidades e referências familiares eram substituídas por números de identificação; suas privacidades e individualidades eram aniquiladas pelo modelo de tratamento que lhes era dispensado sob o codinome "cura". Ou seja, deixavam de ser pessoas. Além disso, como mencionado, no local não havia apenas pacientes com transtornos mentais. Segundo pesquisas realizadas, cerca de 70% desses pacientes não possuíam qualquer diagnóstico de doença mental ou psiquiátrica. Entretanto, a estigmatização da loucura, na época, com a privação do convívio social, ensejou internações arbitrárias de uma massa de marginalizados da sociedade, de modo que foram enviados para o Hospital Colônia aqueles que pertenciam a uma classe de excluídos sociais, que eram contrários ao padrão de modelo da sociedade da época,[5] dentre eles, milhares de mulheres.

Ao tentar reconstruir uma história do passado, que data de aproximadamente 50 anos, a autora, certamente teve de fazer um exercício de

---

[3] ARBEX. D. *Holocausto brasileiro*.1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

[4] O silêncio acerca da condição desses pacientes no Hospital Colônia, que fora fundado em 1903, já havia sido rompido no ano de 1961 por meio da publicação dos registros fotográficos de Luiz Alfredo na revista "O Cruzeiro" e, em 1979, quando teria sido publicada uma reportagem no jornal Estado de Minas intitulada "Os porões da loucura" e filmado o documentário "Em nome da razão", de Helvécio Ratton. Entretanto, somente em 1980, portanto, oito décadas após, teve fim. Nesse sentido a entrevista com a autora do livro. Disponível em: https://www.vice.com/pt_br/article/ezg95a/holocausto-brasileiro-documentario-entrevista-daniela-arbex Acesso em: 19 abr. 2018.

[5] ARBEX. D. *Holocausto brasileiro*.1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 14.

outridade, colocando-se no lugar, ou melhor, ao lado dos personagens reais envolvidos nessa trama, que tiveram a oportunidade de romper com o silêncio que também os violentava, pois privava-os de narrarem a si mesmos. Para tanto, ela utilizou-se do depoimento de diferentes pessoas que tiveram, de algum modo, participação nos acontecimentos: pacientes e funcionários da instituição psiquiátrica. Então, sob diferentes perspectivas e de acordo com a experiência de cada um, tais fatos puderam ser relidos e contados para servirem de memória àqueles que não os viveram ou vivenciaram, mas que não desejam que voltem a acontecer.[6]

Tem-se, pois, que o livro em questão identifica-se como literatura de testemunho, pois traz, além da releitura da autora acerca dos fatos registrados, a documentação das testemunhas, por meio de seus depoimentos e relatos. Acredita-se que pela leitura desta obra, é possível recuperar, no presente, o clarão do significado da vulnerabilidade na área da saúde, da negação de direitos e seus reflexos a todos aqueles que um dia possam vir a se encontrar na condição de enfermo. A literatura permite penetrar nos problemas da vida, na complexidade do mundo e dos seres, pois, como dizia Todorov, "Como sair de si senão pela ficção, que nos coloca no lugar do outro e nos abre a comunhão de uma dor partilhada".[7] Sabe-se não ser possível narrar o indizível, reviver fatos vividos por outros no passado, que se colocar no lugar do outro não é suficiente para sentir o que aquela pessoa sentiu, por isso, importante é conhecer o passado, a história do outro para melhor compreendê-lo e respeitá-lo a partir do que viveu e para aprender com suas experiências a projetar ações presentes e futuras. Esse documentário, então, contribui humanizando, fazendo sentir, fazendo viver, impulsionando o pensar e repensar; abrindo possibilidades para se escrever um outro capítulo ou final à história da humanidade, no qual, quiçá, a vulneração faça parte do pretérito, especialmente no que se refere à de gênero.

3. Vulnerabilidade e vulneração de gênero

Discorrer acerca do aspecto conceitual da vulnerabilidade não é tarefa fácil frente à complexidade que permeia esse princípio. Seu conceito está em constante construção e não é evidente nem para a bioética. Concepções amplas traduzem-no como base de toda a ética e como o mais importante princípio da bioética no que se refere à finitude da vida humana; também é visto como um princípio biopolítico do Estado. Já as concepções restritas baseiam-se, geralmente, no consentimento ou no dano para defini-lo, sendo criticadas, porém, por não abarcarem todo o âmbito da vulnerabilidade, por criarem estereótipos e ou não diferenciarem pessoas em maior ou menor grau de vulnerabilidade.[8] O que se tem, entretanto, de mais irretorquível é que a vulnerabilidade é inerente à condição humana. Desse modo, todos os seres humanos são vulneráveis, mas não necessariamente vulnerados, pois vulnerados seriam aqueles que possuem a sua vulnerabilidade agravada em razão da situação em que vivem e ou por que passam, tema no qual se pretende chegar neste texto com relação às mulheres no campo da saúde.

Vulnerabilidade é uma palavra que vem do latim *vulnus* (eris), que, em seu sentido semântico, significa ferida. Ela pode ser compreendida como a possibilidade

---

[6]No intento de demonstrar que a literatura pode ser utilizada para tratar das questões sociais e jurídicas que permeiam a sociedade, recorda-se que Guimarães Rosa já havia se utilizado da literatura para tratar do simbolismo da loucura no conto "Sorôco, sua mãe, sua filha" do livro Primeiras estórias, que fora lançado em 1962, como a demonstrar conhecer o hospital Colônica de Barbacena, pois se referia aos trens que lá chegavam repletos de pacientes em busca de tratamento psiquiátrico (ARBEX. D. *Holocausto brasileiro*.1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 28).

[7] TODOROV, T. *A conquista da América*: a questão do outro. São Paulo: Matins Fontes, 1999, p. 177.

[8]SOLBAKK J. H. "Vulnerabilidad: ¿un principio fútil o útil en la ética de la asistencia sanitaria?". *Revista Redbioética/Unesco*. 2011;1(3), p. 89-101.

de ser ferido, excluído, segregado, marginalizado,[9] seja no aspecto físico, seja no social. Ela possui três sentidos distintos na doutrina: é considerada uma condição humana, característica particular de pessoas e grupos ou princípio ético internacional. O primeiro sentido leva em conta a fragilidade da existência humana; o segundo toma em consideração, especialmente, o âmbito das pesquisas biomédicas envolvendo seres humanos e a defesa destes frente a eventuais abusos, enquanto que o terceiro tem base na Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos da Unesco (2005) que enuncia, em seu artigo 3º, a obrigatoriedade do respeito à vulnerabilidade humana e à integridade pessoal, tanto que grupos e indivíduos vulneráveis devem ser protegidos sempre que a vulnerabilidade humana for agravada por circunstâncias diversas.

Para Neves, a vulnerabilidade carrega em si duas significações distintas, sendo uma delas geral, como substantivo, universal e indelével, correspondente a todos os seres vivos em razão da certeza da morte, e outra específica, com função adjetivante, de característica contingente e provisória, relacionada a grupos, a exemplo das mulheres, crianças, idosos.[10] A vulnerabilidade específica dos pacientes do Colônia foi bem retratada na obra Holocausto Brasileiro em face da desumanidade com que eram tratados e da precariedade do atendimento que eles recebiam, bem como da incapacidade deles de resistência frente ao sistema de saúde, já que não recebiam qualquer informação e ou consentiam com o tratamento que lhes era administrado.

A vulnerabilidade, como concebe Kottow, é uma dimensão antropológica essencial da existência humana, inerente à condição humana (vulnerabilidade primária), comum a todas as culturas; ser vulnerável significa ser ou "estar suscetível a, ou em perigo de, sofrer danos." [11] Além disso, os humanos estão predispostos a diferentes tipos de vulnerabilidade, seja pela morte, seja pela própria condição de existência, decorrentes de fatores sociais, a exemplo da pobreza, de falta de educação (vulnerabilidade secundária), que os tornam ainda mais vulnerados do que pelo simples fato de existirem.

As Diretrizes Éticas Internacionais do CIOMS, por sua vez, definem como pessoas vulneráveis aquelas "pessoas relativa ou absolutamente incapazes de proteger seus próprios interesses. De modo mais formal, podem ter poder, inteligência, educação, recursos e forças insuficientes ou outros atributos necessários à proteção de seus interesses." [12]

Schramm aprofunda a reflexão acerca da diferença semântica envolvendo a vulnerabilidade e considera todos suscetíveis a serem feridos em algum grau pelo simples fato de estarem vivos, mas essa suscetibilidade seria distinta em suas formas e graus para diferentes pessoas, o que conduz à diferenciação entre vulnerabilidade e vulneração. Vulnerabilidade, então, estaria vinculada a condições potenciais e vulneração, a condições concretas, ou seja, à vulnerabilidade consubstanciada:

> De fato, se todos são potencialmente (ou virtualmente?)

[9]PERETTI, C. "Gênero, vulnerabilidade e HIV/AIDS: um olhar fenomenológico". *In*: SANCHES, M.A.; GUBERT, I. C. (Orgs.). *Bioética e vulnerabilidades*. Curitiba: Ed. UFPR; Champagnat, 2012, p. 131.

[10] NEVES, M. C. P. *Sentidos da vulnerabilidade*: característica, condição, princípio. Revista Brasileira de Bioética, 2006, p. 159.

[11] KOTTOW, M. "Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção". *In*: GARRAFA, V.; PESSINI, L. (Org.). *Bioética, poder e injustiça.* 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola; Sociedade Brasileira de Bioética, 2004, p. 72.

[12]COUNCIL FOR INTERNATIONAL ORGANIZATIONS OF MEDICAL SCIENCES (CIOMS). *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*, Guideline 13. Geneva, Switzerland (julho, versão provisória), 2002. Disponível em: <www.cioms.ch>. Acesso em: 14 mar. 2014.

> vulneráveis enquanto seres vivos, nem todos são vulnerados concretamente devido a contingências como o pertencimento a uma determinada classe social, a uma determinada etnia, a um dos gêneros ou dependendo de suas condições de vida, inclusive seu estado de saúde. Em suma, parece razoável considerar mais correto distinguir a mera vulnerabilidade da efetiva "vulneração, vendo a primeira como potencialidade e a segunda como uma situação de fato, pois isso tem consequências relevantes no momento a tomada de decisão.[13]

No mesmo sentido, para Kottow, "La vulnerabilidade es condición universal de amenaza, no existindo la dicotomia vulnerable-no vulnerable; no es un estado de daño sino de fragilidad. Si alguien deja de ser vulverable es porque se há vuelto vulnerado."[14] O citado autor segue dizendo: "Quando el discurso social o ético habla de indivíduos o colectivos vulnerables, está soslayando que se trata de seres ya dañados y que requieren, por tanto, cuidados especiales em vista del desmedro específico em que están sumidos."[15] [16]

A versatilidade conceitual da vulnerabilidade permite o reconhecimento de diferentes formas de vulnerabilidade que podem ser amenizadas se forem respeitados os direitos fundamentais e sociais básicos de cada pessoa em sua singularidade (o que não se deu no caso do Colônia), adotadas ações negativas por parte do Estado que visem à proteção equânime das pessoas contra danos, de modo a evitar que sua vulnerabilidade seja transformada em lesão à integridade. No que se refere aos vulnerados, tem-se a situação fática do dano e suas consequências, que devem ser avaliados para a tomada de decisões e que ensejam cuidados especiais e ações afirmativas por meio de serviços terapêuticos e de proteção para diminuição dos danos e para haver uma maior empoderamento dos desfavorecidos, interferindo em sua dignidade, autonomia e integridade.[17] Algumas pessoas carregam um estigma, um rótulo que as tornam ainda mais vulneradas, como era o caso dos pacientes do Colônia. No caso das mulheres, são portadoras dessa simbologia de forma mais acentuada, dentre outros, as pobres, as negras, as prostitutas, as doentes mentais, aquelas que sofreram um aborto e ou mantêm uma vida "desregrada" no que se refere ao exercício da sexualidade.

Mas o que justifica a inclusão das mulheres nos grupos de vulnerados e não somente de vulneráveis no sentido genérico como se pretende demonstrar neste artigo? Um fator de vulneração é a desigualdade histórica, invisibilizada e naturalizada a que elas estão expostas. Outro é a falta de informação e de conhecimento, bem como de renda, ou seja, aspectos educacionais e econômicos, o que é agravado pelo fato de sequer perceberem sua condição de vulneradas, muitas

---

13 SCHRAMM, F. R. "A saúde é um direito ou um dever? Autocrítica da saúde pública". *Revista Brasileira de Bioética*, 2006, 2(2), p. 192

14 KOTTOW, M. "Vulnerabilidad y protección". *In*: TEALDI, J. C. (Org.) *Diccionário lationoamericando de bioética*. Bogotá: Unesco/Red Latinoamericana y Del Caribe de bioética/Universidad Nacional de Colômbia, 2008, p. 340.

15 KOTTOW, M. "Vulnerabilidad y protección". *In*: TEALDI, J. C. (Org.) *Diccionário lationoamericando de bioética*. Bogotá: Unesco/Red Latinoamericana y Del Caribe de bioética/Universidad Nacional de Colômbia, 2008, p. 341.

16 Kottow é médico oftalmologista e bioticista que, em razão de problemas de saúde que enfrentou, restou hospitalizado, oportunidade em que experimentou a condição de enfermo e vulnerado e testemunhou a desumanização do exercício da medicina, a coisificação utilitarista por uma prática de corpos a serem tratados e não de pessoas a serem cuidadas, após o que escreveu o livro "El pa(de)ciente: la medicina questionada", chamando a atenção para uma necessária retomada de consciência para devolver à medicina sua condição de prática social.

17 KOTTOW, M. "Vulnerabilidad y protección". *In*: TEALDI, J. C. (Org.) *Diccionário lationoamericando de bioética*. Bogotá: Unesco/Red Latinoamericana y Del Caribe de bioética/Universidad Nacional de Colômbia, 2008, p. 340-342.

vezes culpando a si próprias por violências sofridas, inclusive do próprio Estado que as deveria proteger. Nesse sentido, não se pode esquecer que a reprodução social de padrões explícitos e implícitos e a atribuição de papeis aos homens e mulheres perpetuou socialmente a crença na posição subalterna das mulheres em relação aos homens.[18] Nesse contexto, as mulheres tornaram-se vulneráveis e oprimidas, o que se agrava quando constatado que elas são vítimas fáceis ou "escravas do risco" com relação a doenças sexualmente transmissíveis, por exemplo, já que confiam na relação conjugal aparentemente segura para cujo papel foram educadas, o que tem repercussão na saúde pública.

Um outro aspecto que não pode ser esquecido na questão da vulnerabilidade feminina é a questão do poder nas relações de gênero, sendo este entendido em sua forma ampla, para além da esfera afetivo-sexual das relações de gênero, alcançando a falta de acesso aos serviços básicos de saúde, empregos e salários dignos, moradia, segurança, entre outros. Nesse sentido, a vulnerabilidade feminina sob a ótica da questão de gênero incide sobre o processo de "[...] naturalização do feminino, remetendo-o às suas origens, ao contexto histórico de sua construção social, e aos inúmeros riscos aos quais estão submetidas as mulheres."[19]. Nessa tangente e trazendo a questão da vulnerabilidade de gênero ao ambiente sanitário, Peretti esclarece que, quanto ao acesso aos serviços de saúde e à existência de políticas públicas dirigidas às mulheres, as mulheres pobres situam-se "nas mais extremas condições de vulnerabilidade enfrentadas por qualquer segmento populacional."[20]

Quando se fala de vulnerabilidade frente a doenças graves, a doutrina diferencia o estado de vulnerabilidade permanente, que se refere a uma exposição persistente ao vírus, do estado de vulnerabilidade circunstancial, que se refere a situações passageiras de exposição a infecções, por exemplo, diferenciando vulnerabilidade de vulneração. Eles envolvem uma conjugação de fatores individuais, programáticos, sociais e culturais, que são agravados quando as mulheres são negras, dependentes químicas, profissionais do sexo e ou pobres. A realidade biológica, contudo, não justifica o comportamento diferenciador do masculino e do feminino, pois o conceito de gênero é mais amplo do que o de sexo. Ele é constitutivo das relações sociais humanas, uma construção social construída historicamente, alimentada por símbolos e sobreposta ao corpo e também uma forma de significação de poder que leva à marginalização, à violência e às mais diversas formas de vulnerabilidade.[21] Para ilustrar, seguem alguns dados que retratam a discriminação sofrida pelas mulheres no ambiente sanitário, onde deveria prevalecer o seu direito à saúde integral, sem qualquer distinção, a caracterizar a vulneração de gênero fundada em estigmas.

---

[18] Para fins deste texto, vulnerabilidade feminina é sinônimo de desigualdade, como a condição de maior suscetibilidade humana devido a fatores sociais, culturais, políticos, econômicos, de gênero estabelecidos pela sociedade e como imperativo de cuidado, como sinônimo de imperativo moral, de responsabilidade ética pelo e para com o outro, que deve ser compartilhada por todos, como vulneração. O conceito de vulneração, então, refere-se a situações concretas de vulnerabilidade, já que as mulheres ainda não possuem políticas públicas adequadas e materializadas para combater a situação de vulneração a que estão submetidas, inclusive na área da saúde.

[19]PERETTI, C. "Gênero, vulnerabilidade e HIV/AIDS: um olhar fenomenológico". *In*: SANCHES, M. A.; GUBERT, I. C. (Orgs.). *Bioética e vulnerabilidades*. Curitiba: Ed. UFPR; Champagnat, 2012, p. 128.

[20]PERETTI, C. "Gênero, vulnerabilidade e HIV/AIDS: um olhar fenomenológico". *In*: SANCHES, M. A.; GUBERT, I. C. (Orgs.). *Bioética e vulnerabilidades*. Curitiba: Ed. UFPR; Champagnat, 2012, p. 131.

[21] BRASIL. *Política nacional de atenção integral à saúde da mulher*: princípios e diretrizes / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

> No Brasil, considerando apenas a situação das mulheres negras e tendo como norte os dados da pesquisa sobre a discriminação racial em hospitais e maternidades, públicos e privados, da cidade do Rio (Fiocruz e prefeitura do Rio de Janeiro), há um campo enorme para a ação e reflexão bioética que tem sido negligenciado. A referida pesquisa entrevistou dez mil mulheres imediatamente após o parto, de julho de 1999 a marco de 2001. A conclusão: independente da escolaridade e da classe social, as negras recebem menos atenção que as brancas. Vamos aos dados comprobatórios da discriminação racial. Uso de analgesia de parto: apenas 5,1% das brancas não receberam anestesia, contra 11,1% das negras; ausculta de batimentos cardíacos do feto: 97,6% das brancas tiveram o batimento cardíaco fetal auscultado em todas as consultas, contra 95,9% das negras; medida do tamanho do útero durante o pré-natal: 85,4% das brancas responderam sim, contra 81,9% das negras; respostas às dúvidas durante o pré-natal: 73,1% das brancas receberam informações sobre sinais do parto e 83,2% sobre alimentação adequada durante a gravidez, contra apenas, respectivamente, 62,5% e 73,4% das negras; permissão de acompanhante antes e durante o parto: 46,2% das brancas puderam ter acompanhante, contra apenas 27% das negras.[22]

Em 2010 foi divulgada uma pesquisa realizada pela Fundação Perseu Abramo, a qual apontou que uma em cada quatro mulheres sofre algum tipo de violência contra seu direito à saúde no atendimento durante o parto no Brasil, sendo a mais corriqueira a proibição de um acompanhante ao lado da parturiente durante o parto, quando o acompanhamento deveria ser incentivado, por ser inerente à condição subjetiva da paciente e característica da relação social afetiva e familiar que se deve preservar. Situações como esta descaracterizam o humano e distanciam a área da saúde de seu mister como prática social. Como forma de corrigir tal situação, em 2014, foi sancionada a Lei 12.895, que obriga os hospitais conveniados com o Sistema Único de Saúde a informarem as mulheres e também a permitirem a presença de um acompanhante ao seu lado durante o trabalho de parto ou no pós-parto imediato.[23]

Isso retrata que, no Brasil, o sistema de saúde pública carece de equidade em diferentes sentidos, e também com relação aos serviços endereçados às mulheres, especialmente na área da reprodução humana, pois existe uma diferenciação considerável com relação ao tratamento dispensado às pacientes do Sistema Único da Saúde em relação aos convênios, inclusive no que se refere ao direito de escolha sobre o parto.[24]

---

[22] OLIVEIRA, F. “Feminismo, raça/etnia, pobreza e bioética: a busca da justiça de gênero, anti-racista e de classe.” *In*: GARRAFA, V.; PESSINI, L. (Org.). *Bioética, poder e injustiça.* 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola; Sociedade Brasileira de Bioética, 2004, p. 357-358.

[23] Nesse sentido reportagem publicada no Jornal Correio do Povo de 05 de maio de 2018, disponível em: http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Geral/Saude/2018/05/649559/Humanizacao-do-parto-ainda-tem-longo-caminho-a-percorrer Acesso em: 5 mai. 2018.

[24] A taxa de parto cesáreo no Brasil é de 44%, considerada a maior do mundo. Disponível em: <http://www.portalodm.com.br/taxa-de-partos-cesarea-no-brasil-e-a-maior-do-mundo-44--n--627.html>. Acesso em: 20 abr. 2013. Em 2017, o Ministério da Saúde apurou que 41,9% dos partos ainda são cesáreos na rede pública de saúde e que no setor privado esse índice pode chegar a 90%. Nesse sentido reportagem publicada no Jornal Correio do Povo de 05 de maio de 2018. Disponível em:

Esses são apenas alguns exemplos de situações que refletem a vulneração de gênero no ambiente sanitário. Mas há de ser considerado, ainda, que a vulnerabilidade é agravada também pela falta de investimentos por parte do Poder Público na prevenção e no combate às doenças, bem como na área da educação sexual e reprodutiva. Além disso, a capacidade de resistência das pacientes frente ao sistema de saúde é baixa, já que sequer podem escolher os profissionais que as atenderão, optar por diferentes métodos de tratamento, o que ainda é mais perceptível na saúde pública.

No livro "Holocausto Brasileiro", em uma aproximação, as situações de vulneração são visíveis do início ao fim; nele são retratadas várias práticas atentatórias à dignidade humana sob o pretexto de tratamento médico, diferentes formas de violação de direitos referentes à condição de gênero em virtude de rótulos sociais, morais e religiosos e de confisco da humanidade das mulheres,

> [...] filhas de fazendeiros as quais haviam perdido a virgindade ou adotavam comportamento considerado inadequado para um Brasil, à época, dominado por coronéis e latifundiários. Esposas trocadas por amantes acabavam silenciadas pela internação no Colônia. Havia também prostitutas, a maioria vinda de São João del-Rei, enviadas para o pavilhão feminino Arthur Bernardes após cortarem com gilete os homens com quem haviam se deitado, mas que se recusavam a pagar pelo programa.[25]

Já no prefácio, a apresentadora, Eliane Brum, chama a atenção para esse aspecto, pois lá também eram internadas pessoas sem qualquer diagnóstico de doença mental, dentre elas "meninas grávidas, violentadas por seus patrões, [...] esposas confinadas para que o marido pudesse morar com a amante, [...] filhas de fazendeiros as quais perderam a virgindade antes do casamento",[26] o que demonstra a naturalização e a invisibilidade da violência endereçada à mulher estigmatizada, que não aceitava os padrões sociais e morais vigentes. Para melhor elucidar, há o caso da paciente Conceição, que teira sido enviada ao Hospital Colônia aos quinze anos de idade somente pelo fato de ter reivindicado do pai igualdade de tratamento com relação aos irmãos quando teria exigido a mesma remuneração que ele pagava aos filhos homens que, como ela, trabalhavam na fazenda de Dores do Indaiá. Por sua atitude, ela recebeu como castigo a internação perpétua no hospital psiquiátrico, onde sofreu toda sorte de violações ao longo de sua vida.[27]

A vulnerabilidade de gênero também restou retratada no documentário no que se refere ao exercício da maternidade e dos direitos reprodutivos, pois as mulheres grávidas que eram internadas não recebiam atendimento pré-natal e sequer podiam permanecer com seus filhos após o nascimento. Elas escondiam a

---

http://www.correiodopovo.com.br/Noticias/Geral/Saude/2018/05/649559/Humanizacao-do-parto-ainda-tem-longo-caminho-a-percorrer Acesso em: 5 mai. 2018. Para minimizar tal situação, a Organização Mundial de Saúde lançou uma cartilha com 56 medidas, dentre as quais a melhoria da comunicação entre o profissional da saúde e a paciente, dando a esta maior participação e opinião sobre o procedimento a ser adotado durante o parto, de forma a humanizá-lo. Para isso, um dos pontos centrais é reconhecer cada parto como único, a ensejar, portanto, a necessidade de conscientizar todos os envolvidos no procedimento acerca da participação da parturiente para evitar violência obstétrica (aquela que ocorre, por ato físico, verbal, simbólico, ou omissivo, de negligência, discriminação, tanto durante a gestação, quanto durante o parto ou após este, inclusive no atendimento de situação de abortamento), a exemplo da realização da episiotomia (o corte efetuado entre a vagina e o ânus para ampliar o canal do parto), sem o consentimento da paciente.

[25] ARBEX. D. *Holocausto brasileiro*.1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 30.

[26] ARBEX. D. *Holocausto brasileiro*.1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 14.

[27] ARBEX. D. *Holocausto brasileiro*.1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 39-40.

gravidez passando fezes na barriga para evitar a aproximação dos funcionários, que se mantinham afastados em razão do odor. Entretanto, isso não era garantia da permanência da criança com a mãe, já que os filhos lhes eram tirados logo após o parto.[28] Um caso emblemático relatado é o da paciente Sueli Rezende, que faleceu em 2011, aos 50 anos de idade, sem ter conhecido as duas filhas que lhe foram tiradas, mesmo sempre pedindo e rezando por elas. Uma delas, Débora Soares, que teria nascido dentro do Hospital Colônia, descobriu, após o falecimento de Sueli, que fora adotada por uma funcionária do referido estabelecimento e que era filha da interna. Quando soube de tal fato, buscou conhecer a história de sua mãe biológica e descobriu que ela fora impedida de exercer a maternidade e também de ser filha. Por sofrer crises de epilepsia, fora afastada do convívio dos pais quando criança e acabou sendo internada no Colônia, onde sofreu diferentes formas de violência. Lá permaneceu até falecer em decorrência de depressão e de problemas cardíacos. [29]

O tratamento dispensado aos pacientes naquele estabelecimento agravava sua vulnerabilidade, colocando-se em situação de vulneração extrema, especialmente quando se estava frente a uma situação de gênero, seja no que se refere à higiene das mulheres no período menstrual, seja com relação à violência e a abusos sexuais, à maternidade, ao parto, e aos cuidados com os bebês que nasciam, pois não havia médicos e profissionais suficientes,[30] a alimentação que lhes era oferecida era insuficiente às necessidades vitais de um ser humano, situação que não era diferente com relação aos medicamentos, à higiene e ao vestuário, tanto que muitos morreram de frio.[31] Isso sem falar do aspecto afetivo, emocional, já que os pacientes sequer recebiam visitas de seus familiares. Era como se eles não existissem, perdiam sua identidade,[32] sua humanidade.

Como demonstrado no livro e nos casos citados, dos quais a história é testemunha e de cujo todo certamente há impossibilidade de apreensão, no mundo da saúde, o Brasil ainda sofre com a falta de equidade, inclusive após a previsão expressa da saúde como um direito social fundamental na Constituição Federal de 1988, pois o tratamento de saúde em geral ainda é precário em qualidade e não acessível a todos, apesar de sua universalidade, violador portanto, de direitos humanos, situação que transforma vulnerabilidade em vulneração e se agrava no campo da saúde sexual e reprodutiva da mulher.

4. A humanização da saúde frente à vulneração de gênero

Como se pode perceber, as desumanidades denunciadas no documentário "Holocausto Brasileiro" afetam este texto; afinal, servem como um contributo valioso para ensinar a olhar e a perceber a vulnerabilidade, que, em virtude da ação ou da omissão humana, acaba transformando-se em vulneração, como é o caso da área da saúde. No Brasil, a falta de investimentos por parte do Poder Público na prevenção, no combate às doenças e na própria manutenção dos serviços de assistência básica aos pacientes é sinônimo de vulneração, pois, a exemplo dos casos relatados no livro, não são raras as queixas dos usuários com relação à falta de profissionais, de medicamentos, de equipamentos, de atenção e cuidado pertinentes e até mesmo de alimentação e produtos de higiene para manter a qualidade dos serviços de saúde pública.[33]

Vinculando a temática com a questão de gênero, no caso das mulheres,

---

[28]ARBEX. D. *Holocausto brasileiro*.1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 15 e 51.

[29]ARBEX. D. *Holocausto brasileiro*.1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 117-127.

[30]ARBEX. D. *Holocausto brasileiro*.1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 30.

[31] ARBEX. D. *Holocausto brasileiro*.1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 47.

[32]ARBEX. D. *Holocausto brasileiro*.1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013, p. 29-30.

[33]Modificar tal situação é meta do Programa Nacional de Direitos Humanos, o qual apresenta com objetivo estratégico, dentre outros, a ampliação do acesso universal a sistema de saúde de qualidade (PNDH-3, 2010).

esses fatores ampliam situações de violência e desigualdade, inclusive na área da reprodução humana e do corpo, já que vários são os fatores que potencializam o adoecimento destas. A vulnerabilidade individual e social a que cada mulher está exposta como pessoa ou como grupo é perceptível em diferentes setores pela insuficiência de políticas públicas destinadas à promoção da equidade e à supressão de distorções históricas de gênero e justificam uma reflexão bioética, nos termos do que propõe a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, ao reconhecer que "indivíduos e grupos particularmente vulneráveis devem ser protegidos, e deve ser respeitada a integridade pessoal dos indivíduos em causa.[34]

Os movimentos feministas e de mulheres têm atuado para que o Sistema Único de Saúde (SUS) contemple a atenção integral à saúde da mulher em consonância com os princípios de igualdade, equidade e universalidade que o formam sem se olvidar da prerrogativa da humanização do atendimento. Os estudos de gênero também auxiliaram na sensibilização dos profissionais da saúde para algumas doenças e ou sutilezas do processo de saúde relacionadas com a reprodução, a sexualidade, o corpo.[35] Uma parceria entre a sensibilidade de gênero e a prática sanitária foi selada quando da epidemia do HIV-aids, por volta da década de 90, período em que se constatou que não bastava o domínio da técnica terapêutica, pois era preciso conhecer a diversidade dos papeis masculino e feminino, que se expunham de formas diversas à epidemia. Mas há uma maior prevalência de problemas de saúde entre mulheres que pertencem a determinados grupos vulnerados, cujo estigma oculta a relação entre a vulnerabilidade e o agravo sofrido, que não é, no entanto, apreendido como decorrência de sua exclusão social, senão como um castigo decorrente de sua não aquiescência aos padrões culturais de gênero relativos ao exercício da sexualidade, como em alguns casos descritos no livro Holocausto Brasileiro, o que perpetua essa estigmatização. Percebe-se, todavia, uma certa invisibilidade nas demandas específicas na área da saúde por parte de mulheres prostitutas, dependentes químicas e também de transsexuais, mesmo após a universalização da saúde por meio da implantação do Sistema Único de Saúde e também do Programa de Atenção Integral à Saúde da Mulher no ano de 1986, que sofreu modificações em 2004 para reconhecer as necessidades distintas dessas mulheres, que estão mais vulneradas ao contágio de diferentes doenças e espécies de violência, deixando-as, por conseguinte, sem proteção específica, o que fere o princípio da equidade previsto constitucionalmente, bem como a universalização do direito à saúde, nos moldes previstos no art. 196 da CF, que garante a saúde como direito de todos e dever do Estado.

Outra questão a ser ponderada quando o assunto é vulneração de gênero e que não pode deixar de ser citada é a inerente ao aborto, cuja prática ainda ocorre, mesmo com o incremento no uso de anticoncepcionais nas últimas décadas. Sua prática com menor segurança e com a utilização de métodos menos eficazes e potencialmente mais danosos é relacionada à vulnerabilidade social, normalmente vinculada ao aspecto econômico e cultural, segundo Vieira Villela e Monteiro, já que as mulheres de mais escolaridade e maior renda teriam mais possibilidades de realizar um aborto mais seguro.[36] De acordo com as autoras,

---

[34] UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Brasília: Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília/Sociedade Brasileira de Bioética, 2005, p. 7, art. 8.

[35] DINIZ, D.; GUILHEM, D. "Bioética e Gênero". *In*: FABRI DOS ANJOS, M.; DE SIQUEIRA, J. E. (Orgs.). *Bioética no Brasil*: tendências e perspectivas. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética, 2007, p. 97-98.

[36] VIEIRA VILLELA, W.; MONTEIRO, S. "Gênero, estigma e saúde: reflexões a partir da prostituição, do aborto e do HIV/aids entre mulheres". *Revista Epidemiologia e Serviços de Saúde*, v. 24 n. 3, Brasília, set. 2015. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742015000300019 Acesso em: 30 abr. 2018.

> Metassíntese realizada com 398 relatórios de pesquisa e estudos empíricos mostra que no Brasil, o aborto é realizado, predominantemente, por mulheres entre 20 e 29 anos de idade, vivendo algum tipo de relacionamento estável, que trabalham, tem até oito anos de estudo e ao menos um filho vivo. Os principais motivos que as levam a interromper a gravidez são: impossibilidade de ter o filho naquele momento da vida; falta de condições econômicas; instabilidade no relacionamento conjugal/afetivo; recusa do parceiro em assumir a paternidade; e falta de apoio familiar. Uma em cada três mulheres não conta com qualquer apoio, seja do parceiro, da família ou de amigos, para realizar o aborto, e duas em cada três decide sozinha pela sua realização. Apenas duas em cada cinco mulheres contaram com orientação de profissional de saúde antes de usar a medicação. Das que buscaram um hospital durante ou após o aborto, cerca da metade referiu alguma forma de maltrato ou violência por parte dos profissionais, incluindo ameaças de denúncia à polícia. Relatos de maus tratos e de falta de qualidade no atendimento são recorrentes em pesquisas sobre o tema.[37]

O tratamento dispensado a essas mulheres que teriam buscado atendimento hospitalar durante ou após a prática da interrupção da gravidez, em muitos casos, deixa a desejar em termos de qualidade, em que pese as mulheres que experimentem complicações decorrentes do aborto inseguro devam ter prioridade no atendimento, que deve ocorrer de forma acolhedora e humanizada de acordo com orientação da Organização Mundial de Saúde e com a normatização do Ministério da Saúde.[38] Não obstante, elas acabam sendo denunciadas à polícia pelos profissionais de saúde pela prática do crime de aborto. Em alguns casos, os profissionais recusam-se a prestar atendimento alegando objeção de consciência; tampouco encaminham a paciente para outro profissional, imputando a elas um sofrimento, um vulneramento ainda maior. Vários são os motivos para tal ocorrência, dentre eles fatores religiosos, estigmatização de gênero, preconceitos relacionados à autonomia sexual e reprodutiva das mulheres.[39]

Pesquisas realizadas demonstram, ainda, que, para as mulheres negras, as chances de virem a óbito por causas relacionadas à gravidez, ao parto ou ao pós-parto dobram em relação às mulheres brancas, estando, portanto, mais vulneradas. De acordo com Lopes, mulheres negras de 15 a 29 anos representam mais da metade da taxa de mortes maternas no Brasil, o que corresponderia a 54% desses óbitos.[40] A pesquisadora aponta ainda outras diferenças no tratamento dispensado às

---

[37] VIEIRA VILLELA, W.; MONTEIRO, S. “Gênero, estigma e saúde: reflexões a partir da prostituição, do aborto e do HIV/aids entre mulheres”. *Revista Epidemiologia e Serviços de Saúde*, v. 24 n. 3, Brasília, set. 2015. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742015000300019 Acesso em: 30 abr. 2018, s.p.

[38] BRASIL. Ministério da Saúde. *Norma técnica: atenção humanizada ao abortamento*. Brasília: Ministério da Saúde; 2005. (Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos - Caderno; n° 4).

[39] VIEIRA VILLELA, W.; MONTEIRO, S. “Gênero, estigma e saúde: reflexões a partir da prostituição, do aborto e do HIV/aids entre mulheres”. *Revista Epidemiologia e Serviços de Saúde*, v. 24 n. 3, Brasília, set. 2015. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742015000300019 Acesso em: 30 abr. 2018, s.p..

[40] A desigualdade racial no âmbito da saúde pública é objeto de estudo da Doutora Fernanda Lopes e cujos dados foram apresentados durante a 4ª Conferência Nacional da Promoção da Igualdade Racial (Conapir), em Brasília, em maio de 2018. Disponível em: Último Segundo - iG@http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2018-05-30/mulheres-negras-morte-materna.html Acesso em: 30 mai. 2018.

mulheres negras e às mulheres brancas durante o parto, seja com relação à utilização de recursos para aliviar a dor, já que as negras, com menos frequência, receberiam anestesia, banhos ou massagem, seja com relação à efetivação do direito de ter um acompanhante durante o parto e na maternidade, seja, ainda, com o fato de estarem mais sujeitas a ouvir expressões discriminatórias. Ela considera estas práticas racismo institucional, violência obstétrica e violência de gênero.[41]

A desigualdade no atendimento por parte dos profissionais de saúde com relação às mulheres constitui uma afronta aos direitos mais elementares de um ser humano, pois constitui negação de acesso à proteção e ao gozo de direitos. Isso demonstra que o Brasil, apesar de ter conseguido reduzir o número da mortalidade materna e de ter registrado algum progresso desde 1990 nessa área, ainda está longe de alcançar a meta estabelecida para o ano de 2015 pela Organização das Nações Unidas, que seria reduzir em 75% o índice de mortes. "A cada 100 mil nascidos vivos, ainda morrem no país uma média de 60 mulheres em idade fértil."[42]

Situações como as retratadas demonstram que ainda prevalece a desigualdade de gênero na área sanitária, pois as mulheres que contrariam os padrões de gênero referentes à maternidade e ou exercem sua sexualidade com mais liberdade são tratadas de modo distinto, submetidas a julgamentos morais dentro do sistema de saúde. Além disso, a prática da interrupção da gravidez e o contágio de doenças sexualmente transmissíveis, muitas vezes, também encobrem a realidade da vulnerabilidade socioeconômica e cultural dos envolvidos e a sociedade acaba fechando os olhos para essa situação ao indevidamente feminilizar essa responsabilidade.

Quando se trata da saúde integral da mulher, deve-se considerar que seus direitos sexuais e reprodutivos devem ser compreendidos como direitos humanos. Por isso o sistema de saúde deve levar em consideração a diversidade e as necessidades específicas da população feminina, norteando seu atendimento pelo respeito à diferença. Todos são e devem compartilhar sua responsabilidade na área da saúde sem retirar o caráter humano dos pacientes, pena de se banalizar a violência e a indiferença e de se esquecer que também existe humanidade na doença. Na promoção da saúde deve prevalecer o princípio da responsabilidade social, que perpassa a atuação estatal para exigir estratégias sociais de âmbito nacional e internacional a eliminarem as desigualdades e a promoverem o bem-estar dos grupos vulneráveis. Dentre estes, as mulheres, para evitar a reprodução das desigualdades provenientes de uma tradição de uma cultura sexista.

Buscar a equidade na saúde significa, pois, segundo a Organização Mundial da Saúde, que

> [...] as políticas de alocação de recursos deveriam partir do princípio da existência de diferenças nas condições de saúde das pessoas e desenvolver ações tendentes a eliminar ou, ao menos, ao reduzir ao mínimo possível as diferenças

---

[41] "A violência obstétrica começa no pré-natal. Então, quando a gente está falando lá na atenção básica que estas mulheres têm menos acesso à informação, isso é expressão de violência institucional. Se estas mulheres peregrinaram mais até conseguirem vaga no hospital, é expressão do racismo institucionalizado", detalhou. No atendimento pós-parto, os índices também apontam para uma desvantagem das mulheres negras, principalmente as mais jovens, em relação às brancas. "Em uma avaliação da estratégia da família e da Rede Cegonha se observou que eram as mulheres mais jovens e negras que recebiam com menos frequência a visita da equipe de saúde da família durante o período de puerpério", completou. Entre as propostas para enfrentar o problema, a pesquisadora sugere que o país melhore as pesquisas sobre percepções das pacientes sobre atitudes discriminatórias nos serviços de saúde. Disponível em: Último Segundo - iG@http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2018-05-30/mulheres-negras-morte-materna.html Acesso em: 30 mai. 2018.

[42] Disponível em: Último Segundo - iG@http://ultimosegundo.ig.com.br/brasil/2018-05-30/mulheres-negras-morte-materna.html Acesso em: 30 mai. 2018.

> desnecessárias, evitáveis e injustas entre grupos humanos com diferentes níveis sociais.[43]

Essa equidade deve ser garantida não somente aos grupos de pessoas de diferentes níveis sociais, mas também entre homens e mulheres e, tangencialmente a estas, às mulheres negras e pobres, normalmente mais excluídas e discriminadas. Por isso, no trato das questões da saúde, os profissionais devem também utilizar o critério da alteridade para preencher as lacunas deixadas pela legislação e pelas normativas éticas nos conflitos que envolvam a vulnerabilidade de gênero, porque ela permite que a mulher seja vista como protagonista, como usuária livre e responsável dos serviços de saúde ao restituir-lhe sua competência moral. Ela permite romper com o paternalismo e implica solidariedade e responsabilidade recíprocas. Implica humanização, ou seja, afirmação dos laços essenciais entre os seres humanos, que propiciam a reflexão, o compartilhamento das emoções, a capacidade de compreensão dos problemas da vida e da complexidade do mundo e dos seres. Sentir, pois, essa vulnerabilidade por meio da literatura utilizada e dos casos apresentados, enriquece a percepção e a visão de mundo e pode ser um passo em direção à mudança.

5. Conclusão

Compreender os fatos relatados no documentário Holocausto Brasileiro, além de situá-los em seu contexto original, auxilia a redimensioná-los, a problematizá-los em outros desdobramentos e sentidos, como se pretendeu fazer neste texto com relação à vulneração de gênero na área da saúde. Nesses desdobramentos, porém, surge o problema da apreensão do todo, da verdade e de sua transfiguração em busca de suas próprias verdades, tanto que, em sua extensão buscou-se sempre ponderar que, se a humanidade comporta a desumanidade por um lado, por outro, ela traz a condição elementar do humano, o *húmus*.[44]

A autora, Daniela Arbex, buscou, por meio de seu trabalho jornalístico no documentário Holocausto Brasileiro, que serviu de referencial teórico para este artigo, dar voz a pessoas vulneráveis e retratar o descaso coletivo de profissionais da saúde, do Estado, do Judiciário e da própria sociedade, pois conhecedores da situação de desumanidade vivenciada por milhares de pacientes junto ao Hospital Colônia de Barbacena, Minas Gerais.

A literatura utilizada para se fazer o viés proposto com relação à temática principal trouxe o cheiro da vulnerabilidade humana e da omissão do Estado e da conivência da sociedade com a violência praticada por pessoas contra outras pessoas em nome de tratamento de saúde. Dela se extraíram situações que foram transcritas para demonstrar o sofrimento, a dor a que eram submetidas as pessoas e como os estigmas podem vulnerar os já existencialmente vulneráveis, como é o caso das mulheres, pois toda história tem outra por detrás dela. Na área da saúde, estigmas como a prostituição, o aborto, a dependência química, acabam encobrindo as desigualdades e ou perpetuando-as, a exemplo das de gênero, mascarando-as, o que compromete o exercício dos direitos humanos das mulheres. Essa situação ainda é mais grave quando se tratam de problemas de saúde das mulheres pobres e negras, como retratado na obra e nos dados trazidos e analisados neste artigo para demonstrar o quanto ainda se está distante de alcançar a equidade de gênero.

Como se pode perceber, a desigualdade de gênero prejudica a autonomia feminina no exercício de seus direitos da sexualidade e da reprodução. As mulheres pobres são mais atingidas pelo descaso das próprias políticas públicas no que se

---

[43] DE CARVALHO FORTES, P. A. "Como priorizar recursos escassos em países em desenvolvimento". *In*: GARRAFA, V.; PESSINI, L. (Org.). *Bioética, poder e injustiça.* 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola; Sociedade Brasileira de Bioética, 2004, p. 109.

[44] HEIDEGGER, M. *Ser e tempo I*. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005, p, 263.

refere às escolhas reprodutivas, ao planejamento familiar, à educação, o que resulta em abortos clandestinos, esterilizações em massa, excessivo número de gestações não desejadas, contágio de doenças e, até mesmo, submissão a tratamentos sem uma adesão livre e autônoma - novas formas de vulneração que acabarão retornando ao sistema de saúde como alguma espécie de enfermidade.

O estudo alcançou seu objetivo na medida em que permitiu refletir acerca da realidade dos fatos colacionados e da necessidade de reconhecimento da vulnerabilidade e da vulneração de gênero na área da saúde, como veículo de ideias para constatar que as questões de gênero devem ser analisadas e discutidas como determinantes a serem consideradas quando da elaboração de políticas públicas por parte do Poder Público e com o apoio da sociedade com relação à saúde da mulher, que devem ser atendidas em todas as suas especificidades e ciclos vitais, resguardando-se e respeitando-se suas singularidades.

Ao aumentar a capacidade de ver e de sentir essa vulnerabilidade, a literatura utilizada permite a retomada da significação do que passou e estimula o desejo por mudanças. Essa relação entre os estudos de gênero e a literatura tornou mais visíveis determinados problemas de desigualdade e vulnerabilidade que antes talvez não eram percebidos ou eram apenas silenciados. A sensibilidade para as questões de gênero permite enxergar a própria existência e o vínculo com o mundo, amplia o cenário para os debates acerca de temas complexos, como o aborto e estimula a necessidade de adoção de ações educativas e preventivas no que se refere às mais diversas doenças que acometem as mulheres nos diferentes estágios de sua vida, de orientação quanto aos seus direitos sexuais e reprodutivos para fins de reduzir sua vulneração, e permite que novas e diferentes vozes, muitas vezes oprimidas, possam ser ouvidas. Alguém precisa escutar o grito das vulneradas!

6. Referências

ANDRADE MARTINS, A. *Bioética, saúde e vulnerabilidade*: em defesa da dignidade dos vulneráveis. São Paulo: Paulus, 2012.

ARBEX, D. *Holocausto brasileiro*: 50 anos sem punição. Tribuna de Minas, Juiz de Fora, 20 nov. 2011. Geral, p.3.

ARBEX. D. *Holocausto brasileiro*.1. ed. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

BRASIL. *Política nacional de atenção integral à saúde da mulher*: princípios e diretrizes / Ministério da Saúde, Secretaria de Atenção à Saúde, Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. – Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. Ministério da Saúde. *Norma técnica: atenção humanizada ao abortamento*. Brasília: Ministério da Saúde; 2005 (Série Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos - Caderno; n° 4).

BRASIL. *Programa Nacional de Direitos Humanos* (PNDH-3). Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República. Rev. e atual. Brasília: SEDH/PR, 2010.

COUNCIL FOR INTERNATIONAL ORGANIZATIONS OF MEDICAL SCIENCES (CIOMS). *International Ethical Guidelines for Biomedical Research Involving Human Subjects*, Guideline 13. Geneva, Switzerland (julho, versão provisória), 2002. Disponível em: <www.cioms.ch>. Acesso em: 14 mar. 2014.

DINIZ, D.; GUILHEM, D. "Bioética e Gênero". *In*: FABRI DOS ANJOS, M.; DE SIQUEIRA, J.E. (Orgs.). *Bioética no Brasil*: tendências e perspectivas. Aparecida, SP: Ideias & Letras; São Paulo: Sociedade Brasileira de Bioética, 2007.

DE CARVALHO FORTES, P. A. "Como priorizar recursos escassos em países em desenvolvimento". *In*: GARRAFA, V.; PESSINI, L. (Org.). *Bioética, poder e injustiça.* 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola; Sociedade Brasileira de Bioética, 2004.

FORTE RAULI, P. M.; TESCAROLO, R. “Bioética, vulnerabilidade e educação”. *In:* SANCHES, M. A.; GUBERT, I. C. (Orgs.). *Bioética e vulnerabilidades*. Curitiba: Ed. UFPR; Champagnat, 2012.

GARRAFA, V.; LORENZO, C. *Helsinque 2008*: redução de proteção e maximização de interesses privados. Rev. Assoc Med Bras. 2009;55(5).

GUILHEM, D. “Bioética, gênero e saúde pública”. *In*: DE CARVALHO FORTES, P. A.; CAMPOS ZOBOLI, E. L. (Orgs.). *Bioética e saúde pública*. São Paulo: Edições Loyola; Centro Universitário São Camilo, 2003.

GUILHEM, D.; GARBI NOVAES, M. R. “Ética e investigação em seres humanos”. *In*: GARBI NOVAES, M. R.; LOLAS, F.; QUEZADA, A. *Ética e farmácia*: uma abordagem latino-americana em saúde. Brasília: Thesaurus, 2009.

HEIDEGGER, M. *Ser e tempo I*. 14. ed. Petrópolis: Vozes, 2005.

KOTTOW, M. “Comentários sobre bioética, vulnerabilidade e proteção”. *In*: GARRAFA, V.; PESSINI, L. (Org.). *Bioética, poder e injustiça.* 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola; Sociedade Brasileira de Bioética, 2004.

KOTTOW, M. “Vulnerabilidad y protección”. *In*: TEALDI, J. C. (Org.) *Diccionário lationoamericando de bioética*. Bogotá: Unesco/Red Latinoamericana y Del Caribe de bioética/Universidad Nacional de Colômbia, 2008.

MORIN, E. *O método 5*: a humanidade da humanidade. Tradução Juremir Machado da Silva. 5.ed. Porto Alegre: Sulina, 2012.

NEVES, M. C. P. *Sentidos da vulnerabilidade*: característica, condição, princípio. Revista Brasileira de Bioética, 2006, 2(2).

OLIVEIRA, F. “Feminismo, raça/etnia, pobreza e bioética: a busca da justiça de gênero, anti-racista e de classe”. *In*: GARRAFA, V.; PESSINI, L. (Org.). *Bioética, poder e injustiça.* 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola; Sociedade Brasileira de Bioética, 2004.

PEGORARO, O. A. “Ética e ciência 1. Fundamentos filosóficos da bioética”. *In*: PALÁCIOS, M., MARTINS, A.; PEGORARO, O. A. (Orgs.). *Ética, ciência e saúde*: desafios da bioética. Petrópolis: Vozes, 2001.

PERETTI, C. “Gênero, vulnerabilidade e HIV/AIDS: um olhar fenomenológico”. *In*: SANCHES, M. A.; GUBERT, I. C. (Orgs.). *Bioética e vulnerabilidades*. Curitiba: Ed. UFPR; Champagnat, 2012.

SCHRAMM, F. R. “A saúde é um direito ou um dever? Autocrítica da saúde pública”. *Revista Brasileira de Bioética*, 2006, 2(2).

SHERWIN, S. “Fundamentos da bioética feminista”. *In*: GARRAFA, V.; PESSINI, L. (Org.). *Bioética, poder e injustiça.* 2. ed. São Paulo: Centro Universitário São Camilo; Edições Loyola; Sociedade Brasileira de Bioética, 2004.

SOLBAKK J. H. “Vulnerabilidad: ¿un principio fútil o útil en la ética de la asistencia sanitaria?”. *Revista Redbioética/Unesco*. 2011;1(3):89-101

TODOROV, T. *A conquista da América*: a questão do outro. São Paulo: Matins Fontes, 1999.

UNESCO. *Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos*. Brasília: Cátedra Unesco de Bioética da Universidade de Brasília/Sociedade Brasileira de Bioética, 2005, p. 7, art. 8.

VIEIRA VILLELA, W.; MONTEIRO, S. “Gênero, estigma e saúde: reflexões a partir da prostituição, do aborto e do HIV/aids entre mulheres”. *Revista Epidemiologia e Serviços de Saúde*, v. 24 n. 3, Brasília, set. 2015. Disponível em: http://scielo.iec.gov.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1679-49742015000300019 Acesso em: 30 abr. 2018.

WALDOW, V. R.; FIGUEIRÓ BORGES, R. “O processo de cuidar sob a perspectiva da vulnerabilidade”. *Revista Latino-americana de Enfermagem*. Ribeirão Preto, aug. 2008, volume 16, n. 4.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 285-312
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A educação em direitos humanos na graduação em direito no Brasil

Human Rights Education in Law Graduation in Brazil

Andrey Philippe de Sá Baeta Neves[1]
Rafhael Lima Ribeiro[2]
Universidade do Estado de Minas Gerais

Sumário: 1. Introdução. 2. Os fundamentos da atualização das diretrizes curriculares dos cursos jurídicos. 3. A Resolução CNE/CES n. 5, de 2018. 4. A educação em direitos humanos. 5. A educação em direitos humanos nos cursos jurídicos e a perspectiva transversal. 6. Considerações Finais. Referências.

Resumo: A presente pesquisa discute a educação em direitos humanos na graduação em direito no Brasil, a partir da análise da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018. Assim, considerando a importância da educação em direitos humanos na contemporaneidade, objetiva-se analisar o sentido conferido à educação em direitos humanos nos cursos jurídicos decorrente da edição da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018, bem como dos instrumentos normativos que a antecedem e abordam essa matéria. Essa análise parte da premissa de que os direitos humanos, bem como a educação em direitos humanos, guardam um sentido dúbio de legitimidade/ruptura pela sua própria característica indeterminada e de campo de disputa. Para tanto, utiliza-se do método de raciocínio dedutivo, caracterizando uma pesquisa de cunho jurídico-exploratório e jurídico-propositivo, cujo método técnico consiste, primordialmente, na análise normativa

Palavras chave: Ensino jurídico. Educação em Direitos Humanos. Resolução CNE/CES n. 5, de 2018. Graduação em Direito. Transversalidade.

Abstract: This research discusses human rights education in law graduation in Brazil, from the analysis of the Resolution CNE/CES n. 5, of 2018. Thus, considering the importance of human rights education in contemporaneity, it is aimed to analyze the sense conferred to human rights education in juridical courses due the edition of the Resolution CNE/CES n. 5, of 2018, as well as from normative instruments that precede it and approach this subject. This analysis commences from the premise that human rights, as well as human rights education, retain a dubious sense of legitimacy/disruption by their own characteristic of indetermination and as a field of dispute. For this purpose, it is utilized of the deductive method of reasoning, characterizing a research of juridical-exploratory and juridical-purposeful nature, whose technical method consists, primarily, in a normative analysis.

Keywords: Legal education. Human Rights Education. Resolution CNE/CES n. 5, of 2018. Law Graduation. Transversality.

---

[1] Mestre e doutorando em Direito Internacional pela PUC-MG. Bolsista da Capes.
[2] Doutor e mestre em direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais - PUC/MG. Professor da Universidade do Estado de Minas Gerais - UEMG

Recibido: 07/05/2020
Aceptado: 09/06/2020

1 INTRODUÇÃO

O tema da educação em direitos humanos na graduação em direito no Brasil não possui uma remota trajetória. Não obstante, é assunto de proa na contemporaneidade, no que diz respeito ao ensino jurídico, o que motiva compreender ainda que brevemente – a modo de introdução à temática – a formação histórica dos cursos jurídicos no Brasil.

O ensino jurídico no Brasil tem início formal com a lei de 11 de agosto de 1827[3], que versa sobre a criação dos cursos jurídicos a serem desenvolvidos nas Academias de São Paulo e Olinda. A literatura[4] sobre a temática destaca que a criação desses cursos tem íntima ligação com a necessidade de consolidação do Estado Nacional, cuja independência de Portugal havia sido levada a cabo apenas a cinco anos antes, no ano de 1822.

Nesse sentido, o ensino jurídico tinha o propósito de consolidação de uma "elite letrada"[5], os "mandarins do império"[6] ou "os aprendizes do poder"[7], a fim de gerir a burocracia recentemente instalada e que buscava para além da independência política, a independência educacional e cultural.

Durante todo o período imperial o ensino jurídico desenvolvia-se à margem da quase totalidade da população. Isto porque a regulação dos cursos era realizada pela mesma elite que buscava retroalimentar sua ideologia de conservação de privilégios, muitos dela antigos estudantes do curso de Coimbra, em Portugal.

Assim, apesar da necessidade de uma formação de excelência para as elites, várias críticas[8] em relação à situação de precariedade dos cursos jurídicos foram realizadas no parlamento brasileiro, centro das discussões sobre o ensino jurídico no período do Império.

Ao sair do período do Império para a República o ensino jurídico passaria a ter nova característica, representando não mais a conformação de uma elite política dirigente da máquina burocrática do Estado, mas expandir-se-ia para a formação de uma classe média[9].

Após cerca de 200 anos de criação dos cursos jurídicos no Brasil é patente que este mudou de característica, tornou-se muito mais acessível a todas as camadas

---

[3] BRASIL. Lei de 11 de agosto de 1827. Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1827*. v.1, pt. I, p. 5. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1878.

[4] Por todos cf.: RODRIGUES, H. W. *Ensino Jurídico*: *Saber e Poder.* São Paulo, Acadêmica, 1988.

[5] CARVALHO, J. M. *A construção da ordem: a elite imperial.* Teatro de sombras: a política imperial. 4º edição. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2008.

[6] VENÂNCIO FILHO, A*. Das Arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil.* São Paulo, Perspectiva, 1977.

[7] ADORNO, S. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira.* Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988.

[8] Cf.: MOACYR, P. *A instrução e o Império*: *subsídios para a história da educação no Brasil.* v.1. São Paulo, Nacional, 1936.

[9] Como consequência da Reforma Benjamin Constant e do federalismo educacional, a partir de fins do séc. XIX e início do séc. XX, foi-se permitido que as unidades federativas, bem como instituições particulares, passassem a ofertar cursos jurídicos. Como reflexo dessa expansão e descentralização, o ensino jurídico possibilitaria, agora, o acesso também à classe média, desejosa de ascender socialmente. "O ensino jurídico deixa então de ser, exclusivamente, o principal fornecedor de quadros para a elite política e passa a ser um formador de burocratas para atuarem nas mais diversas áreas do Estado. A hierarquização e racionalidade da burocracia determinou o início da categorização de bacharéis, os de origem social elevada, detentores de capital cultural e político familiar, estudantes das faculdades estatais, vão compor os altos cargos, ao passo que os bacharéis de classe média, oriundos em sua maioria de faculdades privadas, via de regra iriam formar o médio e baixo escalão, tendo sua mobilidade social determinada pelo grau de cooptação a que se submetiam". Cf.: COSTA, A. B. *Ensino jurídico: disciplina e violência simbólica.* Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 276 p., 1992, p. 81.

da população e deixou de ser o lugar de formação por excelência da elite ou de um espaço possível à classe média.

Atualmente, o ensino jurídico pode propiciar uma educação marcada pela conformação do ideário da elite política ao revés de defender os interesses de seus iguais, no entanto, pode também possuir maior potencialidade de ser um espaço de qualificação e formação disruptiva em relação ao poder.

Nesse panorama, a presente pesquisa trata de um ponto bastante específico da formação nos cursos jurídicos, notadamente, da educação em direitos humanos, tal qual descrita normativamente, especificamente pelas resoluções do Conselho Nacional de Educação.

O problema de pesquisa gira em torno de se interpretar o sentido da educação em direitos humanos sob a perspectiva transversal nos cursos jurídicos considerando a dubiedade do discurso sobre os direitos humanos entre legitimidade e ruptura.

Nesse sentido, o objetivo do trabalho é analisar o sentido da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018 e demais normativas que a fundamentam, no que diz respeito à implantação da educação transversal em direitos humanos nos cursos jurídicos no Brasil.

A proposta metodológica de delimitação da pesquisa apresenta um enfoque sobre os instrumentos normativos relacionados ao ensino jurídico no Brasil e a educação em direitos humanos, configurando-se, portanto, uma pesquisa de cunho exploratório e interpretativo-propositivo sobre os dispositivos da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018, cuja recente edição ainda não possibilita tecer críticas mais apuradas com relação a sua implantação, tendo em vista que sua obrigatoriedade tem vigência a partir de dezembro de 2020, aos alunos ingressantes.

A primeira seção do trabalho discute a atualização das diretrizes curriculares dos cursos jurídicos a partir da verificação de três dimensões fundamentadoras. Assim, são analisadas as principais motivações que ensejaram a deliberação sobre este novo instrumento jurídico.

A segunda seção do artigo discute, pormenorizadamente, a Resolução CNE/CES n. 5, de 2018, destacando-se as principais modificações propostas no currículo da graduação em direito, em comparação ao instrumento normativo que a antecede, a Resolução CNE/CES n. 9, de 2004.

Na terceira seção do trabalho trata-se de uma das mais importantes modificações da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018 e tema desta pesquisa, qual seja, a educação em direitos humanos no ensino jurídico.

Por fim, na quarta e última seção, busca-se interpretar o sentido conferido à obrigação de se inserir nos cursos jurídicos a educação em direitos humanos pela perspectiva transversal.

2 OS FUNDAMENTOS DA ATUALIZAÇÃO DAS DIRETRIZES CURRICULARES DOS CURSOS JURÍDICOS

Nos termos do artigo 7º da Lei n. 4.024, de 1961[10], o Conselho Nacional de Educação, constituído pelas Câmaras de Ensino Básico e de Ensino Superior, possui competências normativas e deliberativas no que concerne ao aperfeiçoamento da educação nacional[11]. Deriva deste dispositivo, a previsão do artigo 9º, parágrafo 2º,

[10] BRASIL. *Lei n. 4.024, de 20 de dezembro de 1961*. Fixa as diretrizes da Educação Nacional. Alterada pela Lei n. 9.131, de 24 de novembro de 1995.

[11] O ensino jurídico no Brasil, assim como todas as demais áreas do ensino, é regulado pelo Ministério da Educação e Cultura (MEC), órgão do governo federal incumbido de gerir a educação em todo o país. O citado Ministério possui, por sua vez, seus órgãos dentre os quais se destaca o Conselho Nacional de Educação (CNE). No âmbito do Conselho Nacional de Educação há uma estrutura organizacional composta pela presidência que é subdividida em uma secretaria executiva e um Conselho Pleno (CP), este dividido em Câmara de Educação Superior (CES) e Câmara de Educação Básica (CEB). O Conselho Nacional de Educação trata

alínea c, segundo o qual compõe as atribuições da Câmara de Ensino Superior, a deliberação sobre as diretrizes curriculares propostas pelo Ministério da Educação para os cursos de graduação.

Com base nesse dispositivo, em 17 de dezembro de 2018, foram instituídas as diretrizes curriculares nacionais sobre os cursos de graduação em direito no Brasil, pela Resolução CNE/CES n. 5[12]. Essa Resolução revoga a anterior Resolução CNE/CES n. 9, de 29 de setembro de 2004[13], e institui, pelo seu artigo 14, que as novas diretrizes curriculares deverão ser implantadas pelas Instituições de Ensino Superior até dezembro de 2020 aos alunos ingressantes[14].

O objetivo deste tópico consiste, nesse sentido, em analisar as motivações que ensejaram a deliberação sobre este novo instrumento jurídico, as principais modificações propostas no currículo da graduação em direito, de modo a ser possível analisar, em seguida e especificamente, o ensino de direitos humanos na formação do bacharel em direito.

Conforme explicitado no Parecer CNE/CES n. 635/2018[15], que fundamenta a Resolução, a revisão das diretrizes curriculares dos cursos de educação superior justifica-se, primeiramente, pela "[...] necessidade de ajustar a estrutura destes cursos ao atual momento histórico, considerando as perspectivas do país no que diz respeito ao desenvolvimento da sociedade e à sua presença no contexto global". Desse modo, a atualização das diretrizes dos cursos jurídicos seria justificada, ao menos por três grupos de fundamentos: pela expansão dos cursos jurídicos no Brasil e suas consequências no mercado de trabalho; pela relevância pública na formação dos profissionais na área do direito, e, portanto, pela preocupação com uma formação de qualidade desses profissionais; e pela necessidade de atualização dos componentes curriculares, compatibilizando-as com outras diretrizes nacionais, a exemplo das editadas em 2012 sobre a educação ambiental e a educação em direitos humanos – Resoluções CNE/CP n. 2, de 15 de junho[16] e n. 1, de 30 de maio[17] respectivamente.

Assim, embora os autores do parecer reconheçam a existência de muitos desafios ao desenvolvimento da educação superior no Brasil, no que se refere especificamente aos cursos jurídicos, uma primeira justificativa residiria em uma das preocupações centrais do Ministério da Educação, bem como da Ordem dos Advogados do Brasil[18], em relação à expansão da oferta de vagas e cursos desde

---

da educação em seus variados níveis, dentre os quais, o nível de ensino superior, é regulado pela Câmara de Educação Superior (CES).

[12] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[13] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 9, de 29 de setembro de 2004*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[14] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[15] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Parecer n. 635, de julho de 2018*, p. 2.

[16] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 2, de 15 de junho 2012*. Estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação Ambiental.

[17] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos.

[18] Convém apontar que, nos termos do inciso XV, do artigo 54 da Lei n. 8.906, de 1994, que dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), compete ao Conselho Federal da Ordem dos Advogados "colaborar com o aperfeiçoamento dos cursos jurídicos, e opinar, previamente, nos pedidos apresentados aos órgãos competentes para criação, reconhecimento ou credenciamento desses cursos". Nesse sentido, foi incorporada ao Decreto n. 9.235, de 2017, a necessidade de consulta prévia ao Conselho Federal da OAB para que o Ministério da Educação autorize a abertura de novos cursos de graduação em Direito. Ademais, conforme exposto no próprio relatório do Parecer CNE/CES n. 635/2018, de 2015 a

2004 – data da Resolução precedente – e seus impactos na sociedade. Um elemento indicativo dessa preocupação pode ser encontrado no próprio texto do relatório, cujo terceiro tópico é especialmente destinado a indicar dados que ilustram a expansão dos cursos jurídicos no Brasil, de 2004 a 2016[19].

Não é estranho, portanto, verificar que os autores do parecer classificaram como urgente a necessidade de atualização da estrutura curricular dos cursos de direito, pautando-se no "[...] interesse social de egressos e da sociedade na perspectiva do emprego e de seus significados destinados à competitividade econômica, inclusão, acesso à renda, produção do conhecimento e bem-estar da sociedade"[20].

Uma segunda justificativa bastante evidente no Parecer CNE/CES n. 635/2018[21] refere-se à preocupação com a qualidade do ensino jurídico ofertado e a consequente qualificação do bacharel, enfatizada, sobretudo, no segundo tópico do relatório intitulado "O ensino jurídico no Brasil". Em que pese tal título, o enfoque dado neste tópico relaciona-se às funções de regulação, avaliação e supervisão dos cursos jurídicos pelo Poder Público, sejam eles ofertados por instituições públicas ou privadas.

Logo no primeiro parágrafo deste tópico, os autores do parecer enfatizam alguns dos princípios constitucionais que orientam a prestação do ensino, conforme o artigo 206 da Constituição da República[22]. É interessante notar que, dos seis incisos que elencam tais princípios, no Parecer, foram destacados apenas os princípios que, de algum modo, relacionam-se com o problema da expansão dos cursos jurídicos, notadamente: a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; a coexistência de instituições públicas e privadas; e a garantia do padrão de qualidade[23].

Em outra passagem deste tópico, é enfatizada, com base nas determinações da Resolução CNE/CES n. 9, de 2004[24], a necessidade de os cursos de graduação em Direito em se assegurar, "[...] no perfil do graduando, sólida formação geral,

---

2017, integrantes da OAB participaram das reuniões de discussão sobre a elaboração das diretrizes curriculares, bem como participaram da promoção de eventos e audiência pública sobre o assunto neste período. Cf.: BRASIL. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB); BRASIL. *Decreto n. 9.235, de 15 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior e dos cursos superiores de graduação e pós-graduação no sistema federal de ensino; BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Parecer n. 635, de julho de 2018*, p. 10.

[19] Segundo os dados atualizados do INEP, em 2016 – ano referência utilizado no Parecer CNE/CES de 2018 – existiam 908 Instituições de Ensino Superior no Brasil que ofertariam 1.184 cursos, compondo um total de 862.324 matriculados, e registrando a conclusão do curso de 107.909 novos bacharéis. Com objetivos um pouco diversos, em 2004, a Sinopse de Estatísticas da Educação Superior do INEP, apontava a oferta de 790 cursos de graduação em direito, compreendendo um total de 533.317 matriculados, e um total de 67.238 concluintes. Cf.: INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP). *Sinopse Estatística da Educação Superior 2004*. Brasília: Inep, 2004; INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP). *Sinopse Estatística da Educação Superior 2016*. Brasília: Inep, 2017.

[20] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Parecer n. 635, de julho de 2018*, p. 2.

[21] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Parecer n. 635, de julho de 2018*, p. 3.

[22] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.*

[23] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Parecer n. 635, de julho de 2018*, p. 3.

[24] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 9, de 29 de setembro de 2004*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

humanística e axiológica, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica [...] aliada a uma postura reflexiva e de visão crítica [...]"[25].

Ademais, interessa apontar que as preocupações sobre a qualidade do ensino jurídico relacionada à expansão dos cursos jurídicos no Brasil são compartilhadas também pela academia:

> No contexto atual do Brasil, o ensino jurídico ainda está restrito a fontes como manuais e códigos legislativos. [...] A enorme quantidade de cursos jurídicos em funcionamento e em fase de abertura no país prejudica a formação desses profissionais quanto à qualidade, porque comumente se valoriza concursos de carreiras jurídicas em detrimento da educação que desenvolve pensamento crítico, isto é, aquele reflexivo e não reprodutor de leis e dogmas.[26]

Essas críticas, ainda que recaiam sobre os cursos jurídicos genericamente considerados, estão intimamente relacionadas, sobretudo, à expansão numérica de Instituições de Ensino Superior privadas que ofertam cursos jurídicos e que, tanto estão inseridas numa lógica mercadológica concorrencial, quanto reproduzem essa lógica no próprio ensino. Trata-se do fenômeno que Tardiff[27] denominou como "lógica do consumo de saberes", em que "A instituição escolar deixaria de ser um lugar de formação para torna-se um mercado onde seriam oferecidos aos consumidores [...] saberes-instrumentos, saberes-meios, um capital de informações mais ou menos úteis para o seu futuro 'posicionamento' no mercado de trabalho [...]".

Enfim, uma terceira razão que demandou a atualização das diretrizes curriculares dos cursos jurídicos decorre de outros instrumentos normativos do Conselho Nacional de Educação, dentre os quais, destacamos as Resoluções do Conselho Pleno n. 1, de 30 de maio de 2012, e n. 2, de 15 de junho de 2012, sobre educação em direitos humanos e educação ambiental respectivamente.

Primeiramente sobre a educação ambiental, a Resolução CNE/CP n. 2, de 2012[28], logo em seu preâmbulo, vale-se do disposto na Lei n. 6.938, de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, indicando que a educação ambiental deve ser ministrada em todos os níveis de ensino. Igualmente no preâmbulo, cita a Lei n. 9.394, de 1996, sobre as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, incluindo como parte das atribuições do Ensino Superior, o dever de se desenvolver o entendimento do ser humano e do meio em que vive. Enfim, parte também das diretrizes sobre a Política Nacional de Educação Ambiental, instituída pela Lei n. 9.795, de 1999, para indicar que a educação ambiental deve estar presente, de forma articulada, em todos os níveis e modalidades de ensino.

Nesse sentido, é interessante notar o texto do artigo 6º desta Resolução[29], em vista da sua relação com a formação crítica e reflexiva: "A Educação Ambiental deve adotar uma abordagem que considere a interface entre a natureza, a sociocultura, a produção, o trabalho, o consumo, superando a visão despolitizada, acrítica, ingênua e naturalista ainda muito presente na prática pedagógica das instituições de ensino".

---

[25] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Parecer n. 635, de julho de 2018*, p. 8.

[26] BELLO, E.; FERREIRA, L. P. "Clínicas de direitos humanos no Brasil: um estudo sobre seu processo de implementação e funcionamento na prática e no ensino jurídico", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 10(2):170-182, maio-ago., 2018, p. 177-178.

[27] TARDIF, M. *Saberes docentes e formação profissional***.** Versão em e-book acessada via Kindle Paperwhite. Petrópolis, Vozes, 2014, p. 591-594.

[28] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 2, de 15 de junho 2012*. Estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação Ambiental.

[29] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 2, de 15 de junho 2012*. Estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação Ambiental.

A mesma Resolução ainda indica, conforme o artigo 8º[30], que a Educação Ambiental deve ser desenvolvida como prática educativa integrada, interdisciplinar e contínua, isto é, em regra, não deve ser implantada como disciplina ou componente curricular específico, mas de forma transversal, respeitando-se a autonomia da dinâmica escolar e acadêmica. A abordagem curricular transversal será ainda enfatizada pelo artigo 14, inciso II da mesma Resolução.

Em específico sobre o Ensino Superior, o artigo 10 determina que "as Instituições de Ensino Superior devem promover sua gestão e suas ações de ensino, pesquisa e extensão orientadas pelos princípios e objetivos da Educação Ambiental"[31], posteriormente elencados nos artigos 12 e 13 respectivamente.

Em termos mais pragmáticos, o artigo 16 da Resolução CNE/CP n. 2, de 2012[32] determina que a inserção dos conhecimentos relativos à Educação Ambiental nos currículos da Educação Superior pode ocorrer tanto transversalmente (inciso I), quanto como conteúdo dos componentes já constantes no currículo (inciso II), ou ainda pela combinação das duas formas (inciso III).

Por fim, o artigo 20 da Resolução[33] estabelece uma obrigação cujo destinatário é o próprio órgão legiferante, ao determinar que na necessária atualização das diretrizes curriculares dos cursos de ensino superior, tais normas devem prescrever o adequado para a formação em Educação Ambiental.

Com abordagem educacional semelhante, a Resolução CNE/CES n. 1, de 2012[34], sobre as diretrizes para Educação em Direitos Humanos, estabelece que suas diretrizes devem ser observadas pelos sistemas de ensino e instituições de forma sistemática, abarcando todos os envolvidos nos processos educacionais, nos termos do artigo 1º.

Nesse sentido, a Resolução indica que, conforme o artigo 3º[35], a Educação em Direitos Humanos tem como finalidade: promover a educação para a mudança e a transformação social, fundamentada, dentre outros princípios, na transversalidade, vivência e globalidade. Esses princípios são orientadores do que a Resolução considera como objetivo central da Educação em Direitos Humanos, conforme explicitado no artigo 5º: "a formação para a vida e para a convivência, no exercício cotidiano dos Direitos Humanos como forma de vida e de organização social, política, econômica e cultural nos níveis regionais, nacionais e planetários"[36].

A abordagem transversal é ainda referenciada no artigo 6º da Resolução, devendo esta ser adotada, dentre outros meios, nos Programas Pedagógicos de Curso das Instituições de Ensino Superior. E, ainda como viria a ser indicado na Resolução CNE/CP n. 2, determina, pelo artigo 7º, que a inserção dos conhecimentos relativos à Educação em Direitos Humanos nos currículos de Ensino Superior pode se dar pela transversalidade, pela disciplinaridade ou de forma mista[37].

---

[30] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 2, de 15 de junho 2012*. Estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação Ambiental.
[31] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 2, de 15 de junho 2012*. Estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação Ambiental.
[32] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 2, de 15 de junho 2012*. Estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação Ambiental.
[33] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 2, de 15 de junho 2012*. Estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação Ambiental.
[34] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*.
[35] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*.
[36] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*.
[37] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*.

Por fim, o artigo 12 da Resolução CNE/CP n. 1, de 2012[38], dispõe sobre o estímulo ao diálogo, mediante ações de extensão entre Instituições de Ensino Superior e Poder Público, movimentos sociais e sociedade, sobretudo a parcela mais marginalizada, para a promoção dos direitos humanos.

Esses fundamentos, subdivididos entre essas três dimensões, por vezes complementares e por vezes antagônicos, orientaram a atualização das diretrizes curriculares sobre os cursos de graduação em direito e culminaram com a edição da Resolução CNE/CES n. 5, de 17 de dezembro de 2018[39].

3 A RESOLUÇÃO CNE/CES N. 5, de 2018

A Resolução CNE/CES n. 5, de 17 de dezembro de 2018[40], compõe-se de 15 artigos, classificados aqui pela seguinte sistemática de abordagem: escopo da resolução (artigo 1º); elementos estruturais do Projeto Pedagógico de Curso (artigo 2º); disposições sobre o perfil do graduando e competências a serem desenvolvidas pelo graduando (artigos 3º e 4º); perspectivas formativas do curso de graduação em direito, subdivididas entre os eixos de formação geral, técnico-jurídica e prático-profissional (artigo 5º); sobre a Prática Jurídica (artigo 6º); sobre extensão e atividades complementares (artigos 7º e 8º); sobre especificidades dos cursos e seus respectivos Projetos Pedagógicos de Curso de acordo com a inserção geográfica e social (artigos 9º e 10); sobre a obrigatoriedade de trabalho de conclusão de curso (artigo 11); sobre a carga horária (artigos 12 e 13); e disposições finais (artigos 14 e 15).

Em uma análise comparativa entre as Resoluções de 2004[41] e 2018[42], sobre as diretrizes curriculares do ensino jurídico, é possível notar que as principais alterações previstas pela Resolução CNE/CES n. 5, relacionam-se: a) às demandas do desenvolvimento das ciências jurídica e pedagógica, e às demandas sociais do profissional do direito; b) ao maior detalhamento das diretrizes curriculares, à expansão das competências exigidas do graduando em direito e ao incentivo à articulação das atividades de ensino, pesquisa e extensão; e, enfim, c) pela harmonização das diretrizes curriculares com as diretrizes nacionais específicas, como aquelas relacionadas à educação ambiental e ao ensino de direitos humanos.

Dispositivo notório que evidencia a alteração das diretrizes curriculares pelas demandas profissionais e do desenvolvimento do direito pode ser visualizado no texto do artigo 5º, tanto com a inserção de novas disciplinas obrigatórias – Direito Previdenciário e Formas Consensuais de Solução de Conflitos – no eixo de formação técnico-jurídica, quanto pelo mandamento do parágrafo 1º relativo à inserção de atividades de caráter prático-profissional e do método de resolução de problemas, de modo transversal, em todas as perspectivas formativas[43]. Nesse mesmo sentido, o

---

[38] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*.

[39] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[40] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[41] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 9, de 29 de setembro de 2004*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[42] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[43] Preocupações sobre o método de ensino, aliás, haviam sido enfatizadas no Parecer CNE/CES n. 635: "[...] ressalta-se a importância de Diretrizes Curriculares que estimulem a formação de competências e habilidades, por meio de metodologias ativas". Cf.: BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Parecer n. 635, de julho de 2018*.

caput do artigo 5º passa a se referir explicitamente e de forma prioritária sobre a interdisciplinaridade e a articulação de saberes entre as três perspectivas formativas[44].

Sobre o segundo eixo de modificações, vários são os exemplos identificáveis na nova Resolução, dentre os quais se destacam, primeiramente, a redação mais objetiva, detalhada e de melhor técnica legislativa, dos elementos estruturais que obrigatoriamente devem constar no Projeto Pedagógico do Curso, conforme o artigo 2º[45]. Outro exemplo neste cenário refere-se à nova redação do parágrafo 2º do mesmo artigo 2º[46], cujo texto anterior, fazendo referência ao princípio da educação continuada, facultava a inclusão no Projeto Pedagógico de Curso, a oferta de cursos de pós-graduação na modalidade *lato sensu*, de acordo com as demandas do mercado profissional[47]. Na Resolução n. 5, de 2018[48], o parágrafo 2º do artigo 2º disciplina que poderá ser incluída no Projeto Pedagógico a perspectiva de articulação entre graduação e pós-graduação, além da adição de um parágrafo 3º que cria o dever de articulação, nos cursos de direito, de atividades de ensino, extensão e iniciação à pesquisa.

Interessantes modificações foram também inseridas no artigo 4º da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018[49] sobre as competências mínimas a serem apreendidas pelos graduandos em direito. No texto da Resolução de 2004[50], essas competências estavam distribuídas em oito incisos, passando a ser distribuídas em doze incisos no projeto de Resolução constante no Parecer CNE/CES n. 635, de 2018[51], e, enfim, em atenção à melhor técnica legislativa e visando dar maior autonomia a cada competência, a Resolução de 2018 editou um rol com quatorze incisos relativos às competências mínimas. Deste modo, o artigo 4º da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018[52], inova ao estabelecer que o curso de graduação em direito deve capacitar o graduando a: demonstrar capacidade para comunicar-se com precisão (inciso III); desenvolver a cultura do diálogo e o uso de meios consensuais de solução de conflitos (inciso VI); aceitar a diversidade e o pluralismo cultural (inciso X); compreender o impacto das novas tecnologias na área jurídica (inciso XI), bem como possuir o domínio dessas tecnologias e métodos para permanente compreensão e aplicação do direito (inciso XII); desenvolver a capacidade de

[44] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[45] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[46] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[47] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 9, de 29 de setembro de 2004*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[48] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[49] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[50] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 9, de 29 de setembro de 2004*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[51] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Parecer n. 635, de julho de 2018*.

[52] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

trabalhar em grupos formados por profissionais do direito ou de caráter interdisciplinar (inciso XIII); e apreender conceitos deontológicos-profissionais e desenvolver perspectivas transversais sobre direitos humanos (inciso XIV).

Em suma, é possível notar que as competências mínimas elencadas por este dispositivo objetivam indicar o dever dos cursos de graduação em direito de capacitar o graduando a dominar os conteúdos técnicos e metodológicos jurídicos clássicos, aliadas às novas necessidades do mercado de trabalho e à formação crítica, ética e humanística.

É nesse sentido, aliás, que a Resolução de 2018 atualiza e aprimora o texto do artigo 3º da Resolução de 2004:

> Art. 3º O curso de graduação em Direito deverá assegurar, no perfil do graduando, sólida formação geral, humanística, capacidade de análise, domínio de conceitos e da terminologia jurídica, capacidade de argumentação, interpretação e valorização dos fenômenos jurídicos e sociais, além do domínio das formas consensuais de composição de conflitos, aliado a uma postura reflexiva e de visão crítica que fomente a capacidade e a aptidão para a aprendizagem, autônoma e dinâmica, indispensável ao exercício do Direito, à prestação da justiça e ao desenvolvimento da cidadania[53].

Mas, para além das alterações na redação desse artigo, a Resolução CNE/CES n. 5, de 2018, em sua versão final, acresceu o parágrafo único ao artigo 3º[54] indicando que os Projetos Pedagógicos de Curso deverão demonstrar os meios com os quais contribuirão para a adequada formação do graduando em face do perfil almejado pelo curso[55].

Finalmente, no terceiro eixo de modificações, a Resolução CNE/CES n. 5, de 2018, explicitou a obrigatoriedade de que o ensino jurídico se oriente também pelo conteúdo de diretrizes nacionais específicas, tais como a educação ambiental e a educação em direitos humanos. O principal dispositivo nesse sentido refere-se ao parágrafo 4º do artigo 2º desta resolução, segundo o qual o Projeto Pedagógico de Curso deve prever as formas de tratamento transversal dos conteúdos exigidos pelas diretrizes nacionais específicas, dentre as quais a educação em direitos humanos. Ademais, conforme já mencionado, o inciso XIV, do artigo 4º, estipula como uma das competências mínimas a serem apreendidas pelos graduandos em direito o desenvolvimento de perspectivas transversais sobre direitos humanos[56].

Embora tais dispositivos sejam pontuais, e, portanto, possam suscitar dúvidas ou revelar um caráter tímido de inserção transversal dos direitos humanos, é preciso ter em mente, em primeiro lugar, que a obrigação da educação em direitos humanos decorre, primariamente, da Resolução CNE/CP n. 1, de 2012[57]. Deste

---

[53] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[54] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[55] Há de se notar que, nos termos do inciso III, do parágrafo 1º, do artigo 2º, o Projeto Pedagógico de Curso deve abranger "[...] as condições objetivas de oferta e vocação do curso". Cf.: BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[56] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[57] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos.

modo, o parágrafo 4º do artigo 2º[58], ao repetir essa obrigatoriedade, torna-a apenas explícita e indubitável. Em segundo lugar, convém também apontar que a expressão "direitos humanos" não aparecia, em nenhum de seus sentidos, na Resolução CNE/CES n. 9, de 2004[59].

Esse apontamento não é irrelevante, já que, conforme apontam Braatz e Kreepsky[60], não é incomum que o currículo mínimo estabelecido pelas Resoluções que instituem as diretrizes nacionais sobre os cursos jurídicos seja transposto, efetivamente, como currículo pleno fornecido pelas instituições de ensino.

É essa, portanto, a principal inovação sobre a qual recai a análise e as reflexões desta pesquisa: sobre a perspectiva da adoção da educação transversal em direitos humanos que deve ser prevista pelo Projeto Pedagógico dos cursos de direito (artigo 2º, parágrafo 4º); e o dever de desenvolvimento dos profissionais da área jurídica em perspectivas transversais sobre direitos humanos (artigo 4º, inciso XIV). Esta análise deve considerar, ainda, a aparente contradição decorrente da inovação do parágrafo 3º, do artigo 5º e os dispositivos supracitados, pois, enquanto estes estabelecem a obrigatoriedade da educação em direitos humanos, de forma transversal, o parágrafo 3º do artigo 5º menciona a disciplina de direitos humanos como componente curricular facultativo[61].

4 A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS

Considerando-se a Carta de São Francisco, de 1945, complementada pela Declaração Universal de Direitos Humanos, de 1948 (DUDH) como o marco histórico que inaugura o Direito Internacional dos Direitos Humanos (DIDH)[62], é possível afirmar que, desde as origens deste ramo jurídico, o papel crucial da educação para a promoção e a proteção desses direitos já havia sido enfatizado, conforme se depreende do preâmbulo e do artigo 26, parágrafo 2º da DUDH[63].

Desde então, paralelamente à expansão material deste ramo do direito, a educação em direitos humanos tem sido objeto de diversas disposições e medidas políticas internacionais ou nacionais, como a Declaração e o Programa de Viena, de 1993[64], pelos seus parágrafos 33, e 78 a 82; o Programa Mundial de Educação em

---

[58] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[59] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 9, de 29 de setembro de 2004*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[60] BRAATZ, T. H.; KREEPSKY, G. M., "Ensino jurídico e contemporaneidade", In: *IX Congresso Nacional de Educação – EDUCERE*: III Encontro Sul Brasileiro de Psicopedagogia. Curitiba-PR, p. 3354-3365, 2009, p. 3359.

[61] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[62] RAMOS, A. C. *Processo internacional de direitos humanos.* 5ª edição. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 31.

[63] Nos termos da DUDH "The General Assembly, Proclaims this Universal Declaration of Human Rights as a common standard of achievement for all peoples and all nations, to the end that every individual and every organ of society, keeping this Declaration constantly in mind, shall strive by teaching and education to promote respect for these rights and freedoms [...]". E ainda, nos dizeres do parágrafo 2º, do artigo 26: "Education shall be directed to the full development of the human personality and to the strengthening of respect for human rights and fundamental freedoms. [...]". Cf.: UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 217A. *Universal Declaration of Human Rights.* 10. Dec. 1948.

[64] VIENNA Declaration and Programme of Action. Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993.

Direitos Humanos (PMEDH)[65], iniciado em 2005; a Constituição da República, de 1988[66]; a Declaração das Nações Unidas sobre Educação e Formação em Direitos Humanos, de 2011[67]; e, mais recentemente a Agenda 2030[68], ao estabelecer na meta 4.7, o desenvolvimento de conhecimentos e habilidades pela promoção dos direitos humanos e da valorização da diversidade, dentre outros objetivos correlatos.

De forma preliminar, portanto, já é possível destacar que a obrigação de promover os direitos humanos pela educação, tendo por objetivo o pleno desenvolvimento pessoal, a promoção da tolerância e o progresso nos objetivos de paz da ONU surge concomitantemente ao DIDH, embora, tem-se afirmado, que a sua consolidação e aceitação em ampla escala só tenha ocorrido após o fim da Guerra Fria, com a Conferência de Viena, de 1993[69].

No entanto, é também verdade que esse pretenso universalismo dos direitos humanos tem sido constantemente criticado, a partir de diversas perspectivas teóricas, a exemplo das teorias sobre o sistema-mundo[70] e do *Third World Aproach to International Law*[71], que questionam o uso dos direitos humanos como ferramenta de legitimação das intervenções internacionais, ou ainda, por perspectivas que questionam a própria racionalidade abstrata como fundamento dos direitos humanos, cujo eixo central consiste na concepção ocidental de direito[72] e que, portanto, caracterizam esses direitos como eurocêntricos e justificam a falácia do desenvolvimento[73].

Tendo em mente tanto a concepção acrítica, mas normativa dos direitos humanos, quanto as críticas dirigidas a este conjunto normativo, em primeiro lugar, é pertinente questionar sobre qual referencial se trabalha na educação em direitos humanos, de modo a permitir identificar quais são suas finalidades, e, consequentemente, quais seriam as medidas e métodos adequados para se atingir tais fins.

A Declaração Universal sobre Educação e Formação em Direitos Humanos, de 2011, não se ocupa em definir quais seriam estes direitos, mas, através da interpretação sistemática de seu texto, é possível inferir que os direitos humanos são concebidos pela sua perspectiva internacionalista e imbuídos de pretensão universalista[74]. Nesse sentido, a Declaração faz referência à Declaração e ao Programa de Ação de Viena, de 1993, segundo a qual, os direitos humanos são derivados da dignidade e do valor inerente dos seres humanos, e normativamente, da Carta das Nações Unidas e de instrumentos internacionais de direitos humanos.

---

[65] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012.

[66] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.*

[67] UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 66/137. *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training*. 19. Dec. 2011.

[68] UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 70/1. *Transforming our world*: the 2030 Agenda for Sustainable Development. 25 Sep. 2015.

[69] Cf.: CLAUDE, R. P. "Direito à educação e educação para os direitos humanos". *Sur: revista internacional de direitos humanos*. 2(2): 36-63, jun., 2004, p. 44; RAMOS, A. C. *Processo internacional de direitos humanos.* 5ª edição. São Paulo, Saraiva, 2016, p. 33.

[70] WALLERSTEIN, I. M. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. São Paulo, Boitempo, 2007.

[71] ANGHIE, A. "The evolution of international law: colonial and postcolonial realities", *Third World Quarterly*, 27 (5): 739-753, 2006, p. 749.

[72] HERRERA FLORES, J. "Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência", *Seqüência*, 23 (44): 9-29, 2002, p. 13.

[73] DUSSEL, E. *1492 – El encubrimiento del otro*: *hacia el origen del "mito de la modernidad"*. La Paz, Plural, 1994, p. 13.

[74] UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 66/137. *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training*. 19. Dec. 2011.

Segundo o próprio texto de Viena "a natureza universal desses direitos e liberdades está fora de questão"[75].

No caso da educação em direitos humanos no Brasil, esse referencial é demarcado pelo próprio texto da Resolução CNE/CP n. 1, de 2012:

> Art. 2º A Educação em Direitos Humanos, um dos eixos fundamentais do direito à educação, refere-se ao uso de concepções e práticas educativas fundadas nos Direitos Humanos e em seus processos de promoção, proteção, defesa e aplicação na vida cotidiana e cidadã de sujeitos de direitos e de responsabilidade individuais e coletivas.
> §1º Os Direitos Humanos, internacionalmente reconhecidos como um conjunto de direitos civis, políticos, sociais, econômicos, culturais e ambientais, sejam eles individuais, coletivos, transindividuais ou difusos, referem-se à necessidade de igualdade e de defesa da dignidade humana[76].

Diante disso é possível perceber que o conteúdo material dos direitos humanos não ensejou maiores preocupações, em razão de que, o seu marco normativo internacional seria considerado suficiente para a delimitação de seu escopo. Em outros dizeres, a educação em direitos humanos toma como base e se orienta a partir da sua concepção internacionalista, de cunho pretensamente universal.

Tendo isso em mente, passa-se à verificação dos métodos e práticas de ensino em direitos humanos que balizam esse processo no Brasil, e que, portanto, devem ser incorporados aos Projetos Pedagógicos de Curso de direito. Para esta análise, valemo-nos principalmente de dois dos instrumentos mais recentes e de maior relevância à educação em direitos humanos, ambos referenciados no preâmbulo da Resolução CNE/CP n. 1, de 2012[77]: a Declaração das Nações Unidas sobre Educação e Formação em Direitos Humanos, de 2011[78], e o Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos (PMEDH), sobretudo relativo à sua segunda fase, publicada no Brasil pela UNESCO, em 2012[79], que trata do ensino superior. A justificativa para a seleção destes documentos, como visto, decorre da própria concepção de que os direitos humanos foram estabelecidos em um pretenso consenso a nível internacional, sendo relevante, portanto, compreender o reflexo dessas determinações na edição dos instrumentos normativos nacionais relativos à educação em direitos humanos.

A mencionada Declaração, de 2011, além de estabelecer a educação em direitos humanos como um direito subjetivo, prevê, em seu artigo 2º, parágrafo 1º, que a educação e a formação em direitos humanos:

> [...] compreende todas as atividades educacionais, de formação, de informação, de conscientização e de aprendizado

[75] VIENNA Declaration and Programme of Action. Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993, art. I, § 1º.
[76] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos.
[77] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos.
[78] UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 66/137. *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training*. 19. Dec. 2011.
[79] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012.

> que tenham por objetivo promover o respeito universal e a observância de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, contribuindo assim, *inter alia*, para a prevenção de violações e abusos dos direitos humanos, proporcionando às pessoas conhecimento, habilidades e compreensão, e desenvolvendo suas atitudes e comportamentos, capacitando-os a contribuir para a construção e a promoção de uma cultura universal de direitos humanos[80].

Para esse fim, a educação em direitos humanos engloba três dimensões: a) a educação sobre direitos humanos, cujo objetivo é proporcionar o conhecimento sobre as normas e princípios de direitos humanos, bem como os mecanismos de promoção e proteção desses direitos; b) a educação através dos direitos humanos, com o objetivo de que o ensino e o aprendizado se deem de modo a respeitar esses direitos; e c) educação para os direitos humanos, cuja finalidade é a de proporcionar às pessoas o gozo e o exercício desses direitos, bem como o respeito aos direitos humanos de outras pessoas[81].

De forma explícita, o artigo 4º desta Declaração prevê como objetivos do ensino de direitos humanos: a conscientização sobre esses direitos; o desenvolvimento de uma cultura de direitos humanos; a busca pela efetiva realização dos direitos humanos; a garantia de oportunidades iguais do acesso a esses direitos; e a contribuição para a prevenção de violações dos direitos humanos[82]. De modo similar, o PMEDH estabelece como objetivo o desenvolvimento de uma cultura de direitos humanos, dentre outros objetivos mais instrumentais, conforme estipulado pela seção II.B, parágrafo 8º[83].

Deve-se notar ainda que, sendo a educação em direitos humanos um direito subjetivo pretensamente universal, a Declaração a caracteriza como um processo vitalício, cuja titularidade deve ser exercida por todas as pessoas em todas as idades e em diversos graus de ensino, incluindo-se a educação informal[84]. A extensão da educação em direitos humanos ao ensino informal, aliás, já havia sido prevista pela Resolução 49/148 da Assembleia Geral da ONU, de 1994[85], que instituía os anos de 1995 a 2004 como a Década Mundial para a Educação em matéria de Direitos Humanos.

Desta maneira, a educação em direitos humanos assume formas diversas, devendo por isso, adotar métodos e linguagens apropriadas para cada público alvo. Mas, para além disso, nos termos do parágrafo 3º do artigo 5º, da Declaração de 2011, a educação em direitos humanos deve "[...] abarcar e se enriquecer, além de inspirar-se na diversidade das civilizações, religiões, culturas e tradições de diferentes países [...]"[86].

Nesse sentido, a Declaração destaca a importância do papel na educação em direitos humanos de múltiplos atores, como a sociedade civil, a mídia e as instituições nacionais de direitos humanos (artigo 10), embora indique que a responsabilidade

---

[80] UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 66/137. *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training*. 19. Dec. 2011, tradução nossa.
[81] UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 66/137. *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training*. 19. Dec. 2011.
[82] UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 66/137. *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training*. 19. Dec. 2011.
[83] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012.
[84] UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 66/137. *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training*. 19. Dec. 2011.
[85] UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 49/184. *United Nations Decade for Human Rights Education*. 23. Dec. 1994.
[86] UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 66/137. *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training*. 19. Dec. 2011, tradução nossa.

primária pela promoção da educação em direitos humanos seja dos Estados (artigo 7º)[87].

Sobre este ponto, uma interessante questão poderia ser formulada. O ensino de direitos humanos deveria ser pautado, de forma vertical, pelos direitos humanos pretensamente universais, de modo que a atuação dos diversos atores locais seria restrita à divulgação dos direitos humanos nos moldes instituídos no âmbito da ONU, ou seja, como forma de legitimação. Ou, se, diversamente, as particularidades locais, fundamentadas no princípio da diversidade, teriam a capacidade de criticar e construir os direitos humanos de forma horizontal.

Isso porque, conforme aponta Ahmed[88], a educação em direitos humanos sustenta finalidades ambíguas: de um lado, como ruptura, e de outro, como sustentáculo da soberania. Nos termos de Ahmed[89] a educação em direitos humanos "[...] como soberania provém do reconhecimento de que os atores que promovem a educação em direitos humanos não o fazem necessariamente por razões altruísticas", uma vez que, a finalidade da educação em direitos humanos, por esta concepção, tem como fim "[...] reforçar o poder do Estado através da criação de uma narrativa oficial, invariável, imbuída da linguagem de direitos humanos".

De forma diversa, a educação em direitos humanos como ruptura tem como finalidade criar a consciência sobre problemas que constituem violações de direitos humanos. Por esta concepção, para Ahmed[90], a educação estaria muito menos relacionada às concepções formais e institucionalizadas de direitos humanos que à realidade dos povos, sobretudo os excluídos e marginalizados.

É possível notar que a dualidade antagônica dessas concepções decorre do que Al-Daraweesh e Snauwaert[91] consideram como um dos grandes desafios relativos à educação em direitos humanos, isto é, a disparidade entre a realidade das condições de gozo dos direitos fundamentados na dignidade e o conceito ideal de direitos humanos e a representação que se faz desses direitos como sendo universais, em desrespeito à diversidade e pluralidade dos povos.

Embora para Ahmed[92] essa dualidade se dê de forma mais estanque, conforme o processo educacional em análise, parece-nos, diferentemente, que a educação em direitos humanos, genericamente considerada, guarda essa dualidade, em maior ou menor grau, em todas as suas formas. Isso porque, conforme já havia sido objeto de discussão no âmbito da construção da DUDH, "[...] a educação não é neutra em matéria de valores"[93], como também não os são os direitos humanos. Dito de outro modo, a educação e o direito possuem objetivos políticos, portanto, ao nosso entender, representam também campo de disputa.

Por essa razão, embasados no que determina o artigo 2º, parágrafo 1º, juntamente com o artigo 5º, parágrafo 3º da Declaração de 2011[94], postulamos que a educação em direitos humanos deve fomentar a participação ativa dos diversos atores na construção desses direitos.

---

[87] UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 66/137. *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training*. 19. Dec. 2011.

[88] AHMED, A. K. "Disrupting power/entrenching sovereignty: the paradox of human rights education", *Prospects*, 47(1-2): 3-16, Jun/Sep., 2017.

[89] AHMED, A. K. "Disrupting power/entrenching sovereignty: the paradox of human rights education", *Prospects*, 47(1-2): 3-16, Jun/Sep., 2017, p. 9, tradução nossa.

[90] AHMED, A. K. "Disrupting power/entrenching sovereignty: the paradox of human rights education", *Prospects*, 47(1-2): 3-16, Jun/Sep., 2017.

[91] AL-DARAWEESH, F.; SNAUWERT, D. T. "Toward a hermeneutical theory of international human rights education", *Educational Theory*, 63(4):389-411, Aug., 2013, p. 389.

[92] AHMED, A. K. "Disrupting power/entrenching sovereignty: the paradox of human rights education", *Prospects*, 47(1-2): 3-16, Jun/Sep., 2017.

[93] CLAUDE, R. P. "Direito à educação e educação para os direitos humanos". *Sur: revista internacional de direitos humanos*. 2(2): 36-63, jun., 2004, p. 39.

[94] UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 66/137. *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training*. 19. Dec. 2011.

Essa posição se torna ainda mais defensável ao se analisar os princípios das atividades de educação em direitos humanos, instituídas pelo PMEDH[95], na seção I.C, parágrafo 9º. Nos termos dessa disposição, as atividades educacionais devem ter como objetivo fomentar o respeito e a valorização das diferenças; atribuir às comunidades e às pessoas os meios necessários para determinar suas necessidades em matéria de direitos humanos e assegurar sua satisfação; inspirar-se nos princípios de direitos humanos consagrados nos diferentes contextos culturais e levar em conta os acontecimentos históricos e sociais de cada país; utilizar métodos pedagógicos participativos que incluam conhecimentos, análises críticas e técnicas para promover os direitos humanos; e ter relevância na vida cotidiana das pessoas, engajando-as no diálogo sobre maneiras e formas de transformar os direitos humanos, de expressão abstrata das normas, na realidade das condições sociais, econômicas culturais e políticas.

No que se refere especificamente ao ensino superior, são aplicáveis tanto as disposições gerais acima tratadas, quanto disposições específicas na criação de estratégias (seção II.C.2) para o desenvolvimento de ações destinadas à promoção da educação em direitos humanos no ensino superior, bem como fazendo a indicação dos atores que devem participar desse processo (seção II.C.3)[96].

Conforme disposto pelo PMEDH[97], as instituições de ensino superior são responsáveis pela formação ética de cidadãos[98], que respeitem os direitos humanos e busquem produzir conhecimentos hábeis à superação dos desafios atuais neste campo. Para tanto, dentro das estratégias, estabelece que as ações para a educação em direitos humanos devem incluir políticas e medidas de implantação, construídas com a participação dos atores interessados, a partir de algumas características chave descritas neste documento[99].

Além das políticas, o documento dispõe sobre os processos e ferramentas de ensino e aprendizagem, cujo parágrafo 27 determina que a educação em direitos humanos requer uma abordagem sistemática que integre o conteúdo, os programas, recursos e metodologias de ensino. Ademais, destaca que o ensino de direitos humanos não deve se restringir à sala de aula e à instituição, mas relacionar-se com a comunidade na qual o ensino está inserido[100].

Com base nessa disposição geral, o documento ainda determina, de forma mais específica, sobre aspectos necessários à qualidade do ensino em direitos humanos no ensino superior na elaboração de programas de cursos, quanto ao material de ensino e aprendizagem, quanto às práticas e metodologias, e quanto ao suporte e recursos de ensino e aprendizagem[101].

---

[95] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012, p. 6.

[96] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012, p. 11/p. 20.

[97] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012, p. 11.

[98] Talvez seja por essa razão que, na redação final do artigo 4º, inciso XIV, da Resolução CNE/CES n. 5 de 2018, as competências relativas à deontologia-profissional e ao desenvolvimento de perspectivas transversais sobre direitos humanos tenham sido apresentadas em um único inciso.

[99] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012, p. 12.

[100] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012, p. 14.

[101] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012, p. 15-16.

Ainda no campo da definição de estratégia, o PMEDH trata da pesquisa como ferramenta de promoção da reflexão crítica em direitos humanos; do ambiente de aprendizagem, implicando que as instituições de ensino superior para além de terem os direitos humanos como objeto de estudo, devem estimular a vivência e a prática nos direitos humanos; e, enfim, destaca a responsabilidade dos docentes na transmissão de valores de direitos humanos, devendo para isso desenvolver o ensino em direitos humanos com base na perspectiva multidisciplinar e interdisciplinar, articular o ensino formal e informal, e desenvolver metodologias adequadas à educação em direitos humanos de forma participativa, cooperativa sem desprezar as experiências e práticas dos atores envolvidos[102].

Num último tópico, o programa trata dos atores envolvidos no ensino superior e o ensino de direitos humanos, indicando que a responsabilidade primária sobre a efetivação deste programa é do Ministério da Educação, conforme já havia sido genericamente indicado pela Declaração de 2011[103]. Além disso, elenca uma série de atores que devem participar destas ações, dentre instituições nacionais e internacionais, além de atores como organizações não governamentais, lideranças comunitárias e povos indígenas e minorias[104].

Pelo exposto, podemos perceber, primeiramente, o papel crucial que desempenha a educação em direitos humanos para a efetivação desses direitos. Em segundo lugar, verificamos que a educação em direitos humanos surge com o próprio desenvolvimento deste ramo e que, desde então, tem sido alvo de discussões, mudanças e críticas. Uma terceira conclusão refere-se à identificação da transposição material dos dispositivos internacionais sobre a educação em direitos humanos aos dispositivos nacionais, sobretudo pela Resolução CNE/CP n. 1, de 2012[105].

Por último, é possível atestar que, se de um lado, a incorporação, em certa medida, das críticas ao sistema de ensino de direitos humanos pode ser interpretada como apropriação dos argumentos críticos na elaboração de um projeto hegemônico, pretensamente universalista e homogeneizador, isto é, para sua legitimação; de outro lado, também é possível que a partir dos fundamentos expostos, a educação em direitos humanos, e o seu próprio conteúdo material, sejam construídos de maneira horizontal, com a participação dos povos historicamente marginalizados e excluídos.

Nesse sentido, ao se compreender que a educação em direitos humanos não é neutra, podemos questionar se, a partir do aparato normativo existente sobre a matéria que culmina em uma mudança significativa na Resolução CNE/CES n. 5, de 2018[106] sobre o ensino de direitos humanos nos cursos jurídicos é possível uma abertura para o ensino crítico de direitos humanos, isto é, em seu sentido de ruptura. E, em caso de resposta positiva, quais medidas e métodos devem ser adotados pelos cursos jurídicos, bem como quais seriam os limites dessa abordagem.

---

[102] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012, p. 16-17.

[103] UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 66/137. *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training*. 19. Dec. 2011, art. 7º.

[104] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012, p. 20.

[105] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos.

[106] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

5 A EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS NOS CURSOS JURÍDICOS E A PERSPECTIVA TRANSVERSAL

Conforme anteriormente apontado, dentre as inovações trazidas pela Resolução CNE/CES n. 5, de 2018[107], uma das mais relevantes refere-se à inserção da perspectiva transversal dos direitos humanos na graduação em direito. Considerando-se que esta Resolução encontra-se em vigor, e tais diretrizes curriculares devem ser implantadas em todas as Instituições de Ensino Superior no Brasil em até dezembro de 2020, interessa-nos verificar o sentido dessa proposição, tanto sob o aspecto pedagógico prático, com o intuito de contribuir com o seu entendimento e consequente aplicação, quanto no sentido teórico, que questiona sobre o seu sentido ambíguo de legitimação/ruptura.

Também já foi mencionado que a referência aos direitos humanos aparece em três dispositivos do corpo da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018. A primeira delas, no parágrafo 4º, do artigo 2º que trata do Projeto Pedagógico de Curso e a segunda vez, no inciso XIV do artigo 4º, relacionada às competências a serem desenvolvidas pelo graduando, referem-se à perspectiva transversal de ensino e aprendizagem. E a última delas, no parágrafo 3º do artigo 5º, que dispõe sobre os componentes curriculares, e apresenta um sentido de disciplinaridade[108].

Assim, o primeiro desafio decorrente dessa inovação sobre o ensino de direitos humanos consiste na elaboração de Projeto Pedagógico de Curso que preveja formas de tratamento de conteúdos que atentem às exigências de diretrizes nacionais específicas, como a educação em direitos humanos, conforme previsão do parágrafo 4º do artigo 2º da Resolução CNE/CES n.5, de 2018:

> Art. 2º No Projeto Pedagógico do Curso (PPC) deverão constar:
> [...]
> § 4º O PPC deve prever ainda as formas de tratamento transversal dos conteúdos exigidos em diretrizes nacionais específicas, tais como as políticas de educação ambiental, de educação em direitos humanos, de educação para a terceira idade, de educação em políticas de gênero, de educação das relações étnico-raciais e histórias e culturas afro-brasileira, africana e indígena, entre outras[109].

Embora não existisse qualquer dispositivo semelhante na Resolução CNE/CES n. 9, de 2004[110], ou mesmo este dispositivo constasse no texto base submetido à audiência pública em julho de 2018[111], essa obrigação[112] já era prevista

---

[107] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[108] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[109] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[110] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 9, de 29 de setembro de 2004*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[111] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Minuta de projeto de resolução: texto referência para a audiência pública sobre as Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em direito*. 2018.

[112] Pelo escopo desta pesquisa, referimo-nos aqui, especificamente, sobre a obrigação de se considerar a Educação em Direitos Humanos na construção dos Projetos Pedagógicos de Curso nas Instituições de Ensino Superior, nos termos do artigo 6º da Resolução CNE/CP n. 1, de 2012. Evidentemente, o dispositivo elencado no artigo 2º, parágrafo 4º, abrange outros conteúdos derivados de outras diretrizes nacionais, sendo, portanto, mais amplo.

pelo artigo 6º da Resolução CNE/CP n. 1, de 2012[113], que institui as Diretrizes Nacionais para Educação em Direitos Humanos, bem como foi referenciada no texto do Parecer CNE/CES n. 635/2018[114] em tópico destinado ao Projeto Pedagógico do Curso e a Matriz Curricular.

Convém notar, ademais, que em diversas passagens do texto orientador para a elaboração da Resolução CNE/CP n. 1, de 2012 tratava-se da perspectiva transversal de ensino dos direitos humanos. Importa-nos destacar, neste sentido, que dentre os princípios estipulados para a educação em direitos humanos, o texto assinalava que "os direitos humanos devem ser compreendidos mediante a integração de diferentes disciplinas, perpassando diferentes áreas do conhecimento, caracterizando-os como interdisciplinares e transversais"[115].

Essa previsão tem origem no próprio texto do Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos que, dirigindo-se aos órgãos competentes para instituir políticas públicas e às instituições de ensino superior, afirma que, para se alcançar a qualidade de ensino e aprendizagem em direitos humanos, é necessário que os programas e cursos desenvolvam "[...] estratégias para a inclusão dos direitos humanos como tema transversal em todas as disciplinas do ensino superior [...]", bem como "programas acadêmicos multidisciplinares e interdisciplinares sobre direitos humanos"[116].

O Programa Mundial trata ainda de definir os programas interdisciplinares como aqueles que envolvem "[...] o cruzamento de fronteiras entre as disciplinas e o conjunto de abordagens e metodologias para estudar, pesquisar e interagir com os direitos humanos em uma nova perspectiva integrada", e a multidisciplinaridade, por sua vez, implica em pesquisas, estudo e envolvimento "[...] com os direitos humanos com base em diferentes perspectivas disciplinares [...]"[117].

Devemos nos atentar ainda que, a proposta transversal e interdisciplinar na educação em direitos humanos, além de compreender ensino, extensão e pesquisa, implica que as Instituições de Ensino Superior devem atender "[...] demandas não só formativas, mas também de intervenção por meio da aproximação com os segmentos sociais em situação de exclusão social e violação de direitos, assim como os movimentos sociais e a gestão pública"[118].

Buscando-se dar maior nitidez ao que viria ser a já citada Resolução sobre Educação em Direitos Humanos, foi publicado em 2013, pela Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República um documento intitulado Cadernos de Educação em Direitos Humanos[119]. Nesse sentido, o documento parece indicar que a educação em direitos humanos, no contexto fático, deve necessariamente se adequar às diversas realidades. Com isso quer-se dizer que, a consecução da transversalidade

---

[113] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos.

[114] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Parecer n. 635, de julho de 2018*, p. 11.

[115] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Comissão do Pleno. *Texto orientador para a elaboração das Diretrizes Nacionais da Educação em Direitos Humanos*. 2011, p. 15.

[116] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012, p. 14-15.

[117] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012, p. 15.

[118] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Comissão do Pleno. *Texto orientador para a elaboração das Diretrizes Nacionais da Educação em Direitos Humanos*. 2011, p. 24.

[119] BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em direitos humanos: diretrizes nacionais*. Brasília, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

e da interdisciplinaridade não deve ser compreendida apenas como meio de "intervenção", conforme poderia sugerir o texto base acima citado, em que, pela razão dos direitos humanos e da autoridade científica, as Instituições de Ensino Superior são legítimas interventoras e disseminadoras do único conhecimento válido:

> Deve-se ter prudência ao falar sobre formação para Educação em Direitos Humanos, não esquecendo que o sujeito é um conjunto das experiências vividas e, assim, possui conceitos e verdades que ele mesmo construiu. A sugestão das Diretrizes não é educar partindo da premissa de que o indivíduo desconhece seus direitos, uma vez que esse indivíduo tem um conhecimento prévio sobre a temática. Ao contrário, as Diretrizes sugerem uma restauração de valores pelo conhecimento dos direitos humanos[120].

Portanto, a partir do que foi demonstrado, é possível verificar que a interdisciplinaridade e a multidisciplinaridade pressupõem a existência de disciplinas autônomas que devem ser abordadas, no processo educativo, de forma interligada e complementar. Essa proposta, ainda que indicada como estratégia de ensino e aprendizagem em direitos humanos pelo Programa Mundial[121], ou como método de inserção de conteúdos, segundo a Resolução CNE/CP n. 1, de 2012[122], está mais ligada à demanda de mais bem atender às complexidades das relações sociais em oposição à fragmentação dos conhecimentos.

Em que pese a propositiva da Resolução n. 1, de 2012 que também incidirá sobre o ensino jurídico, corrobora com a percepção acima assinalada, a linguagem adotada pela Resolução CNE/CES n. 5, de 2018[123]. Em primeiro lugar, como explicitado, o parágrafo 4º, do artigo 2º, ainda que remissivo àquela resolução, utiliza os termos "tratamento transversal dos conteúdos". Ademais, quando se referencia à interdisciplinaridade fá-lo no artigo 5º, ao indicar que o curso de graduação em direito deve priorizar a articulação de saberes ao tratar das perspectivas formativas, portanto, em sentido genérico; ou ainda, no caso do inciso XIII, do artigo 4º, indicando que o graduado em direito deverá ser capacitado a trabalhar em grupos interdisciplinares.

Este apontamento não é irrelevante, pois, conforme crítica de Koskenniemi[124] – ainda que dirigida a outro nível de produção de conhecimento – a interdisciplinaridade "[...] serve para fortalecer as fronteiras entre disciplinas ao dá-las como garantidas [...]".

Se esta crítica dirigida à interdisciplinaridade e à educação em direitos humanos está correta, consequentemente, numa primeira hipótese, a ideia instituída pelo Programa Mundial, de se ter em vista a sociedade, de "[...] ir além da sala de aula e da instituição de ensino superior [...]"[125] restaria frustrada. Ainda tomando

---

[120] BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em direitos humanos: diretrizes nacionais*. Brasília, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013, p. 43.

[121] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012.

[122] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos.

[123] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[124] KOSKENNIEMI, M. "A política do direito internacional: 20 anos depois", *Revista de Direito Internacional*, 15(1):30-40, 2018, p. 37.

[125] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012, p. 14.

como verdadeira essa premissa, numa segunda hipótese, o objetivo de se desenvolver uma cultura em direitos humanos teria, enfim, um viés legitimante do discurso hegemônico sobre direitos humanos, totalizante, vertical e interventor. Isso porque, em última análise, as complexidades sociais e lutas políticas passariam a ser subsumidas por um aparato normativo de direitos humanos, cuja determinação material depende, primariamente, de seu estabelecimento a nível internacional.

O risco de se assumir tal perspectiva refere-se ao problema de se utilizar de um termo indeterminado[126] – direitos humanos – em um sentido pretensamente de racionalidade neutra, mas que atua como ideologia "[...] no sentido técnico de reificar, de fazer parecer necessário ou neutro algo parcial e contestado"[127].

Logo, se a educação não é neutra, se os direitos humanos também não o são, ou sequer pode esta disciplina ser compreendida de forma estanque e inconteste, é preciso compreender que o conteúdo e a extensão desses direitos dependem de uma escolha política. Essa escolha, por sua vez, depende do nível de participação dos sujeitos interessados, no sentido de que, a mera disseminação dos direitos humanos, desde a perspectiva global à local, independentemente dos processos pedagógicos adotados, serve apenas à legitimação, ao assumir o caráter passivo dos sujeitos. Se, ao contrário, propõe-se um papel ativo na construção dos direitos humanos, mutáveis e contestados, a educação em direitos humanos, *a priori*, pode servir como instrumento de ruptura.

Por essas razões, a perspectiva da transversalidade não pode ser compreendida como correspondente a interdisciplinaridade. Adverte-se, portanto, que apesar das possibilidades de se interpretar pragmaticamente o texto do parágrafo 4º do artigo 2º da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018 no sentido de que os conteúdos relativos aos direitos humanos devem estar presentes em todas as disciplinas do curso, a obrigação que se constitui pelo dispositivo implica na adoção de um Projeto Pedagógico que vá além da interdisciplinaridade.

Nesse sentido, elucida o texto-base[128] formulado previamente à adoção do texto da Resolução CNE/CP n. 1, de 2012. Segundo este texto, a educação em direitos humanos tem por objetivo uma formação ética, crítica e política. Desse modo, o processo educativo – que compreende ensino, pesquisa e extensão – deve ser orientado por valores humanizadores, postulando por juízos reflexivos e que almejem a emancipação e a transformação dos sujeitos. A educação em direitos humanos é, ademais, transversal em um sentido difuso, que deve perpassar não somente as práticas pedagógicas, mas alcançar as práticas de gestão educacional e as relações cotidianas.

Inobstante o caráter indeterminado e ambíguo desses termos – "valores humanizadores" e "emancipação dos sujeitos" – e a pertinente crítica que lhes poderiam ser dirigidas como fundamento da falácia do desenvolvimento[129], o texto detalha ainda que "para o estabelecimento de uma cultura dos Direitos Humanos é necessário que os sujeitos o signifiquem, construam-nos como valores e atuem na

[126] KOSKENNIEMI, M. "A política do direito internacional: 20 anos depois", *Revista de Direito Internacional*, 15(1):30-40, 2018, p. 33.
[127] KOSKENNIEMI, M. "A política do direito internacional: 20 anos depois", *Revista de Direito Internacional*, 15(1):30-40, 2018, p. 35.
[128] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Comissão do Pleno. *Texto orientador para a elaboração das Diretrizes Nacionais da Educação em Direitos Humanos*. 2011, p. 13.
[129] Fazemos alusão ao processo de desenvolvimento ontológico e ao processo de emancipação de viés iluminista que parte de um estado de imaturidade culpável dos sujeitos, cuja superação se daria pela ilustração, pela razão e pela liberdade iluminista em um sentido dialeticamente linear. Assim, *mutatis mutandis*, o ser ainda não plenamente desenvolvido (imaturo) poderia superar essa condição e se emancipar pela educação em direitos humanos, símbolo do "saber absoluto da lógica". Cf.: DUSSEL, E. *1492 – El encubrimiento del otro*: hacia el origen del "mito de la modernidad". La Paz, Plural, 1994, p. 14.

sua defesa e promoção"[130]. Por essa razão a educação em direitos humanos, em seu sentido de formação política deve promover "[...] o empoderamento de grupos e indivíduos, situados à margem de processos decisórios e de construção de direitos, favorecendo a sua organização e participação na sociedade civil"[131].

Evidentemente, não se trata de uma tarefa simples, contudo a obrigação oriunda do parágrafo 4º do artigo 2º da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018, implica, portanto, que as formas pelas quais os cursos jurídicos irão articular tais elementos necessários à transversalidade – dentre os quais pode figurar a interdisciplinaridade, mas que nela não se esgota – deverão ser previstas pelo Projeto Pedagógico de Curso.

Um segundo dispositivo que faz alusão à perspectiva transversal sobre direitos humanos consta no artigo 4º, inciso XIV da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018[132]. Enquanto no primeiro caso, trata-se de se adotar uma perspectiva transversal da educação em direitos humanos na formulação e no planejamento da graduação em direito, isto é, na elaboração do Projeto Pedagógico de Curso, este segundo caso diz respeito às competências mínimas que devem ser desenvolvidas pelo graduando. Em outros dizeres, o curso de graduação em direito deve ter como objetivo, dentre outros, o de capacitar o graduando a desenvolver perspectivas transversais sobre direitos humanos.

Um primeiro apontamento sobre este dispositivo diz respeito à técnica legislativa e a consequente redação deste inciso. Diferentemente de outros incisos do mesmo artigo 4º que foram desmembrados entre o texto-base[133] e o texto final da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018, esse inciso expõe duas competências: "apreender conceitos deontológicos-profissionais" e "desenvolver perspectivas transversais sobre direitos humanos". Em razão disso, parece razoável considerar que foi a intenção legiferante manter as duas competências em um mesmo inciso por interpretá-las, nesse contexto, como complementares[134].

Tendo em vista que tais competências devem ter sido apreendidas pelo bacharel em direito até o final do curso, e pela relevância pública das profissões jurídicas, esse inciso parece buscar atender o pressuposto estabelecido pelo Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos de que as instituições de ensino superior "[...] têm a responsabilidade social de formar cidadãos éticos e comprometidos com a construção da paz, a defesa dos direitos humanos e os valores da democracia [...]"[135].

---

[130] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Comissão do Pleno. *Texto orientador para a elaboração das Diretrizes Nacionais da Educação em Direitos Humanos*. 2011, p. 13.

[131] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Comissão do Pleno. *Texto orientador para a elaboração das Diretrizes Nacionais da Educação em Direitos Humanos*. 2011, p. 13.

[132] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[133] Foi o que ocorreu, por exemplo, com a redação do inciso IX, do artigo 4º do Projeto de Resolução, e seu desmembramento entre os incisos IX e X na redação final. E, de certa forma, com o inciso X do Projeto de Resolução, que, embora mantida a redação, renumerado como o inciso XII, passou a ser precedido pelo inciso XI na redação final da Resolução n. 5, de 2018. Cf.: BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Minuta de projeto de resolução: texto referência para a audiência pública sobre as Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em direito*. 2018; BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[134] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[135] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012, p. 11.

Em suma, trata-se de relacionar a concepção ética profissional e os direitos humanos, sobretudo, como valores.

Por outro lado, a capacidade que os profissionais do direito possuem de difusão da escolha política que funda os valores dos direitos humanos, em nome da legalidade e da ordem, não deve ser desprezada. É preciso notar, nesse sentido, que embora a ética, em seu sentido amplo, tenha um escopo mais abrangente, a ética profissional está constantemente ligada a elementos normativos. Exemplo notório disso se faz observar na ética advocatícia, cujos elementos balizadores do comportamento profissional são expressos pela Lei n. 8.906[136], de 1994, notadamente entre os artigos 31 a 43, que dispõe sobre a ética do advogado e infrações e sanções disciplinares, bem como, atualmente, pela Resolução n. 2, de 2015 do Conselho Federal da OAB, cujo anexo único dispõe sobre o Código de Ética e Disciplina da OAB[137].

Por essa razão, menos que uma observância de valores que objetivem o bem-estar social, a observância da ética profissional, nesse contexto, está mais fortemente atrelada a um pressuposto ao regular exercício da profissão, uma vez que, a inobservância de preceitos normativos de caráter deontológico pode acarretar em sanções que obstam o exercício da profissão. Assim, ao se aliar estes dois elementos – a ética profissional e os direitos humanos como valores – corre-se o risco de que este conjunto de valores seja sedimentado, qualquer que seja sua substância, de forma acrítica, tendo em vista que ambos os aspectos passam a ser compreendidos como condicionantes à atuação profissional.

Evidentemente, não se trata de negar as importantes contribuições à prática jurídica que podem advir do desenvolvimento de perspectivas transversais sobre direitos humanos, mas, de admitir os seus limites ao se compreender os direitos humanos como o resultado de uma escolha política, e que, portanto, somente reforça a necessidade de reconhecê-los como campo de disputa.

Nesse sentido, e em um segundo apontamento, convém nos deter sobre as implicações da adoção no texto da expressão "perspectivas transversais" sobre direitos humanos.

Ao se utilizar desses termos, a Resolução CNE/CES n. 5, de 2018[138] afasta a interpretação de que a mera apreensão em sentido reprodutivo e dogmático sobre os direitos humanos seja suficiente para a capacitação do graduando com relação a esta competência. Isso não é desprovido de significado, uma vez que, em não raras vezes, a formação jurídica tem sido acrítica e servido apenas para a difusão das ideias hegemônicas sob a égide da ordem e da legalidade. Aqui, ao contrário, se a perspectiva transversal pode ser compreendida como acima postulamos, o bacharel em direito deve, necessariamente, desenvolver uma perspectiva crítica e dialógica, que demandará não apenas os conceitos técnicos relativos aos direitos humanos, mas permear as suas relações profissionais nos três graus de competências: cognitiva, instrumental e interpessoal, nos termos do caput do artigo 4º.

Por fim, um breve comentário pode ser tecido sobre o parágrafo 3º do artigo 5º que trata dos direitos humanos como um exemplo de disciplina optativa[139]. Embora o dispositivo tenha um escopo maior do que este, é possível notar uma contradição, ao menos aparente, ao se interpretar que os direitos humanos

---

[136] BRASIL. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

[137] BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. *Resolução n. 2, de 19 de outubro de 2015*. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

[138] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

[139] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências.

consistiriam em uma disciplina optativa, em decorrência da sua não inclusão dentre as disciplinas necessárias descritas nos incisos I e II do mesmo artigo, e a sua obrigatoriedade de tratamento transversal pelo Projeto Pedagógico de Curso.

Conforme já indicado, a Resolução CNE/CP n. 1, de 2012[140], sobre a educação em direitos humanos, dispõe no artigo 7º sobre as formas de inserção dos direitos humanos nos componentes curriculares: transversal e interdisciplinarmente, por meio de disciplinas específicas, ou de forma mista. A Resolução CNE/CP n. 2, de 2012[141], sobre a educação ambiental, como também já apontado, possui um dispositivo semelhante (artigo 16), mas acentua, nos termos do artigo 8º, que em regra, a educação ambiental não deve ser implantada como disciplina ou componente curricular específico.

Com base nessa analogia teleológica, pode-se considerar que a Câmara de Ensino Superior responsável pela redação da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018, optou por dar contornos semelhantes à educação em direitos humanos nos cursos jurídicos.

Uma segunda hipótese de justificativa refere-se à diferenciação entre a educação em direitos humanos, cujo conteúdo é multifacetado, dialógico e mutável – sendo, portanto, mais efetivamente apreendido de forma transversal – e o ramo jurídico autônomo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, cujo ensino pode se dar pela instituição de uma disciplina específica.

Em todo caso, o certo é que a perspectiva de ensino transversal sobre direitos humanos constitui uma obrigação inafastável a ser observada pelos cursos jurídicos, enquanto a educação em direitos humanos pela via da disciplinaridade constitui uma faculdade de cada instituição.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nesta pesquisa, buscamos, sobretudo, interpretar o sentido conferido à perspectiva transversal sobre a educação em direitos humanos que deve ser observada pelos cursos jurídicos, com base no que foi determinado pela Resolução CNE/CES n. 5, de 2018.

Para se alcançar este objetivo, em um primeiro momento, tratamos de evidenciar quais foram as razões que ensejaram a edição de um novo instrumento normativo que dispõe sobre as diretrizes curriculares nacionais dos cursos jurídicos. Foi verificado nesse sentido que os fundamentos para a atualização das diretrizes curriculares são, simultaneamente, complementares e antagônicos, uma vez que, se de um lado foi acentuada a necessidade de uma formação crítica, de outro, não se abandona totalmente as demandas de cunho mercadológico, de modo que os métodos e as práticas educacionais são instituídos tanto tendo em vista uma formação reflexiva, quanto buscando capacitar o graduando a mais bem se inserir no mercado de trabalho.

Num segundo momento, foram analisados especificamente os dispositivos da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018, enfatizando-se as principais mudanças advindas com essa resolução em comparação com a Resolução CNE/CES n. 9, de 2004. Nessa esteira, destacamos como uma das principais inovações trazidas pela Resolução CNE/CES n. 5, de 2018, a inserção da perspectiva transversal sobre a educação em direitos humanos.

Em seguida, tratamos da educação em direitos humanos a partir da análise dos principais instrumentos normativos que a balizam, dentre os quais figuram a Resolução CNE/CP n. 1, de 2012, a Declaração das Nações Unidas sobre Educação e

---

[140] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos.

[141] BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 2, de 15 de junho 2012*. Estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação Ambiental.

Formação em Direitos Humanos, de 2011, e o Programa Mundial sobre Educação em Direitos Humanos, dando ênfase à segunda fase sobre ensino superior.

Com base nessa análise, identificamos que os dispositivos nacionais sobre a educação em direitos humanos, sobretudo a Resolução CNE/CP n. 1, de 2012, refletem as bases materiais sobre o assunto produzidas em instrumentos normativos internacionais. Assim, em seguida, buscamos interpretar o sentido conferido à perspectiva transversal sobre a educação em direitos humanos que deve ser observada pelos cursos jurídicos, com base no que foi determinado pela Resolução CNE/CES n. 5, de 2018.

Deste modo, é possível concluir que, assim como o escopo material dos direitos humanos, a educação em direitos humanos se vale de uma linguagem ambígua de modo que, também seus métodos e suas práticas educacionais gravitam em torno dessa dubiedade entre legitimação/ruptura. A razão disso reside no próprio fundamento dos direitos humanos cuja indeterminação do termo não é aleatória, mas que, como resultado de uma escolha política, imbui-se de um discurso de neutralidade e universalismo, ou ainda como necessidade, no intuito de se tornar legítimo e inconteste.

Nesse sentido, pela própria determinação internacional e pretensamente universalista dos direitos humanos e dos métodos educacionais a eles relacionados, não há motivos para se acreditar que a educação em direitos humanos tenha como objetivo principal a emancipação de pessoas e povos. No entanto, na tentativa da construção de um aparato legitimador, o discurso sobre direitos humanos contido nos dispositivos internacionais não pôde se manter alheio às diversas críticas tecidas sobre o seu caráter eurocêntrico, a sua utilização como instrumento pretensamente legítimo de intervenção e o seu fundamento em uma racionalidade abstrata. Por essa razão, em alguma medida, esses instrumentos internacionais e seu consequente reflexo nos instrumentos nacionais sobre educação em direitos humanos assimilaram o discurso crítico e culminam por possibilitar interpretações em um sentido disruptor.

Ainda assim, embora essa proposta interpretativa pareça ambiciosa, é preciso enfatizar que não devem ser aceitas as perspectivas totalizantes. Os direitos humanos podem ser úteis como instrumentos de transformações nas vidas das pessoas, no entanto, nem toda manifestação deverá ser confundida com tais direitos. Com isso quer-se dizer que, a vida, em suas diversas e complexas facetas, não poderá ser subsumida por aparatos normativos em vista da própria limitação decorrente da natureza do direito como um elemento social, mas que não se confunde com a sua totalidade.

Tendo isso em vista, os desafios que se apresentam aos cursos jurídicos são consideráveis. Em primeiro lugar, os cursos de direito no Brasil devem apresentar em seus respectivos Projetos Pedagógicos de Curso meios hábeis para o tratamento transversal de conteúdos sobre a educação em direitos humanos que superem a interdisciplinaridade. Em segundo lugar, essas perspectivas transversais de tratamento dos conteúdos devem articular as distintas instâncias próprias ao ensino superior: ensino, pesquisa e extensão. Em decorrência disso, e em terceiro lugar, defendemos ser inerente à adoção da perspectiva da transversalidade o pressuposto de que os conteúdos de direitos humanos, bem como os métodos a serem utilizados na educação em direitos humanos, devem ser conjuntamente construídos a partir da relação horizontal entre Instituições de Ensino Superior e sociedade, sobretudo as parcelas da população mais marginalizadas e excluídas. E, por fim, tanto pela natureza difusa da educação em direitos humanos quanto pela finalidade dos cursos jurídicos, as Instituições de Ensino Superior deverão conduzir suas atividades orientadas pelas perspectivas transversais em direitos humanos, de modo a possibilitar que os graduandos em direito sejam capacitados a participar na sociedade, como cidadãos e profissionais, tendo como base a promoção e a proteção dos direitos humanos em constante construção. Isso significa que, mais que um *locus* de produção de conhecimento por excelência, o ensino superior deve estar atento às demandas locais que se relacionem aos direitos humanos, de modo que os próprios

profissionais formados por essas instituições se ocupem menos com a disseminação do discurso acrítico da lei e da ordem, e mais com as necessidades da sociedade na qual estão inseridos.

Por fim, os limites desta pesquisa precisam ser destacados. Conforme a delimitação aqui proposta, esta pesquisa teve um enfoque sobre os instrumentos normativos relacionados ao ensino jurídico no Brasil e a educação em direitos humanos, configurando-se, portanto, uma pesquisa de cunho exploratório e interpretativo-propositivo sobre os dispositivos da Resolução CNE/CES n. 5, de 2018. Ademais, por se tratar ainda de um instrumento normativo de edição recente, cuja obrigatoriedade de implantação passa a vigorar a partir de dezembro de 2020, outras pesquisas, de distintos métodos e abordagens, são bem-vindas para a melhor compreensão sobre a aplicabilidade das disposições dessa resolução no ensino jurídico.

REFERÊNCIAS

ADORNO, S. *Os aprendizes do poder: o bacharelismo liberal na política brasileira.* Rio de Janeiro, Paz e Terra, 1988.

AHMED, A. K. "Disrupting power/entrenching sovereignty: the paradox of human rights education", *Prospects*, 47(1-2): 3-16, Jun/Sep., 2017.

AL-DARAWEESH, F.; SNAUWERT, D. T. "Toward a hermeneutical theory of international human rights education", *Educational Theory*, 63(4):389-411, Aug., 2013.

ANGHIE, A. "The evolution of international law: colonial and postcolonial realities", *Third World Quarterly*, 27 (5): 739-753, 2006.

CLAUDE, R. P. "Direito à educação e educação para os direitos humanos". *Sur: revista internacional de direitos humanos*. 2(2): 36-63, jun., 2004.

BELLO, E.; FERREIRA, L. P. "Clínicas de direitos humanos no Brasil: um estudo sobre seu processo de implementação e funcionamento na prática e no ensino jurídico", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito*, 10(2):170-182, maio-ago., 2018.

BRAATZ, T. H.; KREEPSKY, G. M., "Ensino jurídico e contemporaneidade", In: *IX Congresso Nacional de Educação – EDUCERE*: *III Encontro Sul Brasileiro de Psicopedagogia*. Curitiba-PR, p. 3354-3365, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988.*

BRASIL. *Decreto n. 9.235, de 15 de dezembro de 2017*. Dispõe sobre o exercício das funções de regulação, supervisão e avaliação das instituições de educação superior e dos cursos superiores de graduação e pós-graduação no sistema federal de ensino.

BRASIL. Lei de 11 de agosto de 1827. Crêa dous Cursos de sciencias Juridicas e Sociaes, um na cidade de S. Paulo e outro na de Olinda. *Collecção das Leis do Imperio do Brazil de 1827*. v.1, pt. I, p. 5. Rio de Janeiro, Typographia Nacional, 1878.

BRASIL. *Lei n. 4.024, de 20 de dezembro de 1961*. Fixa as diretrizes da Educação Nacional. Alterada pela Lei n. 9.131, de 24 de novembro de 1995.

BRASIL. *Lei n. 8.906, de 4 de julho de 1994*. Dispõe sobre o Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB).

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Minuta de projeto de resolução: texto referência para a audiência pública sobre as Diretrizes Curriculares Nacionais para o curso de graduação em direito*. 2018. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=89671-texto-referencia-minuta-projeto-de-resolucao-dcn-direito&category_slug=junho-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Parecer n. 635, de julho de 2018*. Disponível em:

http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=89661-texto-referencia-minuta-de-parecer-dcn-direito&category_slug=junho-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 9, de 29 de setembro de 2004*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/rces09_04.pdf. Acesso em 29 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Câmara de Ensino Superior. *Resolução n. 5, de 17 de dezembro de 2018*. Institui as Diretrizes Curriculares Nacionais do curso de graduação em direito e dá outras providências. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=104111-rces005-18&category_slug=dezembro-2018-pdf&Itemid=30192. Acesso em 29 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Comissão do Pleno. *Texto orientador para a elaboração das Diretrizes Nacionais da Educação em Direitos Humanos*. 2011. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=8830-texto-subsidios-diretrizes-edh-pdf&Itemid=30192. Acesso em 29 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 1, de 30 de maio 2012*. Estabelece Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/dmdocuments/rcp001_12.pdf. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Ministério da Educação. Conselho Nacional de Educação. Conselho Pleno. *Resolução n. 2, de 15 de junho 2012*. Estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação Ambiental. Disponível em: http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10988-rcp002-12-pdf&category_slug=maio-2012-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 29 abr. 2020.

BRASIL. Ordem dos Advogados do Brasil. Conselho Federal. *Resolução n. 2, de 19 de outubro de 2015*. Aprova o Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. *Educação em direitos humanos: diretrizes nacionais*. Brasília, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

CARVALHO, J. M. *A construção da ordem: a elite imperial.* Teatro de sombras: a política imperial. 4º edição. Rio de Janeiro, Civilização Brasileira, 2008.

COSTA, A. B. *Ensino jurídico: disciplina e violência simbólica.* Dissertação (Mestrado). Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 276 p., 1992.

DUSSEL, E. *1492 – El encubrimiento del otro*: *hacia el origen del "mito de la modernidad"*. La Paz, Plural, 1994.

HERRERA FLORES, J. "Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência", *Seqüência*, 23 (44): 9-29, 2002.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP). *Sinopse Estatística da Educação Superior 2004*. Brasília, Inep, 2004. Disponível em: http://portal.inep.gov.br/web/guest/sinopses-estatisticas-da-educacao-superior. Acesso em: 24 abr. 2020.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDOS E PESQUISAS ANÍSIO TEIXEIRA (INEP). *Sinopse Estatística da Educação Superior 2016*. Brasília, Inep, 2017. Disponível em: http://portal.inep.gov.br/web/guest/sinopses-estatisticas-da-educacao-superior. Acesso em: 24 abr. 2020.

KOSKENNIEMI, M. “A política do direito internacional: 20 anos depois”, *Revista de Direito Internacional*, 15(1):30-40, 2018.

MOACYR, P. *A instrução e o Império*: *subsídios para a história da educação no Brasil.* v.1. São Paulo, Nacional, 1936.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA (UNESCO). *Plano de ação*: Programa Mundial para Educação em Direitos Humanos: segunda fase. Brasília, Unesco, 2012. Disponível em: https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000217350_por. Acesso em: 29 abr., 2020.

RAMOS, A. C. *Processo internacional de direitos humanos.* 5ª edição. São Paulo, Saraiva, 2016.

RODRIGUES, H. W. *Ensino Jurídico*: *Saber e Poder.* São Paulo, Acadêmica, 1988.

TARDIF, M. *Saberes docentes e formação profissional*. Versão em e-book acessada via Kindle Paperwhite. Petrópolis, Vozes, 2014.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 217A. *Universal Declaration of Human Rights.* 10. Dec. 1948. Disponível em: https://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/217(III). Acesso em: 29 abr. 2020.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 49/184. *United Nations Decade for Human Rights Education*. 23. Dec. 1994. Disponível em: https://www.un.org/documents/ga/res/49/a49r184.htm. Acesso em: 29 abr. 2019.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 66/137. *United Nations Declaration on Human Rights Education and Training*. 19. Dec. 2011. Disponível em: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N11/467/04/PDF/N1146704.pdf?OpenElement. Acesso em: 29 abr. 2020.

UNITED NATIONS. General Assembly. Resolution 70/1. *Transforming our world*: the 2030 Agenda for Sustainable Development. 25 Sep. 2015. Disponível em: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=E . Acesso em 29 abr. 2020.

VENÂNCIO FILHO, A*. Das Arcadas ao bacharelismo: 150 anos de ensino jurídico no Brasil.* São Paulo, Perspectiva, 1977.

VIENNA Declaration and Programme of Action. Adopted by the World Conference on Human Rights in Vienna on 25 June 1993. Disponível em: https://www.ohchr.org/en/professionalinterest/pages/vienna.aspx. Acesso em: 29 abr. 2020.

WALLERSTEIN, I. M. *O universalismo europeu: a retórica do poder*. São Paulo, Boitempo, 2007.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 313-327
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A Tributação Extrafiscal Aplicada Para As Taxas Por Meio Da Utilização Do Princípio Da Capacidade Contributiva

Extrafiscal Taxation Applied To Fees By Using The Contributory Capacity Principle

Clayton dos Santos Queiroz[1]
Maria de Fátima Ribeiro[2]
Universidade de Marília

Sumário: Introdução; 1 Extrafiscalidade; 2 Capacidade Contributiva; 2.1 Da Espécie Tributária Taxas; 3 A Aplicação do Princípio da Capacidade Contributiva às Taxas; 3.1 Da Visão do Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal; 4 O Estado Suportando o Ônus da Aplicação do Princípio da Capacidade Contributiva às Taxas; Conclusão; Referências.

Resumo: O presente estudo, por meio da utilização da metodologia de pesquisa dedutiva, com análise de bibliografias, jurisprudências e legislação pertinente ao tema, visa propor uma nova óptica a respeito do relacionamento do princípio da capacidade contributiva com as taxas defendendo a ampliação da aplicação de tal figura principiológica a essa espécie tributária. Nessa monta, será abordado a respeito das taxas, de seu vínculo com a atividade estatal na qual se baseia, sobre a sua legitimidade, proposição e cobrança. Em seguida, será tratado sobre o que vem a ser a capacidade contributiva, bem como o relacionamento de tal princípio com o princípio da igualdade. Será também apresentado o entendimento do STJ e do STF a respeito da validade de aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva a espécie tributária taxa, e, por fim, acerca da possibilidade de se aplicar o principio da capacidade contributiva as taxas, quem seria ou quem seriam os responsáveis por suportar o ônus de uma cobrança diferenciada.

Palavras chave: Capacidade Contributiva; Taxas; Tributação Extrafiscal.

Abstract: The present study, through the use of the deductive research methodology, with the analysis of bibliographies, jurisprudence and legislation pertinent to the theme, aims to propose a new perspective regarding the relationship between the principle of contributory capacity and rates, advocating the expansion of the application of such method. principle figure to this tributary species. In this context, it will be approached about the fees, their link with the state activity on which it bases, about their legitimacy, proposition and collection. It will then discuss what contributory capacity is, as well as the relationship of that principle to the principle of equality. It will also be presented the understanding of the Supreme Court

[1] Mestrando em Direito na UNIMAR – Universidade de Marília – SP - Brasil. Procurador Jurídico Municipal. Secretário de Tributos e Fiscalização do Município de Mirassol/SP. Especialista em Direto Público pela UNISUL.

[2] Doutora em Direito Tributário pela PUC-SP e professora dos Cursos de Mestrado e Doutorado em Direito da UNIMAR – Universidade de Marília – SP – Brasil.

Recibido: 16/02/2020
Aceptado: 30/05/2020

and the Supreme Court regarding the validity of the taxpayer principle's applicability to the tax type, and finally, the possibility of applying the taxpayer principle, who would or who would be those responsible for bearing the burden of a differentiated charge.

Keywords: Contributory Capacity; Fees; Extrafiscal Taxation.

INTRODUÇÃO

O presente artigo tem por escopo a defesa da aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva às taxas, propondo uma nova óptica no relacionamento deste com tal espécie tributária na busca de promover a tributação extrafiscal social.

A Tributação Social entendida como o tributo sendo utilizado para a promoção de direitos sociais não é limitada apenas ao emprego do produto da arrecadação para efetivação dos direitos sociais, mas também abrange o emprego de técnicas quando da própria instituição do tributo, em uma busca que vai para além das necessidades básicas dos indivíduos, mas sim, atingir a própria efetivação da dignidade da pessoa humana.

É nesta perspectiva da tributação social, com a necessidade de respeito à extensão individual e familiar que tem aplicação o princípio da capacidade contributiva, evitando-se assim a obtenção de eventual efeito confiscatório do tributo, analisando-se a estrutura das taxas para fins de verificar a congruência com a aplicação do princípio supracitado.

Trata-se de uma temática atual, uma vez que o sistema econômico é o capitalismo, e cada vez mais cresce a consciência e os debates a respeito da necessidade da criação de medidas que irão proporcionar uma diminuição nas diferentes classes sociais existentes e é nesse ponto que a função extrafiscal do tributo surge como uma importante ferramenta na busca deste objetivo.

Não obstante, estamos diante de uma Constituição Federal que previu de maneira expressa os princípios da livre concorrência e da livre iniciativa. Também há previsão de diversos direitos sociais e individuais, dentre eles o princípio da Dignidade da Pessoa Humana. E o sistema tributário, diante de sua relação circular com a economia, traz essa possiblidade de efetivação de tais direitos sem que haja prejuízos para a aplicação dos princípios de ordem econômica adotadas pelo constituinte.

A livre iniciativa e a livre concorrência não precisam ser sacrificadas, mas sim pensada, para que os tributos possam ser estabelecidos, fiscalizados e arredados a partir de uma perspectiva social.

Com o objetivo de analisar o relacionamento existente ou inexistente entre as taxas e o princípio da capacidade contributivo aqui proposto, será utilizada a metodologia de pesquisa dedutiva, por meio de pesquisas em bibliografias, jurisprudências, legislação pertinente ao assunto, verificando inicialmente o que vem a ser as taxas, dando destaque a sua vinculação com a atividade da Administração Pública.

Também será abordado o conceito do princípio da capacidade contributiva sob duas visões: a fonte para a imposição tributária e como forma de auxílio para os gastos públicos.

Será apresentado o entendimento do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal a respeito da validade de aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva à espécie tributária - taxas. E por fim, será explorada ainda a questão da responsabilidade sobre quem seria ou quais seriam os responsáveis por suportar os ônus decorrentes da aplicação do princípio da capacidade contributiva às taxas. Ou seja, a partir do entendimento pela aplicabilidade do principio da capacidade contributiva as taxas, quem tem que suportar esse ônus para que não ocorra apenas uma simples transferência de responsabilidade.

1 EXTRAFISCALIDADE

Para que possamos conceituar o que é a extrafiscalidade, antes, é preciso tecer, ainda que minimamente, algumas considerações sobre fiscalidade, e sobre o que seriam as políticas públicas, já que a extrafiscalidade é uma das formas de políticas públicas que se vale do direito tributário como instrumento.

Sobre fiscalidade, Gouvêa assim dispõe:

> Sabemos que o Direito Tributário tem a finalidade de arrecadar recursos, para suprir as necessidades dos cofres públicos e que esta atividade decorre da supremacia do interesse publico sobre o interesse do particular. No Estado Democrático de Direito, que obedece a regime constitucional, que valoriza a livre iniciativa e o direito de propriedade, que adota o capitalismo como sistema econômico, cujas regras impedem, ou limitam severamente a atividade econômica estatal, seja como proprietário dos meios de produção, seja como agente econômico, é axiomático adotar-se a tributação com forma de obtenção de recursos para financiar a concretização dos fins estatais.
>
> Havendo fundamentos econômicos, históricos, políticos e sociais para a tributação, com vistas ao provimento de recursos para o Estado, é possível traduzi-los no fundamento jurídico-principiológico que denominamos "fiscalidade".[3]

Sendo assim, de modo bem simples, podemos dispor que a fiscalidade é encontrada nos tributos instituídos com a finalidade preponderante de arrecadar para fins de manter o próprio Estado e propiciar ao mesmo a realização de seus objetivos constitucionais.

Já as políticas públicas podem ser entendidas como decisões administrativas adotadas por aqueles que ocupam a posição de gestores públicos, para fins de atingir os objetivos delineados pela Constituição Federal, na busca de atendimento ao interesse público.

É um verdadeiro campo do conhecimento em no qual o governo é colocado para trabalhar, seja mantendo ou inovando, implementando seus projetos, que traduzem seus propósitos, sempre na busca de garantir o bem estar de sua população.

Dentro dessas ações, que são aplicadas se valendo das várias searas de conhecimentos existentes, de acordo com o fim que se busca, encontramos aquelas políticas que se valem do direito tributário para fins de implementação do direito constitucional.

E as políticas públicas tributárias extrafiscais, por sua vez, se valem do tributo não tendo como função primordial a arrecadação, mas sim, a de induzir ou reduzir determinados comportamento, tendo como objetivo o desenvolvimento econômico e social.

Segundo Ribeiro e Castro (2013), a política fiscal deve ser entendida ainda como o conjunto de medidas relativas ao regime tributário, gastos públicos que se desdobram em diversos seguimentos. Ou seja, a política fiscal pode utilizar-se dos tributos e dos gastos do governo para regular a atividade econômica sem desconsiderar os ditames da política monetária.

Raimundo Bezerra Falcão (*apud* RIBEIRO; CASTRO, 2013) relata que a extrafiscalidade é a atividade financeira que o Estado exercita sem o fim precípuo de obter recursos para o seu erário, para o fisco, mas sim com vistas a ordenar ou reordenar a economia e as relações sociais.

---

[3] GOUVÊA, M. de F. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 41-42.

Para Gouvêa (2006), o Estado ao tributar pode ter objetivos distintos da arrecadação, o que afasta os interesses individuais contrários à incidência tributária prevalecendo o interesse público sobre o interesse particular.

Ainda segundo Gouvêa (2006):

> A extrafiscalidade impõe a tributação para que o Estado obtenha efeitos não arrecadatório, mas econômicos, políticos e sociais, na busca dos fins que lhe são impostos pela Constituição.
> A nosso ver, a análise se identificará extrafiscalidade sempre que a norma tributária refletir a efetivação concreta de desidérios constitucionais, de realização dos direitos do cidadão, ao passo que identificará fiscalidade verificar o objeto de obtenção de receitas para a subsistência do Estado.
> Fiscalidade e extrafiscalidade, advirta-se, estão sempre e necessariamente juntas. Separam-se, apenas, hipoteticamente, para maior clareza de exposição. Eventualmente, na experiência jurídica, verifica-se a preponderância de um dos princípios, porém não supressão de um em prol da existência de outro.[4]

Assim, o Estado visando auferir receitas, prevalecendo-se da supremacia do interesse público consubstancia o princípio da fiscalidade, e quando se apresenta com outros objetivos que se afastam da arrecadação, surge a extrafiscalidade.

Segundo Vita (2011), as formas que o Direito Tributário tem para incentivar certos comportamentos ou certas necessidades ocorrem por meio do mecanismo chamado extrafiscalidade, que consiste em maximizar a função indutora dos tributos em detrimento de sua função arrecadatória.

Desta forma, entendida a extrafiscalidade tributária como sendo este instrumento de intervenção do Estado no âmbito econômico e social, passamos a desenvolver como o princípio da capacidade contributiva pode funcionar pode servir como critério de efetivação da extrafiscalidade tributária para fins de promoção do direito social por meio da espécie tributária definida como taxa.

2 CAPACIDADE CONTRIBUTIVA

A expressão “capacidade contributiva” (também chamada por alguns de “capacidade econômica do contribuinte”) segundo Hack, “é a capacidade que alguém tem de contribuir para as despesas políticas. O tributo, portanto, só incide onde há capacidade contributiva”[5]. É uma expressão que, embora utilizada amiúde, enseja margem a ambiguidades, como observa Alfredo Becker[6]:

> [...] Tomada em si mesma, a locução ‘capacidade contributiva’ – salienta Emílio Giardina – significa apenas: possibilidade de suportar o ônus tributário. [...] Esta expressão, por si mesma, é recipiente vazio que pode ser preenchido pelos mais diversos conteúdos; trata-se de locução ambígua que se presta às mais variadas interpretações.

Não obstante, vários autores tentaram (e tentam) conceituar a capacidade contributiva.

Uma teoria, tendo como defensores, dentre outros, Gaffuri (1969), estabelece que só é capacidade contributiva aquela riqueza que possa ser extraída sem prejudicar a sobrevivência da organização econômica gravada.

A sobrevivência da economia privada ficaria excluída se o Estado, além de extrair o fruto, pretendesse esgotar a própria fonte. Assim, o legislador tributário não poderá assumir como pressuposto do tributo uma riqueza atual que constitua fonte produtiva; ao inverso, o incremento futuro desta riqueza será suscetível à tributação.

---

[4] GOUVÊA, M. de F. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 46-47.

[5] HACK, E. “Princípio da capacidade contributiva: limites e critérios para o tributo”, *Revista SJRJ*, 2014, p. 83.

[6] BECKER, A. A. *Teoria Geral do Direito Tributário*. Ed. Lejus, São Paulo, 2013, p. 481.

Moschetti critica esta tese, demonstrando que ela diverge claramente da opinião mais comum, que considera manifestações típicas da capacidade contributiva a renda e o patrimônio. Observa ainda que:

> [...] o perigo hipotético para a economia privada está contradito pela experiência dos países capitalistas avançados que há vários decênios aplicam o imposto sobre o patrimônio (às vezes com tipos ligeiramente progressivos) e têm, não obstante (e, melhor, graças a ele) uma economia privada mais ampla e eficiente que a italiana.[7]

Outra tese defendida por Maffezzoni (1970) propõe a relação entre capacidade contributiva e a fruição de serviços públicos.

Moschetti também critica esta posição, observando que:

> [...] para esta doutrina, a tese tradicional violaria (em primeiro lugar) o princípio da igualdade, posto que permitiria impor, a idêntica capacidade econômica, igual prestação tributária tanto a quem manifesta signos de desfrute de serviços públicos como a quem não os manifesta, por exemplo, tanto ao estrangeiro que transita ocasionalmente pelo país como a quem opera nele estavelmente.[8]

O autor complementa informando que a doutrina tradicional é contrária a esta relação.

Distinguem-se, portanto, os ingressos públicos entre contributivos (aqueles aptos à contribuição, conforme a capacidade contributiva) e os comutativos (os que encontram sua justificativa na troca de utilidades são ingressos a título comutativo) (MOSCHETTI, 1980).

Faz-se necessário, portanto, admitirmos que o conceito jurídico de capacidade contributiva é distinto de noções próximas, oriundas das demais ciências (v.g. Direito Financeiro e Economia).

Como bem expôs Moschetti "[...] o princípio da capacidade contributiva não pode ser interpretado somente com base na ciência econômica, pois esta é incapaz de oferecer critérios interpretativos determinados e unívocos"[9].

A interpretação do princípio da capacidade contributiva, portanto, precisa ser feita em consonância com os princípios constitucionais.

Para uma adequada construção de um conceito jurídico de capacidade contributiva, o primeiro (e decisivo) passo é observar que não coincide com a capacidade econômica (embora esta seja um pressuposto daquela). Como demonstra Moschetti "[...] se é certo que não pode haver capacidade contributiva na ausência de capacidade econômica, também é certo que podem existir capacidades econômicas que não demonstram aptidão para a contribuição".[10]

A capacidade econômica, portanto, é pressuposto da capacidade contributiva, mas sobre ela se agregam valores jurídicos que determinam selecionar, dentre os eventos econômicos, aqueles aptos à contribuição, na lição de Betina Grupenmacher "capacidade contributiva pressupõe capacidade econômica, que corresponde à potencialidade econômica, aptidão para contribuir por possuir patrimônio renda ou disposição desta através de consumo."[11]

A capacidade contributiva, assim, não está em toda manifestação de riqueza, mas apenas naquela que se revelar idônea a concorrer aos gastos públicos, à luz das exigências constitucionais.

---

[7] MOSCHETTI, F. *El princípio da capacidad contributiva,* Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, p. 33.

[8] MOSCHETTI, F. *El princípio da capacidad contributiva,* Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, p. 19.

[9] MOSCHETTI, F. *El princípio da capacidad contributiva,* Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, p. 19.

[10] MOSCHETTI, F. *El princípio da capacidad contributiva,* Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, p. 33.

[11] GRUPENMACHER, B. T. "A reforma tributária e a afronta aos direitos fundamentais", *Revista Fórum de Direito Tributário*, 2003, p. 56.

É que a capacidade contributiva não é regida pelas regras da economia, mas sim pelos princípios constitucionais. O primeiro deles o da igualdade, como demonstra Roque Carraza (2013) é que o princípio da capacidade contributiva se hospeda nas dobras do princípio da igualdade e ajuda a realizar, no campo tributário, os ideais republicanos. Realmente, é justo e jurídico que quem, em termos econômicos, tem muito pague, proporcionalmente, mais imposto do que quem tem pouco. Quem tem maior riqueza deve, em termos proporcionais, pagar mais imposto do que quem tem menor riqueza. Noutras palavras, deve contribuir mais para a manutenção da coisa pública. As pessoas, pois, devem pagar impostos na proporção dos seus haveres, ou seja, de seus índices de riqueza.

Moschetti, ao examinar o princípio da capacidade contributiva, identifica a conexão com o princípio da solidariedade:

> Portanto, a prestação tributária está considerada no artigo 53 sob o aspecto de cooperação geral para conseguir um fim que interessa não só ao indivíduo, mas a toda comunidade em que aquele se insere. Estão presentes todos os elementos do dever de solidariedade: o sacrifício de um interesse individual, a ausência ou irrelevância de uma contraprestação direta e a finalidade de interesse coletivo.[12]

A capacidade contributiva, além disso, deve respeitar a liberdade de iniciativa econômica e a propriedade privada. Mas muitos outros princípios constitucionais são afins à capacidade contributiva, como a igualdade (ou isonomia), progressividade e seletividade tributárias.

A capacidade contributiva, então, assume (pelo menos) duas importantes funções, como explica Diego Fabo:

> [...] o princípio da capacidade econômica cumpre, no ordenamento espanhol, dupla função. Por um lado, manifesta-se como fundamento que justifica o próprio fato de contribuir e, portanto, constitui o elemento indissociável da tipificação legal impositiva que legitima o tributo. E, por outro, é a medida ou proporção da contribuição individual dos sujeitos obrigados a sustentar os gastos públicos.[13]

Tal autor defende ainda que o gravame, então, não deve atingir a totalidade dos bens e rendas do sujeito passivo, mas a riqueza suficiente para fazer frente ao ônus tributário:

> Por outro lado, e no que respeita ao princípio da capacidade econômica ou de capacidade contributiva, tem conteúdo essencial que se identifica com a titularidade dos meios econômicos, com a posse de uma riqueza suficiente para fazer frente ao pagamento do tributo.[14]

O legislador, portanto, submisso ao princípio da capacidade contributiva, deve assumir uma postura seletiva, em relação aos fatos e atos econômicos passíveis de figurar no aspecto material da hipótese de incidência tributária. Como afirma Perez De Ayala e Gonzalez (1989), na relação impositiva o critério justificativo, a razão última pela qual a lei toma um fato da vida como pressuposto de uma obrigação tributária, é a existência de uma capacidade contributiva da qual dito fato pode se considerar índice ou sintoma.

Alfredo Becker classifica esses atos/fatos com a expressão “signos presuntivos de riqueza”:

> [...] Nos países cuja Constituição juridicizou o princípio da capacidade contributiva, convertendo-o em regra jurídica constitucional, o legislador está juridicamente obrigado a escolher para a composição da hipótese de incidência das regras jurídicas tributárias, fatos que

---

[12] MOSCHETTI, F. *El princípio da capacidad contributiva,* Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980, p. 29.

[13] FABO, D. M. B. *La Protección del Mínimo Existencial en el Âmbito del IRPF,* Ed. Constituición y Leyes, Madrid, 1996, p. 65.

[14] FABO, D. M. B. *La Protección del Mínimo Existencial en el Âmbito del IRPF,* Ed. Constituición y Leyes, Madrid, 1996, p. 55.

> sejam signos presuntivos de renda ou capital acima do mínimo indispensável.[15]

Portanto, fala-se de uma capacidade contributiva objetiva, e não subjetiva, como leciona Roque Carraza:

> [...] A capacidade contributiva à qual alude a Constituição e que a pessoa política é obrigada a levar em conta ao criar, legislativamente, os impostos de sua competência é objetiva, e não subjetiva. É objetiva porque se refere não às condições econômicas reais de cada contribuinte, individualmente considerado, mas às suas manifestações objetivas de riqueza (ter um imóvel, possuir um automóvel, ser proprietários de joias ou obras de arte, operar em Bolsa, praticar operações mercantis, etc.) [...] Fatos que Alfredo Augusto Becker, com muita felicidade, chamou de fatos-signos presuntivos de riqueza [...].[16]

É que, na feliz síntese de Emílio Millan, a capacidade contributiva começa na riqueza não destinada à manutenção vital:

> [...] Na verdade, a doutrina concorda que o mínimo isento constitui uma consequência lógica da tributação conforme a capacidade contributiva, sempre que a mesma seja entendida como capacidade econômica apta a contribuição. Desta perspectiva deve-se afirmar que nem toda capacidade econômica constitui capacidade contributiva, mas que, como afirma Forte, esta „começa onde a riqueza não está destinada às necessidades mínimas da vida.[17]

O Estado, ao pretender tributar os "signos presuntivos de riqueza" dos sujeitos passivos, não pode se restringir a uma análise puramente econômica ou retributiva. As realidades produzidas pela economia privada são, sem dúvida, o ponto de partida, mas a tributação deve ser válida, à luz do Direito.

Para fins do posicionamento defendido neste artigo, qual seja da viabilidade da aplicação da capacidade contributiva para as taxas, o conceito que melhor se amolda ao fim pretendido, com a qual concordamos, é o que a capacidade contributiva está umbilicalmente relacionada com ao princípio da igualdade/isonomia.

Sobre a relação existente entre o princípio da capacidade contributiva com o princípio da isonomia, assim dispõe Gouvêa:

> A capacidade contributiva é a expressão maior do princípio da igualdade em Direito Tributário, consignado nos artigo 5º e 150 da Constituição.
>
> As discussões acerca do princípio da igualdade são infindáveis. Dispensável tratar do debate entre a chamada igualdade formal e igualdade material, suas origens, seus fundamentos. Para nós importa que, em Direito Tributário, contribuintes que se encontram em situações equivalentes, segundo o critério da hipótese de incidência do tributo, vale dizer, para o Imposto de Renda – aqueles que auferirem mesma renda-, para o IPTU- aqueles que possuírem imóvel de mesmo valor -, deverão receber o mesmo tratamento.[18]

Assim, é preciso que os diferentes sejam tratados como tal, na medida dessas diferenças, sob pena de ofensa a tais princípios constitucionais e, consequentemente, de violação do próprio princípio da capacidade contributiva, passando o tributo a ter um caráter confiscatório, o que é vedado pelo nosso ordenamento jurídico constitucional.

---

[15] BECKER, A. A. *Teoria -Geral do Direito Tributário*, Ed. Lejus, São Paulo, 2013, p. 65.

[16] CARRAZA, R. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2013, p. 45.

[17] MILLÁN, E. C. *El Mínimo Exento en el Sistema Tributario Español,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999, p. 60.

[18] GOUVÊA, M. de F. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2006, p. 60.

2.1 Da Espécie Tributária Taxas

As taxas, ao contrário dos impostos, estão vinculadas a algum tipo de serviço público.

Para Oliveira, *et al.* "taxas: que estão vinculadas à utilização efetiva ou potencial por parte do contribuinte, de serviços públicos específicos e divisíveis".[19] Segundo Heidemann, Alievi:

> Taxa é um tributo que tem como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Previsto na Constituição Federal no artigo 145, II e definido no CTN, art. 77, é tributo vinculado, pois sua obrigação decorre de uma atividade estatal específica, relacionada diretamente ao contribuinte.[20]

Já o art.77 do Código Tributário Nacional trata:

> As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição. Parágrafo único. A taxa não pode ter base de cálculo ou fato gerador idênticos aos que correspondam a imposto nem ser calculada em função do capital das empresas.[21]

O poder de polícia está descrito no art. 78 do Código Tributário Nacional, onde trata:

> Considera-se poder de polícia atividade da administração pública que, limitado ou disciplinado direito, interesse ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos. Parágrafo único. Considera-se regular o exercício do poder de polícia quando desempenhado pelo órgão competente nos limites da lei aplicável, com observância do processo legal e, tratando-se de atividade que a lei tenha como discricionária, sem abuso ou desvio do poder.[22]

Os serviços públicos, que dão origem as taxas, estão expostos no art. 79 do Código Tributário Nacional:

> Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:
> I – Utilizados pelo contribuinte: a) efetivamente, quando por ele usufruídos a qualquer título; b) potencialmente, quando sendo de utilização compulsória, sejam postos à sua disposição mediante atividade administrativa em efetivo funcionamento;
> II – específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de utilidade ou de necessidade pública;
> III – divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.[23]

No que se refere a instituição e cobrança das taxas, está descrito no art. 80 do Código Tributário Nacional:

---

[19] OLIVEIRA, L. M. de *et al*. *Manual de Contabilidade Tributária*, Ed. Atlas, São Paulo, 2012, p. 22.

[20] HEIDEMANN, M. G., ALIEVI, V. L. *Direito Tributário para os Cursos de Direito, Administração e Ciências Contábeis,* Ed. Unijuí, Ijuí, 2011, p. 44.

[21] BRASIL. *Código Tributário Nacional (1966),* Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2019.

[22] BRASIL. *Código Tributário Nacional (1966)*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2019.

[23] BRASIL. *Código Tributário Nacional (1966)*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2019.

> Para efeito de instituição e cobrança de taxas, considera-se compreendidas no âmbito das atribuições da União, dos Estados, do Distrito Federal ou dos Municípios aqueles que, segundo a Constituição Federal, as Constituições dos Estados, as Leis Orgânicas do Distrito Federal e dos Municípios, e a legislação com elas compatível, competem a cada uma dessas pessoas de direito público.[24]

Portanto, a taxa é um tributo, onde em contrapartida existe um serviço público, sendo ela regulada pelo poder de polícia.

3 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA ÀS TAXAS

Regina Helena Costa (2012) começa seus questionamentos acerca da possibilidade de aplicação do princípio da capacidade contributiva aos tributos vinculados levando em consideração a opinião de juristas estrangeiros, que entendem como aplicável. Porém, seu entendimento é o de que a Constituição brasileira não autoriza tal conclusão. A razão, segundo a autora, está na vinculação entre a hipótese de incidência e a atuação estatal específica e divisível. Uma vez que as taxas teriam o propósito de remunerar a atuação do Poder Público, a equivalência entre o valor da prestação do serviço e o valor da taxa deveria guardar equivalência razoável.

Regina Helena Costa (2012) é irredutível afirmando que postular a necessidade de observância do princípio da capacidade contributiva às taxas implicaria em desconsiderar a própria natureza da taxa. Invocando o caráter contra prestativo da taxa, explica que a capacidade contributiva da pessoa não guarda qualquer relação com a atuação estatal, de forma que é irrelevante para a "hipótese de incidência ou para a graduação da taxa".[25]

Ainda, Regina Helena Costa, sustenta que as situações que constituem fatos geradores de tributos vinculados são presuntivas de riqueza. Embora rejeite o princípio da capacidade contributiva para o caso, argumenta que a igualdade é respeitada na medida em que a pessoa alcançada pela prestação de serviço ou atividade de polícia seja responsabilizada por custear estas atuações, de forma a afastar dos demais o encargo por prestação de que não fruíram.

Para concluir seu raciocínio, Regina Helena Costa defende que mesmo nos casos em que o governo oferece isenção ou imunidade para as taxas em razão da carência da população, tal ato não se dá em razão da capacidade contributiva dos sujeitos, mas sim por conta de razões de ordem diversa, como a "desigualdade social, minimização do sofrimento das pessoas pobres etc."[26]

Sacha Calmon Navarro Coelho (2012), posiciona-se de forma exatamente inversa ao exposto por Regina Helena Costa. O autor declara que as taxas estão sujeitas não somente ao princípio da capacidade contributiva, mas também aos demais "princípios fundamentais de contenção ao poder de tributar"[27].

Apesar de concordar que a doutrina está dividida, entende que tais discordâncias decorrem mais em razão do ponto de vista em que se coloca o estudo do que dos fundamentos das opiniões. Condenam, logo de início, taxas progressivas, valores diferenciados e maior oneração em razão da capacidade contributiva do indivíduo.

Porém, Sacha Calmon Navarro Coelho, contrariando ainda mais a fundamentação de Regina Helena da Costa, ao desvincular a necessidade da técnica

---

[24] BRASIL. *Código Tributário Nacional (1966)*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2019.
[25] COSTA, R. H. *Princípio da Capacidade Contributiva*, Ed. Malheiros, São Paulo, 1993, p. 100.
[26] COSTA, R. H. *Princípio da Capacidade Contributiva*, Ed. Malheiros, São Paulo, 1993, p. 100.
[27] COELHO, S. C. N. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2012, p. 155.

da progressividade em respeito ao princípio da capacidade contributiva, exalta as "isenções subjetivas em matéria de taxas"[28] como exemplo de aplicação do princípio.

Luiz Mario Silveira Spinelli (2011) começa seu posicionamento destacando o entendimento que advém da interpretação mais literal da lei, o que leva diversos autores ao entendimento de que não é possível a aplicação do princípio da capacidade contributiva às taxas. Em seguida, passa a abrir possibilidades afirmando que "sempre de alguma forma é possível considerar a capacidade contributiva"[29].

Luiz Mario Silveira Spinelli, assim como Sacha Calmon Navarro Coelho, vê nas isenções a correta aplicação do princípio da capacidade contributiva. Apesar de manter certa resistência por ver dificuldades em considerar o princípio, diante de sua natureza remuneratória em face dos serviços prestados, exalta a injustiça de se cobrar qualquer tributo mais pesado contra pessoas particularmente carentes. Concluiu seu pensamento acerca do tema, aceitando a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva aos tributos vinculados, embora de forma mais restrita, visto que é princípio norteador do sistema tributário.

Hugo de Brito Machado (2010) também tem posicionamento favorável à aplicação do princípio da capacidade contributiva às taxas. Assim como os outros autores favoráveis mencionados, o princípio da capacidade contributiva é usado para justificar a isenção de certas taxas.

Em entendimento mais amplo da aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva às taxas, Roque Antônio Carrazza, em nota de rodapé, estabelece que "nada impede que também as taxas e a contribuição de melhoria sejam graduadas segundo a capacidade econômica dos contribuintes"[30], destacando tal convencimento em razão do princípio da igualdade.

É bem verdade que não enxerga como uma exigência, pois, diante do disposto no artigo 145, §1º da Constituição Federal, a exigência só faria menção aos impostos. Ainda assim, esta opinião diverge muito das outras não por apenas considerar o princípio da capacidade contributiva aplicável, mas também por considerar gradação em vez de contentar-se apenas com isenções.

Por fim, José Marcos Domingues de Oliveira é um forte defensor do pensamento de que o princípio da capacidade contributiva "incide genericamente sobre todas as exações tributárias"[31]. O autor considera inadmissível a adequação meramente parcial de um sistema tributário ao princípio da capacidade contributiva.

José Marcos Domingues de Oliveira aduz também que a admissão de inadequações ao princípio da capacidade contributiva desrespeita também a isonomia, destacando que, em seu entendimento, "o único critério de discriminação válido para igualar ou desigualar alguém no campo fiscal é o da riqueza"[32].

Ora, nesta pesquisa já foi tratado acerca de necessidade de critérios de discriminação como forma de garantir o respeito ao princípio da igualdade. Após identificar o critério necessário para discriminação positiva no campo fiscal, José Marcos Domingues de Oliveira ridiculariza a ideia de um sistema tributário em que exista apenas a compatibilidade entre a carga fiscal e renda nacional, com mero respeito matemático. Este pensamento é particularmente interessante quando confrontado com posicionamentos doutrinários que defendem o custo da atividade estatal como único critério razoável para determinação do valor da taxa, deixando de lado o princípio da capacidade contributiva.

---

[28] COELHO, S. C. N. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2012, p. 155.

[29] SPINELLI, L. M. S. *O Princípio da Capacidade Contributiva na Constituição Federal,* 2001, 136 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Erechim, 2001, p. 88.

[30] CARRAZA, R. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, ed. Malheiros, São Paulo, 2013, p. 96.

[31] OLIVEIRA, J. M. D. de. *Direito Tributário: capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1988, p. 77.

[32] OLIVEIRA, J. M. D. de. *Direito Tributário: capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1988, p. 82.

José Marcos Domingues de Oliveira (1988) considera lamentável o fato de a Constituição de 1988 ter apenas especificado os impostos como espécie tributária vinculada ao princípio da capacidade contributiva, em lugar de seguir o exemplo da Constituição de 1946, que em seu artigo 202 estatuía a aplicação do princípio a todos os tributos.

José Marcos Domingues de Oliveira destaca que é inegável a maior amplitude da aplicação do princípio da capacidade contributiva aos impostos, tendo em vista que estes tributos "gravam fatos da vida econômica privada"[33] do contribuinte, avultam, portanto, principalmente sobre sua riqueza. Mas não haveria razão em negar eficácia do princípio sobre os demais tributos.

Especificamente sobre as taxas, José Marcos Domingues de Oliveira admite que elas têm caráter remuneratório, e, embora não seja possível calcular o custo exato de todos os serviços estatais, a taxa deve ter "razoável equivalência com aquela despesa"[34].

Porém, já de início, José Marcos Domingues de Oliveira destaca que devem ser intributáveis aqueles que teriam seu "mínimo de existência digna"[35] comprometida por sua incidência, assim, a parcela não suportada pelo administrado deve ser redistribuída entre a parte da sociedade mais favorecida economicamente. Nisso temos ideia parecida com aquela já mencionada dos doutrinadores que admitem isenções como forma de aplicação do princípio da capacidade contributiva às taxas.

Mas José Marcos Domingues de Oliveira não limita a aplicabilidade do princípio às isenções. Seu entendimento é o de que, por conta da "isonomia constitucional" e do princípio da capacidade contributiva, pessoas em posições econômicas diferentes devem ter cobrança diferenciada de tributos, e, assim, as taxas devem admitir graduação em razão de "condições fáticas do contribuinte indicadoras de riqueza"[36].

Desta forma, levando-se em conta as condições individuais de cada contribuinte, é possível que o valor da taxa não represente exatamente o que foi gasto com a prestação de um serviço, é possível que o valor da taxa seja menor do que o valor que foi gasto, justamente em razão da aplicação do princípio da capacidade contributiva.

Ora, o que não se pode é cobrar mais do que o custo de um serviço por meio da taxa, o que representaria claro enriquecimento ilícito por parte do Estado, no entanto, nada impede que se exija menos do que o contribuinte eventualmente tenha gasto, desde que haja amparo legal para tanto, tendo como fundamento o princípio da capacidade contributiva, de forma que os mais pobres, aqueles com menos signos de riquezas, poderão pagar menos do que gastaram, justamente por não possuírem condições financeiras de arcar com o mínimo gasto, dando efetiva aplicação ao princípio da dignidade da pessoa humana.

3.1 Da Visão do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal

Em conformidade com o entendimento de Roque Antônio Carrazza antes apresentado, há jurisprudência que considera correta a gradação de taxa segundo o princípio da capacidade econômica. Nesse sentido, tem-se a seguinte ementa:

> PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - TAXA DE FISCALIZAÇÃO - COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS - LEI Nº 7.940, DE 20.12.89 - CONSTITUCIONALIDADE - VIOLAÇÃO DE LEI FEDERAL NÃO

[33] OLIVEIRA, J. M. D. de. *Direito Tributário: capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1988, p. 91.
[34] OLIVEIRA, J. M. D. de. *Direito Tributário: capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio*. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1988, p. 92.
[35] OLIVEIRA, J. M. D. de. *Direito Tributário: capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio,* Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1988, p. 94.
[36] OLIVEIRA, J. M. D. de. *Direito Tributário: capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio,* Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1988, p. 97.

> CONFIGURADA - PRECEDENTE STF. - Tendo o STF proclamado a constitucionalidade da Lei nº 7.940/89, que instituiu a taxa de fiscalização da CVM (RE 177.835) e, sabendo-se que o art. 77 e § único CTN repete preceito constitucional (C.F., art. 145, §§ 1º e 2º), descabe a alegação de contrariedade à lei tributária nacional, nesta superior instância. - Recurso não conhecido. (REsp 166.570/PE, Rel. Ministro FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2010, DJ 01/08/2010, p. 226)[37].

O recurso especial da empresa "Investinorte Corretora de Valores Mobiliários e Câmbio Ltda e Outros" argumentou que a Lei nº 7.940/89 instituiu taxa que toma por base de cálculo o capital social do contribuinte, o que fere o parágrafo único do artigo 77 do Código Tributário Nacional, que proíbe expressamente que a taxa seja "calculada em função do capital das empresas".

O julgado hostilizado pelo recurso em comento considera constitucional a gradação
estabelecida na Lei 7.940/89, pois, conforme consta no voto do relator, Ministro Francisco Peçanha Martins (2010), no caso, "o patrimônio líquido figura como simples critério para repartir os contribuintes por faixas, de acordo com seu porte e capacidade contributiva para cada faixa, ficando estipulado em valor fixo, a traduzir graduação crescente do valor da taxa".[38]

Ainda, no mesmo voto, o Ministro explica que a taxa não tem incidência sobre o capital da empresa, o fato gerador é uma atividade de polícia.

É muito conveniente mencionar a jurisprudência do STF em relação a caso idêntico ao exposto na análise de jurisprudência do STJ. Segue a ementa, demonstrando ainda tratar-se de insurgência contra as disposições da Lei 7.940/89:

> EMENTA: - CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DOS MERCADOS DE TÍTULOS E VALORES MOBILIÁRIOS - TAXA DA CVM. Lei nº 7.940, de 20.12.89. FATO GERADOR. CONSTITUCIONALIDADE.
>
> I. - A taxa de fiscalização da CVM tem por fato gerador o exercício do poder de polícia atribuído à Comissão de Valores Mobiliários - CVM. Lei 7.940/89, art. 2º. A sua variação, em função do patrimônio líquido da empresa, não significa seja dito patrimônio a sua base de cálculo, mesmo porque tem-se, no caso, um tributo fixo. Sua constitucionalidade. II. - R.E. não conhecido. (RE 177835, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, TRIBUNAL PLENO, julgado em 22/04/2014, DJ 25-05-2014 PP-00018 EMENT VOL-02032-04 PP-00762).[39]

Em seu voto, o Ministro Carlos Velloso cita parte da decisão de Hugo de Brito Machado, juiz do Tribunal (TRF 5ª Região) a quo, nos seguintes termos:

> [...] É certo que a taxa questionada varia em função do patrimônio líquido das empresas. Isto, porém, não significa seja o patrimônio líquido sua base de cálculo. Nos tributos fixos, não se faz cálculo. O valor do tributo é determinado diretamente pelo legislador. No caso, a variação do valor da taxa, em função do patrimônio líquido da empresa, é simples fator de realização do princípio constitucional da capacidade contributiva.[40]

Ainda mais impressionante é a menção, também constante no corpo do voto, da Juíza Federal Germana de Oliveira Moraes (TRF 5ª Região), que assim consignou seu parecer:

> O estabelecimento de classes de contribuintes, além de lógico, é um critério equitativo acima de tudo. Uma grande empresa certamente requisitará mais a atividade fiscalizadora da Comissão de Valores

---

[37] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 166570* - PE, Relator: Ministro Francisco Peçanha Martins. Julgado em 16/06/2010, DJ 01/08/2010, p. 226.

[38] BRASIL. *Código Tributário Nacional (1966),* Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2019.

[39] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 177835* – Distrito Federal. Relator: Carlos Velloso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 22 abril 1999, p. 444.

[40] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 177835* – Distrito Federal. Relator: Carlos Velloso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 22 abril 1999, p. 766.

> Mobiliários do que uma pequena empresa. A existência de uma taxa de valor único, para todo o amplo espectro de empresas, não iria senão agravar o encargo para as de menor porte. Tratar desiguais como iguais é uma profunda ignomínia e ofende o sagrado princípio da igualdade constitucional.[41]

Assim, temos com clareza o posicionamento das cortes superiores acerca da aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva às taxas. Não apenas com isenções, mas também admite gradações.

4 O ESTADO SUPORTANDO O ÔNUS DA APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA CAPACIDADE CONTRIBUTIVA ÀS TAXAS

Nos tópicos anteriores, defendeu-se a possibilidade de aplicação do princípio da capacidade contributiva as taxas, de forma que os valores pagos por aqueles contribuintes com menos capacidade de contribuição seriam menores do que o custo efetivo do serviço.

Porém, se de fato a hipótese acima ocorrer, ou seja, os serviços forem pagos a menor por aqueles contribuintes que têm menos capacidade contributiva, em um dado momento o Estado não suportará tais custos, pois, ter-se-á mais gastos do que receita.

Por isso é necessário ter em mente quem deverá suportar essa diferença de valores entre o que foi gasto com o serviço efetivamente prestado e o valor pago a menor por aqueles contribuintes que têm menos capacidade contributiva?

Seriam os demais usuários deste serviço? Penso que não, pois em tal hipótese ocorreria uma cobrança acima do patamar máximo da taxa, pois contribuintes que já pagam o custo efetivo da prestação do serviço não podem pagar mais do que efetivamente gastam, pois, como já explanado neste estudo, o limite máximo de pagamento da taxa é o custo razoável da atuação do Estado.

Penso que esse déficit entre a arrecadação e o custo efetivo do serviço deve ser suportado pela receita geral dos impostos.

É que o imposto é, segundo Paulo de Barros Carvalho "o tributo que tem por hipótese um fato alheio a qualquer atuação do Poder Público".[42]

Haja vista que o imposto tem sua exação não vinculada, e gravame de arrecadação não afetada é que os valores advindos dos impostos vão para custear as despesas públicas gerais, de forma, que nada impede que essa receita seja utilizada para dar efetividade ao princípio constitucional da capacidade contributiva, bem como, para concretizar direitos sociais e garantir o mínimo existencial.

Por óbvio que a sociedade acaba sendo atingida reflexamente com a medida propositiva acima apontada, afinal, embora o contribuinte não pague diretamente pela aplicação do principio da capacidade contributiva as taxas, de maneira indireta é atingida pela aplicação de tal princípio, pois também é responsável pelo recolhimento dos impostos, o que não implica em nenhuma ofensa ao ordenamento jurídico pátrio, já que, como é sabido, os impostos não estão vinculados a uma contraprestação especifica do Estado.

CONCLUSÃO

Objetivou-se no presente artigo analisar a aplicabilidade do princípio da capacidade contributiva as taxas.

---

[41] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 177835 – Distrito Federal.* Relator: Carlos Velloso, Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 22 abril 1999, p. 767.

[42] CARVALHO, P. de B. *Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, 2013, p. 36.

Em que pese o parágrafo primeiro, do artigo 145, da Constituição Federal de 1988 aborde a respeito do princípio da capacidade contributiva aos impostos, buscou-se demonstrar que sua aplicabilidade não é limitada a estes, sendo possível sua extensão a todos as espécies tributárias previstas constitucionalmente, em especial as taxas, para fins de garantir direitos sociais básicos, e garantir a dignidade da pessoa humana para aqueles contribuintes que estão sem condições de pagar de maneira integral pela prestação de serviços básicos do Estado.

A doutrina se posiciona de diversas maneiras sobre a possibilidade de aplicação de tal princípio as taxas, sendo que alguns compreendem não ser possível, e de outro modo, outros veem como parcialmente apropriado. Existe, de mesmo modo, quem defenda que, por dizer respeito a um princípio de óptica Constitucional, detém amplitude e deve ser aplicado de forma irrestrita.

O entendimento jurisprudencial das cortes superiores é o de que as graduações são admitidas, e que, portanto, o princípio da capacidade contributiva é plenamente aplicável às taxas.

Para a aplicação da tão almejada igualdade tributária se faz necessário tratamento diferenciado como fator discriminatório munido da máxima isonomia, mas em concordância com os interesses constitucionais. Tais fatores giram em torno do princípio da capacidade contributiva, em que os interesses da coletividade devem ser suportados proporcionalmente à capacidade econômica de cada contribuinte.

Desta forma, a técnica da progressividade garantiria que o ônus tributário fosse maior para aqueles que possuíssem maior grandeza econômica, o que é caracterizado como principal desafio a ser enfrentado para o alcance de uma justiça tributária e social satisfatória.

Entretanto, ainda é algo a ser enfrentado pelo poder legislativo e executivo, bem como pelos intérpretes das normas, já que hesitam em concordar com tal conclusão, o que acaba por enfraquecer o ideal de progressividade para o sistema tributário nacional, que poderia ser o efeito do princípio da capacidade contributiva.

A vinculação do legislador e do administrador ao princípio da capacidade contributiva deve ser baseada não somente como horizonte, mas como efetivação dentro do campo tributário.

É necessário tornar a sociedade brasileira mais justa e igualitária no que tange ao recolhimento de tributos, sob pena de desrespeito aos princípios constitucionais, não concretizando, assim, sua função social de diminuir as desigualdades sociais e regionais. Hoje em dia, a grande maioria das propostas de reforma tributária que tramitam no congresso nacional estão focadas na preservação do pacto federativo e na distribuição de receita entre os entes.

O presente artigo não tem a pretensão de esgotar o tema, mas traze-lo a baila é importante não apenas para demonstrar a necessidade de reflexão sobre o mesmo, mas, também, demonstrar que através do ajustes de pequenos detalhes no exercício da competência legislativa têm o condão de propiciar uma melhoria nas condições de vida das pessoas menos favorecida.

Deste modo, a justiça social pressupõe a correta e efetiva destinação dos recursos auferidos pelo Fisco, advindos das contribuições, que estão diretamente ligadas ao custeio de direitos sociais e a expansão da vinculação da receita tributária em detrimento da discricionariedade da Administração Pública, desafios que necessitam de uma participação política dos cidadãos nesta gerência de riquezas auferidas, por meio da democracia participativa, fiscalizando assim o respeito e concretização da justiça tributária que alcançará desta maneira a tributação social.

REFERÊNCIAS

BECKER, A. A. *Teoria Geral do Direito Tributário*, ed. Lejus, São Paulo, 2013.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil (1988)*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2019.

BRASIL. *Código Tributário Nacional (1966)*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário 177835 – Distrito Federal.* Relator: Carlos Velloso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdãos, 22 abril 1999.

CARRAZA, R. *Curso de Direito Constitucional Tributário*, Ed. Malheiros, São Paulo, 2013.

CARVALHO, P. de B. *Curso de Direito Tributário*, Ed. Saraiva, 2013.

COELHO, S. C. N. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2012.

COSTA, R. H. *Princípio da Capacidade Contributiva*, Ed. Malheiros, São Paulo, 1993.

FABO, D. M. B. *La Protección del Mínimo Existencial en el Âmbito del IRPF*. Ed. Constituición y Leyes, Madrid, 1996.

GAFFURI, F. *L'Áttitudine allá Contribuzione*, Ed. Giuffrè, Milano, 1969.

GOUVÊA, M. de F. *A Extrafiscalidade no Direito Tributário*, Ed. Del Rey, Belo Horizonte, 2006.

GRUPENMACHER, B. T. "A reforma tributária e a afronta aos direitos fundamentais", *Revista Fórum de Direito Tributário*, 2003, p. 41-53.

HACK, É. "Princípio da capacidade contributiva: limites e critérios para o tributo", *Revista SJRJ*, 2014, p. 83-94.

HEIDEMANN, M. G., ALIEVI, V. L. *Direito Tributário para os Cursos de Direito, Administração e Ciências Contábeis,* Ed. Unijuí, Ijuí, 2011.

MACHADO, H. de B. *Curso de Direito Tributário,* Ed. Malheiros, São Paulo, 2010.

MAFFEZZONI, F*. Il princípio di capacità contributiva nel diritto finanziario,* Ed. Editrice Torinense, Torino, 1970.

MARTINS, I. G. da S. *Curso de Direito Tributário,* Ed. Saraiva, São Paulo, 2010.

MILLÁN, E. C. *El Mínimo Exento en el Sistema Tributario Español,* Ed. Marcial Pons, Madrid, 1999.

MOSCHETTI, F. *El princípio da capacidad contributiva,* Ed. Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1980.

OLIVEIRA, J. M. D. de. *Direito Tributário: capacidade contributiva: conteúdo e eficácia do princípio,* Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 1988.

OLIVEIRA, L. M. de *et al*. *Manual de Contabilidade Tributária*, Ed. Atlas, São Paulo, 2012.

PEREZ DE AYALA, J. L.; GONZALEZ, E. *Curso de Derecho Tributário,* Tomo I, Ed. EDERSA, Madrid, 1989.

RIBEIRO, M. de F.; CASTRO, A. A. de. "Políticas Públicas Tributárias: desenvolvimento e crise econômica", *Revista Científica Sensus*: *Direito*, 2013, v. 2.

SPINELLI, L. M. S. *O Princípio da Capacidade Contributiva na Constituição Federal,* 2001, 136 f., Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal de Santa Catarina, Erechim, 2001.

VITA, J. "Isonomia, Capacidade Contributiva e Direitos Humanos: Nova Chave de Leitura para a Tributação", *XX Congresso Nacional do COMPEDI,* Vitória, 2011.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 328-348
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

La punición. Criterios y bases *judiciales* del castigo

The punition. *Judicial* rationale and criteria for punishment

Ezequiel Kostenwein[1]
Universidad Nacional de La Plata, Argentina

Sumário: Introducción. 1- ¿Al prójimo o al enemigo? Castigo, semejanza y alteridad. 2- ¿Por qué se debe castigar? De las teorías y las convicciones. 2.1 Justa y útil. 2.2 La pena negada. 2.3 *Ataraxia* punitiva. 2.4 Sin lugar para la rehabilitación. 3- Las bases sociales del castigo judicial. 3.1 Un problema de clase. 3.2 La vigencia de la venganza 3.3 Los umbrales de tolerancia. 3.4 Los significados *judiciales* del castigo. 4- Conclusión. 5- Bibliografía.

Resumo: Este trabajo presenta dos imágenes en torno al castigo, o más exactamente, de a quienes estamos castigando: ¿son nuestros prójimos o son nuestros enemigos? ¿Castigamos a un semejante o a un adversario? Si bien se trata de dos imágenes que no tienen el mismo punto de partida, caracterizarlas ayuda a comprender los presupuestos de cada una de ellas. Luego se explora las percepciones de los integrantes de la justicia penal argentina en torno a dos temas centrales a la hora de pensar el funcionamiento de esta institución: las teorías de la pena en la que justifican la necesidad de castigar, es decir, cómo validan la potestad que tiene el Estado de provocar dolor deliberadamente. La segunda cuestión se relaciona con las razones por las cuales, según los actores judiciales, una sociedad necesita castigar ciertas conductas, más allá de los enunciados ideales. A partir de la combinación de ambos interrogantes procuramos identificar algunos criterios importantes para interpretar mejor el significado *judicial* del castigo.
Palavras chave: castigo, prójimo, enemigo, justicia penal.
Abstract: This work introduces two images in relation to punishment, or, more precisely, in relation to who we are punishing: Are they our fellows or our enemies? Do we punish a fellow man or an adversary? Even though both images do not share the same starting point, their characterization helps understand the assumptions about each of them. Then the work explores the Argentine criminal justice members' insights into two main topics when thinking about the functioning of this institution: theories of punishment justifying the need for penalization; in other words, how the State's power to deliberately inflict pain is validated. The second issue is associated with the reasons why, according to judicial actors, a society needs to penalize certain

[1] Ezequiel Kostenwein es Abogado (UNLP), Magister en Criminología (UNL) y Doctor en Ciencias Sociales (UNLP). Es Investigador del CONICET y coordinador del Área de Sociología de la Administración de la Justicia Penal en el Instituto de Cultura Jurídica (UNLP). Docente de grado y posgrado (UNLP, UNL). Actualmente dirige el proyecto de investigación "Condiciones y condicionamientos dentro de la justicia penal en la Provincia de Buenos Aires: elementos para analizar su autonomía" (PPID - UNLP). Es autor de *Por una criminología menor: ensayos, admiraciones y aserciones* (Di Plácido, Buenos Aires, 2014), *La cuestión cautelar: el uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal* (Ediar, 2016), y *Temblores criminológicos. Dilemas sobre el castigo, el control social y la responsabilidad penal* (Astrea, 2019). Compiló *Sociología de la justicia penal. Interrogantes actuales sobre la administración del castigo* (Ediar, 2017), y *La condición judicial. Dimensiones sociales de la justicia penal* (Ad-Hoc, 2020).

Recibido: 11/01/2020
Aceptado: 28/04/2020

behaviors, beyond ideal statements. From the combination of both questions, we seek to identify some important criteria for a better interpretation of the *judicial* meaning of punishment.

Keywords: punishment, fellow, enemy, criminal justice.

Introducción

El castigo ha sido, y sigue siendo, un tema de reflexión de numerosas investigaciones provenientes de diversas disciplinas, métodos y perspectivas: la filosofía, la historia, el derecho, la sociología, la antropología, son algunos de los campos que han tomado a este tema como objeto de estudio. Aquí propondremos dos imágenes al respecto que nos parecen interesantes, fundamentalmente por el contraste en sus enunciados: ¿castigamos a nuestros prójimos o castigamos a nuestros enemigos? En primer lugar, vale explicitar que se trata de esquematismos que permiten incluir en estas dos figuras tópicos que provienen de enfoques diversos. A su vez, ambas posturas parecen ofrecer un sesgo crítico respecto al ejercicio de sancionar, aunque en su desarrollo apelan a presupuestos muy distintos. Quienes piensan en el prójimo, lo hacen principalmente desde una actitud normativa y prescriptiva, y quienes reconocen al enemigo, se apoyan en criterios descriptivos y explicativos. Pero, además, hay otra cuestión interesante que parece surgir: en un caso, el motor de la penalidad se intenta ubicar en la identidad con el castigado, y en el otro, el fundamento más elocuente es la alteridad. Con todo esto, trataremos de pensar si dichas imágenes juegan algún papel en los criterios y bases *judiciales* del castigo, y de no ser así, de qué forma se explican los integrantes de la justicia penal en Argentina las justificaciones teóricas de la pena junto a las causas sociales de la punición. Sirve aclarar que se trata de un trabajo exploratorio, que aspira a marcar un punto de partida en el abordaje empírico de estos interrogantes.

Para llevar a cabo nuestro trabajo se eligió un enfoque metodológico cualitativo, más específicamente entrevistas a 23 integrantes de la justicia penal de la Argentina, con el objetivo de acercarnos a sus percepciones respecto de los tópicos planteados. Del total de entrevistados, 14 pertenecen a la Provincia de Buenos Aires, y 9 al ámbito de la justicia federal. Dichas entrevistas se obtuvieron a partir de un criterio de factibilidad, con actores judiciales que conocíamos de investigaciones previas, y luego siguiendo un muestreo de bola de nieve debido a los obstáculos propios para acceder a quienes se desempeñan en esta institución.

1- ¿Al prójimo o al enemigo? Castigo, semejanza y alteridad

Castigar al prójimo, al menos en cierto aspecto, puede ser entendido como sancionar entre semejantes, pero, en primer lugar, debe describirse como una interpelación e intento de resignificación del acto mismo de castigar a partir de los vínculos que configura la vida en comunidad. Si la pena no es un acto que contribuya a comprender mejor las razones por las que se le reprocha socialmente algo a alguien, entonces no consigue su propósito. En palabras de Antony Duff

> “Si existen individuos o grupos dentro de la sociedad que (en los hechos, aún si de un modo no buscado) se encuentran excluidos de modo persistente y sistemático de la participación en la vida política, y de los bienes materiales,

> normativamente excluidos en cuanto a que el tratamiento que reciben por parte de las leyes e instituciones existentes no reflejase un genuino cuidado hacia ellos como miembros de una comunidad de valores, y lingüísticamente excluidos en tanto que la voz del derecho (la voz a través de la cual la comunidad le habla a sus miembros en el lenguaje de los valores compartidos) les resulta una voz extraña que no es ni podría ser de ellos, luego la idea de que ellos se encuentran, como ciudadanos, atados a las leyes y que deben responder a la comunidad, se convierte en una idea vacía. Las fallas persistentes y sistemáticas, las fallas no reconocidas o no corregidas en lo que hace al trato de los individuos o grupos como miembros de la comunidad, socava la idea de que ellos se encuentran atados por el derecho. Ellos sólo pueden sentirse atados como ciudadanos, pero tales fracasos les niegan, implícitamente, su ciudadanía, al negarles el respeto y consideración que se les debe como ciudadanos"[2].

Este tipo de concepción prioriza una actividad "comunicativa" de la respuesta penal, en el sentido de que esta última debe ser considerada como un lenguaje comprendido por quien ha cometido una ofensa y, justamente por esto, resulte apropiado llamarlo a responder. A su vez, se suele exigir que dicha comprensión sea fáctica –respecto a que el individuo esté en condiciones de entender que hay un hecho específico que se le atribuye- y normativa –acerca de que su conducta constituye un acto que está penalmente sancionado-.

Otra cuestión importante que se deriva de esto es que debe existir participación de diferentes sectores e instituciones en torno a la deliberación sobre qué actos necesitan ser tipificados por las leyes que aplica la justicia penal. Al mismo tiempo, esta justicia necesita llevar adelante debates con diversos actores sociales a la hora de tomar decisiones importantes con efectos punitivos para la comunidad -como por ejemplo determinadas condenas o absoluciones, criterios para definir mayor o menor severidad en las sentencias, etc.-, decisiones que no se apoyen exclusivamente en los criterios que "desde arriba" ofrezcan los expertos del derecho. Por lo tanto, en una comunidad de iguales, cuando habla el derecho no se escucha una voz extraña o que sólo señale cómo preservar intereses particulares, sino que se percibe una voz compartida por preocupaciones colectivas. Las normas, las discusiones y las respuestas tienen como fuente, y como resultado, un escenario común ligado a aquellos compromisos *que nos llevaron a tomar la decisión de vivir en conjunto*, y no a derrotar a un adversario[3].

Castigar al prójimo supone, además, tener en cuenta la fragilidad de los lazos que unen a las personas actualmente, y cómo frente a autoridades penales distantes que deciden sobre los conflictos, estos últimos resultan eventos privilegiados para que sea posible una respuesta simplista del discurso punitivo. En definitiva, se parte de la idea que *la imposición intencional del dolor es más fácil cuanto más lejos se está del receptor*[4]*.*

El castigo, en este sentido, es siempre producto de una manera específica de reparto de dolor, todo lo cual implica un modo concreto de ejercitar el poder: estos

---

[2] DUFF, A. *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, Oxford, 1996, p. 195-6

[3] GARGARELLA, R. *El reproche en una sociedad de iguales* en Sociología de la justicia penal, Ediar, Bs. As., 2017

[4] CHRISTIE, N. *Los límites del dolor*, FCE, Bs. As., 2001, p. 102

tres elementos, dolor, castigo y poder, están permanentemente interactuando de manera altamente heterogénea. En consecuencia, la figura del prójimo revela un gran problema para el modo en el que trabaja el sistema penal, o en palabras de Nils Christie:

> "Mientras la vida civil contiene una mezcla de interacción formal e informal, la institución penal estará dominada por la formalidad -para proteger a quienes puedan recibir dolor, pero también a quienes reparten dolor-"[5].

Por lo tanto, uno de los grandes peligros aquí es la abstracción o burocratización del dolor, razón por la cual se impugna que factores neutros tengan preponderancia en la toma de decisiones respecto del mismo:

> "La decisión política de eliminar la preocupación por el entorno social del acusado implica mucho más que el hecho de que estas características no se tengan en cuenta a la hora de tomar decisiones sobre el dolor. A través de esta medida, el delincuente queda en gran parte excluido como persona. No tiene sentido conocer el entorno social, la niñez, los sueños, las derrotas -tal vez mezcladas con el brillo de algunos días felices-, la vida social, todas esas pequeñas cosas que son esenciales para percibir al otro como a un ser humano […]. El dolor se convierte en una unidad monetaria"[6].

De este modo, una comunidad de iguales debería orientarse hacia una justicia horizontal, sustentada en el acontecimiento ocurrido, y no tanto en las normas jurídicas que están creadas con anterioridad al encuentro de las personas. El resto de las pautas sociales como los usos, las costumbres o las creencias, son fluctuantes en términos de significación, pudiendo reinterpretárselas dentro del ámbito mismo de las interacciones:

> "Llamémoslo [a esto] justicia horizontal, creada por personas considerablemente iguales en virtud de su cercanía. Por supuesto, no completamente iguales. Algunos tienen mejores ropas que otros, algunos vienen de mejores familias, algunos son más inteligentes. Pero comparado con lo que ahora viene, son iguales, y sus decisiones están basadas en que ellos son parte del proceso"[7].

¿Cuáles podrían ser los elementos de esta justicia horizontal? Por un lado, que las decisiones sean tomadas teniendo en cuenta las necesidades de la comunidad, y no las de la institución judicial. En segundo lugar, la magnitud de los hechos no debe definirse, como en el sistema legal, por reglas abstractas y universales, sino que *lo relevante es lo que los participantes encuentran relevante*. A su vez, se debe priorizar la compensación por sobre la retribución, principalmente porque si las personas se conocen demasiado, el castigo puede resultar incómodo como forma de abordaje de

[5] CHRISTIE, N. *Una sensata cantidad de delitos*, Del Puerto, Bs. As., 2004, p. 156
[6] CHRISTIE, N. *La industria del control del delito*, Del Puerto, Bs. As., 1993, p. 144
[7] CHRISTIE, N. *Una sensata cantidad de delitos*, Del Puerto, Bs. As., 2004, p. 113

los conflictos, es decir, que *la compensación, más que el dolor, se vuelve la respuesta natural*[8].

> "El hecho de repartir dolor, a quién y por qué, contiene un conjunto infinito de serias preguntas morales. Si hay algún experto en estos temas, se trata de los filósofos. También suele haber expertos en decir que los problemas son tan complejos que no podemos actuar sobre ellos. Tenemos que pensar. Tal vez esa no sea la peor alternativa cuando la otra opción es el reparto de dolor"[9].

Como consecuencia, para castigar al prójimo se debe evaluar a la pena como un valor a partir del cual se pretende dotar de valor a otros valores[10], y más en general, hace falta tener en claro que el nivel y el tipo de valores que se necesitan proteger por medio del castigo son un reflejo de las normas que reinan en una sociedad.

Castigar al enemigo, tal como lo dijimos al comienzo de este apartado, parte de criterios ante todo descriptivos y explicativos: no propone un horizonte deseable, más bien caracteriza el lugar en el que efectivamente estaríamos respecto de la penalidad. Pero ¿qué debemos entender por enemigo en este punto? Aquí encontramos una dificultad específica porque existen una multiplicidad de fenómenos que podrían ser definidos a partir de este concepto, como por ejemplo *enemigos* religiosos, étnicos, políticos, variando como consecuencia las maneras en que se justifican los criterios para castigarlo.

Considerada en términos generales, se trata de una figura que tendría la posibilidad de facilitar la cohesión social a partir de la exclusión de ciertas personas, vale decir, un enemigo odiado por la opinión pública, aparentemente fuerte, pero en realidad débil[11]. En este aspecto, son conocidos los beneficios que el temor bien gestionado brinda a las autoridades: a partir de sujetos representados como una amenaza, se está en condiciones de *paralizar* las diferencias en la población e intensificar la pertenencia en torno a valores que, de lo contrario, podrían ponerse en cuestión. En palabras de Mead:

> "La conciencia del sí mismo a través de la conciencia de otros es responsable de un sentimiento de hostilidad más profundo –el de los miembros de un grupo hacia los de un grupo opositor, o incluso hacia los que simplemente no pertenecen al grupo–. Y esta hostilidad tiene el respaldo de la totalidad de la organización interna del grupo. Provee la condición más favorable para el sentido de solidaridad grupal, ya que en el ataque común hacia un enemigo común se desvanecen las diferencias individuales"[12].

Según esta postura, las astucias por las cuales se inventa o identifica al *enemigo* son variadas, sin embargo, existe un fenómeno a partir del cual esta figura

---

[8] Ibid., p. 114

[9] CHRISTIE, N. *La industria del control del delito*, Del Puerto, Bs. As., 1993, p. 189-191

[10] KOSTENWEIN, E. *Temblores criminológicos*, Astrea, Bs. As., 2019

[11] CHRISTIE, N. *Suitable enemies*, en H. Bianchi, *Abolition*, Free University Press, Ámsterdam, 1980, p. 42

[12] MEAD, H. *La psicología de la justicia punitiva*, en Revista Delito y sociedad, Año 10, Número 9-10, 1997, p. 32-42

se rediseñó, y es analizada en la literatura sobre el castigo en las últimas décadas: la declinación del paradigma rehabilitador[13]. De allí en adelante, el enemigo se vuelve un sujeto sin futuro, un sujeto sobre el que debemos profesar extremo escepticismo; en suma, un sujeto al que cabe neutralizar y excluir.

Una de las líneas dentro de esta concepción se origina en torno al derecho penal: allí surge el planteo de Gunter Jakobs[14], quien teoriza sobre el "derecho penal del enemigo", según el cual

> "El sistema de la justicia criminal debe avanzar a mayor velocidad, de forma tal que junto a un sistema penal de las garantías de los ciudadanos se legitimen otros sistemas penales diversos contra aquellos que no pueden ser considerados como personas" y que entonces deben ser definidos como "enemigos", en cuanto socialmente peligrosos. Y contra los enemigos –ya se sabe– lo que vale es la lógica de la guerra: un derecho penal de la neutralización, de la incapacitación selectiva y del control social tecnocrático, hasta un derecho penal del exterminio"[15].

Según sus críticos, esta doctrina jurídico-penal que admite y legitima el concepto de enemigo parece entrar en colisión con los principios constitucionales e internacionales del estado de derecho, o lo que es lo mismo, con la teoría política de este último. Aquí se plantea como hipótesis que desde hace algunas décadas se ha retrocedido en el ámbito de la política penal, más concretamente, en las discusiones que tenían como referencia perspectivas reduccionistas o incluso abolicionistas de la respuesta penal a una expansión de las facultades de sancionar. En este contexto, la categoría de enemigo de la sociedad comenzó a adquirir cada vez mayor centralidad, entre otras cosas porque por medio de esa misma categoría se le niega su calidad de persona a quienes son así definidos: sólo se realza del enemigo su rasgo amenazante o pernicioso[16]. De acuerdo con este enfoque, la anulación de los enemigos es respaldada en que se dirige hacia "no-personas". Y este mecanismo de negación sobre las características de persona es sostenible únicamente cuando se reconoce que su personalidad no proviene de la naturaleza, sino que es una asignación normativa de carácter moral, social y jurídico.

Alejándose de una orientación jurídico-penal, autores como Garland ponen énfasis en el enemigo a partir de una teorización sobre el fracaso del modernismo penal. Esto último, sostiene el autor, ha facilitado la puesta en entredicho de ciertos parámetros morales de la sociedad, junto a la búsqueda de nuevos preceptos que debiliten los estándares del mencionado modernismo penal. En concreto, se

> Redramatiza [el delito], representándolo en términos melodramáticos, considerándolo una catástrofe, encuadrándolo en un lenguaje de la guerra y la defensa social. Según sus impulsores, el problema de la modernidad penal y de la sociedad moderna que lo engendra es que padecen de la falta de coraje moral […]. Es, además profundamente antiliberal al dar por supuesto que

[13] ALLEN, F. *The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose*, Yale University Press, New Haven and London, 1981, *et al*.

[14] JAKOBS, G. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, en: G. JAKOBS, M. CANCIO MEUÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 19-56.

[15] PAVARINI, M. *Castigar al enemigo*, FLACSO, Quito, 2009, p. 31

[16] ZAFFARONI, R. *El enemigo del derecho penal*, Ediar, Bs. As., 2006

> ciertos delincuentes son «simplemente malvados» y, por lo tanto, intrínsecamente diferentes del resto de nosotros. Esta visión del delincuente tiene implicaciones ontológicas y epistemológicas. Al ser intrínsecamente perversos o malvados, algunos delincuentes no son como nosotros. Son los otros peligrosos que amenazan nuestra seguridad y no merecen ni una pizca de nuestra simpatía. La reacción apropiada de la sociedad es la defensa social: debemos defendernos de estos enemigos en lugar de preocuparnos por su bienestar y posibilidades de rehabilitación […][17].

Todo esto podría tener implicaciones profundas en la manera en la que nos acercamos a esos "otros peligrosos" puesto que, al adjudicarles una maldad inherente, pone en riesgo la posibilidad de un abordaje reflexivo sobre el tema. El presupuesto cultural de la modernidad penal es que a los infractores se los debe tratar como sujetos a los cuales es posible comprender porque hay algo que se comparte, una esfera humana dentro de la cual se convive. Sobre el enemigo, por el contrario, pesa más la demanda de castigar que la voluntad de comprender: tanto él como aquello que hace, se lo debe calificar de maligno, siendo esta maldad esencial y socialmente incondicionada.

Hay otra línea de trabajo que busca explicar el lugar del enemigo a partir del gobierno neoliberal de la seguridad ciudadana: adversario es quien proviene de grupos excedentes que no tienen posibilidad real de acceder al mercado de trabajo. Esta concepción argumenta que el castigo estatal es un complemento de las políticas económicas neoliberales que han dominado las políticas de diversos países en occidente desde los años setenta. De acuerdo a este enfoque, el sistema penitenciario se expandió para contener a una población residual compuesta en gran parte por jóvenes que provienen de grupos minoritarios, expulsada de la esfera laboral por las políticas de libre-mercado y despojada del apoyo social, como consecuencia del retroceso del Estado welfarista keynesiano. En un contexto socioeconómico como este, al enemigo se lo disciplina con la amenaza del encarcelamiento, junto a los magros beneficios del "workfare" en tanto desincentivo que presiona a los individuos a aceptar cualquier forma de trabajo poco atractiva y de baja remuneración. Aquí la hipótesis es la de un achicamiento de las políticas de contención social articulado con el ensanchamiento del Estado penal, o lo que es lo mismo, se trata de ejecutar:

> "una *política de criminalización de la miseria que es el complemento indispensable de la imposición del trabajo asalariado precario* y mal pago como obligación ciudadana, así como de la nueva configuración de los programas sociales en un sentido restrictivo y punitivo que le es concomitante"[18].

Desde esta concepción el enemigo es pensado, en términos genéricos, como aquel individuo excluido que, por su condición de tal, pueda poner en riesgo la tranquilidad de los sectores más acomodados de la sociedad.

Habiendo hecho este recorrido por dos imágenes acerca del castigo, o, mejor dicho, acerca de a quienes castigamos, vale insistir en que si bien ambas posturas dramatizan el castigo[19], lo hacen utilizando diferentes consignas y presupuestos.

---

[17] GARLAND, D. *The culture of control*, Oxford University Press, Oxford, 2001, p. 172

[18] WACQUANT, L. *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Bs. As., 2004, p. 102

[19] GARLAND, D. *The culture of control*, Oxford University Press, Oxford, 2001

Como dijimos al comienzo de este apartado, no se trata de dos imágenes que compitan entre sí, porque no tienen el mismo punto de partida, ni tampoco objetivos similares. Castigar al prójimo trataría de contestar las preguntas: ¿a quién y de qué forma pretendemos castigar? ¿qué nos dice el castigo sobre nosotros en tanto comunidad? Por su parte, castigar al enemigo se basa en otros interrogantes: ¿a quién estamos castigando realmente? ¿Cuál es la verdadera función del castigo en un orden social como el nuestro? En síntesis, castigar al prójimo supone pensar en el modo en el que el control social está surgiendo en el seno de la comunidad, para darle una orientación normativa y comunicativa, y consolidar las bondades de un estilo "parsimonioso" de utilizarlo. Castigar al enemigo se dirige, en lo fundamental, a describir y explicar la ejecución concreta de ese mismo control social, junto a los efectos deletéreos de aplicarlo como se aplica.

2- ¿Por qué se debe castigar? De las teorías y las convicciones

Cuando ingresamos en la gramática del ámbito judicial, resulta difícil encontrarse con debates acerca de si se castiga al prójimo o al enemigo. De hecho, el castigo tiende a nominarse pena, y en términos ideales, el *derecho* de penar pretendería servir como un *límite* al ejercicio indebido del castigo. El desapasionamiento que debe orientar la tarea de los integrantes de la justicia penal requiere que se deje de pensar como un igual o como un adversario a quien se está juzgando, para de esta manera apreciar los hechos -y a partir de estos últimos- resolver acerca de la necesidad de acusar, defender, condenar o absolver en cada caso específico. El marco a partir del cual todo esto se tramita es el de las teorías de la pena, las cuales agrupan una serie de justificaciones acerca de por qué sería válido infligir dolor deliberadamente por parte del Estado. Más en concreto, ¿cuál es la finalidad que orienta la decisión de sancionar o para qué debería servir el acto mismo de sancionar?

Nuestra intención aquí no es ahondar en los debates históricos o actuales sobre las mencionadas teorías, sino analizar e interpretar qué dicen los actores judiciales al respecto, pensando en su trabajo cotidiano, y en si este último genera algún tipo de exigencias judiciales sobre sus prácticas. Más allá de esto, vale la pena hacer un mínimo atlas acerca de las retóricas sobre el castigo que nos permita organizar los testimonios.

La distinción convencional entre criterios retribucionistas y utilitaristas sigue operando como una forma de separar aquellas justificaciones que se apoyan en el pasado, de aquellas que se orientan hacia el futuro. En otras palabras, el criterio retribucionista sostiene que alguien que ha provocado un daño merece ser castigado por el hecho mismo de haberlo provocado, mientras que el utilitarismo -en todas sus variantes- se focaliza en las consecuencias que se pueden extraer de la pena, sea para el infractor, sea para la sociedad. Las teorías que se concentran en el individuo que cometió el delito, suelen denominarse *especiales*: formulado de manera esquemática, están las que procuran la rehabilitación (especial positiva) y las que sólo buscan neutralizar la amenaza del supuesto delincuente mediante el encarcelamiento (especial negativa). Las posturas que hacen hincapié en la sociedad se conocen como *generales*, y están las que se orientan a reforzar la vigencia de las

normas o de los valores colectivos (general positiva) y aquellas que por medio de la pena pretenden disuadir o desalentar a potenciales ofensores (general negativa)[20].

2.1 Justa y útil. Dicho esto, es difícil encontrar operadores jurídicos que adhieran íntegramente a unas u otras puesto que, según sus testimonios, ninguna de ellas por separado abarca la totalidad del fenómeno. De hecho, una cantidad importante de estos actores considera necesario articular diferentes posturas:

> ***Entrevista 4:*** Adhiero a las Teorías Mixtas, porque considero que la aplicación de las teorías absolutas y relativas no resultan funcionales a la finalidad de la pena. No es por desecho, sino porque entiendo que existen otros métodos más efectivos y coherentes aún al combinar ciertos preceptos de ambas hipótesis, multidisciplinarias.
>
> ***Entrevista 9:*** Soy partidario de una visión integradora acerca de los fundamentos y fines de la pena. Coincido con Roxin, entre otros, que ninguna teoría puede determinar por sí solas el contenido y los límites de la pena. Pienso que, debe renunciarse a posturas absolutas y recurrirse a una concepción amplia, amortiguando sus deficiencias a través de recíproca complementación y restricción. Todas tienen una cuota de razón: no se puede negar un mínimo fin retributivo…, tampoco se puede negar la necesidad de prevención general…, y es indiscutible, porque está constitucionalmente exigido, el fin de prevención especial positivo:
>
> ***Entrevista 2:*** Creo que las más acertadas son las teorías mixtas o de la unión, que combinan elementos de prevención general, combinando las tendencias negativas y positivas, y prevención especial, también positiva y negativa, porque se aproximan a una explicación de la utilidad concreta que se asigna a la pena estatal como una herramienta de control social. El uso de la pena estatal tiene un claro contenido simbólico, como indican las teorías de prevención general, pero también tiene claramente un componente de prevención especial negativa, ya que excluye coactivamente a determinadas personas por un tiempo más o menos largo. El efecto de reinserción social tiene actualmente una incidencia mínima. Las teorías retribucionistas, con base teológica o moral, no creo que puedan justificar hoy la existencia de las penas estatales, aunque puedan ser útiles para comprender su desarrollo histórico. Tampoco comparto las teorías "agnósticas" o negativas, que no asignan ninguna función a la pena, porque creo que ignoran una realidad evidente.

Como los mismos actores lo señalan, estas teorías mixtas o de la unión justifican la pena procurando armonizar los propósitos que refieren las distintas teorías vigentes, para de una forma equilibrada rescatar las ventajas que cada una de las mismas pueda brindar. O, dicho con otras palabras, para las aludidas teorías mixtas la pena será legítima en la medida que sea simultáneamente justa y útil.

---

[20] MEINI I. *La pena: función y presupuestos*. Derecho PUCP, (71), 2013, 141-167; SANCINETTI, M. *Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo***,** Conferencia dictada en el marco del II Simposio Internacional de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte, Asunción, 2015.

Ahora bien, por estas mismas intenciones es que le realizan críticas de diversa índole, como por ejemplo "la duda de que la expiación, retribución, resocialización, compensación de la culpabilidad y la prevención general puedan coexistir simultáneamente"[21]. Sin entrar en una discusión dogmática sobre las ventajas y desventajas de estas teorías, quienes adhieren a ellas parecen no concentrarse en un momento determinado, pasado o futuro, sino vincularlos. O quizá consideren que cada uno de esos momentos, necesita una justificación diferente: *todas tienen una cuota de razón,* pero no todas tienen esa cuota de razón en cualquier momento. Como consecuencia, el hecho, el individuo y la sociedad aparecen como pilares de la validación penal en circunstancias diferentes. En definitiva, se trata de actores judiciales que, al menos en cierta medida, consideran que el castigo estatal tiene aspectos positivos, sea para la comunidad, sea para la víctima, sea para la persona condenada.

2.2 La pena negada. Un segundo grupo de actores judiciales son aquellos que se enrolan en un enfoque agnóstico o negativo de la pena, lo que supone, por diferentes motivos, que no le asignan al castigo estatal ningún tipo de ventaja. Por lo tanto, aquí la tarea del derecho penal debe orientarse a contener y reducir el poder punitivo del Estado para evitar que este último cometa más crímenes que los que pretende impedir.

> ***Entrevista 14:*** No ninguna en particular, dado que las distintas concepciones que se ofrecen no pudieron corroborar sus postulados empíricamente; y ello en el mejor de los casos, porque en muchos otros resultaron fácilmente refutados. Coincido con el planteo de Zaffaroni en cuanto la pena no previene, no resocializa, no frena curos lesivos. Opino que, si bien puede aceptarse que cada orden social contiene en sí mismo la desviación, ello no implica que haya que responder con un castigo. La pedagogía puede enseñarnos mucho de este, una cosa es reprochar, desaprobar y otra castigar.
>
> ***Entrevista 6:*** No, si es que entendemos como teoría de la pena una única, legitimante, que justifique todos los casos. Me seduce la teoría negativa de Zaffaroni. La pena tiene efectos. Múltiples, desconocidos algunos, sobre todo a nivel social. Pero si la pregunta es cómo se justifica la existencia de la pena: diría que algunas podrían tener alguna justificación, pero seguramente acotada al puñado de casos específicos, y en particular sin considerar en ellos las de prisión. Podría elucubrar posibilidades de justificación de penas de multa en algunos casos, y seguir con algunas intuiciones en ese sentido, continuar con la idea de las penas a las personas jurídicas, etc. Pero sobre la pena de prisión, no.
>
> ***Entrevista 19:*** Por mi formación y filiación académica, por decirlo de algún modo, adhiero a la teoría agnóstica de la pena, que la posiciona como un hecho político y reniega de cualquier fin estatal positivo o útil del castigo estatal. Sin perjuicio de la cita –e influencia– de autoridad que traigo a

[21] MEINI I. *La pena: función y presupuestos*. Derecho PUCP, (71), 2013, 141-167.

> cuento, considero que la posición de Zaffaroni es la que más se asemeja al funcionamiento real del sistema penal en general y del castigo en particular.

Como se puede observar, aquí los diagnósticos y las expectativas son pesimistas, tomando como base aseveraciones generales sobre las agencias penales que habrían cometido -o estarían cometiendo- los peores crímenes utilizando uno de los poderes coercitivos del Estado, es decir, el poder punitivo. Este diagnóstico conduce a postular la necesidad de que el derecho penal no se oriente a homologar esta situación, o lo que es lo mismo, que el derecho penal no legitime un poder punitivo que, por un lado, es sumamente amenazador cuando carece de límites y controles, y por otro, no ayuda a resolver las situaciones problemáticas, sino que por el contrario las profundiza. En palabras de Zaffaroni:

> "Asignen al poder punitivo funciones falsas desde el punto de vista de la ciencia social, pues no se verifican empíricamente, provienen de generalizaciones arbitrarias de casos particulares de eficacia, jamás pueden afirmarse en todos los casos y ni siquiera en un número significativo de ellos"[22].

En efecto, aquí se sostiene que tanto las teorías retributivas como las utilitaristas -las teorías positivas, en definitiva- resultan falaces puesto que son expresadas ignorando los datos de la vida real. Como no es posible conocer las funciones concretas de la pena, hay que desarrollar un concepto negativo de la misma, de allí que sea *entonces una coerción que impone una privación de derechos o un dolor, que no repara o restituye, no detiene las lesiones en curso ni neutraliza los peligros inminentes*[23]. Al fin y al cabo, dado que según esta postura no se está en condiciones de saber verdaderamente para qué sirve el castigo del Estado, lo que hay que ofrecer es una mirada cautelosa y agnóstica acerca del fenómeno.

2.3 *Ataraxia* punitiva. Otros de los criterios más representativos entre los actores judiciales, que en cierto aspecto podría resultar inquietante, es el de aquellos que afirman no comulgar concretamente con ninguna de las teorías de la pena. Esto significa que no sienten afiliación directa ni por las tesis retributivas, ni por las utilitarias, ni por las agnósticas, lo que podríamos definir como una *ataraxia* punitiva que deriva de cierta apatía sobre las teorías de la pena.

> ***Entrevista 12:*** Diría que no. Es decir, no creo que la pena, entendida como pena de prisión y privación de la libertad, tenga efecto alguno, ya sea sobre el conjunto de la sociedad en términos disuasorios o sobre la persona penada para lograr su resocialización, entre otras. Sin embargo, muchas veces entro en contradicción con ciertos casos de violencia estatal donde la pena de prisión parece ser el único reclamo que satisfaga esa demanda. En esos supuestos, frente a hechos de violencia institucional o, incluso, los crímenes de lesa humanidad, no encuentro otra salida que la pena de prisión, lo cual parece acercarme, sin quererlo ni desearlo, a ciertos aspectos incapacitadores del encierro. Y es un interrogante sobre el cual todavía no encontré respuesta.

---

[22] ZAFFARONI, R. *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Bs. As., 2002, p. 44

[23] Ibid., p. 45

> ***Entrevista 17:*** No adhiero a ninguna teoría de la pena porque entiendo que no existen fundamentos válidos para imponer una sanción privativa de un derecho fundamental a otro ser humano antes de intentar resolver ese mismo hecho dentro del sistema y no sacándolo de él o desregulando conductas a otros ámbitos del derecho. Estoy convencido de que la inmensa mayoría de los hechos presuntamente delictivos pueden ser resueltos o transformados intrasistema penal teniendo como eje para esa resolución y transformación una narrativa comunicacional entre los sujetos involucrados tendientes a resolver entre ellos los lazos que han sido rotos mediante el hecho puntual por el que se entró al sistema y en muchos casos todo su contexto interrelacional.

> ***Entrevista 21:*** Creo que ninguna teoría de la pena termina de justificar acabadamente la aplicación de penas, menos aún en términos generales, respecto de las diversas conductas que actualmente se encuentran receptadas por nuestra legislación penal. Sobre todo, en relación a la pena privativa de la libertad, es innegable que, más allá de las fundamentaciones filosóficas que puede tener, hoy en la realidad, se manifiesta como puro despliegue de poder y se aleja mucho de los fines declarados constitucionalmente. Es una hipocresía sostener que la pena de prisión tiene algún tipo de fin reparador, resocializador o reeducador de las personas que pasan por contextos de encierro. Además, no tiene ningún sentido hablar, y estudiar y enseñar, sobre las teorías de la pena si no se hace en forma conjunta con el contexto donde las penas se aplican.

Estos testimonios podrían, en cierto modo, reconducirse a alguna de las teorías de la pena que mencionamos previamente, pero resulta importante seguir a los actores, darle entidad a lo que ellos mismos dicen[24], y advertir que se autoperciben como ajenos a una postura específica. Bien porque no tenga efectos concretos, bien porque no existan fundamentos válidos, bien porque no logran justificar acabadamente la aplicación de la pena, hay una buena cantidad de operadores jurídicos que afirman no disponer de un repertorio de argumentos que los ubique en algún enfoque convencional sobre el castigo. En palabras de Bourdieu, acá parecemos encontrarnos en una situación de cierta indiferencia, en el sentido que dichos actores judiciales **"**lo encuentran todo igual, no están motivados ni emocionados. Lo que los estoicos llamaban la ataraxia es la indiferencia o la tranquilidad del alma, el desprendimiento"[25]. De allí que este grupo de integrantes de la justicia penal estarían desinteresados frente a las teorías de la pena, en un estado de *ataraxia* punitiva que les genera indiferencia respecto de por qué el Estado necesita justificar el acto de castigar.

2.4 Sin lugar para la rehabilitación. Una de las cuestiones importante que surge de los testimonios de los actores judiciales es que el ideal rehabilitador tiene muy poca preponderancia en sus representaciones, lo cual, hasta cierto punto, no debería

[24] BOLTANSKI, L. *El amor y la justicia como competencias*, Amorrortu, Bs. As., 2000; BOLTANSKI, L. y THÉVENOT, L. *The Sociology of Critical Capacity*, European Journal of Social Theory, London, 1999

[25] BOURDIEU, P. *Razones prácticas*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1997, p. 142

resultar sorprendente. Como lo señalamos antes, existen trabajos que sostienen desde hace décadas que el mencionado paradigma rehabilitador ha caído en desgracia[26], entendiendo por este último diferentes discursos e intervenciones *positivas* que buscan propender hacia el interior de la cárcel a una mejora en las condiciones de los individuos encarcelados. La educación, la religión, la familia, el trabajo, son algunas de las variables que deberían ayudar para que las personas que egresen de las cárceles sean *preferibles* a las que ingresaron. Desde luego que la afirmación de un declive de estas ideas es una hipótesis general que exige ser puesta a prueba según los distintos Estados y sus idiosincrasias, pero tomando en cuenta las expresiones de los operadores jurídicos, es posible insinuar que la desconfianza en el correccionalismo penal existe de forma acentuada en la justicia.

A esto podemos sumar que el citado escepticismo de los actores judiciales sobre el ideal rehabilitador parece contrariar la ley de ejecución penal que, aún hoy, se sigue reflejando en un proyecto normalizador en base al mismo ideal rehabilitador. Al menos desde su retórica, la regulación sobre el tratamiento de quienes están -condenados- en las cárceles se apoya en una

> "finalidad correccional que supone asumir que el individuo que ha cometido un delito debe ser castigado con la privación de la libertad por un tiempo más o menos prolongado para que dicha duración sea empleada útilmente a los fines de su transformación en un individuo que no cometerá delitos en el futuro, es decir, en un *no-delincuente* en tanto vía para la producción del *no-delito*"[27].

Todo esto vuelve espinosa la relación entre la justificación de la pena y la legislación sobre la ejecución de la pena, evidenciando la diferencia persistente entre el derecho penal *en los libros* del derecho penal *en los hechos*.

3- Las bases sociales del castigo judicial

Las razones por las cuales una sociedad castiga determinados comportamientos, junto a los métodos con los que aplica estos castigos, han sido formuladas a partir de diferentes criterios y postulados. Siguiendo a Bernard Harcourt, podemos pensar en dos grandes líneas de reflexión para analizar esta cuestión[28]: una que surge con la aparición de las ciencias sociales hacia finales del siglo XIX,

> "Más escéptica, más crítica, los interrogantes exploraron e hicieron emerger procesos y fuerzas más profundas: si el discurso racional sobre el derecho de castigar es un mero pretexto y sólo sirve para ocultar formaciones de poder, ¿qué es exactamente lo que las prácticas punitivas hacen por nosotros? ¿Cuál

---

[26] ALLEN, F. *The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose*, Yale University Press, New Haven and London, 1981

[27] SOZZO, M. *Populismo punitivo, proyecto normalizador y ´prisión depósito´ en Argentina*, en Nueva Doctrina Penal, Del Puerto, Bs. As., 2007, p. 534

[28] En rigor, Harcourt alude a tres líneas de interrogantes que los modernos formularon sobre el castigo. Nosotros tomamos de su planteo original la segunda y la tercera. La primera es aquella que surge con la Ilustración, la cual procuró identificar y definir una base racional para el castigo.

> es la verdadera función de castigar? ¿Qué es lo que hacemos cuando castigamos? Desde Emile Durkheim a Antonio Gramsci y a la posterior Escuela de Frankfurt, Michel Foucault y las tendencias penológicas de fin de siglo, los modernos del siglo XX discutieron sobre la organización social, la producción económica, la legitimidad política, la governance y la construcción del sujeto, transformando las prácticas punitivas, diseccionando no sólo sus funciones represivas, sino ante todo su papel en la construcción del sujeto contemporáneo y de la sociedad moderna"[29].

La otra, es producto de lo que el mismo Harcourt define como un giro cultural en torno al tema, que no piensa tanto en aquello que el castigo estaría haciendo por nosotros, sino en lo que el castigo nos cuenta acerca de nosotros mismos: ¿qué nos dicen nuestras prácticas punitivas sobre *nuestros* valores culturales?, ¿cuál es el significado social de nuestras instituciones de castigo? Estas preguntas pretenden alcanzar una comprensión más cabal del papel social que tiene la punición, evitando caracterizar al campo penal como un mero instrumento de control y poder. Aquí el acercamiento a la problemática general del castigo debe ser plural y multidimensional, reuniendo las distintas posturas que han sido presentadas de manera fragmentada[30].

Por nuestra parte, nos interesa especialmente pasar del significado social al significado *judicial* del castigo, indagando en los rasgos más salientes de este último. Desde luego que sería difícil comprender el significado *judicial* sin recurrir al significado social del castigo, sin embargo, nuestra prioridad será aquello que perciben y evalúan los operadores jurídicos acerca de la penalidad. Más específicamente, cómo -en el marco de sus funciones- los integrantes de la justicia penal transforman en *judicial* el problema social del castigo.

3.1 Un problema de clase. Una de estas *traducciones* judiciales parece hacer mayor hincapié en el papel clasista de la penalidad, en el sentido de que el castigo en la comunidad tiene una relación estrecha con el mantenimiento de las desigualdades sociales, incluso más allá de las declamaciones jurídicas. En este sentido, la población penitenciaria pondría en evidencia las características socioeconómicas de la criminalidad, junto al sesgo jurídico-moral de la penalidad[31].

> **Entrevista 13:** "Los hechos se castigan en nuestra sociedad porque por un lado es una manera de excluir y segregar y, por otro, porque hasta ahora no existieron en la mayoría de las sociedades actuales políticas criminales que ponga su foco en el trinomio daño-responsabilidad individual-reparación; antes que en el trinomio delito-responsabilidad jurídico penal-pena que es en dónde sí eligen y reeligen ponerlo".

> **Entrevista 1:** "Entiendo que, en los hechos, se castiga como un modo de mantener un modelo económico vigente a través del control social. Porque el

[29] HARCOURT, B. Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (una polémica y un manifiesto para el siglo XXI). *Derecho Penal y Criminología*. 31, 90 (1), p. 111

[30] GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 2006

[31] FASSIN, D. *Punir. Une passion contemporaine*, Seuil, Paris, 2017

> castigo tiene funcionalidad con los órdenes económicos y políticos. El castigo es un mero acto de poder judicializado, si es que te referís al castigo oficial, que sostiene un orden económico determinado".
>
> **Entrevista 7:** "En nuestra sociedad se castiga primordialmente el delito de bagatela, todo lo que hace a la inseguridad ciudadana de primer nivel. Los Delitos de guante blanco, especialmente los de corrupción pública y privada vinculado con el uso de dineros públicos se castigan en muy baja escala. Al poder le conviene mantener entretenidos a las fuerzas de seguridad y al Ministerio Público Fiscal en delitos bagatelares que comprometen la seguridad básica".

Desde luego que no se trata de explicaciones elaboradas meticulosamente, sea desde un punto de vista histórico o sociológico, sin embargo, más allá de las disparidades en las narrativas y giros expresivos, estas interpretaciones de los actores judiciales tienen la misma pretensión de persuasión que los abordajes eruditos, y basan esta pretensión en diferentes análisis que buscan algún tipo de legitimidad[32]. Aún con matices entre sí, estos testimonios señalan que la punición, y por ende el trabajo de la justicia penal, debe pensársela como una herramienta que privilegia los intereses de aquellos sectores con mayor poder o capacidad de injerencia. Supuestos como que el castigo sirve para excluir y segregar, o que en nuestra sociedad se castiga primordialmente el delito de bagatela que hace a la inseguridad ciudadana de primer nivel, parecen provenir de tradiciones que van desde la economía política del castigo[33] hasta el delito de cuello blanco y la teoría de la asociación diferencial[34], las cuales hacen hincapié en que el castigo de los ilícitos es la consecución de determinadas formas de selectividad, y más aún, de la profundización de las asimetrías sociales. En palabras de Fassin[35], existe una perdurable desigualdad social que queda invisibilizada por el modo en el que se la interpreta en el terreno judicial, y es así como el *castigo se logra transformar en un mero acto de poder judicializado* que sostiene un orden económico determinado.

3.2 La vigencia de la venganza. Un segundo grupo de actores judiciales parecen considerar a la venganza como el motor del castigo en perspectiva social, tesis que tiene un largo recorrido en las investigaciones sobre el papel que ostenta la penalidad en tanto factor de cohesión social. Más allá que las manifestaciones viscerales de represalia en la persecución de quienes cometen delitos han sido reemplazadas por métodos aparentemente neutrales y eficientes, autores como Durkheim afirman que "La pena ha seguido, pues, siendo para nosotros lo que era para nuestros padres. Es todavía un acto de venganza puesto que es un acto de expiación. Lo que nosotros vengamos, lo que el criminal expía, es el ultraje hecho a la moral"[36]. Por lo tanto, lo esencial del castigo está en las reacciones que genera, más que en las formas en las que se aplica.

---

[32] BOLTANSKI, L. *El amor y la justicia como competencias*, Amorrortu, Bs. As., 2000
[33] RUSCHE, G. Y KIRCHHEIMER, O. *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984
[34] SUTHERLAND, E. *El delito de cuello blanco*, La Piqueta, Madrid, 1999
[35] FASSIN, D. *Punir. Une passion contemporaine*, Seuil, Paris, 2017, p. 191
[36] DURKHEIM, E. *La división del trabajo social*, Libertador, Bs. As., 2004, P. 70

> **Entrevista 8:** "Considero que en líneas generales se castiga para transmitir un mensaje al resto de la población, antes que al castigado. El mensaje de demostración de estar siendo "duro con el delito", se apoya en sentimientos retributivos, y en menor medida neutralizantes. Creo que los sentimientos vengativos, algo primitivos, son motivaciones para el castigo mucho más sinceras que las construidas académica y socialmente luego, más allá de que uno las comparta o no".
>
> **Entrevista 14:** "Nuestra sociedad castiga por deseo de venganza. En los últimos años la venganza tiene preeminencia sobre la justicia y varias políticas públicas lo exacerban, por ejemplo, al permitir a la víctima intervenir durante la ejecución de la pena. Cuando la víctima de un delito penal obtiene una sentencia de condena del autor de un hecho, ya tuvo la satisfacción de su interés primordial. Si el condenado se resocializa o no, y si se utilizan los instrumentos que las leyes de ejecución prevén para esa finalidad, ello ya no es incumbencia de la víctima".
>
> **Entrevista 17:** "La referencia hacia lo fáctico me lleva a decir con pesar que nuestra sociedad elige el castigo como forma de venganza. No considera que aquellos que delinquen tengan diversos problemas que podrían ser tratados tanto en contexto de encierro como en libertad con políticas públicas inclusivas en todos los ámbitos: educación, salud, trabajo, etc. que no sólo beneficia a la sociedad sino a la persona".

Sin dudas que la definición de venganza no parece ser la misma en estos testimonios, pero lo interesante es que, de alguna u otra manera, los actores judiciales que agrupamos aquí necesitan nombrarla para caracterizar el problema, sea *como forma de transmitir un mensaje al resto de la población*, sea *como una forma de ofrecerle mayor protagonismo a la víctima*, sea *como forma de considerar a quienes delinquen sujetos que no merecen políticas públicas inclusivas*. El punto fundamental es que se trata de planteos que parecen sugerir, tal como lo ha sostenido Durkheim hace más de un siglo, que lo que se ha ido modificando es el modo en que comprendemos al castigo, no lo que el castigo realmente es.

> "La naturaleza de una práctica no cambia necesariamente porque las intenciones conscientes de aquellos que la aplican se modifiquen […]. Como prueba del papel que continúa desempeñando la venganza en el castigo en la época moderna menciona [Durkheim] nuestra continua preocupación por la retribución, de manera que el castigo quede a la altura del delito, así como por el "lenguaje de los tribunales", que sigue manifestando una fuerte preocupación por la denuncia del público[37].

Como consecuencia, para este enfoque las transformaciones que las instituciones penales han experimentado en los últimos siglos -más cercanas a fines utilitarios, racionales y no emotivos- deben relativizarse puesto que la venganza sigue siendo el eje central del castigo. En definitiva, hay integrantes de la justicia penal que parecen adherir a la idea de que el germen inicial del castigo hay que

[37] GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 2006, p. 48-9

buscarlo, no tanto en las técnicas con las que se lo aplica, sino en el sentimiento de tipo vengativo que anima.

3.3 Los umbrales de tolerancia. Hasta aquí, las dos perspectivas que ofrecimos de los actores judiciales podrían ser ubicadas en el primer conjunto de interrogantes sugeridos por Harcourt[38], el cual admitiría resumirse en la pregunta: ¿cómo han contribuido nuestras prácticas respecto del castigo para dar forma a nuestras creencias acerca del mismo? La segunda serie de interrogantes que señala BH es la que problematiza sobre lo que el castigo "nos dice *sobre* nosotros mismos: ¿Qué nos dicen nuestras prácticas punitivas sobre *nuestros* valores culturales? ¿Cuál es el significado social de nuestras instituciones de castigo?" Sin querer *forzar* los testimonios de los actores judiciales para que se ajusten a los enfoques teóricos escogidos[39], sí podemos señalar que hay otros integrantes de la justicia penal que aluden a distintos elementos que, en términos amplios, podríamos incluir en una mirada cultural del castigo. Esta última sostiene que "algunos valores y compromisos entran en el proceso penal y se incorporan a él y, de manera más amplia, influyen las mentalidades y sensibilidades culturales en las instituciones penales"[40]. De allí que la cultura esté directamente vinculada a los estilos de vida comunes y a las prácticas sociales situadas, configurando determinados estándares respecto del castigo.

> **Entrevista 5:** "Me parece importante resaltar el aspecto cultural del castigo. Podemos mencionar los aspectos sobre control social, cómo impacta sobre diferentes grupos de personas y determinados espacios, pero creo que siempre es importante tener presente el aspecto cultural del castigo, que puede explicar algunas mutaciones en períodos cortos de tiempo".
>
> **Entrevista 18:** "Creo que hay una fuerte presencia de la prohibición y la necesidad de castigo. Tenemos la idea de castigo bajo la piel. No sé si por cuestiones religiosas, históricas, o las que fuere, pero el castigo es parte de nuestra forma de entender cómo nos relacionamos. Hay otras sociedades en las que son muy fuertes las ideas de comunidad, diálogo, perdón, y por lo tanto aparecen otras formas de resolver los conflictos".
>
> **Entrevista 2:** "Porque estamos atravesados por la violencia. Porque estamos acostumbrados a resolver los conflictos de manera violenta. Porque pensamos que el castigo estatal en prisiones existió desde siempre. Porque, en definitiva, pensamos que es necesario, y no hacemos esfuerzos por pensar alternativas menos violentas y constructivas para solucionar conflictos. Aun los más graves. Lo mamamos desde pequeños, en la familia, en los colegios, etcétera. Supongo que se debe a la confianza que arrastramos culturalmente en la pena como elemento de control social, como herramienta concreta para sostener una vida social pacífica".

---

[38] HARCOURT, B. Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (una polémica y un manifiesto para el siglo XXI). *Derecho Penal y Criminología*. 31, 90 (1)

[39] LATOUR, B. *Reensamblar lo social*, Manantial, Bs. As., 2008

[40] GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 2006, p. 227

Siguiendo estos testimonios, podríamos insinuar que para un sector de personas que trabajan en la justicia penal, la "cultura" tiene claros puntos de contacto con el fenómeno penal: tanto los modos de conocimiento como los factores de la emoción o la sensibilidad, deben ser tenidos en cuenta para una comprensión acabada de lo que significa el castigo. El argumento de que tenemos *la idea de castigo bajo la piel, sea por cuestiones religiosas, históricas, y que nos permite entender cómo nos relacionamos*, permite interpretar que las intensidades de la pena, junto a los medios y las formas con las que se aplica, están influidos por la utilidad, pero también por variables afectivas. O lo que es lo mismo, que las razones que vuelve aceptable una medida de castigo están definidas, en gran medida, por una serie de pautas culturales. Es a partir de esta concepción que el castigo deviene necesario, y *no hacemos esfuerzos por pensar alternativas menos violentas y constructivas para solucionar conflictos*. La cultura, por lo tanto, es aquello que consolida los esquemas a partir de los cuales las sanciones penales deben respetar ciertos umbrales de tolerancia, fuera de los cuales se convierten en inaceptables.

3.4 Los significados *judiciales* del castigo. Sin dudas que estos tres itinerarios no agotan las percepciones de los integrantes de la justicia penal sobre las causas sociales del castigo, pero sí ayudan a delimitar los grandes pilares a partir de los cuales construyen dichas percepciones.

¿Por qué consideramos importante tener algún tipo de acercamiento a lo que piensan los actores judiciales respecto de las causas sociales del castigo? Porque junto al pasado que han incorporado como integrantes de la justicia penal, y aquello que les exige el contexto presente[41], puede ayudarnos a entender por qué deciden lo que deciden. Las expectativas que ellos mismos creen que tiene la sociedad sobre su trabajo, puede incidir en los criterios a partir de los cuales terminen resolviendo causas. Desde luego que las decisiones de los integrantes de la justicia no se derivan exclusivamente de sus posturas sobre las razones sociales del castigo, pero sí permiten analizarlas con mejor información. O lo que es lo mismo, contribuyen a pensar mejor cómo es que opera la traducción de las mencionadas razones sociales a los significados *judiciales* del castigo.

Conclusión

Con este trabajo procuramos avanzar en lo que podría definirse como el significado *judicial* del castigo en la República Argentina, y lo hicimos, en primer lugar, presentando dos imágenes acerca del castigo, o, más estrictamente, acerca de a quienes estamos castigado. Dejamos en claro que no son imágenes que rivalicen entre sí, dado que no tienen los mismos presupuestos, ni tampoco objetivos análogos. Castigar al prójimo buscaría contestar preguntas como: ¿a quién y de qué forma pretendemos castigar? ¿qué nos dice el castigo sobre nosotros en tanto comunidad? En cambio, castigar al enemigo se apoya en otros interrogantes: ¿a quién estamos castigando realmente? ¿Cuál es la verdadera función del castigo en un orden social como el nuestro? En definitiva, castigar al prójimo supone darle una orientación normativa y comunicativa al control social, y fortalecer los beneficios de un estilo "parsimonioso" de utilizarlo. Castigar al enemigo se orienta, en lo

[41] LAHIRE, B. Mundo plural: ¿por qué los individuos hacen lo que hacen? *Revista Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales, 7 (2)*

fundamental, a describir y explicar la puesta en práctica de ese mismo control social junto a las consecuencias adversas de aplicarlo como se aplica.

Al ingresar al ámbito judicial, no fue fácil advertir debates acerca de si se castiga al prójimo o al enemigo. En concreto, el castigo se llama pena, y de manera ideal, el *derecho* de penar debería servir como *limité* al ejercicio inapropiado del castigo. Y es aquí donde cobran relevancia las teorías de la pena, las cuales agrupan una serie de justificaciones acerca de por qué es válido ocasionar dolor premeditadamente por parte del Estado.

Según los mismos actores judiciales, una de las posturas que genera más adhesión es la de las teorías mixtas o de la unión, las cuales justifican la pena procurando armonizar los propósitos que refieren las distintas teorías vigentes, para rescatar las ventajas que cada una de las mismas pueda brindar. O, dicho con otras palabras, para las teorías mixtas la pena será legítima en la medida que sea a la vez justa y útil. En definitiva, se trata de actores judiciales que, al menos en cierto aspecto, consideran que el castigo estatal tiene elementos positivos, sea para la comunidad, sea para la víctima, sea para la persona condenada.

Un segundo grupo de operadores jurídicos, parten de una mirada negativa o agnóstica en torno a la pena: esta última considera que tanto las teorías retributivas como las utilitaristas -las teorías positivas, en concreto- resultan falsas porque son expresadas ignorando los datos de la vida real. Como consecuencia, dado que según esta postura no se está en condiciones de conocer verdaderamente para qué sirve el castigo del Estado, lo que hay que ofrecer es una mirada cautelosa y agnóstica acerca del tema.

Por último, están quienes se consideran ajenos a una postura específica sobre la pena. Ya sea porque no tenga efectos concretos, ya sea porque no existan fundamentos válidos, ya sea porque no logran justificar acabadamente su aplicación, hay un tercer grupo de operadores jurídicos que aseveran no contar con un repertorio de argumentos que los coloque en algún enfoque tradicional sobre el castigo. A raíz de esto, dichos integrantes de la justicia penal se muestran desinteresados frente a las teorías de la pena, en una situación de *ataraxia punitiva* que les ocasiona indiferencia respecto de por qué el Estado necesita legitimar el acto de castigar.

También dijimos que una de las cuestiones significativas que surge de los testimonios de los actores judiciales es que el ideal rehabilitador tiene escasa preponderancia en sus representaciones. Si bien no podemos calificar de llamativa esta situación, dado que el enfoque correccional hace tiempo que está en declive, resulta importante porque, entre otras cosas, evidencia la intrincada relación que surge entre la justificación de la pena y la legislación sobre la ejecución de la pena la cual, aún hoy, se sigue apoyando en un proyecto normalizador asociado al ideal rehabilitador.

Luego señalamos la importancia de conocer qué piensan los actores judiciales acerca de por qué castiga concretamente la sociedad, es decir, cómo -en el marco de sus funciones- los integrantes de la justicia penal transforman en *judicial* el problema social del castigo. Una de estas *traducciones* judiciales hace referencia al papel clasista de la penalidad, es decir, que el castigo en la comunidad tiene una relación directa con el mantenimiento de las asimetrías sociales, inclusive más allá de los discursos jurídicos. Esto supone que hay una persistente desigualdad social que se invisibiliza en el terreno judicial, y es así como el castigo se transforma en *un mero acto de poder judicializado que sostiene un orden económico determinado*.

Otro grupo de actores judiciales consideran a la venganza como el factor decisivo para entender el papel social del castigo, postura que tiene una larga

tradición en las investigaciones sobre la función que cumple la penalidad como factor de cohesión social. De allí que existen integrantes de la justicia penal que adhieren a la hipótesis según la cual el germen inicial del castigo hay que rastrearlo, no tanto en las técnicas con las que se lo aplica, sino en el sentimiento de tipo vengativo que provoca.

El tercer criterio propuesto por los integrantes de la justicia penal es el que, de manera general, podríamos asociar a una mirada cultural del castigo. Aquí se considera que ciertos valores y convicciones son relevantes en el proceso penal, incorporándose en él a partir de las mentalidades y sensibilidades sedimentadas en las instituciones penales. En otros términos, es la cultura la que configura los esquemas a partir de los cuales las sanciones penales deben ajustarse a ciertos niveles de tolerancia, más allá de los cuales se vuelven inadmisibles.

Para finalizar, ¿cuál es la relevancia de conocer lo que piensan los actores judiciales, tanto sobre las teorías de la pena como acerca de las causas sociales del castigo? Porque permite analizar con más herramientas las decisiones que toman: tanto las convicciones sobre las justificaciones de la pena como las expectativas sobre las causas concretas por las que se castiga en la sociedad, incidan en los parámetros a partir de los cuales los actores judiciales terminan resolviendo causas penales específicas. En definitiva, todo esto nos ayuda a pensar más claramente cómo es que opera la traducción de las mencionadas razones teóricas y sociales sobre el castigo a sus significados judiciales.

Bibliografía

ALLEN, F. *The Decline of the Rehabilitative Ideal. Penal Policy and Social Purpose*, Yale University Press, New Haven and London, 1981

BOLTANSKI, L. *El amor y la justicia como competencias*, Amorrortu, Bs. As., 2000

BOLTANSKI, L. y THÉVENOT, L. *The Sociology of Critical Capacity*, European Journal of Social Theory, London, 1999

BOURDIEU, P. *Razones prácticas*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1997

CHRISTIE, N. *Suitable enemies*, en H. Bianchi, *Abolition*, Free University Press, Ámsterdam, 1980

CHRISTIE, N. *La industria del control del delito*, Del Puerto, Bs. As., 1993

CHRISTIE, N. *Los límites del dolor*, FCE, Bs. As., 2001

CHRISTIE, N. *Una sensata cantidad de delitos*, Del Puerto, Bs. As., 2004

DUFF, A. *Punishment, Communication and Community*, Oxford University Press, Oxford, 1996

DURKHEIM, E. *La división del trabajo social*, Libertador, Bs. As., 2004

FASSIN, D. *Punir. Une passion contemporaine*, Seuil, Paris, 2017

GARGARELLA, R. *El reproche en una sociedad de iguales* en Sociología de la justicia penal, Ediar, Bs. As., 2017

GARLAND, D. *The culture of control*, Oxford University Press, Oxford, 2001

GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 2006

GAUNA ALSINA, F., Detrás del castigo. Primeras aproximaciones a la relación de la justicia penal con la prisión. *Derecho Y Ciencias Sociales*, *1*(17), 44-69, 2017

HARCOURT, B. Meditaciones postmodernas sobre el castigo: acerca de los límites de la razón y de las virtudes de la aleatoriedad (una polémica y un manifiesto para el siglo XXI). *Derecho Penal y Criminología*. 31, 90 (1), 17-54.

JAKOBS, G. Derecho penal del ciudadano y Derecho penal del enemigo, en: G. JAKOBS, M. CANCIO MEUÁ, *Derecho Penal del Enemigo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 19-56.

KOSTENWEIN, E. *Temblores criminológicos*, Astrea, Bs. As., 2019

LAHIRE, B. Mundo plural: ¿por qué los individuos hacen lo que hacen? *Revista Latinoamericana de Metodología de las Ciencias Sociales, 7 (2)*

LATOUR, B. *Reensamblar lo social*, Manantial, Bs. As., 2008

MEAD, H. *La psicología de la justicia punitiva*, en Revista Delito y sociedad, Año 10, Número 9-10, 1997

MEINI I. *La pena: función y presupuestos*. Derecho PUCP, (71), 2013, 141-167.

PAVARINI, M. *Castigar al enemigo*, FLACSO, Quito, 2009

ROXIN, C.

RUSCHE, G. Y KIRCHHEIMER, O. *Pena y estructura social*, Temis, Bogotá, 1984

SANCINETTI, M. *Las teorías de la pena en el pensamiento penal contemporáneo***,** Conferencia dictada en el marco del II Simposio Internacional de Ciencias Jurídicas, Universidad del Norte, Asunción, 2015.

SOZZO, M. *Populismo punitivo, proyecto normalizador y ´prisión depósito´ en Argentina*, en Nueva Doctrina Penal, Del Puerto, Bs. As., 2007

SUTHERLAND, E. *El delito de cuello blanco*, La Piqueta, Madrid, 1999

WACQUANT, L. *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Bs. As., 2004

WACQUANT, L. *Castigar a los pobres*, Gedisa, Barcelona, 2010

ZAFFARONI, R. *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Bs. As., 2002

ZAFFARONI, R. *El enemigo del derecho penal*, Ediar, Bs. As., 2006

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 349-371
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O papel das forças extraparlamentares no processo de criação do direito: o juiz, o ativismo e a democracia

The role of extra-parliamentary forces in the creating law process: the judge, activism and democracy

Patrícia Spagnolo Parise Costa[1]
José Rodrigo Rodriguez[2]
Universidade de Rio Verde (Brasil)

Sumário: 1. Introdução. 2. Montesquieu e a separação dos poderes. 2.1 A Teoria de Montesquieu no pensamento de Franz Neumann. 3 A atividade interpretativa do juiz: reflexões sobre judicialização e ativismo judicial. 3.1 Ativismo judicial e zona de autarquia. 3.2 Ativismo judicial, segurança jurídica e democracia. 4.Considerações finais. Referências.

Resumo: A ideia de ativismo judicial foi construída sobre a tradicional teoria da separação de poderes de Montesquieu, em que um Poder Judiciário proativo denotaria lesão ao Estado Democrático de Direito, por interferência na atuação dos poderes políticos. Neste âmbito, emergiram os seguintes questionamentos: como o ativismo judicial poderia ser pensado a partir de um arranjo desnaturalizado de separação de poderes? Poderiam os juízes atuarem na criação do Direito na condição definida por Franz Neumann como força extraparlamentar de mudança social? Quais seriam os limites para tal? A partir de tais perguntas, objetivou-se demonstrar os equívocos de Montesquieu e a possível viabilidade de os juízes atuarem no processo de mudança social, por meio da criação do Direito. Ademais, pretendeu-se comparar as figuras do ativismo judicial e da zona de autarquia. Para tanto, valeu-se da pesquisa bibliográfica e do método dedutivo. Concluiu-se que o ativismo pode ser pensado em termos frutíferos, desde que instrumentos de democratização aptos a propiciar o diálogo entre o Judiciário e o povo sejam fortalecidos, de forma a legitimar as decisões judiciais, evitando a ocorrência de zonas de autarquia. Desta forma, os juízes estariam aptos a figurarem no processo criador do direito, como agentes de representação extraparlamentar.

Palavras chave: Franz Neumann. Separação dos Poderes. Ativismo. Democracia. Representação extraparlamentar.

Abstract: The idea of judicial activism was built on Montesquieu's traditional theory of separation of powers, in which a proactive Judiciary would denote injury to the Democratic Rule of Law, due to interference in the performance of political powers. In this context, the following questions emerged: how could judicial activism be thought from a denaturalized arrangement of separation of powers? Could the judges act as a law creator in the condition defined by Franz Neumann as an extra-

[1] Professora de Direito Constitucional na Universidade de Rio Verde - UNIRV/GO. Doutoranda em Direito na Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS/RS. Mestre em Direito pela Universidade de Ribeirão Preto – UNAERP/SP. E-mail: ps.parise@hotmail.com.
[2] Professor da Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS/RS (Graduação, Mestrado e Doutorado) e Pesquisador do CEBRAP/SP. E-mail: jrodrigorodriguez@gmail.com.

Recibido: 05/03/2020
Aceptado: 02/06/2020

parliamentary force for social change? What would be the limits for this? From these questions, the objective was to demonstrate Montesquieu's mistakes and the viability of the judges' participation in social change process, through the creation of Law. Furthermore, the study intendeds to compare the figures of judicial activism and the autarchy zone. For this, it was used bibliographic research and the deductive method. It was concluded that activism can be thought positivily, as long as democratization instruments are able to promote the dialogue between the Judiciary and the people are strengthened, in order to legitimize judicial decisions, avoiding the occurrence of autarchy zones. So, the judges would be able to appear in the process that creates the law, as extra-parliamentary representation agents.

Keywords: Franz Neumann. Separation of Powers. Activism. Democracy. Extra-parliamentary representation.

1. INTRODUÇÃO

O Judiciário brasileiro tem se investido no papel de protagonista em meio a um expressivo cenário de instabilidade dos poderes políticos. A intensa judicialização da política e das relações sociais, consequência de uma atuação possivelmente insuficiente do Legislativo e do Executivo, especialmente quanto à efetivação de direitos sociais, aliada à crescente pluralidade e complexidade da sociedade, tem acarretado práticas judiciais que, segundo boa parte da comunidade jurídica, é ativista e, portanto, lesiva ao Estado Democrático de Direito, por violar o princípio da separação de poderes. Chama atenção, em especial, a atuação do Supremo Tribunal Federal, enquanto guardião da Constituição.

Contudo, o chamado ativismo judicial parece estar assentado em uma visão tradicional da teoria da separação de poderes. A teoria de Montesquieu foi criada em um cenário político e jurídico muito diferente do atual.

Veja-se que para os teóricos críticos do Direitoa tradicional teoria da separação dos poderes já não consegue ser suficiente para trazer soluções aos problemas jurídicos contemporâneos. Isso porque essa ideia naturalizada obsta aparticipação das forças extraparlamentares (juízes, por exemplo) no processo de criação do Direito.

Neste contexto, é possível que a partir de outro paradigma de separação de poderes, o próprio ativismo judicial venha a ser pensado em outra perspectiva, inclusive à luz do direito autárquico.

Assim, oestudo toma como ponto de partida as críticas de Franz Neumann à teoria da separação de poderes de Montesquieu, produzidas em sua obra intitulada: Estado Democrático e Estado Autoritário (1969).

Para o autor, a conhecida fórmula tripartite não é capaz de oferecer o aporte necessário para atender à dinâmica dos movimentos sociais e aprimorar a concretização dos direitos condizentes com os ideais de liberdade e igualdade, uma vez que sempre pugnou pela proeminência do poder legislativo, levando ao pensamento de que as mudanças sociais só poderiam ser atingidas por meio de leis promulgadas pelo Parlamento, cenário no qual aos órgãos administrativos e os juízes só restaria a atribuição de aplicar as leis, negando às forças extraparlamentares a capacidade de criação do Direito.

Em alinhamento com as ideias de Neumann, advém a constatação de que o mundo atual se encontra em profunda crise de representação democrática, levando à visão de que o sufrágio universal não é o mais importante para se definir uma sociedade democrática, em meio a uma sociedade que, progressivamente, vem perdendo a confiança nos políticos.

E neste aspecto, a constatação de Neumann acerca da possibilidade de que forças extraparlamentares (administradores e juízes) operem na criação do Direito,

fora do *lócus* da representação do Parlamento, vem se fortalecendo nos estudos de diversos autores contemporâneos[3], abordados no decorrer deste artigo.

Pois bem, é neste cenário que se colocam os seguintes questionamentos: tomando a teoria de Franz Neumann como ponto de partida e alinhando-a com as doutrinas contemporâneas que tratam sobre representação e democracia, é possível, em um novo paradigma de separação de poderes, que os juízes assumam o papel de criadores da lei e de transformação social, na condição de agentes de representação extraparlamentar? Quais são os limites a esse papel? Como o ativismo judicial pode ser pensado nesse paradigma?

Objetiva-se, portanto, diante da atual crise de representação democrática, analisar a relação estabelecida por Neumann entre Direito e democracia, considerando suas críticas ao modelo tradicional de separação de poderes de Montesquieu,para então avaliar as convergências de sua obra com as ideias de autores contemporâneos sobre o papel dos juízes no processo de mudança social, em um cenário em que as forças extraparlamentares vêm tomando espaço na busca do aprimoramento da democracia.

Vale pontuar que os textos de Neumann permanecem atuais e oferecem elementos significativos para a Teoria Crítica do Direito, e servem de parâmetro para realizar reflexões a partir da observação empírica da atuação dos juízes na contemporaneidade, no Brasil e em outros países do mundo, em meio à reconhecida indeterminação do Direito, que leva a diversas críticas à atuação judicial, tidas como ativistas.

Eis, então, a importância deste estudo, que ainda hoje suscita discussões em nome de uma atuação legítima do Poder Judiciário, mormente do Supremo Tribunal Federal, de forma a preservar os preceitos do Estado Democrático de Direito e aprimorar as práticas democráticas. Ademais, há de se lembrar que as decisões em âmbito de jurisdição constitucional têm um impacto em toda a sociedade e no próprio direito brasileiro.

Para a realização da pesquisa o método de abordagem utilizado é o dedutivo, considerando que o estudo parte da compreensão das regras gerais que permeiam as nuanças do tema, para, então, envolver as particularidades que se apoiarão na teoria de base proposta.

Quanto ao procedimento, vale-se do método histórico para que seja abordado o percurso de formação das ideias e críticas de Franz Neumann, em especial sobre a teoria tradicional de separação de poderes, chegando à análise de teorias contemporâneas que versam sobre o tema, inclusive no que se refere à própria ideia de ativismo judicial.

Por fim, a técnica de pesquisa escolhida é a de documentação indireta, mais especificamente, a pesquisa bibliográfica, abrangendo as fontes sobre a temática estudada.

[3] Autores como Gurza Lavalle, Houtzager e Castello entendem que há um espaço, na contemporaneidade, para se vislumbrar a existência de agentes de representação extraparlamentar. Contudo, apontam somente para a existência de estruturas administrativas vinculadas ao Poder Executivo, como os Conselhos Gestores Municipais. (GURZA LAVALLE, A.; HOUTZAGER, P.; CASTELLO, G. “Democracia, pluralização da representação e sociedade civil”, *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006). Ademais, José Rodrigo Rodriguez tem trabalhado com a ideia de um novo desenho para as instituições, de forma a aperfeiçoar a prática democrática e atingir o ideal de uma Teoria Crítica do Direito, de fato, emancipatória. (RODRIGO RODRIGUEZ, J.*Direito das lutas*: democracia, diversidade, multinormatividade, LiberArs, São Paulo,2019).

2 MONTESQUIEU E A SEPARAÇÃO DOS PODERES

Para a melhor compreensão sobre o tema, é essencial uma breve passagem sobre a teoria da separação dos poderes na perspectiva de Montesquieu. Vale ressaltar que a origem dessa doutrina, comumente atribuída ao autor francês, na verdade, remonta a Antiguidade Clássica, com a ideia de constituição mista. Contudo, em razão da extensão do tema, não seria possível trazer o estado da arte sobre a separação dos poderes no espaço deste artigo.

Apesar de Montesquieu não ter sido o inventor da teoria, no continente europeu prevaleceu a ideia de que a história da fórmula tripartite teria começado com ele, e não, diretamente, da tradição e da constituição inglesa. Em razão disso,surgiram muitas controvérsias em torno da teoria, levando a tomada de diferentes acepções sobre a mesma, muito díspares e até mesmo, contraditórias.[4]

O fato é que coube a Montesquieu sistematizar a teoria a partir de uma visão própria, espelhada na Constituição inglesa da época, ou ao que ele idealizava que seria uma constituição. Em sua obra Do Espírito das Leis, de 1748, uma de suas grandes contribuições foi a adoção de um conceito científico de lei no âmbito das ciências humanas, rompendo com a tradicional submissão da política à teologia.

Era seu objeto de investigação a maneira como as instituições políticas funcionavam, e como o poder se distribuía na sociedade, entre os diferentes grupos e classes da população.

Afórmula de Montesquieu não se limitou a discernir os poderes através de uma distinção abstrata e racional das funções, ao contrário, se preocupou em separar o exercício de determinadas funções entre titulares distintos, aspecto que diferenciou sua teoria de outros autores que trataram sobre o tema, a exemplo de John Locke.Também é mérito de Montesquieu uma teoria de Estado ideal, em que a separação de poderes caberia de forma universal.[5]É por isso que as formas de governo são aspectos de relevância no seu texto:

> Existem três espécies de governos: o republicano, o monárquico e o despótico. [...] o governo republicano é aquele no qual o povo em seu conjunto, ou apenas uma parte do povo, possui o poder soberano; o monárquico, aquele onde um só governa, mas através de leis fixas e estabelecidas; ao passo que, no despótico, um só, sem lei e sem regra, impõe tudo por força de sua vontade e de seus caprichos.[6]

Outro aspecto que se deve pontuar é que a sua ideia de liberdade era proximamente ligada à de legalidade. Por isso, a separação dos poderes na sua concepção decorria de uma variação da versão *rule of law* que, “negando valor à liberdade natural, reporta a liberdade própria do homem à lei”.[7]

Ademais, a sua separação de poderes de Montesquieu era dirigida à liberdade das autoridades públicas e suas relações, de forma que cada uma delas pudesse exercer sua atribuição de poder. Isso em uma estrutura em que não houvesse

---

[4] Neste particular, vale lembrar que a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu tinha fulcro nos ideais do Estado Liberal. Os defensores da República, por outro lado, influenciados por Rousseau, entendiam que o poder, cujo titular era o povo – Soberano – era uno, portanto, indivisível. A teoria de Rousseau, certamente, implicou em uma visão distinta da teoria de Montesquieu e acabou por fortalecer, ainda mais, a ideia de supremacia do Parlamento.

[5] CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Tradução de José Lión Depetre, 2. ed. México, FCE, 1988.

[6] MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Gabriela de Andrada Dias Barbosa, Rio de Janeiro, Ediouro. [s.d]. (Coleção Universidade de Bolso), p.45.

[7] PIRRAÇA, N. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo das suas origens e evolução, Coimbra Editora, 1989, p. 90.

superioridade de uma esfera de poder sobre a outra, pois somente assim, existiria limitação entre elas.[8]

E a partir desses pontos basilares, Montesquieu[9] construiu sua fórmula tripartite de separação de poderes:

> Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem do direito das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do direito civil. Com o primeiro, o príncipe ou magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige e anula aquelas que foram feitas. Com o segundo, ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes, ou julga as querelas entre os particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado.

Montesquieu acreditava que, para prevenir a tirania, haveria a necessidade de que a constituição estabelecesse uma separação orgânica-pessoal dos poderes, voltada à criação e à execução das leis reforçando a centralidade da lei enquanto instrumento criador do direito. Neste cenário, defendia a separação entre Legislativo e Executivo:

> Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. [10]

Para Montesquieua função legislativa e a executiva estavam "entre si numa relação de função exclusivamente soberana e criadora (a função legislativa) para função subordinada e estritamente aplicadora (função executiva) ".[11]

Quanto à função judicial[12], Montesquieu[13] também defendia sua separação das outras duas:

> Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor.

Importa ressaltar quea função judicial, na concepção de Montesquieu, reduzia-se à mera subsunção do caso à lei genérica e abstrata. O juiz, portanto, se enquadrava no adjetivo "boca-de-lei". Ademais, o judiciário deveria permanecer separado do legislativo – para que o juiz não agisse como legislador – e do executivo – para que o juiz não tivesse a força de um opressor.

---

[8] CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado.*Tradução de José Lión Depetre, 2. ed. FCE,México, 1988.

[9] MONTESQUIEU. *Do espírito das leis.*Tradução de Cristina Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 167-168.

[10]MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco, São Paulo, Martins Fontes, 2000, p. 169.

[11] PIRRAÇA, N. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo das suas origens e evolução, Coimbra Editora, 1989, p. 95.

[12] Schmitt teceu uma crítica à visão minimalista de atuação do poder judicial de Montesquieu: "*Sobre este tercer poder fomula Montesquieu la opinión misteriosa de que es en alguna manera nulo, em quelque façon nulle*". (SCHMITT, C. *Teoria de la constitucion*. Tradução de Franciso Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado,Madrid,1934, p. 214).

[13] MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Tradução de Cristina Murachco, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 134.

Entretanto, sua teoria se mostrou desconectada com o que viria no futuro. Veja-se. Montesquieu defendia uma atuação diferenciada do Judiciário nas repúblicas, nos governos despóticos e nas monarquias, relacionando o despotismo e a república com a existência de leis simples, leis que não precisam ser interpretadas pelo Poder Judiciário.[14]

Isso porque nos estados republicanos seria da natureza da constituição que os juízes seguissem a letra da lei, pois nesse regime todos os homens deveriam ser tratados como iguais, ao contrário das monarquias, sistema de governo em que o Judiciário teria que se esforçar para julgar sempre da mesma forma, porque as leis seriam mais diversificadas e complexas, sobre a vida, a propriedade e a honra das pessoas.[15]

A partir desta ideia, portanto, caberia ao juiz a simples prática da subsunção no âmbito dos governos republicanos. Montesquieu não previu, contudo, que, nas repúblicas, a pluralidade acarretaria a complexidade de situações que não seriam condizentes com leis simples. Ora, segundo explica Rodrigo Rodriguez, a própria busca por igualdade dos diversos movimentos sociais resultou na criação de uma multiplicidade de leis especiais:

> [...] parece claro que defender hoje a interpretação presa ao texto da lei nos mesmos termos de Montesquieu significaria opor-se a toda a legislação especial dos últimos dois séculos, tendo em vista os "problemas interpretativos que elas provocam; a contar das leis destinadas a regular a situação de pessoas pobres, velhas, jovens e crianças, ainda que em bases estritamente assistencialistas; uma legislação que constitui os primórdios do que se viria a transformar nos estados de bem-estar social do século XX.[16]

A tais argumentos, Sampaio Ferraz Jr.[17] acrescenta que Montesquieu traçou mais um preceito de arte política do que jurídica em sua divisão dos poderes, ou seja, pretendeu estabelecer um princípio para evitar o despotismo real e não para organizar o sistema estatal e distribuir competências. O princípio, portanto, não era destinado à separação dos poderes em si, mas para estabelecer controles recíprocos, lembrando que dos três poderes, o Judiciário era o que menos tinha a ver com força política. Por outro lado, o reconhecia como a mais alta autoridade nos governos constitucionais.

Por fim, sem pretensão de esgotar a análise sobre a sua teoria, não é demais enfatizar que Montesquieu desenvolveu e aprofundou a versão *rule of law* da separação dos poderes, com vistas a garantir a supremacia da lei e impedir o arbítrio. Ele elevou a doutrina da separação dos poderes ao papel de princípio fundamental orientador dos Estados liberais e acabou por contribuir com o fortalecimento da ideia de supremacia do Parlamento sobre os demais poderes. As consequências da ideia de centralidade da lei são debatidas no tópico a seguir.

2.1 A Teoria de Montesquieu no Pensamento de Franz Neumann

Franz Neumann[18]foi um jurista e cientista político alemão que pertenceu à Escola de Frankfurt. Foi um dos primeiros autores a trabalhar o Direito no âmbito da

---

[14]RODRIGO RODRIGUEZ, J. "A desintegração do status quo", *Novos Estudos*, n.96, julho 2013a.

[15]RODRIGO RODRIGUEZ, J. "A desintegração do status quo", *Novos Estudos*, n.96, julho 2013a.

[16]RODRIGO RODRIGUEZ, J.*Como decidem as cortes*: para uma crítica do direito (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 56

[17]SAMPAIO FERRAZ JR., T. *Argumentação Jurídica*, São Paulo, Editora Manole, 2014.

[18] NEUMANN, F. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1969.

Teoria Crítica. Produziu uma vasta obra e dentre elas, toma-se como aporte deste este artigo: Estado Autoritário, Estado Democrático, publicado em 1969.

Neumann voltou-se ao tratamento histórico e sociológico do fenômeno jurídico, em especial, no que se refere ao problema da atuação dos juízes na aplicação da lei, que desde à sua época, suscitava discussões, especialmente no âmbito da teoria da separação dos poderes de Montesquieu.

Neumann foi um forte crítico à fórmula tripartite do autor francês. Suas críticas se desenvolveram, especialmente, em torno do significado da lei geral no sistema jurídico liberal.

Veja-se, desde Locke a ideia de supremacia do poder legislativo, fundada no conceito de lei geral e abstrata, foi fortalecida e amplamente difundida na própria Inglaterra, França, Estados Unidos (com algumas variantes) e mesmo na Alemanha (até meados do século XIX, por influência francesa, a Alemanha incorporou a ideia de lei geral no contexto descrito)[19].

De toda sorte, foi na obra de Montesquieu que se identificou a exigência de que o Estado governasse por meio das leis gerais. E para Neumann o grande problema da teoria de Montesquieu[20], fundada na ideia de centralidade da lei (*rule of law*), é que ela não implicava na igualdade entre os três poderes. De fato, o Legislativo se sobrepunha aos outros dois e era compreendido como única força capaz de criar o Direito.

Assim, ao administrador e ao juiz caberia, somente,a concretização das regras gerais, ou seja, sua aplicação nos casos concretos. Nessa perspectiva, deixar-se-ia de considerar que a administração é instrumento essencial de utilização do poder político com vistas aos interesses sociais.

A função judicial, por sua vez,seria tida como meramente lógica, já que o juiz não passaria de um porta-voz da lei.A título de exemplo, importa mencionar, no contexto da Revolução Francesa, os decretos de 16 e 24 de agosto de 1790, que proibiram aos tribunais qualquer interpretação da lei. Havendo dúvida, o Judiciário deveria recorrer à legislatura. Lembrando que esses decretos foram abolidos em 1828.[21]

Nessa perspectiva, então, Neumann passou a trabalhar nas causas e consequências sociais do que denominou de teoria do domínio absoluto do direito,

---

[19] De acordo com Neumann, "na Alemanha da metade do século XIX, a doutrina constitucional era inteiramente dominada pela distinção mencionada acima, entre leis gerais (materiais) e individuais (formais). Apenas a lei geral constitui o direito. As leis individuais estão em contravenção com o postulado da igualdade. Sob a influência de Paul Laband, a asserção do caráter geral da lei é abandonada. Ele admite que as leis emitidas pelo Parlamento são tipicamente gerais, mas nega que a generalidade seja uma característica essencial da lei, introduzindo, inclusive, outra distinção entre lei formal e lei material. Lei formal – a forma com que a vontade do Estado é declarada, sem consideração de seus conteúdos (ex: a lei formal do orçamento, emitida de acordo com o art. 5º da Constituição de Bismarck – não cria direitos para os indivíduos). Lei material – é a promulgação de uma norma que cria o direito (ordem executiva, como uma ordem policial que regula o tráfico)". (NEUMANN, Franz. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção, Zahar Editores, Rio de Janeiro,1969, p. 48).

[20] Neumann não teceu somente críticas à Montesquieu. Apontou, também, vários aspectos positivos, capazes de estabelecer segurança jurídica: inadmissibilidade de legislação retroativa como consequência lógica do caráter geral do direito; os rígidos requisitos para que cada atividade do Estado que interfira na vida e liberdade deva ser comprovadamente facultativa; a necessidade de precisão nos pronunciamentos legais, assegurando, assim, um máximo de calculabilidade. (NEUMANN, F. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção, Zahar Editores, Rio de Janeiro,1969).

[21] NEUMANN, F. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1969, p. 158.

referindo-se à subordinação dos juízes às leis. De fato, acreditava que o "governo pela lei mostrava tanto a força como a fraqueza da burguesia"[22].Isso significa que a lei era tomada com as funções de: a) obscurecer o domínio da burguesia, b) tornar o sistema econômico calculável e c) garantir um mínimo de liberdade igualdade.

Quanto à primeira função, é preciso lembrar que a burguesia, na Inglaterra e na França, detinha a devida parcela de representação no Parlamento e, assim, legislava em atendimento aos seus próprios interesses, detendo, portanto, o monopólio da mudança social e a função ideológica de mascarar quem eram, de fato, os detentores do poder. O império da lei servia para negar às forças extraparlamentares o poder para criar o direito. Neumann[23] argumentava que:

> A doutrina esconde a disposição das classes dirigentes para abrirem caminho para as reformas sociais, pois a lentidão da engrenagem parlamentar transforma o único meio de mudança legal em um meio destinado a preservar o *status quo* da elite.

No que se refere à segunda função, Neumann acreditava que a supremacia da lei servia a uma pré-condição da competição capitalista, uma vez que era necessário atribuir o devido grau de calculabilidade e confiança no sistema de leis e na administração. A participação da burguesia no controle do orçamento também se fazia presente para atender a tal desiderato.

Neste mesmo contexto, outro aspecto merecedor de observação, segundo o autor, era a necessidade de se propiciar um nível razoável de certeza de cumprimento dos contratos, algo que só poderia ser concretizado por meio de leis gerais que admitissem o mínimo possívelde discrição aos juízes.

A terceira função da lei geral teria um fundamento ético, ou seja, o de garantir um mínimo de liberdade (pessoal e política) e igualdade, preceitos basilares típicos do Estado Liberal. Para Neumann, esses ideais também estariam insculpidos na própria ideia de separação dos poderes.

Pois bem. Em análise a todos esses aspectos, não é difícil concluir que a teoria de Neumann convergiu para o fortalecimento da ideia de que o juiz figuraria como importante agente no processo de criação do direito, de forma que este não permanecesse estagnado e distante das demandas sociais. Neste sentido, era visível a relação que estabelecia entre direito e sociedade, como impulsionadora da mudança social.

Ademais, importa mencionar que o autor defendia, também, um estreito vínculo entre direito e democracia, como garantia do contínuo reconhecimento das esferas de liberdade e igualdade. Isso porque somente por meio de uma democracia institucionalizada, haveria espaço para a livre escolha entre oportunidades iguais, reconhecidas juridicamente.

Veja-se, por fim, que toda a ideia descrita por Neumannencontra aporte em uma visão desnaturalizada de separação de poderes. E as discussões que seguem também são propostas apartir de um paradigma distinto da fórmula de Montesquieu.

2.2 Novos Paradigmas de Separação de Poderes no Direito Contemporâneo

A desnaturalização da fórmula tripartite de Montesquieu vem sendo trabalhada por vários autores no decorrer da história. Neste tópico, pretende-se

---

[22]NEUMANN, F. *O Império do direito*: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. Tradução de Rúrion Soares Melo, Prefácio e Revisão da Tradução: José Rodrigo Rodriguez, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2013, p. 417.

[23] NEUMANN, F. *O Império do direito*: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. Tradução Rúrion Soares Melo, Prefácio e Revisão da Tradução: José Rodrigo Rodriguez, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2013, p. 417.

discorrer sobre a proposta de Bruce Ackerman[24], desenvolvida a partir da premissa de que tradicional divisão de poderes não seria capaz de proteger de forma eficaz os direitos fundamentais, que muitas vezes, seriam tolhidos em nome de interesses políticos de uma elite política.[25]

Ackermanobservou o surgimento, em nível mundial, de novas formas institucionais que não poderiam ser categorizadas como legislativas, judiciais ou executivas. Essas novas formas institucionais serviriam ao chamado sistema de freios e contrapesos. Foi com tal ideia que sugeriu um modelo parlamentarista limitado nos EUA, de forma que o primeiro-ministro ficasse no cargo desde que conseguisse manter o apoio do Parlamento e que o poder deste tivesse como freio e contrapeso diferentes instituições, além da corte constitucional.

A título de ilustração, vale mencionar que o autor sugeriu uma estrutura que tivesse como cerne uma câmara democraticamente eleita com a função de escolher um governo e promulgar leis, contrapesada por um conjunto de poderes específicos. Sob o aspecto da legitimidade democrática, haveria a limitação das decisões por meio de referendos populares em série, respaldadas por um tribunal constitucional.

Do ponto de vista da especialização funcional, haveria um "poder revisor da integridade burocrática", cujo papel seria fiscalizar o governo no que se refere a problemas de corrupção e abusos similares (este poder seria composto por "guardiões constitucionais"). Também haveria um "poder supervisor da democracia", com o objetivo de salvaguardar os direitos de participação de cada cidadão, um "poder de justiça distributiva", com a atribuição de planejar a provisão econômica mínima para os menos favorecidos, e um tribunal constitucional dedicado a proteção dos direitos fundamentais.[26]

A obra de Ackerman serve para mostrar que a estrutura de controles recíprocos não precisa, necessariamente, ser construída em número de três. E que, a cada poder, não são necessárias atribuições exclusivas. Neste sentido, Rodrigo Rodriguez[27] e Urbinati[28] defendem ser possível, na contemporaneidade, construir uma representação democrática (ou *advocacy*, como prefere chamar) acoplando diferentes formatos, distintos da visão hegemônica predominante, ou seja, diferente daquela em que o Parlamento deve ser o cerne da vontade geral.

> O desligamento das atividades de órgãos específicos e a visão da atividade de aplicação e criação normativa como resultado da articulação entre normas processuais e normas de conduta permitem que vejamos o Estado como composto de uma série de órgãos competentes para realizar as três atividades (legislativa, executiva e judiciária), conforme a articulação das normas substantivas e processuais construída especificamente para regular determinado objeto.[29]

Em alinhamento com esse pensamento, talvez seja possível se pensar na atuação do Poder Judiciário como concretizador de direitos, ainda que ele tome para

---

[24] ACKERMAN, B. *La nueva división de poderes*. Tradução de José Manuel Salazar, Fondo de Cultura Economica, México, 2007.

[25] Vale abrir um parêntese para mencionar como exemplo de tal constatação, o presidencialismo de coalizão brasileiro, que se sustenta das barganhas feitas entre os poderes, frequentemente, em detrimento de direitos fundamentais.

[26] ACKERMAN, B. *La nueva división de poderes*. Tradução de José Manuel Salazar, Fondo de Cultura Economica, México, 2007.

[27]RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Como decidem as cortes*: para uma crítica do direito (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b.

[28] URBINATI, N. *Representative democracy*: principles &genealogy, Chicago University Press, Chicago, 2006.

[29]RODRIGO RODRIGUEZ, R. *Fuga do Direito:* um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 137.

si, o encargo de atuar, segundo Roberto Barroso[30] como coparticipe da criação da norma, desde que este processo não se traduza em uma postura personalista do intérprete-julgador.

Aqui, vale abrir um parêntese para abordar o posicionamento do Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso[31], que defende a atuação de uma corte constitucional em três papeis: o contramajoritário, o representativo e o iluminista.

No exercício do contramajoritário, o Supremo Tribunal Federal exerce o controle de constitucionalidade das normas, inclusive podendo invalidar aqueles emanados dos poderes Legislativo e do Executivo. Os fundamentos para isso, de acordo com o autor são: "a) a proteção dos direitos fundamentais; e b) a proteção das regras do jogo democrático e dos canais de participação política de todos".[32]

O papel representativo, segundo o Ministro, precisa ser pensado em um paradigma diferente de separação de poderes, ou seja, a partir do pensamento de que somente aqueles eleitos pelo voto podem atuar como representantes dos interesses da sociedade. Ainda mais, considerando a crise de representação da atualidade, em que se questiona, inclusive, se, de fato, os legisladores representam a vontade popular.[33]E complementa: "não é incomum nem surpreendente que o Judiciário, em certos contextos, seja melhor intérprete do sentimento majoritário".[34]

E ao tratar sobre o papel iluminista das cortes constitucionais, faz referência a uma "razão humanista que conduz o processo civilizatório e empurra a história na direção do progresso social e da liberação de mulheres e homens. [...] a razão iluminista aqui propagada é a do pluralismo e da tolerância [...] de modo a assegurar a dignidade humana e a vida boa para todos".[35]

A princípio, tal pensamento parecer estar alinhado à ideia de que é possível, em uma condição desnaturalizada de separação dos poderes, que o Judiciário e, em particular, as cortes constitucionais possam representar a vontade popular. Contudo, há de se ter cuidado com essa conclusão, pois trata-se de ideia que pode levar à adoção de uma postura personalista, em que o juiz decide de acordo com sua consciência individual, acarretando concentração de poder em suas mãos e deslegitimando sua atuação.

Mas então, como pensar no juiz enquanto um agente de representação extraparlamentar, conforme se propõe neste estudo?

Para responder a essa pergunta, é preciso realizar a análise de dois aspectos. O primeiro versa sobre a questão da crise de representação democrática que não somente o Brasil, mas o mundo enfrenta.

Neste cenário, autores contemporâneos vêm desenvolvendo a ideia de que o sufrágio universal não é o mais importante para se definir uma sociedade

---

[30]ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013.

[31]ROBERTO BARROSO, L. "A razão sem voto", em (VILHENA VIEIRA, O.; GLEZER, R.), *A razão e o voto*: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, São Paulo: FGV, 2017 e ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 8. ed., Saraiva, São Paulo,2019.

[32]ROBERTO BARROSO, L. "A razão sem voto", en VV.AA. (VILHENA VIEIRA, O.; GLEZER, R. coords.), *A razão e o voto*: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, FGV, São Paulo, 2017, p. 48-49.

[33]ROBERTO BARROSO, L. "A razão sem voto", en VV.AA. (VILHENA VIEIRA, O.; GLEZER, R. coords.), *A razão e o voto*: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, FGV, São Paulo, 2017.

[34]ROBERTO BARROSO, L. "A razão sem voto", en VV.AA. (VILHENA VIEIRA, O.; GLEZER, R. coords.). *A razão e o voto*: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, FGV, São Paulo,2017, p. 55.

[35]ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 8. ed. Saraiva, São Paulo, 2019, p. 480.

democrática, em meio a uma sociedade que, progressivamente, vem perdendo a confiança nos políticos.[36]

> O nosso conhecimento sobre a relação entre a reforma da democracia no sentido do seu aprofundamento – e os processos de pluralização dos atores da representação, e de diversificação do lócus onde ela é exercida, encontra-se em uma posição curiosa, por assim dizer.[37]

De fato, é uma posição curiosa. É um momento em que é preciso debater a questão da representatividade democrática em um contexto que, possivelmente, significará o resgate do conceito de democracia, sob uma perspectiva radical, uma nova visão sobre de representação e uma quebra do paradigma da tradicional teoria da separação de poderes.

Lembrando que democracia e representação são coisas diferentes. Democracia, de fato, conforme entende Manin[38], era a grega - direta. A representação adveio da necessidade de se organizar politicamente as sociedades que se tornavam cada vez mais numerosas e complexas. E a chamada "democracia representativa" foi ganhando expressividade e hoje é estudada a partir de novos contornos, de maneira a se tornar "mais democrática".

A este respeito, Urbinati[39] entende que a democracia representativa é um modelo mais interessante do que a democracia direta, porque esta seria inviável em virtude do tamanho e do número de habitantes dos Estados contemporâneos. Pontua que, neste modelo, ao menos teoricamente, a existência de partidos e de associações na democracia representativa, simboliza que os indivíduos reunidos em assembleia se encontram ali para honrar seu compromisso com outros cidadãos, e não, para atuarem em favor dos seus próprios interesses.

Contudo, Rosavallon[40] denuncia uma democracia inacabada em meio a um processo de desenvolvimento das desigualdades no mundo. Para ele, a concretização da democracia tem sido problemática durante toda a história e um dos grandes problemas a ser enfrentado, nos dias de hoje, é o populismo, algo extremamente pernicioso aos fins democráticos. Para se buscar uma democracia refundada, melhorada, é preciso ter em mente que ela não se limita às eleições, vai além disso e chega ao reconhecimento de cada indivíduo em sua integridade:

> O problema de todos os regimes populistas é que eles parecem exercer o poder majoritário e não considerar essas duas outras figuras centrais da democracia que é **o poder que qualquer pessoa tem através do reconhecimento dos direitos individuais e, também, podemos dizer, o poder universal da sociedade através das instituições independentes e das Cortes Constitucionais**.[41] (Grifo nosso).

Rousseau[42], em um posicionamento semelhante, entende que há um distanciamento entre voto e democracia, ou seja, a eleição não é garantia da

---

[36]GURZA LAVALLE, A.; HOUTZAGER, P.; CASTELLO, G. "Democracia, pluralização da representação e sociedade civil", *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006.

[37]GURZALAVALLE, A.; HOUTZAGER, P.; CASTELLO, G. "Democracia, pluralização da representação e sociedade civil", *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006, p. 49.

[38] MANIN, B. *Los princípios del gobierno representativo*. Versión de Fernando Vallespín, Alinza Editorial, Madrid, 1998.

[39] URBINATI, N. *Democracy disfigured*: opinion, thruth and the people, Harvard University Press, Cambridge, 2014.

[40] ROSANVALLON, P. *A democracia inacabada*, Alameda, São Paulo, 2018.

[41] ROSANVALLON, P. *A democracia inacabada*, Alameda, São Paulo,2018.

[42] ROUSSEAU, D. *Radicalizar a democracia*: proposições para uma refundação. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira. Editora Unisinos, São Leopoldo, 2019.

qualidade democrática de uma sociedade. Inclusive, se posiciona no sentido de que para que exista democracia, não há necessidade de um representante eleito.

A deliberação é elemento fulcral para se falar em democracia em um modelo representativo. E por meio dessa ideia de deliberação, conclui que as regras não são fixas, imutáveis. E neste processo de mudança das regras sociais e jurídicas, a deliberação, como exigência democrática reflexiva, exige discussões longas e fundamentadas.

Certamente, toda a sociedade está legitimada para participar deste processo. Contudo, novos paradigmas de representação precisam ser pensados, de forma a viabilizar o fortalecimento desse ideal. É neste contexto que surge a ideia da pluralização da representação. GurzaLavalle e Isunza Vera [43] tratam do assunto com propriedade:

> A pluralização da representação implica mudanças inéditas no lócus, funções e atores de representação – no último caso, vinculando ao exercício de responsabilidades representativas atores que a teoria costumou indicar sob signo da participação. Os canais de representação extraparlamentar são excêntricos, pois operam fora do *lócus* por excelência da representação no governo representativo – o Parlamento -, não raro vinculados à estrutura administrativa do Poder Executivo.

Apontam, portanto, para as diferentes possiblidades de representação no âmbito da sociedade contemporânea, a partir do entendimento que não há usurpação do governo representativo eleito pelo povo. Tratam-se de estruturas e agentes destinados a funções não legislativas, que podem abranger a fiscalização e gestão de políticas públicas, emissão de denúncias em face dos setores do poder público e da política.[44]

A ideia da representação extraparlamentar trabalhada por Gurza Lavalle e Isunza Vera é voltada à atuação da Administração Pública, em geral. Versa, em especial, sobre a atuação dos conselhos gestores de políticas públicas municipais. E condiz com as ideias já abordadas por Neumann, de que as forças extraparlamentares são aptas à criação do Direito e à mudança social.

Justamente, neste contexto, emerge a importância do juiz para atuarna condição de agente de representação extraparlamentar (ou força extraparlamentar, como denominou Neumann). "Não apenas as normas gerais e abstratas são importantes para o estado de direito, mas também os atos de aplicação destas normas a casos concretos"[45], conforme decorre da atividade interpretativa.

Eis, então, o segundo aspecto a ser tratado para que se possa vislumbrar o papel do juiz como agente de representação extraparlamentar: as contenções que devem permear sua atividade interpretativa, de forma a tentar oferecer uma resposta à indeterminação do direito. Segundo Rodriguez,

> [...] apenas o regime democrático e sua promessa de construir formas institucionais capazes de levar em conta todos os interesses sociais no processo de formação das normas jurídicas parece oferecer uma resposta adequada ao problema da indeterminação em uma sociedade multirracial, multi-religiosa e marcada pela presença de diversas posições ideológicas sobre os mais diversos assuntos.É

---

[43]GURZA LAVALLE, A.; ISUNZA VERA, E. "A trama da crítica democrática:da participação à representação e à *accountability",Lua Nova*,São Paulo, n. 84, set. 2011, p. 113.

[44]GURZA LAVALLE, A.; ISUNZA VERA, E. "A trama da crítica democrática: da participação à representação e à accountability",*Lua Nova*, São Paulo, n. 84, set. 2011, p. 113; 120.

[45]RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Direito das lutas*: democracia, diversidade, multinormatividade, LiberArs, São Paulo, 2019, p. 50.

> preciso pensar a gestão da indeterminação de forma democrática para evitar a configuração aristocrática.[46]

A atividade interpretativa do juiz, aqui fazendo referência a toda a magistratura, não deve estar desprovida de constrangimentos institucionais ou de algum modelo de racionalidade. Por mais que se possa admitir um paradigma diferente de separação de poderes, em que o Judiciário (e o próprio Supremo Tribunal Federal) possa atuar como legislador, o fortalecimento da argumentação do intérprete prescinde de uma consistente fundamentação e da valorização do debate público, de forma a propiciar a devida racionalidade ao ato decisório e evitar a ocorrência do que se chama de zona de autarquia, conceito a ser trabalhado no próximo tópico.

3 A ATIVIDADE INTERPRETATIVA DO JUIZ: REFLEXÕES SOBRE JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

A teoria da separação dos poderes de Montesquieu, conforme já mencionado, influenciou fortemente diversos países do mundo, inclusive o Brasil. E as acirradas discussões no mundo jurídico, envolvendo a atividade do juiz enquanto intérprete das normas, estão diretamente ligadas à tradicional ideia de separação de poderes, de onde emerge o conhecido binômio judicialização e ativismo judicial.

Mas, antes que se possa aprofundar o debate acerca dessas figuras, vale uma breve imersão histórica para ilustrar os fatos que levaram à construção dos paradigmas de interpretação do direito, mormente, das normas constitucionais, que influenciaram a contemporânea teoria da decisão judicial.

Ressalte-se que grande parte da celeuma envolvendo ativismo decorre da interpretação e aplicação das normas constitucionais. Contudo, a visão voltada à necessidade de interpretação da constituição, em virtude de se considerá-la como norma suprema, só veio a ser consolidada na segunda metade do século XX, mais precisamente após os anos 50. O direito constitucional, até então, era um direito sem interpretação.[47]

Até meados do século XX, os métodos tradicionais de interpretação jurídica buscavam a neutralidade em sua aplicação, afastando valores, inclusive, já que integrados em plena teoria positivista. Acontece que, em se tratando de interpretação das constituições, acabaram tornando-se insuficientes em muitas situações, já que prezavam pela simples subsunção do caso à norma[48].

No exercício interpretativo a partir da visão tradicional, portanto, percebe-se que a análise do caso concreto perante a norma converge para a subsunção. Este padrão interpretativo, típico do positivismo jurídico, perdurou até que a dinâmica social mostrou sua insuficiência diante dos novos fatos da vida. Roberto Barroso[49] ilustra bem este cenário: "a nova interpretação constitucional surge para atender às demandas de uma sociedade que se tornou bem mais complexa e plural".

No Brasil, os novos paradigmas hermenêuticos superaram os conceitos do pensamento jurídico clássico no final do século XX, com a finalidade de adotar uma postura mais lógica, criativa e justa quando da interpretação constitucional. Neste

---

[46]RODRIGO RODRIGUEZ, J. "Por um judiciário mundano: uma visão crítica da indeterminação do direito", en VV.AA. (FRIZZO BRAGATO, F.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos.* [ebook]. N. 15. Karywa, São Leopoldo, 2019, p. 183.

[47] PEREZ ROYO, J. *Curso de derecho constitucional*, 14. ed., Marcial Pons, Madrid, 2014.

[48]ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013.

[49]ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2. ed., Saraiva, São Paulo, p. 334.

cenário, Roberto Barroso[50]leciona que emergem três novos paradigmas hermenêuticos: a superação do formalismo jurídico, a nova cultura jurídica pós-positivista e a ascensão do direito público e a centralidade da Constituição.

A superação do formalismo jurídico ocorreu por meio do abandono da ideia clássica de que o Direito era a expressão máxima da razão e justiça, e que sempre haveria uma norma perfeita no ordenamento jurídico para que o juiz realizasse a subsunção. Com o advento do pensamento neopositivista, houve uma mudança de perspectiva no direito. A ciência, que classicamente era voltada para as relações privadas, passou a valorizar as normas de caráter público, o que resultou em uma visão de centralidade e primazia da Constituição. E atrelado a esta ideia, entendeu-se que qualquer interpretação jurídica deveria ser realizada nos parâmetros dos valores e princípios da Constituição.

O autor aponta outros fatores que influenciaram a adoção de novos elementos de interpretação constitucional, alegando que esta não derrota a interpretação tradicional, mas emerge com vistas a suprir necessidades deficientemente supridas pelo modelo clássico. A nova interpretação surge, assim, para lidar com os casos difíceis, para os quais não existe solução pré-pronta no ordenamento. Os casos difíceis abrangem, em geral, normas definidoras de direitos fundamentais em conflito, para os quais, não raras vezes, é preciso o julgador realizar a ponderação, por meio do princípio da proporcionalidade. É neste particular que o juiz atua como coparticipe da criação da norma.

Em meio a tais transformações nos fundamentos históricos, políticos e filosóficos que nutrem a atuação judicial, chega-se a um contexto em que, como coloca Rodrigo Rodriguez[51], já se tem a suficiente experiência democrática para saber que "ser cidadão é ter a possibilidade de exercitar e efetivar deliberadamente a imaginação institucional". Ou seja, buscar a concretização dos direitos os quais os poderes políticos não conseguem realizar. É então, que se fala em judicialização da política e das relações sociais e, paralelamente, em ativismo judicial.

Judicialização e ativismo são termos que, embora de diferentes conceituações, podem levar a certa confusão. Assim, é importante para o desenvolvimento das ideias aqui propostas, que se compreendam algumas generalidades que envolvem as duas figuras. E ninguém melhor para estabelecer essa distinção do que o jurista Luiz Streck[52], uma das grandes autoridades brasileiras no âmbito da teoria do Direito:

> O ativismo sempre é ruim para a democracia, porque decorre de comportamentos e visões pessoais de juízes e tribunais. Por vezes, para a preservação dos direitos fundamentais, faz-se necessário que o Judiciário (ou os Tribunais Constitucionais) seja chamado a se pronunciar, toda vez que existir uma violação por parte de um dos Poderes à Constituição. Portanto, a judicialização decorre de (in) competência - por motivo de inconstitucionalidade – de poderes ou instituições. O ativismo judicial, por outro lado, liga-se à resposta que o Judiciário oferece à questão objeto de judicialização. No caso específico da judicialização da política, o ativismo representa um tipo de decisão na qual a vontade do julgador substitui o debate político (seja para realizar um pretenso "avanço", seja para manter o *status quo*).

Deste pensamento depreende-se que o ativismo advém como uma consequência da judicialização. Esta, por sua vez, enquanto fenômeno típico das

---

[50]ROBERTO BARROSO. L. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013.

[51]RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Como decidem as cortes*: para uma crítica do direito (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 192.

[52]LUIZ STRECK, L. "O rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?", en VV.AA. (ENGELMANN, W.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, n. 12, 2016, p. 99-100.

sociedades contemporâneas em virtude de sua crescente complexidade e pluralidade, é responsável por dificultar, cada vez mais, a regulação.[53]Ou seja, os poderes políticos, muitas vezes, não conseguem acompanhar a complexidade social, a velocidade com que os movimentos sociais se impõem.

Ainda sobre o ativismo judicial, Tassinari[54]esclarece que o termo pode ser entendido em diferentes perspectivas:

> a) como decorrência do exercício do poder de revisar (leia-se, controlar a constitucionalidade); b) como sinônimo de maior interferência do Judiciário (ou maior volume de demandas judiciais, o que, neste caso, configuraria muito mais a judicialização); c) como abertura à discricionariedade do ato decisório; d) como aumento da capacidade de gerenciamento processual do julgador, dentre outras.

Há também a ideia de ativismo relacionada à atuação do juiz como legislador positivo, conceito a ser retomado no tópico dedicado à análise do ativismo judicial diante da chamada zona de autarquia.

Embora se trate de um conceito fragmentado, é fato que o que se denomina ativismo repousa, mais proeminentemente, em discussões sobre a interpretação como ato de vontade, impulsionada por fatores políticos e morais.

Tais fatores, lembre-se, remontam a história do direito. Diferentes filósofos construíram teorias que pudessem servir para controlar a racionalidade do ato de interpretação, muitos em contextos históricos, sociais e políticos distintos da realidade brasileira.[55]

Os espaços de subjetividade na atividade hermenêutica já eram visíveis desde a obra de Hans Kelsen[56]:

> Na medida em que, na aplicação da lei, para além da necessária fixação da moldura dentro da qual se tem de manter o ato a pôr, possa ainda ter uma atividade cognoscitiva do órgão aplicador do Direito, não se tratará de um conhecimento do Direito Positivo, mas de outras normas que, aqui, no processo de criação jurídica, podem ter sua incidência: normas de Moral, normas de Justiça, juízos de valor sociais que costumamos designar por expressões correntes como bem comum, interesse do Estado, progresso, etc.

Rodrigo Rodriguez[57], a esse respeito, acrescenta que: “fica claro que os juízes não podem ser completamente controlados nem pela lei nem pela ciência do direito, como Kelsen nos mostra [...]”.

Muito porque a função do juiz não consiste em mero ato de reconhecimento, conforme pontua Neumann. Ao contrário, “o processo judicial é uma mistura indistinguível de elementos teóricos e práticos de reconhecimento bem como de

---

[53] TEUBNER, G. *Direito comparado*: fragmentos constitucionais – constitucionalismo social na globalização (edição digital), Saraiva, São Paulo, 2016.

[54] TASSINARI, C. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do Judiciário, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013, p. 33.

[55] Importa ressaltar a carência de uma teoria da decisão própria ao Brasil, construída a partir da tradição jurídica pátria.

[56] KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 393.

[57]RODRIGO RODRIGUEZ, J. “A política jurídica da Lava-Jato”, en VV.AA. (GONÇALVES SILVA, F.; RODRIGO RODRIGUEZ, J. coords.), *Manual de sociologia jurídica*, 3. ed., Saraiva, São Paulo, 2018, p. 488.

elementos criativos, reprodutivos e produtivos, científicos e supra científicos, objetivos e subjetivos".[58]

Isso é algo que se coloca, inclusive, no que tange à interpretação das normas constitucionais. Sobre isso, Mendes[59] esclarece que é típica das constituições atuais a incorporação de valores morais ao domínio jurídico, não se limitando as Constituições a somente limitar a atuação do Estado e a discriminar competências.

Ademais, "as constituições contemporâneas absorvem noções de conteúdo axiológico e, com isso, trazem para a realidade do aplicador do direito, debates políticos e morais". [60]

Controvérsias à parte, ainda que esse posicionamento represente um paradigma outro, e que possa, sim, ser capaz de propiciar a concretização de direitos de maneira mais efetiva, não há como negar que se trata de um *modus operandi* que surge a partir de um espaço de discricionariedade, levando à ideia de ativismo, tão combatidapor grande parte da doutrina brasileira.[61]

Para melhor compreender a razão pela qual tantos se colocam contrários à prática ativista, toma-se, mais uma vez, a obra de Luiz Streck[62]. O autoralerta que "a superação do positivismo implica o enfrentamento do problema da discricionariedade judicial, o que em termos filosóficos se apresenta como o problema do solipsismo da razão prática". Assim, essa postura hermenêutica que coloca o julgador na posição de coparticipe da criação da norma,converge para o personalismo judicial. É preciso, portanto, estabelecer constrangimentos a tal atuação.

Este posicionamento, de que a decisão personalista é lesiva ao Estado Democrático de Direito, é absolutamente incontroverso para os fins deste artigo. E, com fundamento em tal pressuposto, o que se propõe aqui é debater algumas ideias sobre possíveis formas de se lidar com o personalismo do juiz, sem naturalizar a ideia de separação dos poderes e, ao mesmo tempo, vislumbrar parâmetros de contenção para a atividade interpretativa.

Este estudo consiste, portanto, na tentativa de criar um conjunto de argumentos q oriente uma aplicação impessoal da Constituição sem recair no textualismo, levando em conta a tradição constitucional brasileira.

Para tanto, talvez seja possível pensar o ativismo a partir de outro prisma, com vistas a ordenar, no âmbito da estrutura dos poderes, arranjos diferentes da fórmula de Montesquieu, mas que sejam aptos a atender às novas e crescentes demandas em sociedade, conforme já demonstrado anteriormente, nas ideias de Bruce Ackerman.Mas, para tratar sobre o conceito de ativismo judicial a partir desse outro prisma, é preciso compreendê-lo à luz da chamada zona de autarquia.

---

[58] NEUMANN, F. *O Império do direito*: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna, Tradução de Rúrion Soares Melo, Prefácio e Revisão da Tradução: José Rodrigo Rodriguez, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2013, p.386.

[59] MENDES, G.; BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*, 9. ed. rev. e atual., Saraiva, São Paulo, 2014.

[60] MENDES, G.; BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*, 9. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 81.

[61] A doutrina tradicional vê o ativismo de forma tão prejudicial, que cabe lembrar o PL n. 4.754/2016, que propõe a ampliação dos casos de impeachment em que podem ser enquadrados os juízes do STF, que cometerem crime de responsabilidade ao "usurpar competência do poder legislativo ou poder executivo". (BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 4754/2016*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700. Acesso em: 02 fev. 2020).

[62]LUIZ STRECK, L. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito, Letramento, Belo Horizonte, 2017, p. 220.

3.1 Ativismo Judicial e Zona de Autarquia

O conceito de zona de autarquia foi criado pelo autor crítico José Rodrigo Rodriguez e vem sendo aprimorado em seus escritos mais recentes. Adveio como resultado de anos de estudo e vasta produção científica sobre o campo da teoria do Direito. Por obvio, não há espaço neste artigo, para que se discorra profundamente sobre todas as suas nuanças, contudo, trata-se de uma ideia que pode se colocar muito proximamente ao ativismo judicial, razão pela qual estas breves considerações merecem ser tecidas.

Zona de autarquia é uma espécie de perversão do direito. O termoperversão do direito é utilizado como referência à circunstância na qual os detentores do poder utilizam o direito "para conferir aparência jurídica a espaços de puro arbítrio nos quais seria possível agir sem o controle da sociedade civil, em função apenas dos interesses dos poderosos".[63]

Designa, portanto, "um direito autocrático, em contraposição a um direito democrático, cuja gênese é determinada pelos conflitos sociais".[64] Ocorre que há medida em que a sociedade civil veio se fortalecendo, inclusive por meio da democratização do direito, as lutas por direitos começaram a perturbar o *status quo* das elites economicamente dominantes.

> Não é por outra razão que a efetivação de diversos destes direitos tende a ser combatida pelos agentes de poder por meio das várias modalidades de perversão do direito as quais, sem fazer parte de um projeto de criação de novos regimes autoritários, buscam criar, de maneira furtiva, espaços de decisão autárquicos ou excluir do âmbito de proteção do direito certos grupos de pessoas, ainda que sob a aparência de legalidade. Na falta de apoio político e de força para advogar a recriação de regimes autoritários, resta tentar frustrar a efetivação dos direitos por outros meios.[65]

A zona de autarquiapode surgir durante a atividade interpretativa do juiz, e consiste nos espaços em que as decisões são desprovidas de um padrão de justificaçãoe racionalidade, e "não permitem o controle da argumentação pela sociedade, uma vez que não possibilitam a reconstrução organizada do raciocínio que serve de fundamento para a decisão ou para as decisões tomadas"[66].

Mas, em se tratando de racionalidade das decisões, o que, de fato,configuraria um discurso racional? Para Rodrigo Rodriguez[67],

> [...] um discurso racional é aquele em que os falantes levantam pretensões de validade e são capazes de defende-las, sem entrar em contradição, quando instados a fazê-lo. Não se pode sustentar, racionalmente, A e não A simultaneamente. Não se pode recusar,

[63]RODRIGO RODRIGUEZ, J. "As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica", *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, v. 19, n. 37, 2016a, p. 103.

[64]RODRIGO RODRIGUEZ, J. "Perversão do direito (e da democracia): seis casos / Perversion of law (and democracy): six cases", *Revista Direito e Práxis*, v. 7, n. 4, p. 266, dez. 2016b. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22185. Acesso em: 15 nov. 2019.

[65]RODRIGO RODRIGUEZ, J. "Um novo ciclo autoritário: para uma democracia multinormativa.", en VV.AA. (ENGELMANN, W.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, n. 14, 2018, p. 104-105.

[66]RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Direito das lutas*: democracia, diversidade, multinormatividade, LiberArs, São Paulo, 2019, p. 51.

[67]RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Como decidem as cortes*: para uma crítica do direito (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 172-173.

> racionalmente, a justificar uma asserção proferida quando alguém se põe a questioná-la, também não se pode, racionalmente, desqualificar o interlocutor que demanda por minhas razões ou impedir que qualquer outro faça o mesmo.

Pois bem. Diante de tais ponderações, é possível perceber que o ativismo judicial pode assumir sentido equivalente à zona de autarquia ou pode se revestir de significado diverso dela.

O ativismo entendido como atuação personalista é termo equivalente à zona de autarquia, trata-se de atuação que deve fortemente combatida por meio do estabelecimento/padronização de critérios ou modelos de racionalidade judicial, de forma a orientar a atividade do juiz, principalmente, com aperfeiçoamento de instrumentos de democratização no âmbito não só dos tribunais, mas de toda a magistratura, de forma que a sociedade possa exercer o controle e participar da atividade interpretativa.[68]

Por outro lado, a decisão ativista produzida pelo juiz legislador, munida da devida racionalidade, com fundamentação plausível, que não perca de vista as balizas constitucionais e, por fim, que seja legitimadapelo suficiente debate público, pode ser vista positivamente. Pode constituir prática benéfica se pensada em um contexto desnaturalizado de separação de poderes, de forma a efetivar direitos.

Veja-se, então, que não é desarrazoado pensar na prática ativista a partir de outro prisma. É importante perceber que

> [...] abandonar a visão que embasa as ideias de judicialização da política e de ativismo judicial não significa abdicar de qualquer pretensão normativa. Significa apenas dar um passo atrás em ralação a uma teoria normativa por demais determinada, que bloqueia tanto uma boa descrição dos conflitos como o surgimento de alternativas para encontrar melhores fórmulas institucionais de seu regramento democrático.[69]

Mas, será que admitir que o Judiciário possa atuar como legislador positivo não acarreta questionamentos sobre a segurança jurídica das decisões judiciais? Certamente, sim. Veja-se as discussões que seguem.

3.2 Ativismo Judicial, Segurança Jurídica e Democracia

Considerando que o controle da discricionariedade do ato interpretativo, tanto mais envolvendo normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais, tem sido um desafio para muitos filósofos do Direito, Rodrigo Rodriguez[70] explica que “a segurança jurídica tem sido pensada como a existência de respostas únicas e unívocas para os problemas jurídicos apresentados diante do Poder Judiciário”. E acrescenta:

> A demanda por respostas desse tipo está ligada a uma estratégia legislativa que privilegia a edição de textos normativos fechados em detrimento de textos normativos abertos. Afinal os primeiros seriam supostamente capazes de conter o intérprete induzindo-o a adotar raciocínios textualistas.[71]

---

[68]RODRIGO RODRIGUEZ, J.*Direito das lutas*: democracia, diversidade, multinormatividade, LiberArs, São Paulo, 2019.

[69]RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Como decidem as cortes*: para uma crítica do direito (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 199.

[70]RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Como decidem as cortes*: para uma crítica do direito (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 202.

[71]RODRIGO RODRIGUEZ, J. Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 202.

Contudo, Rodrigo Rodriguez[72], explica que o texto ser aberto ou fechado não é empecilho para a atuação criativa do julgador, de fato, há tempos se tem observado que "os juízes encontram espaço para criar interpretações com fundamento em justificativas que extrapolam uma interpretação meramente literal dos mesmos".

Importa acrescentar que, para que se possam buscar caminhos para uma atuação judicial condizente com a Constituição, ou seja, com os preceitos do Estado Democrático de Direito, é preciso redimensionar o conceito de segurança jurídica, que tradicionalmente, é pensada em função do texto da lei. Ou seja, é preciso direcionar a decisão judicial no sentido do fortalecimento da argumentação/justificação e, desta forma, atribuir-lhe a devida racionalidade.

> [...] talvez seja mais adequado trabalhar com textos normativos abertos e, para buscar restringir as possibilidades interpretativas, criar mecanismos que formalizem de alguma maneira o procedimento destinado a solucionar casos concretos a partir deles. [...] no que se refere à atividade jurisdicional, os tribunais seriam o local adequado para promover este tipo de debate tendo em vista a padronização da interpretação e da fundamentação das normas jurídicas. [73]

Outro aspecto que merece atenção nesse processo é o da despersonalização da função do juiz, " transformando-a em uma função dialógica e sensível ao contexto"[74], ou seja, para lidar com a indeterminação do direito, há de se combater a gestão aristocrática da questão – fundada apenas na visão pessoal do julgador, ainda que bem fundamentada. Neste sentido, Rodrigo Rodriguez ensina que:

> [...] uma boa interpretação jurídica, uma interpretação jurídica objetiva e não puramente subjetiva, deve ser *inclusiva*, ou seja, deve examinar exaustivamente o material jurídico que julgar vigente, as circunstâncias do caso concreto e as interpretações jurídicas concorrentes antes de propor a sua solução do problema.[75]

Em especial, no que concerne à interpretação constitucional, Rodrigo Rodriguez[76]propõe parâmetros norteadores para a atuação do juiz durante a atividade hermenêutica. A tal conjunto de orientações, ele dá o nome de *originalismo democrático*, modelo que tem o intuito de atribuir um caráter discursivo e participativo à tarefa interpretativa:

> Em uma palavra, trata-se propor um modelo de interpretação que ajude apromover a despersonalização de nosso Poder Judiciário, em

[72]RODRIGO RODRIGUEZ, J. Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 202.

[73]RODRIGO RODRIGUEZ, J. Como decidem as cortes: para uma crítica do direito (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b, p. 203.

[74]RODRIGO RODRIGUEZ, J.; SCHUCK DA SILVA, S. **"**Por um juiz das lutas: o caso da retificação do registro civil de pessoas trans", en VV.AA. (PETER DA SILVA, C.O.; MACHADO FILHO, R. D.; TOLEDO ARRUDA, D. T. B. coords.), *Ministro Edson Fachin:* STF – 2015/2020, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2020. No prelo.

[75]RODRIGO RODRIGUEZ, J.; SCHUCK DA SILVA, S. **"**Por um juiz das lutas: o caso da retificação do registro civil de pessoas trans", en VV.AA. (PETER DA SILVA, C.O.; MACHADO FILHO, R. D.; TOLEDO ARRUDA, D. T. B. coords.), *Ministro Edson Fachin:* STF – 2015/2020, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2020. No prelo.

[76]RODRIGO RODRIGUEZ, J. "Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira", *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD),*Unisinos, São Leopoldo, n. 11, setembro-dezembro, 2019, p. 461-479.

> especial o Supremo TribunalFederal e relativize a centralidade dos Juízes e Juízas no processo interpretativo, que seriamtransformados não em heróis individuais, mas, possivelmente, em anti-heróis responsáveispor coordenar procedimentos participativos destinados a dar sentido ao texto constitucional.[77]

Neste mesmo sentido, Gualano de Godoy[78], tratando em específico, das nuanças da atividade interpretativa do Supremo Tribunal Federal, defende a ideia de que, considerando que a Constituição traz em seu bojo o compromisso fundamental de uma sociedade na qual seus membros se reconhecem como livres e iguais, os significados das normas que consagram tal compromisso, bem como seu conteúdo e alcance, só possuem razão de ser quando o povo figure como partícipe dessa tarefa. Ou seja, a atividade interpretativa em âmbito judicial deve ser compartilhada entre povo, os Poderes e as instituições, pensamento descrito pelo autor como constitucionalismo popular.

Ainda no que tange à prática da corte constitucional brasileira, vale lembrar a que a previsão da realização das audiências públicas, bem como da participação do *amicus curiae*, enquanto instrumentos de democratização, apesar de carecerem de aperfeiçoamento e maior constância, tem rendido bons frutos no que se refere às decisões judiciais.

Em sua pesquisa, realizada a partir da análise de alguns casos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, Gualano de Godoy[79] concluiu que nos votos dos Ministros, houve um alto grau de influência dos debates propiciados pelas audiências públicas e *amicus curiae*.

Neste contexto, Rodriguez[80] acredita que outros mecanismos podem ser criados, de forma a permitir a participação dos sujeitos sociais no processo de interpretação e criação de normas jurídicas no meio judicial, como júris constitucionais dedicados aos casos mais polêmicos, compostos por pessoas com diferentes origens e formações, escolhidas, por exemplo, pelo critério do mérito combinado com o sorteio.

Certamente, os pensamentos aqui expostos desnaturalizam a ideia de separação de poderes e possibilitam o fortalecimento da democracia e a legitimação da atuação do juiz durante sua atividade interpretativa, em especial, na medida em que roga por instrumentos que possibilitem o diálogo entre a sociedade e o Poder Judiciário. Eis, então, que emerge o papel do juiz como agente de representação extraparlamentar, apto a criar o direito e a promover a mudança social.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Franz Neumann, autor crítico alemão, desenvolveu vasta obra, apontando os equívocos da teoria da separação dos poderes de Montesquieu, a partir de uma visão histórica e sociológica do fenômeno jurídico.

Neumann entendia que a fórmula tripartite servia para manter o *status quo* da burguesia da época, negando às forças extraparlamentares (administração e poder judiciário) a devida participação no processo de criação do Direito. Criticou,

---

[77]RODRIGO RODRIGUEZ, J. “Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. São Leopoldo: Unisinos, n. 11, setembro-dezembro, 2019, p. 461-479.

[78]GUALANO DE GODOY, M. *Devolver a constituição ao povo*: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais, Fórum, Belo Horizonte, 2017.

[79]GUALANO DE GODOY, M. *Devolver a constituição ao povo*: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais, Fórum, Belo Horizonte, 2017.

[80]RODRIGO RODRIGUEZ, J. “Por um judiciário mundano: uma visão crítica da indeterminação do direito”, en VV.AA. (FRIZZO BRAGATO, F.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos.* [ebook]. N. 15. Karywa, São Leopoldo, 2019, p. 184-187.

em especial, a visão de Montesquieu acerca de uma atuação neutra do juiz, a quem cabia o mero papel de aplicador das leis.

As ideias de judicialização e ativismo foram construídas a partir de um paradigma tradicional da teoria da separação de poderes, em que a atuação do Judiciário, incluindo a das cortes constitucionais, deveria estar atrelada ao texto normativo, sob pena de que a decisão judicial viesse a ser contaminada pela discricionariedade.

O agir discricionário, eivado de elementos subjetivos, de política e de moral já era admitido desde Kelsen e, durante todo o correr da história da teoria da decisão, o que se observou foi que estes espaços de discricionariedade não puderam ser passíveis de contenção.

Contemporaneamente, no Brasil, é possível observar que o protagonismo do Poder Judiciário tem se colocado, cada vez mais, como pauta de discussão, em razão da postura personalista assumida pelos juízes, que levam ao chamado ativismo judicial, principalmente, em sede de jurisdição constitucional.

Certamente, o ativismo judicial enquanto expressão de uma atuação personalista do intérprete-juiz, precisa ser fortemente combatido em nome do Estado Democrático de Direito, de forma a se evitar a produção de decisões de natureza aristocrática, desconectadas com as demandas sociais.

Em contrapartida, a atuação do juiz enquanto legislador positivo, também compreendida como ativista, talvez possa ser considerada frutífera naquelas circunstâncias em que há necessidade de efetivar direitos fundamentais. Mesmo porque não há como desprezar que toda decisão judicial comporta uma dimensão criativa em seu cerne, além da aplicativa. Para que se possa pensar o ativismo nesta perspectiva, é preciso estar livre das amarras da tradicional teoria da separação dos poderes.

Ressalte-se, contudo, quehá de se ter o devido cuidado para que a tarefa interpretativa e a decisão judicial não repousemsobre argumentos de autoridade, configurando os espaços de arbítrio chamados de zonas de autarquia.

Com vistas a prevenir a ocorrência de decisões autárquicas e, ao mesmo tempo, garantir a necessária segurança jurídica, é preciso compreender a importância dofortalecimento da argumentação/fundamentação das decisões, ou seja, o foco de discussão sobre a matéria julgada deve recair sobre a esfera argumentativa e não, necessariamente, sobre o texto da lei.

Neste contexto, o modelo interpretativo denominado originalismo democrático se mostra viável para orientar a tarefa do intérprete-juiz, na medida em que busca aliaro discurso à participação, de forma a trazer a necessária legitimação às decisões judiciais, em especial, na esfera da jurisdição constitucional. Ademais, trata-se de uma teoria que busca combater a atuação personalista do juiz, propiciando a transição da postura aristocrática para a dialógica.

As audiências públicas e a figura do *amicus curiae*, certamente, são instrumentos que permitem esse diálogo, especialmente, nas causas de grande repercussão e nas que envolvem direitos fundamentais.

Mas, esses mecanismos de democratização precisam ser aperfeiçoados e se tornarem mais corriqueiros, pois quanto mais espaço para a deliberação, mais legítimo se tornará o processo decisório e menor será a probabilidade da ocorrência de zonas de autarquia.

A partir desses limitesé perfeitamente plausível que os juízes assumam a condição de agentes de representação extraparlamentar, atuando no processo de criação do Direito e da mudança social, fortalecendo, portanto, a democracia.

REFERÊNCIAS

ACKERMAN, B. *La nueva división de poderes*. Tradução de José Manuel Salazar, Fondo de Cultura Economica, México, 2007.

BRASIL. Câmara dos Deputados. *PL 4754/2016*. Disponível em: https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2079700. Acesso em: 02 fev. 2019.

CARRÉ DE MALBERG, R. *Teoría general del Estado*. Tradução de José Lión Depetre, 2. ed. México, FCE, 1988.

GUALANO DE GODOY, M.*Devolver a constituição ao povo*: crítica à supremacia judicial e diálogos institucionais, Fórum, Belo Horizonte, 2017.

GURZA LAVALLE, A.; HOUTZAGER, P.; CASTELLO, G. "Democracia, pluralização da representação e sociedade civil", *Lua Nova*, São Paulo, n. 67, 2006.

GURZA LAVALLE, A.; ISUNZA VERA, E. "A trama da crítica democrática: da participação à representação e à *accountability*", *Lua Nova*, São Paulo, n. 84, set. 2011.

KELSEN, H. *Teoria Pura do Direito*, Martins Fontes, São Paulo, 2000, p. 393.

LUIZ STRECK, L. *Dicionário de hermenêutica*: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do direito, Letramento, Belo Horizonte, 2017.

LUIZ STRECK, L. "O rubicão e os quatro ovos do condor: de novo, o que é ativismo?", en VV.AA. (ENGELMANN, W.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*,n. 12, 2016.

MANIN, B. *Los princípios del gobierno representativo*. Versión de Fernando Vallespín, Alinza Editorial, Madrid, 1998.

MENDES, G. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, São Paulo, 2008, p. 941-942.

MENDES, G.; BRANCO, P. *Curso de direito constitucional*, 9. ed. rev. e atual., Saraiva, São Paulo, 2014.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis.* Tradução de Cristina Murachco, Martins Fontes, São Paulo: 2000, p. 167-168.

NEUMANN, F. *Estado democrático e estado autoritário*. Tradução de Luiz Corção, Zahar Editores, Rio de Janeiro, 1969.

NEUMANN, F. *O Império do direito*: teoria política e sistema jurídico na sociedade moderna. Tradução de Rúrion Soares Melo, Prefácio e Revisão da Tradução: José Rodrigo Rodriguez, Editora Quartier Latin do Brasil, São Paulo, 2013.

PEREZ ROYO, J. *Curso de derecho constitucional*, 14. ed., Marcial Pons, Madrid, 2014.

PIRRAÇA, N. *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*: um contributo das suas origens e evolução, Coimbra Editora, Coimbra, 1989.

ROBERTO BARROSO, L."A razão sem voto", em VV.AA. (VILHENA VIEIRA, O.; GLEZER, R. coords.), *A razão e o voto*: diálogos constitucionais com Luís Roberto Barroso, FGV, São Paulo, 2017.

ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 2. ed., Saraiva, São Paulo, 2013.

ROBERTO BARROSO, L. *Curso de direito constitucional contemporâneo*: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 8. ed., Saraiva, São Paulo, 2019.

RODRIGO RODRIGUEZ, J. "A desintegração do status quo", *Novos Estudos*, n.96, julho, 2013a, p. 49-66.

RODRIGO RODRIGUEZ, R. "A política jurídica da Lava-Jato", en VV.AA. (GONÇALVES SILVA, F.; RODRIGO RODRIGUEZ, J.), *Manual de sociologia jurídica*, 3. ed., Saraiva, São Paulo, 2018.

RODRIGO RODRIGUEZ, R. "As figuras da perversão do direito: para um modelo crítico de pesquisa jurídica empírica", *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, v. 19, n. 37, 2016a.

RODRIGO RODRIGUEZ, R. *Como decidem as cortes*: para uma crítica do direito (brasileiro), FGV Editora, Rio de Janeiro, 2013b.

RODRIGO RODRIGUEZ, J. *Direito das lutas*: democracia, diversidade, multinormatividade, LiberArs, São Paulo, 2019, p. 51.

RODRIGO RODRIGUEZ, R. Fuga do Direito: um estudo sobre o direito contemporâneo a partir de Franz Neumann. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 137.

RODRIGO RODRIGUEZ, J. “Originalismo democrático como modelo interpretativo da Constituição brasileira”, *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD),* Unisinos, São Leopoldo, n. 11, setembro-dezembro, 2019, p. 461-479.

RODRIGO RODRIGUEZ, R. “Perversão do direito (e da democracia): seis casos / Perversion of law (and democracy): six cases”, ***Revista Direito e Práxis***, v. 7, n. 4, p. 261-294, dez. 2016b. Disponível em: https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaceaju/article/view/22185. Acesso em: 15 nov. 2019.

RODRIGO RODRIGUEZ, J. “Por um judiciário mundano: uma visão crítica da indeterminação do direito”, en VV.AA. (FRIZZO BRAGATO, F.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica: anuário do programa de pós-graduação em Direito da Unisinos.* [ebook]. N. 15. Karywa, São Leopoldo, 2019, p. 183-187.

RODRIGO RODRIGUEZ, R. “Um novo ciclo autoritário: para uma democracia multinormativa.”, en VV.AA. (ENGELMANN, W.; LUIZ STRECK, L.; SEVERO ROCHA, L. coords.), *Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos*, n. 14, 2018, p. 104-105.

RODRIGO RODRIGUEZ, J.; SCHUCK DA SILVA, S. “Por um juiz das lutas: o caso da retificação do registro civil de pessoas trans”, en VV.AA. (PETER DA SILVA, C.O.; MACHADO FILHO, R. D.; TOLEDO ARRUDA, D. T. B. coords.), *Ministro Edson Fachin:* STF – 2015/2020, Editora Fórum, Belo Horizonte, 2020. No prelo.

ROSANVALLON, P. *A democracia inacabada*, Alameda, São Paulo, 2018.

ROUSSEAU, D. *Radicalizar a democracia*: proposições para uma refundação. Tradução de Anderson Vichinkeski Teixeira, Editora Unisinos, São Leopoldo, 2019.

SAMPAIO FERRAZ JR., T. *Argumentação Jurídica*, São Paulo: Editora Manole, 2014.

SCHMITT, C. *Teoria de la constitucion*. Tradução de Franciso Ayala, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1934, p. 214.

TASSINARI, C. *Jurisdição e ativismo judicial*: limites da atuação do Judiciário, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2013.

TEUBNER, G. *Direito comparado*: fragmentos constitucionais – constitucionalismo social na globalização (edição digital), Saraiva, São Paulo, 2016.

URBINATI, N. *Representative democracy:* principles & genealogy, Chicago University Press, Chicago, 2006.

VICENTE HASSON RIBEIRO, D. *A revisão do princípio da separação dos poderes*: por uma teoria da comunicação, Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2016.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 372-382
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Jurisdição e erro: existe o direito de errar por último?

Jurisdiction and error: is there the right to make the last mistake?

Leonardo Mattietto[1]
Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro

Busca y anhela el sosiego…,
mas… ¿quién le sosegará?
Con lo que sueña despierto,
dormido vuelve a soñar;
que hoy, como ayer y mañana
cual hoy, en su eterno afán,
de hallar el bien que ambiciona
-cuando sólo encuentra el mal-,
siempre a soñar condenado,
nunca puede sosegar.
ROSALÍA DE CASTRO[2]

Sumário: 1. Desenhar, estudar e julgar – 2. O que nos ensina o caso do moleiro de Potsdam – 3. Errar por último: direito ou falácia – 4. Conclusão. Referências bibliográficas. Referências jurisprudenciais.

Resumo: O artigo explora a relação entre a atividade jurisdicional do estado e o ensino do direito nas universidades, para questionar se existe o direito de errar por último, que supostamente competiria ao Supremo Tribunal Federal. Os julgados não são imunes às críticas acadêmicas, que possam apontar os respectivos erros e acertos. No estado de direito, é indeclinável o respeito às decisões judiciais, mas não porque elas sejam sempre corretas. Como seres humanos, os juízes não podem ser considerados infalíveis. Se, por um lado, incumbe aos tribunais decidir os litígios; por outro, as escolas de direito devem revigorar as preocupações sobre a elaboração e a aplicação do direito.

Palavras chave: jurisdição, estado de direito, hermenêutica jurídica, Supremo Tribunal Federal (Brasil), direito e literatura.

Abstract: The article investigates the relationship between the jurisdictional activity of the state and law teaching in universities, to question whether there is a right to make the last mistake, which supposedly would belong to the Supreme Federal Court in Brazil. Judicial decisions are not immune to academic criticism, which may point out their mistakes and achievements. Under the rule of law, respect for judicial

[1] Professor na Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro; Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro e Procurador do Estado do Rio de Janeiro

[2] CASTRO, Rosalía de. "Busca y anhela el sosiego". In: *En las orillas del Sar*. Madrid: Akal, 1993, p. 67.

Recibido: 07/04/2020
Aceptado: 01/06/2020

decisions is undeniable, not because they are always correct. As human beings, judges cannot be considered infallible. On the one hand, it is up to the courts to decide disputes; on the other, law schools should reinvigorate the concerns about the development and application of the law.

Keywords: jurisdiction, rule of law, legal hermeneutics, Supreme Federal Court (Brazil), law and literature.

1. Desenhar, estudar e julgar

"O desenho nunca é reproduzido – para ver, é preciso saber como olhar e é necessário conhecer o que se está olhando"[3]. Com essas palavras, a escritora polonesa Olga Tokarczuk conseguiu exprimir, com sensibilidade e beleza, o ato cognitivo.

Tanto as escolas de direito como os tribunais de justiça são constantes observadores da realidade, que a apreendem e reapresentam em seus estudos e julgados.

Ensinar e aprender são aspectos inseparáveis do processo de construção do conhecimento e de formação, tanto dos professores como dos estudantes, e bem assim dos juízes e de todos os profissionais do direito, como escopos que se inserem entre as missões da universidade e dos cada vez mais imprescindíveis cursos de pós-graduação.

Os tribunais, por sua vez, têm a missão de dizer o direito e de solucionar os mais variados litígios, envolvendo relações privadas e públicas, com a aplicação do ordenamento vigente. A jurisdição é uma função que esteia a própria existência do estado contemporâneo, em superação de fundamentos anteriores, como o medo ou a tradição[4].

Aproveita-se, neste artigo, o emprego de fontes literárias, colhendo as "múltiplas perspectivas que a literatura é capaz de oferecer", para "multiplicar as possibilidades de se pensar, interpretar, criticar e debater o direito"[5]:

> Em vez de um diálogo de surdos entre um direito codificado, instituído, instalado em sua racionalidade e sua efetividade, e uma literatura rebelde a toda convenção, ciosa de sua ficcionalidade e de sua liberdade, o que está em jogo são empréstimos recíprocos e trocas implícitas. Entre o "tudo

[3] "Drawing is never reproducing – in order to see, you have to know how to look, and you have to know what you are looking at". TOKARCZUC, Olga. *Flights*. New York: Riverhead, 2018, p. 196.

[4] "A busca de fundamentos para o poder (e para a obediência) dentro do próprio âmbito da razão, evitando concepções como a do medo – *timor fecit regnus* – ou a da tradição, renovou com Rousseau a ideia do contrato, legitimador da convivência e da soberania (...). Com o liberalismo, fundado sobre as referências ao contrato e às individualidades, o Estado se legitimava por conta de sua própria limitação, racionalmente exigida. Deste modo a legitimidade, perdendo seu antigo toque divino e seu fascínio histórico, era encontrada na própria *forma* de elaboração do poder: convergência de vontades, aquiescência de obediências, delimitação-negação do poder como tal". SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993, p. 68-69.

[5] CANCELLIER DE OLIVO, Luis Carlos. Panorama da Pesquisa em Direito e Literatura. In: *Novas contribuições à pesquisa em direito e literatura*. 2. ed. Florianópolis: UFSC; Fundação Boiteux, 2012, p. 14.

> é possível" da ficção literária e o "não deves" do imperativo jurídico, há, pelo menos, tanto interação quanto confronto[6].

O frutífero diálogo entre o direito e a literatura subsidia e anima o desenvolvimento e as conclusões deste artigo.

2. O que nos ensina o caso do moleiro de Potsdam

Sobre o controle da administração pública pelos tribunais, há um antigo caso, contado por François Andrieux (1759-1833), segundo o qual Frederico II, o Grande (1712-1786), então rei da Prússia, havia resolvido construir um prédio imponente – o Palácio de Sanssouci, em Potsdam, perto de Berlim –, mas seus planos de ampliação esbarravam em um moinho, que o soberano, então, decidira remover. Chamou à sua presença o dono do moinho, a quem teria dito:

> – Eu sou bom, quero que me vendas. Sabes que, sem pagar, eu poderia tomá-lo?

A resposta apelou à contenção do poder, dada a possibilidade de buscar a jurisdição:

> – O senhor? Tomar o meu moinho? Sim, se nós não tivéssemos juízes em Berlim"[7].

Ao desistir de seu intento, encantado que alguém acreditasse na justiça, o monarca teria escolhido entrar para a história como um governante esclarecido.

Embora o enredo não seja confirmado, mas, ao invés, contestado pela opinião dominante[8], permitiu ilustrar o surgimento de uma nova mentalidade em torno dos poderes do estado.

A jurisdição começava a se afirmar naquela época, posto que timidamente, como um refúgio das liberdades[9], papel que passou a ter, com proeminência, nas democracias contemporâneas, como um dos marcos do estado constitucional.

Além de significar uma das mais destacadas funções estatais, a jurisdição – quer no que tange à resolução dos conflitos entre particulares, quer, em especial, como meio de composição dos litígios entre os cidadãos e o poder público – tornou-se um dos pilares da *rule of law*, isto é, do próprio *estado de direito*.

Entretanto, no Brasil atual, tem sido onipresente o alerta para a excessiva judicialização das mais variadas esferas da vida, da família, da sociedade, da política.

---

[6] OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. São Leopoldo: Unisinos, 2005, p. 23.

[7] O episódio é descrito no livro *O Moleiro de Sans-Souci* (expressão que, em francês, quer dizer "sem preocupação"). No original: "– Pardieu! de ton moulin c'est bien être entêté! Je suis bon de vouloir t'engager à le vendre! Sais-tu que, sans payer, je pourrais bien le prendre? Je suis le maître". Ao que o moleiro respondeu: " – Vous? de prendre mon moulin? Oui, si nous n'avions pas des juges à Berlin". Ao ouvir a resposta, o monarca desistiu de seu capricho, comovido que, sob o seu reinado, alguém acreditasse na justiça. Riu e disse: "Ma foi, messieurs, je crois qu'il faut changer nos plans. Voisin, garde ton bien; j'aime fort ta réplique". Diante do desfecho, então indaga: o que teria sido melhor em uma república? ANDRIEUX, François. Le meunier de Sans-Souci. In: *Oeuvres*. Paris: Nepveu, 1818, t. III, p. 208.

[8] "(...) the dominant opinion of two centuries has been that King Frederick II's intervention violated justice and the rule of law". LUEBKE, David M. Frederick the Great and the Celebrated Case of the Millers Arnold (1770-1779): A Reappraisal. *Central European History*, Cambridge, v. 32, n. 4, p. 379, Dec. 1999.

[9] HAYEK, F. A. *The constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011, p. 295, nota 16.

A desconsideração das leis, substituídas por opções individuais discutíveis[10], abriu as portas para o autoritarismo e o populismo judicial em níveis alarmantes[11].

A primazia das leis sobre as vontades dos agentes políticos (entre os quais os juízes) é, todavia, basilar:

> (...) a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista este seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, numa das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos[12].

As concepções individuais do que é justo são naturalmente divergentes[13]. Não se pode arrogantemente pretender impor ao outro a própria subjetividade[14], sobretudo quando se exerce o *munus* público da jurisdição.

O sul-africano J. M. Coetzee soube retratar com empatia, na literatura, o sentimento que aflora:

> Você sente que é injusto, eu sei, ser castigado por ter os sentimentos de um bom filho. Acha que sabe o que é justo e o que não é. Eu entendo. Nós todos achamos que sabemos.
>
> Quanto a mim, eu não tinha dúvida, na época, de que a todo momento cada um de nós, homem, mulher, criança, talvez até o pobre cavalo velho que gira a roda do moinho, sabia o que era justo: todas as criaturas vêm ao mundo trazendo com elas a lembrança da justiça[15].

---

[10] "Hoje, os padrões e configurações não são mais 'dados', e menos ainda 'autoevidentes'; eles são muitos, chocando-se entre si e contradizendo-se em seus comandos conflitantes, de tal forma que todos e cada um foram desprovidos de boa parte de seus poderes de coercitivamente compelir e restringir. E eles mudaram de natureza e foram reclassificados de acordo: como itens no inventário das tarefas individuais. Em vez de preceder a política-vida e emoldurar seu curso futuro, eles devem segui-la (derivar dela), para serem formados e reformados por suas reflexões e torções. Os poderes que liquefazem passaram do 'sistema' para a 'sociedade', da 'política' para as 'políticas da vida' – ou desceram do nível 'macro' para o nível 'micro' do convívio social". BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Zahar, 2001, p. 15.

[11] Seja consentido remeter a: MATTIETTO, Leonardo. Estado de direito, jurisdição e dignidade humana. *Lex humana*, Petrópolis, v. 11, n. 1, p. 97-109, jan./jun. 2019.

[12] BOBBIO, Norberto. Governo dos homens ou governo das leis. In*: O Futuro da Democracia*. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 265.

[13] PLATÃO. *A República*. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000, p. 49 e seguintes.

[14] Ainda que a subjetividade sempre faça parte da compreensão, o desempenho das funções públicas requer responsabilidade, evitando-se arbitrariedades lastreadas em convicções individuais: "A judge who accepts this constraint, and whose own convictions are Marxist or anarchist or taken from some eccentric religious tradition, cannot impose these convictions on the community under the title of law, however noble or enlightened he believes them to be, because they cannot provide the coherent general interpretation he needs". DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p 2.

[15] As inesgotáveis percepções individuais de justiça aparecem na narrativa literária que instiga a reflexão: "We are all subject to the law, which is greater than any of us. The magistrate who sent you here, I myself, you – we are all subject to the law'. He looked at me with dull eyes, waiting to hear the punishment, his two solid escorts behind him, his hands manacled behind his back. 'You feel that it is unjust, I know, that you should be punished for having the feelings of a good son. You think you know what is just and what is not. I understand. We all think we

Se os juízes, supondo-se intelectualmente iluminados[16], puderem decidir sem a Constituição e as leis, ou apesar delas, ainda que movidos pelos melhores sentimentos, o estado de direito viverá seu ocaso e a democracia restará enfraquecida.

No estado de direito, é intrínseca a limitação do poder. Cuida-se de uma prudência constitucional, vital para evitar a deterioração do ordenamento:

> (...) é inseparável da ideia democrática o princípio da limitação do poder político, que tanto se aplica ao Executivo, como ao Legislativo, como ao Judiciário. Objetar-se-á que, na prática, todo poder é limitado, por mais arbitrário que seja o regime. Mas tal limitação tem de ser exterior à autoridade, impondo-se-lhe em função da inviolabilidade da ordem jurídica. Nisso reside a *prudência*, não a *sabedoria* do regime democrático. Por isso mesmo, não é à consciência da autoridade, ainda quando se trate de um juiz, que pode ficar entregue a limitação do seu próprio poder. Não é à sua virtude pessoal que pode ficar confiada a certeza de que será exercido legitimamente o seu poder. Essa limitação há de ser prudentemente traçada por lei[17].

A jurisdição, como qualquer outra função estatal e como toda atividade humana, assim como não pode ser ilimitada, também não pode ser tida como infalível[18], mesmo quando profira a palavra final, como constitucionalmente lhe é outorgado, em termos de interpretação do direito.

---

know'. I had no doubt, myself, then, that at each moment each one of us, man, woman, child, perhaps even the poor old horse turning the mill-wheel, knew what was just: all creatures come into the world bringing with them the memory of justice. 'But we live in a world of laws', I said to my poor prisoner, 'a world of the second-best. There is nothing we can do about that. We are fallen creatures. All we can do is to uphold the laws, all of us, without allowing the memory of justice to fade". COETZEE, J. M. *Waiting for the barbarians*. London: Vintage Books, 2004, p. 152.

[16] "Admittedly, intellectual gifts may be different in this way, and they may contribute to reasonableness; but they need not. Clever men may be very unreasonable; they may cling to their prejudices and may not expect to hear anything worth while from others. According to our view, however, we not only owe our reason to others, but we can never excel others in our reasonableness in a way that would establish a claim to authority; authoritarianism and rationalism in our sense cannot be reconciled, since argument, which includes criticism, and the art of listening to criticism, is the basis of reasonableness. Thus rationalism in our sense is diametrically opposed to all those modern Platonic dreams of brave new worlds in which the growth of reason would be controlled or 'planned' by some superior reason. Reason, like science, grows by way of mutual criticism". POPPER, Karl. *The open society and its enemies*. Princeton: Princeton University Press, 2013, p. 432-433.

[17] COELHO DE SOUZA, Daniel. *Interpretação e democracia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979, p. 191.

[18] "(...) the possibility of misreadings, and misreadings of misreadings is built into the Rule of Law itself. The very factors that allow the Rule of Law to operate over time-the iterability of legal texts in successive legal and factual contexts and the principle of stare decisis give rise to the structural possibility of misreadings and the resulting enshrinement of those misreadings in succeeding cases. (...) If the Constitution obeys the Rule of Law, it must contain its own possibilities of cumulative misunderstanding, possibilities that are endemic to the Rule of Law". BALKIN, J. M. Constitutional Interpretation and the Problem of History. *New York University Law Review*, New York, v. 63, n. 4, p. 934, Oct. 1988.

3. Errar por último: direito ou falácia?

Costuma-se ouvir, no Brasil, que caberia ao Supremo Tribunal Federal o direito de errar por último. Pode-se atribuir a origem dessa asserção a Rui Barbosa[19], em discurso no Senado da República:

> Em todas as organizações políticas ou judiciais há sempre uma autoridade extrema para errar em último lugar.
>
> A alguém, Senhores, nas cousas deste mundo, se há de admitir o direito de errar por último.
>
> Acaso V. Exas. poderiam convir nessa infalibilidade que agora se arroga de poder qualquer desses ramos da administração pública, o Legislativo ou o Executivo, dizer quando erra e acerta o Supremo Tribunal Federal?
>
> O Supremo Tribunal Federal, Senhores, não sendo infalível, pode errar, mas a alguém deve ficar o direito de errar por último, de decidir por último, de dizer alguma cousa que deva ser considerada como erro ou como verdade. Isto é humano[20].

Algumas vezes, os integrantes do Supremo Tribunal Federal, titular do aludido "monopólio da última palavra", invocam o mítico dogma. Assim, durante o julgamento do processo do *mensalão*[21], provocou o Ministro Carlos Ayres Britto:

> O Supremo é Supremo porque decide em última instância, sem possibilidade de recurso senão para ele próprio. Mas o fato também é que, na prática, isso exerce sobre todos nós uma saudável pressão psicológica, porque, com aquele receio de incorremos no velho dito de que "o Supremo tem o direito de errar por último" (...)

Ao que o Ministro Celso de Mello redarguiu:

> Na verdade, foi uma resposta que o Senador Rui Barbosa, então Vice-presidente do Senado da República, presidente *pro tempore* da Câmara Alta, deu ao Senador Pinheiro Machado, precisamente no dia 29 de dezembro de 1914 (o Senador gaúcho Pinheiro Machado seria assassinado no ano seguinte). Nesse debate parlamentar, Rui Barbosa bem definiu (e justificou), sob a égide da Constituição republicana de 1891, a plena sujeição dos atos do Congresso Nacional (e, também, do Poder Executivo) ao controle jurisdicional do Supremo Tribunal Federal. Pronunciou, então, Rui a frase a que alude Vossa Excelência (...)

A famosa elocução, que parece remeter a uma alegoria retórica da resignada constatação da falibilidade humana – os julgadores são pessoas, por evidente, e

[19] Associa-se ainda o nome de Nélson Hungria à afirmação de que teria o Supremo Tribunal Federal o privilégio de errar por último. FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Advocacia da Liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984, p. 199.

[20] BARBOSA, Rui. Discursos parlamentares. In: *Obras completas*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1974, v. XLI, t. III, p. 259.

[21] STF, Pleno, AP 470/MG, Rel. Min, Joaquim Barbosa, DJe 19.04.2013. A transcrição do diálogo consta do inteiro teor do acórdão, à p. 5868-5869.

como tal podem errar – não escapou ao fino humor do Ministro Paulo Brossard, ao conceder *habeas corpus* contra uma ordem de prisão lacônica e não fundamentada (que se limitava laconicamente a determinar "expeça-se mandado de prisão"):

> Enfim, já que ninguém é infalível nas coisas deste mundo, e alguém tem de errar em último lugar, consinta o douto magistrado tenha o Supremo Tribunal Federal esse indesejável privilégio, decorrente do estigma que o homem carrega consigo desde a origem da criação[22].

Os juízes sabem, eles mesmos, que podem cometer erros, inclusive os mais banais, como na grafia do nome de um autor ou ao fazer a citação de um texto escrito em língua estrangeira, por exemplo. A remissão aos precedentes é outro risco permanente[23]. No entanto, não é de falhas formais que aqui se trata. De modo mais grave que as instâncias inferiores, o tribunal mais elevado pode consagrar substanciais equívocos na sua atuação.

"O Supremo também pode errar quer na arte de proceder, quer na de julgar e, decidindo, não há a quem recorrer", como se manifestou certa vez o Ministro Marco Aurélio Mello[24]. Vaticina-se que, quando o Supremo Tribunal Federal falha, "só escassamente haverá meio de corrigir o erro"[25].

À luz do ordenamento, os tribunais não têm o direito de errar, mas o compromisso constitucional de aplicar o direito ou, como seria de se estimular, o dever de acertar[26].

Em rigor, não existe o falacioso direito de errar por último, nem mesmo em favor do órgão de cúpula do poder judiciário. As decisões judiciais obrigam, ainda que com elas não se concorde:

> Não defendemos a obrigação de seguir interpretações judiciais, porque elas sejam idênticas às normas primárias que estão interpretando. Em vez disso, defendemos a obrigação de seguir interpretações judiciais que podem, de modo conceitual e prático, divergir da constituição que estão interpretando. Argumentamos, portanto, pela obrigação de seguir interpretações judiciais, não porque elas sejam, por definição, corretas, mas apesar do fato de que possam estar incorretas[27].

---

[22] STF, 2ª Turma, HC 69.284/SP, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 27.11.1992, p. 22301.

[23] "These ideas very much bear on the continuing debate about the proper role of tradition in constitutional law (...)Perhaps traditionalism is best defended on the ground that judges are highly fallible human beings, and that if they are unmoored from either text or traditions, they might well make mistakes". SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 101, n. 4, p. 945, Feb. 2003.

[24] STF, Pleno, Inq 2.462/RR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 28.08.2008. O trecho figura no voto do Min. Marco Aurélio.

[25] STF, Pleno, MS 21.443/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 21.08.1992, p. 12783. O trecho citado está no voto do Min. Paulo Brossard.

[26] "Com uma sentença sempre se formula a pretensão de que o direito se aplique corretamente, ainda quando essa pretensão não possa ser satisfeita nem sequer minimamente". ALEXY, Robert. La crítica de Bulygin al argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 79.

[27] "We do not argue for the obligation to follow judicial interpretations because those interpretations are identical to the primary norms they are interpreting. Rather, we argue for the obligation to follow judicial interpretations that can, conceptually as well as practically, diverge from the constitution they are interpreting. We argue, therefore, for an obligation to

Não se trata de acertar ou de errar, porém de compor litígios, de pacificar conflitos. O que os tribunais em geral fazem[28] – e o Supremo Tribunal Federal, no seu papel de guardião da Constituição, não difere – é fixar uma interpretação[29]; uma, dentre tantas possíveis[30]. Não por acaso, nem todos os julgamentos contam com os votos unânimes dos componentes dos órgãos colegiados.

As decisões judiciais se tornam definitivas, quando não cabem mais recursos, mas nem por isso se transformam em inquestionáveis[31], blindadas quanto a qualquer crítica.

Se incumbe à jurisdição a tarefa de solucionar as lides de forma final[32], em busca da segurança das relações jurídicas, deve-se encarregar a universidade, em contrapartida, de pensar incessantemente nos problemas que afligem a sociedade[33].

---

follow judicial interpretations, not because they are, by definition, correct, but despite the fact that they may be incorrect". ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 110, n. 7, p. 1381, May 1997.

[28] Em julgado monocrático, o Ministro Luís Roberto Barroso assinalou que, em matéria infraconstitucional, toca ao Superior Tribunal de Justiça "acertar ou errar por último". STF, 1ª Turma, RE 936714/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 30.09.2019.

[29] Nesse sentido: "se efetivamente a Constituição só admite uma interpretação – como continua a crer a agravante – esta, em termos de direito positivo, só pode ser aquela a que chegou o Supremo Tribunal, que, em matéria constitucional, se não tem a pretensão de ser infalível, tem pelo menos" (...) "o indesejável privilégio (...) de errar em último lugar". STF, 1ª Turma, AI 298848 AgR/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.05.2001, p. 189.

[30] "Is there a choice that is 'true to the meaning of the text?' Is there a right or wrong choice? My answer is simple: There is no 'true' interpretation. There is no 'true' meaning. There is only 'proper' interpretation. There are different methods or theories for choosing the legally binding meaning of the text, and a choice must be made among these theories. But none of the theories has a claim to truth". BARAK, Aharon. Hermeneutics and constitutional interpretation. *Cardozo Law Review*, New York, v. 14, n. 3-4, p. 769, Jan. 1993.

[31] "(...) a decisão judicial é vista tradicionalmente não como uma fase existente no processo de diálogo institucional em direção a uma decisão coletiva. Ao contrário, ela é encarada como uma decisão final, que encerra o processo". GIANNETTI, Leonardo Varella. Judicial review: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 133, jan./abr. 2016.

[32] Does it matter whether and how the Supreme Court corrects its mistakes? The Court, of course, does make mistakes; we all know that the Justices are infallible only because they are final, and not the other way around". ROTHFELD, Charles. Should the Supreme Court correct its mistakes? *Harvard Law Review Forum*, Cambridge, v. 128, p. 56, 2014-2015.

[33] O modelo de universidade científica, como espaço de liberdade de pensamento para professores e alunos, deve-se em grande medida a Wilhelm von Humboldt (1767-1835), que idealizou a Universidade de Berlim. Lê-se que "His plans emphasized the importance of *Wissenschaft*, of science seen as objective and scholarly knowledge about the worlds of nature and of human affairs. *Wissenschaft*, understood as an activity, was conceived of as part of a lifelong process of *Bildung*, of reaching an individual's intellectual and moral, that is human, potential, a potential that was conceived of as encompassing the ideal of the cultivated man, and so, in a fully social and political context. (...) Professors were to be free of state interference as they sought and conveyed knowledge (*Lehrfreiheit*) and students were similarly to be free to pursue their studies as they wished (*Lernfreiheit*). However, the efforts of both professor and student, though separate in that each is individually animated by the pursuit *Bildung*, were together directed toward the objective cultivation of *Wissenschaft* in the 'deepest and widest sense' understood as focused on 'knowledge as a not yet wholly solved problem' that therefore required continuous 'investigation and research". SCHLEGEL, John Henry. From High in the Paper Tower: an Essay on von Humboldt's University. *Buffalo Law Review*, Buffalo, v. 52, n. 3, p. 867-868, Summer 2004.

A via é de mão dupla, caracterizando uma interdependência[34]: "Cada um é necessário para o outro, cada um deve entender, respeitar e considerar o outro, ou ambos irão falhar" [35].

Enquanto os tribunais se nutrem da doutrina elaborada nas universidades, as escolas de direito se beneficiam da rica casuística oferecida pela jurisprudência.

A consciência dos equívocos, de ambas as partes, abre as portas para a busca dos acertos. Como escreveu Dostoievski, o erro pode ser algo positivo, porque, com a percepção dele, engaja-se a busca da verdade[36].

Ao passo que a jurisprudência estabiliza as expectativas, a sala de aula potencializa as inquietações.

Considerando a historicidade do direito[37], revela-se insustentável que haja algum conhecimento permanentemente válido[38]. A liberdade de crítica e a pluralidade de opiniões são essenciais: "para ser democrático, um sistema político deve reconhecer a existência de conflitos de valores insuperáveis"[39].

4. Conclusão

De la vida entre el múltiple conjunto de los seres,
no, no busquéis la imagen de la eterna belleza,
ni en el contento y harto seno de los placeres,
ni del dolor acerbo en la dura aspereza.
Ya es átomo impalpable o inmensidad que asombra,
aspiración celeste, revelación callada;
la comprende el espíritu y el labio no la nombra,
y en sus hondos abismos la mente se anonada.
ROSALÍA DE CASTRO[40]

Educar é semear, cuidar e constantemente renovar. Julgar, por outro lado, é tomar decisões e encerrar disputas.

As decisões judiciais devem ser respeitadas, como postulado do estado de direito, ainda que eventualmente sejam tidas como incorretas. Sabe-se que, como as demais atividades estatais, a jurisdição, por ser exercida por seres humanos, não resulta infalível.

---

[34] GINSBURG, Ruth Bader. On the Interdependence of Law Schools and Law Courts. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, n. 5, p. 833, Aug. 1997.

[35] HAND, Learned. Have the bench and bar anything to contribute to the teaching of law? *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 24, n. 5, p. 480, Mar. 1926.

[36] "O mais escandaloso não é que se equivoquem, isso sempre se pode perdoar; o erro é algo escusável, já que pode conduzir à verdade. Não, o que resulta escandaloso é que se equivoquem e persistam no erro". DOSTOIEVSKI, Fiódor. *Crime e castigo*. Vigo: Galaxia, 2003, p. 162-163.

[37] "(...) o reconhecimento deste caráter estruturado e estruturante da realidade jurídica não deve desembocar numa atitude idealista, como seria a de identificar o direito com um sistema axiológico (como nas várias correntes jusnaturalistas) ou com um sistema formal (como no conceitualismo). O que se apresenta como sistemático ou organizado não são os valores ou os conceitos do direito; é, antes, o processo pelo qual tais valores e conceitos são produzidos e transformados". HESPANHA, António M. *A história do direito na história social*. Lisboa: Horizonte, 1978, p. 26-27.

[38] GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999, p. 488.

[39] TOURAINE, Alain. *O que é a Democracia?* 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996, p. 165.

[40] CASTRO, Rosalía de. "De la vida entre el múltiple conjunto de los seres". In: *En las orillas del Sar*. Madrid: Akal, 1993, p. 69.

Não existe, rigorosamente, um direito de errar por último, nem mesmo por parte do Supremo Tribunal Federal. Todos os tribunais têm o dever, emanado da Constituição, de realizar a correta aplicação do direito, embora possam falhar.

Espera-se que os processos judiciais, trazendo vitórias e derrotas, por mais que demorem, afinal terminem. Contudo, a cultura, a ciência, o ensino e a pesquisa não podem cessar jamais.

Com Guimarães Rosa, que retratou poeticamente a alma brasileira, num sertão do tamanho do mundo, pode-se expressar que "vivendo, se aprende; mas o que se aprende, mais, é só a fazer outras maiores perguntas"[41].

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXANDER, Larry; SCHAUER, Frederick. On Extrajudicial Constitutional Interpretation. *Harvard Law Review*, Cambridge, v. 110, n. 7, p. 1359-1387, May 1997.

ALEXY, Robert. La crítica de Bulygin al argumento de la corrección. In: ALEXY, Robert; BULYGIN, Eugenio. *La pretensión de corrección del derecho*. Trad. de Paula Gaido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2001, p. 53-84.

ANDRIEUX, François. Le meunier de Sans-Souci. In: *Oeuvres*. Paris: Nepveu, 1818, t. III.

BALKIN, J. M. Constitutional Interpretation and the Problem of History. *New York University Law Review*, New York, v. 63, n. 4, p. 911-954, Oct. 1988.

BARAK, Aharon. Hermeneutics and constitutional interpretation. *Cardozo Law Review*, New York, v. 14, n. 3-4, p. 767-774, Jan. 1993.

BARBOSA, Rui. Discursos parlamentares. In: *Obras completas*. Rio de Janeiro: Fundação Casa de Rui Barbosa, 1974, v. XLI, t. III.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade líquida*. Trad. de Plínio Dentzien. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

BOBBIO, Norberto. Governo dos homens ou governo das leis. In: *O Futuro da Democracia*. Trad. de Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro; São Paulo: Paz e Terra, 2017.

CANCELLIER DE OLIVO, Luis Carlos. Panorama da Pesquisa em Direito e Literatura. In: *Novas contribuições à pesquisa em direito e literatura*. 2. ed. Florianópolis: UFSC; Fundação Boiteux, 2012, p. 13-30.

CASTRO, Rosalía de. *En las orillas del Sar*. Edición de Eugene F. Del Vecchio. Madrid: Akal, 1993.

COELHO DE SOUZA, Daniel. *Interpretação e democracia*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1979.

COETZEE, J.M. *Waiting for the barbarians*. London: Vintage Books, 2004.

DOSTOIEVSKI, Fiódor. *Crime e castigo*. Trad. de Ekaterina Guerbek. Vigo: Galaxia, 2003.

DWORKIN, Ronald. *A matter of principle*. Cambridge: Harvard University Press, 1985, p 2.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Advocacia da Liberdade*. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad. de Flávio Paulo Meurer. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 1999.

GIANNETTI, Leonardo Varella. Judicial review: podemos tirar algum proveito da PEC 33/2011? *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 125-154, jan./abr. 2016.

GINSBURG, Ruth Bader. On the Interdependence of Law Schools and Law Courts. *Virginia Law Review*, Charlottesville, v. 83, n. 5, p. 829-836, Aug. 1997.

[41] GUIMARÃES ROSA, João. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988, p. 363.

GUIMARÃES ROSA, João. *Grande sertão: veredas*. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1988.

HAND, Learned. Have the bench and bar anything to contribute to the teaching of law? *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 24, n. 5, p. 466-482, Mar. 1926.

HAYEK, F. A. *The constitution of liberty*. Chicago: The University of Chicago Press, 2011.

HESPANHA, António M. *A história do direito na história social*. Lisboa: Horizonte, 1978.

LUEBKE, David M. Frederick the Great and the Celebrated Case of the Millers Arnold (1770-1779): A Reappraisal. *Central European History*, Cambridge, v. 32, n. 4, p. 379-408, Dec. 1999.

MATTIETTO, Leonardo. Estado de direito, jurisdição e dignidade humana. Lex humana, Petrópolis, v. 11, n. 1, p. 97-109, jan./jun. 2019.

OST, François. *Contar a lei: as fontes do imaginário jurídico*. Trad. de Paulo Neves. São Leopoldo: Unisinos, 2005.

PLATÃO. *A República* (ou: sobre a Justiça. Gênero Político). Trad. de Carlos Alberto Nunes. 3. ed. Belém: EDUFPA, 2000.

POPPER, Karl. *The open society and its enemies*. Princeton: Princeton University Press, 2013.

ROTHFELD, Charles. Should the Supreme Court correct its mistakes? *Harvard Law Review Forum*, Cambridge, v. 128, p. 56-63, 2014-2015.

SALDANHA, Nelson. *Da teologia à metodologia: secularização e crise no pensamento jurídico*. Belo Horizonte: Del Rey, 1993.

SCHLEGEL, John Henry. From High in the Paper Tower: an Essay on von Humboldt's University. *Buffalo Law Review*, Buffalo, v. 52, n. 3, p. 865-888, Summer 2004.

SUNSTEIN, Cass R.; VERMEULE, Adrian. Interpretation and Institutions. *Michigan Law Review*, Ann Arbor, v. 101, n. 4, p. 885-951, Feb. 2003.

TOKARCZUC, Olga. *Flights*. Translated by Jennifer Croft. New York: Riverhead, 2018.

TOURAINE, Alain. *O que é a Democracia?* Trad. de Guilherme João de Freitas Teixeira. 2. ed. Petrópolis: Vozes, 1996.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, AI 298848 AgR/MG, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 14.05.2001, p. 189.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma, RE 936714/DF, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe 30.09.2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma, HC 69.284/SP, Rel. Min. Paulo Brossard, DJ 27.11.1992, p. 22301.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, AP 470/MG, Rel. Min, Joaquim Barbosa, DJe 19.04.2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, Inq 2.462/RR, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 28.08.2008.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal, Pleno, MS 21.443/DF, Rel. Min. Octávio Gallotti, DJ 21.08.1992, p. 12783.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 383-405
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Los menores y su captación por las sectas religiosas

Minors and their recruitment by religious sects.

María del Pilar Mesa Torres [1]
Universidad de Córdoba

Sumario: 1. Introducción. 2. Conceptualización del término secta. 3. Conductas delictivas de las sectas. 3.1. El proselitismo o captación de la voluntad ajena. 3.2. El adoctrinamiento como conducta ilícita. 4. La protección del menor por los poderes públicos. 4.1. Los hijos que libremente se integran en estos grupos sin consentimiento de los padres. 4.2. Los hijos de padres prosélitos. 4.3. Yihadismo. 5. Los testigos de Jehová y las consecuencias de sus creencias sobre la materia. 5.1. El derecho a la vida en nuestro Ordenamiento Jurídico. 5.2. Colisión entre derecho a la vida y libertad de conciencia ante trasfusiones de sangre y otras intervenciones sanitarias. 6. Conclusiones. 7. Bibliografía.

Resumen: Las Nuevas Tecnologías juegan un papel fundamental en el fenómeno religioso, y particularmente en sus tendencias radicales. Se hace necesario definir los términos proselitismo y adoctrinamiento, puesto que se confunden en relación a la libertad religiosa. El dinamismo y estructura con el que evolucionan las sectas destructivas, por el fenómeno de Internet, hace que hayan proliferado las mismas. Una cuestión fundamental es la actitud que los padres pueden tomar ante la adscripción de sus hijos a lo que se conoce como sectas, porque si bien deben respetar lo que el menor en su libertad asume como creencias propias, sin embargo, es cosa bien distinta que aquél se vea sumido en una de estas realidades que abundan en nuestro tiempo y que captan adeptos por muy distintas vías, siendo los menores una de sus presas preferidas por su vulnerabilidad y falta de madurez. Otra cuestión del presente trabajo, es la negativa a determinadas intervenciones médicas por los menores, miembros de algunas sectas, incluso cuando se encuentran en peligro de muerte

Palabras clave: Libertad religiosa, sectas, movimientos religiosos, delitos sectarios, objeción de conciencia.

Abstract: New Technologies play an important role in the religious phenomenon, and particularly in its radical tendencies. It is necessary to define the terms proselytizing and indoctrination, since they are confused with the concept of religious freedom. The increase of destructive sects as well as their dynamic evolution can be explained due to the internet. An essential point is the attitude that parents can take towards the attachment of their children to what is known as sects. Although they must respect what the minor freely assumes as his own beliefs, it is a very different thing than the minor is involved in one of these realities that are very common

[1] Doctoranda en Derecho de la Universidad de Córdoba (España), del Programa de Ciencias Sociales y Jurídicas con la Línea de Investigación de Derecho Civil. Colaboradora Honoraria del Departamento de "Derecho Civil, Penal y Procesal", en el Área de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba. Máster en Abogacía de la Universidad de Córdoba (España). Graduada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad de Córdoba (España). Abogada Colegiada del Ilustre Colegio de Abogados de Córdoba. E-mail: d02metom@uco.es

Recibido: 16/02/2020
Aceptado: 30/05/2020

nowadays. The sects attract followers by very different ways but minors are their preferred prey due to their vulnerability and lack of maturity. Another subject of this work is the refusal of certain medical interventions by minors, that are members of some sects, even when they are in danger of death.

Keywords: Religious freedom, sects, religious movements, sectarian crimes, conscientious objection.

1. Introducción

La llegada de las nuevas tecnologías ha provocado una proliferación de sectas religiosas en la actualidad, y, asimismo, la captación por las mismas a menores como adeptos. El perfil de víctimas que tienen son los comprendidos entre estas edades, puesto que son más vulnerables al no contar con una moral formada y con un asentamiento de los valores propios de una persona. Por este motivo, es un grupo fácil de captar, y más aún, a través de los instrumentos con los que cuenta Internet, ya que se son un colectivo que transcurre la mayor parte de su tiempo diario con las redes sociales y aplicaciones de mensajería instantánea, entre otros.

Los integrantes del grupo utilizan la persuasión para conseguir captarlos como adeptos y de esta forma, controlarlos física y mentalmente, hasta el extremo de llegar a cometer actos ilícitos o atentar contra su integridad física. Por ello, es un tema que deber abordarse por todos los países con el propósito de aunarse para conseguir eliminar de raíz esta lacra social.

Asimismo, se abordarán en este estudio los conflictos que pueden generarse entre padres e hijos cuando el menor se adscribe a una secta sin el consentimiento ni conocimiento de sus progenitores, o cuando los hijos se ven inmersos en una secta religiosa la cual no comparten, como consecuencia de que sus padres pertenecen a la misma. Veremos las posibles soluciones que nos da la jurisprudencia y la normativa vigente frente a dichas discrepancias.

Por último, es importante dentro de este estudio hacer una mención a aquellos grupos que por objeción de conciencia se oponen a recibir tratamientos médicos tales como intervenciones quirúrgicas o transfusiones de sangre, en ocasiones de los que depende la vida de los mismos frente al derecho a la vida que reconoce nuestra Carta Magna y por el que velan los profesionales médicos.

2. Conceptualización del término secta

Como punto de partida, conviene comenzar por tratar de explicar qué es lo que conocemos como sectas. La raíz etimológica del término secta se halla en el verbo latino *secare*, que significa "cortar, separar, romper con, etc.".

Para hacernos una idea, podemos partir de que las sectas son aquellas que se consideran perjudiciales para la persona humana por los profesionales de la salud. Suelen ser organizaciones, movimientos o grupos de tipo totalitario, jerarquizados, con un líder carismático al que obedecer ciegamente a fin de conseguir los objetivos de éste, utilizando técnicas de captación, de control mental y modificación del pensamiento altamente sofisticadas, no éticas y manipulativas[2].

Sin embargo, no es fácil dar un concepto claro y bien delimitado de aquellas. Habría que comenzar señalando en principio que la Legislación vigente, sin utilizar la terminología "secta" parece hacer alusión a ellas en los siguientes términos: *"Quedan fuera del ámbito de protección de la presente Ley las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos*

[2] JORDÁN VILLACAMPA, M.L., *Las sectas pseudorreligiosas*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991, p. 12.

o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros fines análogos ajenos a los religiosos"[3]*.*

Si tenemos en cuenta que corresponde a la misma Administración designar cuáles son los entes que acreditan suficientemente fines religiosos, y sobre ello, aceptar o no su inscripción en el Registro de Entidades Religiosas, podemos decir sin temor a equivocarnos que en gran medida se reafirman las siguientes palabras del Profesor IBAN: "*No creo que sea necesario el dar un repaso a la doctrina española para demostrar que ésta ha caído, en reiteradas ocasiones, en la tentación de definir en qué consiste la religión; naturalmente esto no es perceptible a primera vista, pero si prestamos atención a algunos escritos doctrinales comprobaremos que los intentos de definición del concepto de confesión religiosa y la configuración de las mismas como sujetos colectivos del derecho de libertad religiosa, no son otra cosa que intentos doctrinales de reservar la libertad religiosa colectiva para unos determinados grupos*[4]".

A pesar de la intención del Legislador de dar una definición del concepto, nos parece más concreto el criterio de MOTILLA: "*En España, al igual que otras naciones del entorno, se ha popularizado la calificación de los grupos que estudiamos como "sectas". El término es más que discutible si con él queremos designar toda una amplia gama de movimientos. (...) Pero el concepto secta está gravado por una hipótesis de mayor envergadura que la que refleja su etimología originaria. En el lenguaje corriente esta palabra se utiliza para designar grupos intolerantes y dogmáticos, cerrados al mundo y sospechosos de acciones ilícitas. Es evidente, que el arraigado carácter peyorativo que pesa sobre el término "secta" lo hace inadecuado para englobar apriorísticamente a movimientos religiosos y espirituales fuera de toda duda*"[5].

Un sector doctrinal, denomina sectas como grupos "pseudorreligiosos", en concreto JORDÁN VILLACAMPA, define y conceptualiza el término "secta" como aquellas "pseudorreligiones" que son objeto de controversia por considerarse dañosas para el individuo y la sociedad[6]. No compartimos esta definición pues acota la peligrosidad al campo religioso, o circunscrito a una religión, lo que excluye un concepto de secta más amplio vinculado a la moral, la ideología o la filosofía[7].

Para evitar los equívocos señalados[8], a lo largo del trabajo se han utilizado generalmente dos términos distintos, siguiendo a MOTILLA[9]: Nuevos Movimientos

---

[3] Artículo 3.2 de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

[4] IBAN PEREZ, I.C., "El contenido de la Libertad Religiosa" (Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba el día 12 de abril de 1985) en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado, vol. I,* Editorial Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1985, pp. 354 y 355.

[5] MOTILLA DE LA CALLE, A., *Sectas y Derecho en España,* Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1990, pp. 39 y 40.

[6] JORDÁN VILLACAMPA, M.L., *Las sectas pseudorreligiosas…cit.*, p. 9.

[7] BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho Penal, estudio dogmático de los delitos sectarios,* editorial Bosh Editor, Barcelona, 2018, pp. 401 y 402.

[8] Véase GUERRA GÓMEZ, M., *Los nuevos movimientos religiosos (Las sectas), Rasgos comunes y diferenciales,* 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Navarra, 1996, p. 23. En este libro, el autor equipara los términos Nuevos Movimientos Religiosos y sectas sin la carga peyorativa: "En este trabajo uso preferente Nuevos Movimientos Religiosos y también sectas, aunque evidentemente sin la carga negativa que está hipotecando su empleo". En nuestro estudio no equiparamos ambos términos, dándole una carga peyorativa al concepto de secta.

[9] JORDÁN VILLACAMPA, M.L., "Aproximación al tema de las sectas pseudorreligiosas" en *Dimensiones jurídicas del factor religioso: estudios en homenaje al profesor López Alarcón*, Murcia, 1987, p. 258; JORDÁN VILLACAMPA, M.L., *Las sectas pseudorreligiosas…cit.*, pp. 11 y 12.

Religiosos y Sectas. Cuando nos referimos al fenómeno de la reciente implantación de religiones distantes a la corriente hebraico-cristiana que ha confirmado la espiritualidad del mundo occidental, hablamos de N.M.R. -Nuevos Movimientos Religiosos- por la razón de objetividad e imparcialidad ya expresada, y el término sectas cuando les sean imputables actos de ilegalidad penal, administrativa, o de cualquier tipo, cuyos medios y fines sean ilícitos a tenor de un ordenamiento concreto. Por tanto, estimo aceptable utilizar el término secta para referirse de una manera genérica a los movimientos que actúan fuera de la legalidad impuesta[10].

La inscripción o no de la agrupación en el R.E.R. -Registro de Entidades Religiosas- no ha de ser el criterio del que se parta para definir una determinada creencia como secta, ya que junto a una apariencia religiosa y que cumpliese todos los requisitos exigidos para su reconocimiento e inscripción, podría encubrirse una asociación con fines ilícitos. Es este, uno de los factores definitorios que se señalan: su actividad ilegal, la cual la diferencia de los movimientos religiosos que no contemplan esta finalidad.

Visto lo anterior, en una aproximación al significado de secta desde el lenguaje religioso tradicional, podríamos definir la secta "como aquel grupo humano en el que se dan todas y cada una, no sólo algunas, de las siguientes características: organizaciones de tipo piramidal, sumisión incondicional al dirigente, sea éste personal o colectivo, anulación de la crítica interna, persecución de objetivos políticos y/o económicos enmascarados bajo una ideología de tipo espiritual, sea religiosa o filosófica; instrumentación de los adeptos para fines propios de la secta; ausencia de control o fiscalización de la secta por cuenta de otro poder religioso o filosófico"[11]. Asimismo, podemos afirmar que además de su actividad, tienen un carácter destructivo para sus miembros, por cuanto si no siempre en el aspecto físico – auto-destrucción por lesiones o suicidio – siempre hay un componente de destrucción o desintegración volitiva o intelectual.

Entre las características fundamentales de una secta destructiva están, por tanto, las siguientes: se trata de organizaciones de estructura piramidal, jerarquizadas, cerradas y fuertemente estratificadas; sumisión al dirigente; instrucción de los adeptos mediante adoctrinamiento; proselitismo constante y obligatorio por parte de los que integran el grupo; defensa de las nuevas formas de vida que han adoptado, tanto en su vertiente religiosa como social, cultural o política, anulando la libertad del individuo a través del llamado "lavado de cerebro"[12].

3. Conductas delictivas de las sectas

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa ha afirmado que el fenómeno sectario se ha incrementado desde 1992[13], puesto que existen grupos que infringen de modo muy grave la ley, al amparo de la libertad religiosa. A estos grupos, se les conoce como las "sectas destructivas", los cuales en su dinámica de captación y adoctrinamiento se sirven de diversas técnicas de persuasión coercitiva con la finalidad de desestabilizar la personalidad previa del adepto, dañando severamente su equilibrio y autonomía, sus lazos afectivos y familiares y la relación libre con su

[10] MOTILLA DE LA CALLE, A., *Sectas y Derecho en España…cit.*, pp. 40 y 41.

[11] VIDAL MANZANARES, C., *El infierno de las sectas*, Editorial Mensajero, Bilbao 1989, p. 12.

[12] VARGAS LLOVERA, M.D., "Los nuevos grupos religiosos y sectas en el actual sistema social español" en *Anales de Historia Contemporánea,* 17, 2001, p. 6.

[13] Se sucedieron los Acuerdos de Cooperación del Estado con las confesiones religiosas: las iglesias evangélicas con la Ley 24/1992, de 10 noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España; las comunidades judías con la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España y las comunidades musulmanas con la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

entorno laboral y social[14]. Esta situación, puede llegar a un momento en que la persona se convierte en una marioneta al servicio de esa comunidad, careciendo de decisión y personalidad para discernir sus propios actos[15].

La jurisprudencia ha apreciado disminuciones relevantes de la culpabilidad en la comisión de delitos organizados por miembros de algunas de las sectas, puesto que son víctimas del llamado "síndrome de persuasión coactiva" o en los que se aprecia "ofuscaciones del raciocinio", "bloqueo" o "absoluta anulación mental", "secuestro de la voluntad" o una atenuante muy cualificada de obediencia debida a través del error por su sumisión y fidelidad ciega a los dictados de algún líder o maestro espiritual[16]. En ocasiones, entre estas sectas, es común la imputación de delitos sexuales[17], de favorecimiento de la prostitución, a veces utilizada como medio para la obtención ilegítima de fondos[18].

Por otro lado, nos encontramos con supuestos de muertes que se producen como resultado de actos de omisión, por parte de quien está obligado a prestarlos, como la ausencia de los cuidados necesarios para salvar la vida de una persona. La consecuencia será diferente, dependiendo de si la persona, que se encuentra desamparada y en una situación de peligro para su vida, ha prestado su consentimiento o no. En el casa, de resultar probada su ausencia existiría un homicidio, y por el contrario, si hay consentimiento, a pesar de quedar acreditado el desamparo, la conducta resultará impune[19].

3.1. El proselitismo o captación de la voluntad ajena

El proselitismo es la acción destinada a conseguir nuevos seguidores o prosélitos, y en su sentido originario se utilizaba para referirse a la acción evangelizadora de los primeros cristianos.

Actualmente, el proselitismo se ejercita dentro y fuera del ámbito familiar, y se protege, como una lícita manifestación del deseo humano de compartir y comunicar, pero con respeto a los derechos ajenos, así como, la salud, la moral y la

[14] MAQUEDA ABREU M.L., "Las sectas destructivas ante el Derecho" en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología,* Nº 18, San Sebastián, 2004, p. 231.

[15] Véase S.T.S. nº rec. 385/1993, 10 de febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel García Miguel. La líder administraba a los integrantes del grupo la llamada "Cafiaspirina bendecida", que, entre otras sustancias, contenía anfetaminas que impartía a modo de "comunión" a todos dos ó tres veces al día como mínimo y cuantas otras le parecía si necesitaba de los mismos un esfuerzo adicional ó el mantenerlos despiertos durante la noche.

[16] MAQUEDA ABREU M.L., "Las sectas destructivas ante el Derecho" …cit., p. 232.

[17] S.T.S. nº 784/2006, de 28 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez. Es el caso de una agresión sexual de un monitor juvenil, de Adventistas del Séptimo día, a uno de sus miembros, una menor.

[18] S.T.S. nº 11724/1993, de 21 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel. Un ejemplo de imputación de delitos sexuales, es el caso de la agrupación Edelweis, en la que el Tribunal Supremo no admitió el recurso contra la Sentencia que apreciaba corrupción de menores en las conductas de los diez acusados. Su "modus operandi", consistía en la captación de menores para su ingreso en el grupo, fomentaban su imaginación y les creaban un atractivo con los planetas "Nazar", a través de conversaciones individuales y en grupo. Posteriormente, los monitores realizaban acampadas con los menores, donde mantenían relaciones sexuales haciéndoles creer que podrían a través de su unión y lealtad a los componentes de Edelweis, acceder a Delhais, si eran escogidos por Eddie, alcanzando la perfección.

[19] Véase el apdo. 5º de este estudio, "*Los testigos de Jehová y las consecuencias de sus creencias sobre la materia*".

seguridad pública[20]. Su objetivo es la captación de la voluntad ajena, a través de la atracción y adhesión. Sin embargo, este término contiene un sentido peyorativo cuando alguien pretende convencer a los demás para su propio beneficio e incluso si es ilícito se castiga penalmente -artículo 515 del Código penal[21] y artículo 522 del mismo Código[22]-, mermando la capacidad volitiva del sujeto, utilizando para ello técnicas de captación como efectuar rezos y cantos, repetir frases, suministrar dietas pobres y aislamiento del sujeto respecto del grupo y del mundo exterior. Todas ellas, tienen en común la finalidad de debilitarle psíquicamente, e incluso en algunas ocasiones se utilizan sesiones de hipnosis o suministro de estupefacientes, aminorando la capacidad volitiva de aquel[23].

El artículo 515 del C.P. se refiere a las asociaciones ilícitas, y tipifica como tales a las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, y también tipifica como ilícitas las asociaciones que teniendo un fin ilícito empleen medios violentos de alteración o control de la personalidad para conseguirlo, siendo de aplicación a cualquier cambio de convicciones, sean religiosas o no.

Este artículo se refiere a las denominadas sectas destructivas, pero se evita el empleo de dicha denominación por su difícil definición, y se centra en la caracterización de los medios empleados que afectan a la libre voluntad de los sujetos, que es el elemento relevante jurídicamente, ya que afecta a la libre decisión. Así, pone de manifiesto que penalmente es punible el proselitismo de ideas o creencias religiosas que utilice instrumentalmente estos medios de alteración o control de la personalidad cuando su autor es una asociación que podría ser declarada ilícita[24].

El apartado primero del artículo 522 del C.P.[25] criminaliza la conducta de proselitismo ilícito que, mediante violencia, intimidación, fuerza o cualquier apremio

---

[20] MARTÍ SÁNCHEZ, J.M., "Educación, proselitismo y adoctrinamiento: perfil y repercusiones jurídicas*"* en *Rivista telemática: Stato, Chiese e pluralismo confessionale* <www.statochiese.it>, nº 21, 2019, pp. 20 y 21.

[21] Artículo 515: *"Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:*

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."

[22] Artículo 522*: "Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:*

1.º Los que, por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.

2.º Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen."

[23] HERREROS ALONSO, R., en AA.VV.: (BUQUERAS SEGURA, E., -Coord.-). "Actitud del Ordenamiento español ante las sectas" en *Sectas y Derechos Humanos*, III Congreso Interuniversitario de Derecho Eclesiástico para estudiantes (21-24 abril 1994), Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1997, p. 52.

[24] MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, M., "Sentimientos religiosos y discurso del odio en la protección penal de la libertad religiosa" en *Fenómeno religioso y ordenamiento jurídico*, Editorial Tecnos, 2017, pp. 290 y 291.

[25] Artículo 522 del C.P.: *"Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses: 1.º Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un*

ilícito impida a un miembro o miembros de una confesión religiosa realizar sus prácticas propias o asistir a ellas. Con el verbo "impedir", se hace referencia a no dejar de hacer lo que el sujeto pasivo desea hacer, e imposibilidad de asistir y practicar los actos propios de las creencias que profesen[26].

En el artículo 522.2 del C. p. se tipifican como delitos el forzar a una persona a asistir y practicar actos de culto de una religión, protegiendo así el derecho de aquella a la libre formación de su conciencia en el caso de que todavía no haya elegido una religión, como es el caso de los menores[27]. En este caso, compartiendo la opinión de TAMARIT[28], consideramos que hay que hacer una breve diferenciación entre dos supuestos

Si se obliga a otro a practicar actos de culto de la religión que profesa, estamos ante un delito contra la libertad religiosa, porque ésta no sólo comprende el derecho a profesar unas creencias, sino también a practicarlas cuando se desee.

Por el contrario, en el supuesto de forzar a una persona a practicar actos de culto de una religión que no profesa, nos encontraríamos ante un delito contra la libertad religiosa o ideológica, si la persona obligada tiene unas creencias, o frente a un delito contra la libertad de conciencia si el sujeto pasivo no ha elegido todavía unas determinadas convicciones.

La tipificación de este delito implica el derecho a elegir libremente las propias creencias y, por ello, contra el derecho a formar sin coacción la conciencia en cuanto presupuesto necesario para realizar aquella elección. Sin embargo, la protección que ofrece el artículo 522 al bien constituido por el derecho a la formación de la conciencia resulta incompleta, puesto que, en su apartado primero, protege exclusivamente la libertad religiosa y no la ideológica[29]. El bien jurídico tutelado es la libertad de culto y no el derecho a la formación de la conciencia, que es previa tanto a la libertad religiosa como a la ideológica. Los mismos motivos podemos señalar para el apartado 2 del artículo 522, puesto que se refiere solamente a aquéllos que profesan unas creencias religiosas, y ello, supone dejar desprotegido el derecho a la formación de la conciencia de las personas que no profesan religión alguna.

En cuanto a la función del Estado en el terreno educativo, no cabe inmiscuirse en la esfera personal del menor, ni el proselitismo que alteraría el pluralismo religioso, sino que debe respetar el derecho de libertad religiosa e ideológica en la formación de la conciencia. Así, cabe mencionar la reciente Sentencia del TEDH Fundación Zehra y otros contra Turquía que delimita claramente la labor del Estado en materia de educación y enseñanza:

"*El artículo 9 del Convenio y la segunda frase del artículo 2 del Protocolo núm. 1 al Convenio, en relación con el artículo 10 del Convenio, desde el momento que buscan garantizar el pluralismo educativo, implican que el Estado, al ejercer sus funciones en materia de educación y enseñanza, vela porque las informaciones o conocimientos que figuren en el programa sean divulgados de manera objetiva, crítica y pluralista, permitiendo a los alumnos desarrollar un sentido crítico respecto del hecho religioso en un ambiente sereno, preservado de todo proselitismo. Esta obligación de los Estados es parte de su misión de garantizar, en el respeto del artículo 9 del Convenio, permaneciendo neutro e imparcial, el ejercicio de las distintas*

---

miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos".

[26] BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho Penal, estudio dogmático…cit.*, pp. 483 y 484.

[27] MARTÍN SÁNCHEZ, I., *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 269.

[28] TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Libertad Ideológica en el Derecho Penal*, Editores Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, Barcelona, 1989, p. 178.

[29] MARTÍN SÁNCHEZ, I., *El derecho a la formación de la conciencia …cit.,* pp. 270 y 271; le sigue, GOTI ORDENAÑA, J., "Tratamiento jurídico de las sectas en España" en *Estudios de Juventud*, nº 53, 2001, pp. 149 y 150.

religiones, cultos y creencias. Su papel es el de contribuir a garantizar el orden público, la paz religiosa y la tolerancia en una sociedad democrática. Esto se aplica a las relaciones entre creyentes y no creyentes y a las relaciones entre los adeptos a diversas religiones, cultos y creencias"[30].

En consecuencia, de todo lo expuesto extraemos que el Estado debe ejercer la enseñanza de manera objetiva, crítica y garantizando el pluralismo religioso e ideológico, sin ánimo proselitista.

Por último, cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo sobre Educación para la Ciudadanía, que expuso la inexistencia en la asignatura, con el mencionado nombre anteriormente, de un derecho a la objeción de conciencia, no cumpliendo con el principio de neutralidad estatal:

"*Ello es consecuencia del pluralismo, consagrado como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, y del deber de neutralidad ideológica del Estado, que prohíbe a éste incurrir en cualquier forma de proselitismo. Las materias que el Estado, en su irrenunciable función de programación de la enseñanza, califica como obligatorias no deben ser pretexto para tratar de persuadir a los alumnos sobre ideas y doctrinas que -independientemente de que estén mejor o peor argumentadas- reflejan tomas de posición sobre problemas sobre los que no existe un generalizado consenso moral en la sociedad española. En una sociedad democrática, no debe ser la Administración educativa -ni tampoco los centros docentes, ni los concretos profesores- quien se erija en árbitro de las cuestiones morales controvertidas. Estas pertenecen al ámbito del libre debate en la sociedad civil, donde no se da la relación vertical profesor-alumno, y por supuesto al de las conciencias individuales*" [31].

3.2. El adoctrinamiento como conducta ilícita

El adoctrinamiento es un concepto complicado y difícil de definir, y máxime teniendo en cuenta que es más eficaz cuando sus destinatarios son los menores, por la vulnerabilidad que les caracteriza.

Compartiendo el significado primigenio de adoctrinamiento, que nos da MARTÍN SÁNCHEZ[32], es enseñar doctrina o una teoría válida para la vida, que concurre con el objetivo del proceso educativo, es decir, con la acción humana sistemática y teleológica encaminada a que su destinatario despliegue sus potencialidades, gracias a las pautas que se le facilitan, en orden a una vida plena y mejor.

El adoctrinamiento en el seno familiar se considera legítimo, puesto que dentro de las funciones que ejercen los progenitores como titulares de la patria potestad, que se incluye el derecho a la educación –artículo 154 del C.c.[33] y artículo 5 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones[34]-.

---

[30] STEDH (Sección 2ª), Caso Fundación Zehra y otros c. Turquía, de 10 de julio de 2018, n. 51.

[31] S.T.S. Recurso nº 905/2009, de 11 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas, FJ 15º.

[32] MARTÍ SÁNCHEZ, J.M., "Educación, proselitismo y adoctrinamiento…cit., p. 29.

[33] Artículo 154 del C.c.*: "La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental. Esta función comprende los siguientes deberes y facultades: 1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral".*

[34] Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 25 de noviembre de 1981, en la resolución nº 36/55: Artículo 5: *"1. Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño. 2. Todo niño gozará del derecho a tener acceso a educación en materia de religión o*

Sin embargo, es rechazada dentro del ámbito de la enseñanza reglada, puesto que se debe proteger a los menores y respetar la libertad de educación que profesen los padres, y no imponiendo ideologías en los centros escolares, y con ello, adoctrinando a la sociedad.

Como punto de partida, hay que recordar que la Educación de los hijos es un derecho que corresponde a los padres, según se establece en el artículo 26.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 27.3 de la Constitución Española; y por otro, nuestra Constitución también establece la libertad de enseñanza –artículo 27.1 CE- y que *"la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales"* –artículo 27.2 CE-. Por tanto, la Educación es un derecho de los padres que el Estado no puede suplantar, y siempre dentro de los valores constitucionales: libertad, justicia, igualdad y pluralismo político -artículo 1.1 CE-.

En este sentido, viene a colación por ser un recurso recientemente presentado el denominado "pin parental" que consiste en una solicitud de autorización expresa de los padres de un alumno, para que éste pueda participar en actividades organizadas por el centro educativo, cuando tengan contenido que afecte a cuestiones morales, sexuales o de conciencia. Este recurso ha sido propuesto para implantarse, y ha llegado a verse aceptado en alguna Comunidad Autonómica de España – concretamente en Murcia -como mecanismo para el ejercicio de aquel derecho fundamental a la Educación que tienen los padres. Con su puesta en funcionamiento, los alumnos podrán ausentarse de cualquier actividad relacionada con estas cuestiones ejerciendo los padres "objeción de conciencia"[35]. Esta medida del "pin parental" se ha puesto en funcionamiento ante el temor de muchos progenitores de que sus hijos a través de actividades extracurriculares, impartidas por personas ajenas al centro educativo, adoctrinen a los mismos acogiéndose al derecho de libertad de educación, en cuestiones tan personales como morales, sexuales o de conciencia.

Existen diversas posturas sobre lo mismo, y así el Gobierno central no se posiciona a favor del mismo, apoyándose en que va en contra de los derechos fundamentales de las personas, el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, que va en contra de la propia ley educativa y fomenta el odio hacia las personas y colectivo LGTBI. Asimismo, esta corriente de pensamiento, seguida por gran parte de la comunidad y algunos agentes sociales entre los que destacan ciertos sindicatos, dice que se fomenta con esta medida, la no asistencia a clase. En contraposición, el sector que apoya la autorización de los padres, defienden que no hay que confundir libertad de cátedra con libertinaje de cátedra, puesto que los padres tienen derecho a que sus hijos sean educados conforme a sus convicciones y no a que sean adoctrinados conforme al criterio e ideología de un profesor. En mi opinión, la medida del pin parental es acertada porque corresponde a los padres decidir el tipo de educación y bajo qué principios.

Si bien las posturas a favor del pin parental mencionan que "los hijos pertenecen a los padres", la legislación española no recoge una edad límite a partir de la cual consideramos a los menores con capacidad y madurez para ejercer el derecho de libertad de creencias, y, asimismo, en caso de que existiese se trataría de un criterio difícil de contemplar y que estaría sometido a prueba en contrario, ya

convicciones conforme con los deseos de sus padres o, en su caso, sus tutores legales, y no se le obligará a instruirse en una religión o convicciones contra los deseos de sus padres o tutores legales, sirviendo de principio rector el interés superior del niño".

[35] Noticia del periódico ABC: "Pedro Sánchez recurrirá ante los tribunales la implantación del «pin parental» en Murcia". [Fecha de consulta, 22 de enero de 2019] Disponible <https://www.abc.es/sociedad/abci-pedro-sanchez-recurrira-ante-tribunales-implantacion-parental-murcia-202001161708_noticia.html>

que todos los menores no adquieren la madurez en el mismo momento. Por ello, la educación en los colegios de temas que se relacionen directamente con sus derechos de la personalidad del menor pueden atentar gravemente ocasionando un perjuicio para el mismo.

Además de lo anterior, hay que hacer especial referencia, en el adoctrinamiento que se produce en las actividades delictivas del terrorismo[36] que se regula en el artículo 575[37], y el delito del artículo 577.2[38] del C.P., por el que se sanciona el adoctrinamiento para que se incorporen otros o colaboren con organizaciones terroristas. Asimismo, el artículo 579 del C.P., sanciona la incitación pública y la difusión de mensajes o consignas susceptibles de incitar a otros a la comisión de delitos de terrorismo[39], y ello, es una de las conductas cometidas en el adoctrinamiento ilícito.

---

[36] S.A.P. nº 3/2017, de 17 de febrero, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique López López. Se condena a ocho años de prisión por captación y autoadoctrinamiento yihadista. El acusado utilizaba un perfil en Facebook con la foto de un dirigente del ISIS desde el que publicó diversos mensajes con fotografías suyas con armas de fuego y algunos con contenido yihadista.

[37] Artículo 575 del C.P.: *"1. Será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.*

2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior.

Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.

Asimismo, se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines."

[38] Artículo 577 del C.P.: *"2. Las penas previstas en el apartado anterior se impondrán a quienes lleven a cabo cualquier actividad de captación, adoctrinamiento o adiestramiento, que esté dirigida o que, por su contenido, resulte idónea para incitar a incorporarse a una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.*

Asimismo, se impondrán estas penas a los que faciliten adiestramiento o instrucción sobre la fabricación o uso de explosivos, armas de fuego u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o sobre métodos o técnicas especialmente adecuados para la comisión de alguno de los delitos del artículo 573, con la intención o conocimiento de que van a ser utilizados para ello.

Las penas se impondrán en su mitad superior, pudiéndose llegar a la superior en grado, cuando los actos previstos en este apartado se hubieran dirigido a menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección o a mujeres víctimas de trata con el fin de convertirlas en cónyuges, compañeras o esclavas sexuales de los autores del delito, sin perjuicio de imponer las que además procedan por los delitos contra la libertad sexual cometidos."

[39] S.T.S. nº 466/2019, de 14 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina, por la que se condena por la publicación reiterada de videos y otros documentos de contenido yihadista, y concretamente en su FJ 2º: "En el presente caso y remitiéndonos al contenido del relato fáctico de la sentencia, la responsabilidad penal de los acusados no ha sido declarada por profesar la religión islámica sino por la realización de actos de

Junto a todo lo expuesto, también hay que anotar que el Derecho Penal, desde la precisión y la intervención mínima, reprimirá las manifestaciones más graves de adoctrinamiento como el terrorismo, cuyo contexto será frecuentemente el de las nuevas tecnologías[40].

La caracterización de estos movimientos radicales trata en captar a menores, ya que son más vulnerables e influenciables, y por ello, dirigen principalmente su propaganda a los jóvenes. En atención a los datos disponibles, la mayoría de los sujetos propensos al radicalismo y actividad yihadista en nuestro país son hombres, que empezaron a interesarse por el ideario ideario radical yihadista a edades muy tempranas, entre los 16 y 25 años, y cuya radicalización se pudo dar por completada entre los 25 y 35 años, siendo en la mayoría de los casos menores de 30 años[41].

4. La protección del menor por los poderes públicos.

Una de las mayores responsabilidades del Poder público, es proteger a los menores por ser un colectivo vulnerable, y, asimismo, teniendo en cuenta que uno de los primeros "principios rectores de la política social y económica", que contempla Constitución, es que se asegure "la protección integral de los hijos" -artículo 39.2 de la CE-. Asimismo, en la Resolución del Parlamento Europeo "sobre una acción común de los Estados miembros de la Comunidad Europea en torno a diversas violaciones de la ley cometidas por nuevas organizaciones que actúan bajo la cobertura de la libertad religiosa", de 22 de mayo de 1984, se vela por el trato dado al menor en el seno de tales formaciones: "En lo que concierne a los niños de los miembros, los movimientos deben velar muy cuidadosamente que les sean dados una educación y cuidados apropiados y evitar todo lo que pudiera perjudicar el bienestar del niño" –artículo 5, apartado m-.

El principal problema que las sectas religiosas plantean, es la inexistencia de unas pautas generales de decisión de actuar conforme a los principios y reglas internas del grupo, que atentan contra la libertad de conciencia y su ejercicio. Por ello, es complicado diferenciar aquellos casos en los que la adhesión y permanencia en el grupo se ha decidido libremente, de aquellos otros en los que es resultado de la sumisión por el uso de técnicas coercitivas de manipulación psicológica, dirigidas a obtener vinculación ideológica del prosélito a determinada comunidad o asociación, ya sea religiosa o no.

En relación a los menores pueden darse dos casos: los hijos que libremente se integran en una secta sin consentimiento de los padres y los hijos de padres prosélitos. De ambas pasamos a ocuparnos seguidamente.

---

adoctrinamiento activo para la realización de actividades terroristas consistentes en la recopilación y difusión a través de Internet de numerosos e imágenes de discursos radicales sobre la necesidad de la yihad o lucha armada, relativos a actos violentos de naturaleza terrorista, así como, la captación concreta de personas para que viajaran a territorios en guerra y participaran en ella, apoyando al llamado Estado Islámico o DAESH, cuya actividad terrorista ha sido reconocida internacionalmente en la Resolución del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas número 2178, de 24 de septiembre de 2016".

[40] MARTÍ SÁNCHEZ, J.M., "Proselitismo y adoctrinamiento en el entorno digital (especial atención a las sectas y al yihadismo" en *El Derecho de Libertad religiosa en el entorno digital* (Actas del IX Simposio Internacional de Derecho Concordatario, Madrid 5 al 7 de junio de 2019), Editorial Comares, Granada, 2020, p. 415.

[41] GARCÍA-CALVO, C., REINARES, F., "Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo?" en *Documentos de Trabajo Real Instituto Elcano,* Madrid, 2013, pp. 3-4; y MORENO HUERTA, J.D., "Análisis del nuevo delito de autoadoctrinamiento del artículo 575.2 del Código Penal incorporado con la Ley Orgánica 2/2015" en *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* tomo nº 70,1, Editores Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017, p. 345.

4.1. Los hijos que libremente se integran en una secta sin consentimiento de los padres.

El artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, menciona que el menor tiene derecho a ser oído, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo o judicial que esté directamente implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, familiar o social; y ello, de conformidad con el derecho de libertad de conciencia y religión que se reconoce al menor –artículo 6.1 de la mencionada Ley-.

A estos efectos, lo primero que hay que tener en cuenta, sin lugar a dudas, es la madurez que posee el hijo. Recordemos que nuestro sistema jurídico no establece una edad mínima y máxima exclusivamente, sino que señala más edades -para ser oído en juicio[42], para testar[43], para ser emancipado[44]…- pero, además, también en diversas ocasiones se sostiene la audiencia o la validez del consentimiento del menor, sobre la base de que tenga suficiente juicio o madurez –artículo 173.2 del C.c.-, puesto que se considera que es difícil, casi imposible, que pueda haber asumido realmente unas creencias como propias sobre las que sustentar su vida si careciese del mismo.

Si el menor carece de madurez, son los padres quienes tomarán las decisiones sobre la educación religiosa del menor, pero no porque estén ejerciendo por representación del menor en la materia - puesto que de conformidad con el artículo 162.1 del C.c. está excluido al tratarse de un derecho personalísimo - sino por su derecho a ser ellos quienes eligen la formación religiosa de su hijo.

Pero, el que sea una persona a la que se pueda atribuir suficiente juicio o madurez, ¿implica que su solicitud de adscripción a una secta deba ser atendida necesariamente? Para dar una respuesta debemos atender a sí se trata o no de una secta destructiva.

El ejercicio de la libertad religiosa es principal en la formación de la personalidad y autodeterminación del sujeto, y por ello, en caso de incompatibilidad entre padres e hijos, en lo referente a esta cuestión, ésta queda fuera de la patria potestad, en virtud del artículo 162 del Código Civil: *"los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, puedan realizar por sí mismos"*[45].

Hay que destacar que no siempre la voluntad del menor, que goza de suficiente madurez, ha de ser tenida en cuenta de manera definitiva, y es el caso, de las llamadas sectas pseudorreligiosas. El mismo carácter destructivo que las define autoriza a los padres a actuar sin tener en cuenta la opinión del hijo menor, ya que son ellos quienes tienen encomendada, por el artículo 154 del Código civil, la protección y guarda del menor, de manera que si constatan la autodestrucción – de carácter físico o mental – en el hijo menor, su actuación para erradicar tal adhesión a la secta, cuenta con todo el respaldo legal. Por tanto, podrá hacerse prevalecer la voluntad de los padres en el ejercicio de la autoridad que les confiere el Código Civil[46].

---

[42] La necesidad de oír al menor se establece en el artículo 9.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: "el menor tiene derecho a ser oído". Asimismo, en el Código Civil se recoge en los artículos 92.2 y 154.5 la necesidad o exigencia de oír al menor en ciertos casos y en otros artículos como: 159, 177.3, 231, 237 y 273. También los artículos 770.4 y 777.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[43] Así, lo recoge el artículo 663 del Código Civil: *"Están incapacitados para testar: 1º. Los menores de catorce años de uno y otro sexo".*

[44] Véase el artículo 314 del Código Civil.

[45] MOTILLA DE LA CALLE, A., "Las sectas religiosas en el ordenamiento español" en *Sínodos españoles, confesiones y sectas, uniones de hecho*, 15-17 abril 1998, Madrid, 1999, pp. 119-120.

[46] LÓPEZ ALARCÓN, M., "Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas" en *Anales de Derecho*, Nº 15, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1997, p. 141.

De igual modo, en caso de conflicto en esta materia, será el Juez quien decida –artículo 158 del C.c.-, basándose en la madurez que tiene el menor, y, asimismo, en la en la naturaleza del grupo religioso y de sus prácticas. Tendrá en cuenta las decisiones que se toman en determinadas situaciones que pueden llegar a ser de carácter vital, y por ello, requieren más capacidad y responsabilidad, por parte del menor –como el provocar el aborto, esterilización, negarse a ciertas terapias, someterse a cirugía estética, …-, puesto que existen algunos movimientos que rechazan tratamientos médicos como hemotransfusiones, tal es el caso Testigos de Jehová, o se apartan de los usos sociales –actitud típica de los Amish-[47].

Sin embargo, si se trata de una secta, por su carácter destructivo, los hijos que se encuentran integrados en ella sin conocimiento ni consentimiento de los progenitores, no están asistidos por la Ley para anteponer su derecho a la libertad religiosa y de conciencia frente a sus padres, en el caso de que estos últimos actuaran en contra de la voluntad de aquél, tratando de extraerlo del núcleo sectario.

Lógicamente, la libertad de creencias queda en este caso anulada por cuanto, al igual que todos los derechos fundamentales, se encuentra limitada por el respeto al orden público y, en este supuesto, no hay que olvidar que nos hallamos ante grupos que tienen como finalidad actividades delictivas.

4.2. Los hijos de padres prosélitos

En principio, a los padres, se les reconoce autonomía en la formación religiosa: *"Los padres o, en su caso, los tutores legales del niño tendrán el derecho de organizar la vida dentro de la familia de conformidad con su religión o sus convicciones y habida cuenta de la educación moral en que crean que debe educarse al niño"* -artículo 5.1 de la Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones[48], y seguidamente advierte que la autonomía se condiciona a no comprometer la salud del hijo: *"La práctica de la religión o convicciones en que se educa a un niño no deberá perjudicar su salud física o mental ni su desarrollo integral teniendo en cuenta el párrafo 3 del artículo 1 de la presente Declaración"* -artículo 5.5 de la mencionada norma-. Este límite, conlleva una vigilancia por parte de los Poderes públicos, tanto de las acciones como de las omisiones, es decir, cuando los padres descuidad su función, absorbidos por el grupo religioso.

Sin embargo, cuando los hijos de padres prosélitos, en su adscripción, tienen limitaciones o carencias en su asistencia y protección material y moral que pudieran amenazar el libre desarrollo de su personalidad, se crea una situación de desamparo –artículo 172 del C.c.-, y, por consiguiente, la asunción directa por la Administración especializada, de la tutela del menor que decidirá lo que mejor convenga a este[49].

La LOPJM[50] prevé la urgente intervención de los poderes públicos para remediar las situaciones de riesgo de cualquier índole que perjudiquen el desarrollo personal o social del menor, así como, las situaciones de desamparo motivadas por el incumplimiento o el imposible inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes[51].

---

[47] MARTÍ SÁNCHEZ, J.M., "Sectas y protección de los menores en el derecho" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 36, 2014, pp.16-19.

[48] Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55].

[49] Véase artículo 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[50] Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

[51] Artículos 17 y 18 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El problema reside en determinar cuándo existe un perjuicio para el desarrollo personal o social del menor, y cuándo una privación de la necesaria asistencia moral o material, que pueda calificarse de desamparo a efectos civiles y ser aplicable al estado en que se encuentra un menor integrado en una familia o comunidad calificadas de sectarias. Se trata de una decisión delicada, porque autoriza a privar judicialmente a los padres de la potestad sobre sus hijos y a confinarlos bajo la guarda de la Administración[52].

Cuando existen casos de desprotección graves de los menores, que se originan como consecuencia del ingreso de los padres o tutores en grupos sectarios, que le impidan el ejercicio correcto de la patria potestad, además, podrían estar incurriendo en conductas delictuales, que se recogen en el Código Penal, bajo el título de abandono de familia o de niños -tipificados en los artículos 226[53] y 229 y siguientes del C.P.-. También se producirían, el secuestro y la desaparición de menores para su expatriación ilegal, tema que estimamos de gran importancia ya que las sectas, en su mayoría, operan a través diversos países de nuestro entorno cultural, donde gozan de una gran movilidad social.

4.3. Yihadismo

Otro peligro existente para los menores en la actualidad, es la fórmula empleada en España de radicalización y reclutamiento para organizaciones y movimientos de carácter yihadista. Ei Yihadismo es un fenómeno que comenzaría a tener relevancia para Occidente a raíz de los atentados del 11 de septiembre de 2001, en que, por obra del atentado de unos aviones dirigidos por miembros de Al-Qaeda, se destruyeron la Torres Gemelas de Nueva York. Posteriormente, alcanzaría aún más entidad e importancia con la autoproclamación del Estado Islámico (ISIS) en la Gran mezquita de Mosul, un movimiento radical llamado a la lucha armada contra el "infiel", con pretensiones expansionistas, que provocó una dura contienda en territorios de Siria e Irak. Desde entonces se constató que tenía lugar una captación que podría producirse dentro ámbito familiar por miembros del propio núcleo, o fuera de él careciendo de vínculo social preexistente, en el contexto online, afectando a mayores y menores a través de Internet.

Internet se considera el medio idóneo y favorecedor de ilícitos contra la libertad religiosa de grupos marginales. Las actividades ilícitas son: "proselitismo ilícito, publicidad ilegal, ofensas a los sentimientos religiosos, ofertas de clonación por parte de un grupo religioso, difusión de noticias falsas y engañosas, actividades de grupos sectarios y, en particular satánicos, peticiones de donativos bajo apariencia religiosa engañosa o falsa o discriminación por motivos religiosos, entre otros[54]."

Los agentes de radicalización online utilizan identidades ficticias resguardados en el anonimato, y a través de páginas abiertas en redes sociales captan a menores coincidiendo siempre el mismo *modus operandi* para la actividad de captación de nuevos miembros[55]. Estas conductas son reveladoras de la vulnerabilidad de los menores y la necesidad de protección y salvaguarda, puesto que el menor en estas

---

[52] MAQUEDA ABREU M.L. "Las sectas destructivas ante el Derecho" …cit., p. 236.

[53] Artículo 226: "*1. El que dejare de cumplir los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o de prestar la asistencia necesaria legalmente establecida para el sustento de sus descendientes, ascendientes o cónyuge, que se hallen necesitados, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 12 meses. 2. El Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, al reo la pena de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar por tiempo de cuatro a diez años".*

[54] NAVAS RENEDO, B., "La promoción de la libertad religiosa a través de internet", en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, XVIII, 2002, p. 259.

[55] S.T.S. 512/2017, de 5 de julio de 2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre.

situaciones cree tener el control de la situación, no siendo consciente de su captación y viéndose forzado a participar en delitos relacionados con el terrorismo yihadista[56].

En España, Internet ha facilitado y extendido el terrorismo yihadista, utilizando aplicaciones de mensajería social encriptadas, con vídeos de alta resolución, más fáciles de ocultar y de autoría huidiza. Los grupos yihadistas son considerados como sectas destructivas y son artífices de proselitismo y adoctrinamiento ilegítimo[57].

Así, la Jurisprudencia recoge este tipo de actividades delictuales basadas en el adoctrinamiento por estos grupos utilizando las Nuevas Tecnologías, como detalla la Sentencia del Tribunal Supremo: "La organización terrorista Pitufo considera como una de sus prioridades el reclutamiento de niños, debido a la necesidad urgente de nuevos seguidores y la facilidad para lograrlo en personalidades moldeables, como son los menores de edad.

Las primeras fases de este tipo de adoctrinamiento se caracterizan por una progresiva inmersión de estos menores de edad en los preceptos coránicos, haciendo hincapié en aquellas interpretaciones que justifican las acciones violentas perpetradas por el autoproclamado Estado Islámico.

…, en el registro del domicilio de dicho acusado y con motivo de la detención de su hermano Luis Pedro, un video de edición casera en el que se observa a un niño de corta edad sostener un cuchillo de grandes dimensiones, mientras profesa las siguientes amenazas delante de la cámara que le está grabando, "Hijos de puta voy a matar al mundo"[58].

A la vista de la vulnerabilidad de los menores, se hacen necesarias previsiones legales para su protección, como el derecho de información recogido en el artículo 5.1 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *"Se prestará especial atención a la alfabetización digital y mediática, de forma adaptada a cada etapa evolutiva, que permita a los menores actuar en línea con seguridad y responsabilidad y, en particular, identificar situaciones de riesgo derivadas de la utilización de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación así como las herramientas y estrategias para afrontar dichos riesgos y protegerse de ellos".*

5. Los testigos de Jehová y las consecuencias de sus creencias sobre la materia

Una de las cuestiones que más problemáticas ha suscitado en nuestro tiempo, en el terreno de la colisión entre derechos fundamentales, ha sido la de la negativa de los miembros de la creencia de los Testigos de Jehová a someterse a transfusiones de sangre, cuándo éstas poseen carácter de urgencia incluso para salvar la vida del sujeto. Si éste es un problema, mayor lo es en el caso de que se trate de menores de edad que se niegan a que se les realice, o menores cuyos padres no autorizan dicha transfusión, produciéndose una colisión entre el derecho a la vida y la libertad de conciencia.

Los Testigos de Jehová rechazan las transfusiones de sangre, un tipo de intervención médica - que en muchas ocasiones se hace indispensable para preservar su vida- por razones de conciencia. Esto implica, un conflicto ético para los médicos, puesto que, dependiendo del caso, en ocasiones, significa poner en riesgo la vida del

[56] MESA TORRES, M.P., "Algunos aspectos de las tecnologías digitales y su uso por menores" en *El Derecho de Libertad religiosa en el entorno digital* (Actas del IX Simposio Internacional de Derecho Concordatario, Madrid 5 al 7 de junio de 2019), Editorial Comares, Granada, 2020, p. 438.

[57] MARTÍ SÁNCHEZ, J.M., "Proselitismo y adoctrinamiento en el entorno …cit., p. 412.

[58] S.T.S. 150/2019, de 21 de marzo de 2019. Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde, A.H. 2º.

menor, y ello, va en contra del principio de beneficencia que es el más antiguo de la ética profesional.

Esta oposición de los Testigos de Jehová a recibir transfusiones de sangre, incluso aunque su vida corra peligro, se basa en una interpretación que le conceden a algunas palabras del Antiguo Testamento y que hacen referencia expresa a la ilegitimidad por parte del ser humano para la ingestión de sangre[59]. De una interpretación analógica, consideran que tiene los mismos efectos la recepción de sangre por otros medios diferentes.

La raíz de la cuestión podemos situarla en la confrontación entre dos derechos fundamentales de la persona. Por una parte, el derecho a la vida, que a todos reconoce el artículo 15 de la Constitución, y por el otro, el libre desarrollo de la personalidad, previsto en el artículo 10 del mismo texto fundamental, dentro del cual se incluye la libertad para disponer del propio cuerpo, lo que se encuentra relacionado a su vez con el principio de autonomía y en último lugar, con el derecho fundamental a la integridad física -artículo 15 C.E.-.

Sin embargo, el hecho de que exista una confrontación entre tales derechos, que haya de resolverse en aquéllos casos en que se plantea, se debe a la inexistencia en nuestro Ordenamiento Jurídico de un "derecho fundamental a la propia muerte".

El propio Tribunal Constitucional recuerda que "…el derecho a la vida, reconocido en el artículo 15 C.E., tiene un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad, que incluya el derecho a la propia muerte… En virtud de ello, no es posible admitir que la Constitución garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte…". Y el mismo Tribunal Constitucional señala, en su célebre sentencia referida a la solicitud de amparo de unos padres de un menor fallecido a causa de la negativa a aceptar transfusiones de sangre por motivos religiosos, que "en definitiva, la decisión de arrostrar la propia muerte no es un derecho fundamental sino únicamente una manifestación del principio general de libertad que informa nuestro texto constitucional"[60].

5.1. El derecho a la vida en nuestro Ordenamiento Jurídico

Nuestro actual sistema jurídico y político se caracteriza por no asumir como propio ningún credo religioso, esto es, nos hallamos en un Estado aconfesional. El legislador, en España y en relación con las diferentes confesiones religiosas, ha establecido así, que "*el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática*[61]*".*

---

[59] Podéis comer todos los animales y verduras queráis (…) Pero hay una cosa que no debéis comer: carne con sangre, porque en la sangre está la vida. Yo pediré cuentas de la sangre de cada uno de vosotros". GENESIS 9:3-6. "Cualquier hombre de la Casa de Israel, o de los extranjeros que moran entre ellos, que comiere cualquier clase de sangre Yo me volveré contra él y le exterminaré de entre su pueblo: porque la vida de la carne está en la sangre". LEVITICO 17:10.11. "La sangre es la vida, así que no debéis comer la vida junto con la carne. Lo que debéis hacer es derramarla en la tierra como agua. No la comáis y os irá bien a vosotros y a vuestros hijos por hacer lo recto". DEUTERONOMIO 12:23-25: LEVITICO 7:26.27: EZEQUIEL 33:25. SANTA BIBLIA. Traducida de los textos originales bajo la dirección de Evaristo Martín Nieto. Editorial San pablo. Decimoséptima Edición. Madrid, 1989.

[60] S.T.C. 120/1990, de 27 de junio de 1990. Fundamento Jurídico nº 7. Ponentes: Excmos: Sres. D. Fernando García-Mon y González-Regueral, D. Eugenio Díaz Eimil y D. José Vicente Gimeno Sendra.

[61] Ley Orgánica 7/1980, de 5 de Julio, de Libertad Religiosa, art. 3-1. (B.O.E. 177 de 24 de Julio de 1980).

Como valor supremo, y sustrato de todos los demás, se encuentra el derecho a la vida, y al respecto se ha pronunciado la Jurisprudencia: "Dicho derecho a la vida, reconocido y garantizado en su doble significación física y moral por el art. 15 de la Constitución, es la proyección de un valor superior del ordenamiento jurídico constitucional, la vida humana, y constituye el derecho fundamental esencial y troncal en cuanto es el supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible"[62].

Por tanto, todos están obligados a respetar la vida de los demás como ha confirmado el fallo de nuestra Jurisprudencia: "El derecho a la vida, en cuanto derecho subjetivo, otorga a sus titulares (…) la posibilidad de recabar el amparo judicial, y en último término, el de este Tribunal frente a toda actuación de los poderes públicos que amenace su vida o integridad. De otra parte y como fundamento objetivo del ordenamiento impone a esos mismos poderes públicos y, en especial, al legislador, el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger esos bienes, vida e integridad física, frente a ataques de terceros, sin contar para ello con la voluntad de sus titulares e incluso cuando ni siquiera quepa hablar, en rigor, de titulares de ese derecho"[63].

En primer lugar, consideramos necesario hacer referencia a los antecedentes inmediatos de las transfusiones de sangre en España, y así la legislación anterior acerca de la materia dice así: *"Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias: 6. A la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, excepto en los siguientes casos:*
Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.
Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.
Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o exigir peligro de fallecimiento"[64].

A continuación, se establecía el derecho del paciente *"a negarse al tratamiento, excepto en los casos señalados en el apartado 6, debiendo, para ello, solicitar el alta voluntaria, en los términos que señala el apartado 4 del artículo siguiente"[65].*

Asimismo, el artículo 31 del Código de Ética y Deontología Médica decía textualmente: *"El médico en ningún caso dejará de prestar su atención al paciente que la necesitará por intento de suicidio, huelga de hambre o rechazo del tratamiento. Respetará la libertad de los pacientes y tratará de persuadirlos a que depongan su conducta aplicando, en las situaciones límite, previo requerimiento de la autorización judicial, la imprescindible asistencia médica".* Se regula aquí la conducta del médico ante tres situaciones en las que el paciente atenta contra su vida o descuida su deber de preservar su salud: el intento de suicidio, la huelga de hambre y el rechazo de tratamiento. La conducta del médico, en todos los casos, está bien definida: no puede rehusar su asistencia a esos pacientes.

Por último, y en consonancia con lo anterior, debemos hacer referencia a la problemática creada por la negativa a practicar transfusiones de sangre por parte de los Testigos de Jehová. Cuando se reconoce la existencia de una decisión consciente y libremente prestada, en la que se valora dos conflictos enfrentados cuales son la conciencia y la salud, tenemos que decantarnos que existe responsabilidad por homicidio cuando la víctima es un menor de edad "incapaz de decidir", en cuyo caso,

[62] S.T.C. 53/85, de 11 de abril de 1985. Fundamento Jurídico nº 3. Ponentes: Excmos. Sres. Dª Gloria Begué Cantón y D: Rafael Gómez- Ferrer Morant.

[63] S.T.C. 137/90 de 19 de Julio de 1990. Fundamento Jurídico nº 5. Ponentes: Excmos: Sres. D. Jesús Leguina Villa, D. José Luis de los Mozos y de los Mozos y D. Vicente Gimeno Sendra.

[64] Artículo 10.6 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

[65] Artículo 10.9 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

prevalece la exigencia de cuidar y no perjudicar su salud sobre cualquier convicción religiosa de los padres[66].

Esta materia es preciso relacionarla con la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (LAP). En concreto, el artículo 9.3 de la misma, hace referencia al consentimiento por representación, y desde el punto de vista de su tratamiento, se puede originar dos situaciones:

1. Los menores sin capacidad intelectual ni emocional para comprender el alcance de la intervención. En este grupo se encuadran los menores incapaces por cualquier enfermedad o situaciones, y los incapacitados.

En todos estos casos, tendrán que prestar el consentimiento los representantes legales del menor, con la obligación de oírle siempre que tenga más de doce años.

2. Los menores con capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención, o menores maduros.

En estos casos, el consentimiento habrá de prestarlo en propio menor.

5.2. Colisión entre derecho a la vida y libertad de conciencia ante trasfusiones de sangre y otras intervenciones sanitarias

Según los artículos 6 y 9.5 del Convenio de Oviedo, cuando un menor no tenga capacidad de expresar su consentimiento para una intervención, ésta sólo podrá efectuarse con autorización de su representante, de una autoridad o de una persona o institución designada por la ley. Asimismo, el mencionado Convenio excluye la posibilidad de aplicar a menores de edad, aun con consentimiento informado, cualquier tratamiento médico que no redunde en el beneficio del paciente.

Existen precedentes jurisprudenciales[67] y normativos, en concreto, el artículo 9.3 de la LAP[68], que indica que la solución de los posibles conflictos de intereses cuando están en juego graves riesgos, debe partir de la irrelevancia de la voluntad de los menores de edad, ya expresada por sí mismo, o través de sus representantes, cuando su sentido, sea contrario a la indicación médica cuya omisión comporte riesgo vital grave para la vida o la salud del menor de edad.

El conflicto se produce entre dos conciencias; la deontológica, que hace que el facultativo tenga que intervenir para salvar la vida o para preservar la salud, y la religiosa, que hace que el paciente tenga que rechazar el tratamiento según sus convicciones. En el conflicto generado, hay diferentes implicados con diversas posiciones, los cuales son[69]:

a) El adulto que se niega a recibir trasfusiones estando consciente.
b) El caso de los representantes legales de un menor o incapaz, o de los familiares de un adulto que se halla inconsciente, que se niegan a que el paciente reciba la transfusión.
c) La postura del médico.

---

[66] MAQUEDA ABREU M.L., "Las sectas destructivas ante el Derecho" …cit., p. 236.

[67] A.T.C. nº 369/1984, de 20 de julio. Ponentes: Excms. Srs. don Manuel Díez de Velasco Vallejo, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Ángel Escudero del Corral; S.T.C. nº 166/1996, de 28 de octubre. Ponentes: Excms. Srs. don José Gabaldón López, Presidente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón; S.T.C. nº 154/2002 de 18 de julio. Ponentes: Excms. Srs. don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo.

[68] Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

[69] SATORRAS FIORETTI, R.M., *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado,* Editorial José María Bosch editor, Barcelona, 2000, p. 200.

d) La posición del Juez, que debe decidir, en último término, si se tiene que transfundir o no.

La Jurisprudencia ha considerado que el deber de solidaridad *in abstracto* provoca una obligación *in concreto* de imponer tratamientos médicos en determinados casos[70]. Así, la circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, sobre el tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante transfusiones de sangre y otras intervenciones médicas, sobre menores de edad, en caso de riesgo grave, expone los posibles conflictos que, en general, se producen con la práctica de intervenciones médicas o trasfusiones de sangre, como consecuencia de que el menor, sus representantes legales o ambos, se opongan. Estas situaciones deberán ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, y los supuestos que podemos encontrarnos son los siguientes:

1. El menor maduro se niega a una trasfusión de sangre u otra intervención médico con grave riesgo para su vida o salud, en casos en los que los representantes legales son favorables a que se realice la misma. En este supuesto, el médico podría realizarlas sin necesidad de acudir al Juez[71].
2. El menor maduro rechaza la práctica de una trasfusión u otra intervención con grave riesgo para su vida o salud, apoyando los representantes legales su decisión. En este caso, el médico debe acudir al Juez de guardia, sin perjuicio de que si existe una situación de urgencia pueda llevarla a cabo, en virtud, de los principios de cumplimiento de un deber y de Estado de necesidad.
3. El menor maduro presta su consentimiento a la intervención, siendo los representantes legales los que se oponen. En este caso no existe problema, pudiendo el médico aplicar el tratamiento sin necesidad de autoridad judicial.
4. Los representantes legales del menor, sin condiciones de madurez, no consienten la intervención, generando la omisión de la misma, riesgo grave para su vida o salud. Aquí tendrá el médico, que acudir al juzgado de guardia, sin perjuicio de que se trate de una situación urgente en el que podrá actuar el médico directamente, amparado en el cumplimiento de un deber y en el estado de necesidad justificado[72].

Otra cuestión es la problemática creada cuando al menor se le ha practicado una intervención quirúrgica o una trasfusión, ya que a raíz de la misma podrían los padres presentar rechazo hacia el hijo, y/o de su entorno comunitario, puesto que se considera para la religión que profesa que ha perdido su dignidad. Todo ello, incidiría gravemente sobre la persona del menor, y entendemos que sería función, evidente, de los servicios sociales de la Administración correspondiente, realizar un seguimiento de la evolución del menor en aquel entorno.

Asimismo, el sistema de protección jurídica del menor establece una vía por la que los padres puedan entregar a su hijo con el fin de que sobre él se ejerza la guarda por las entidades de protección de menores de la administración, de acuerdo con el artículo 172 del Código Civil. Aquí estaríamos en un supuesto de régimen de acogimiento residencial, en el que las funciones de carácter personal a ejercer sobre el menor recaerían en el director del hogar, en tanto que los padres conservarían la

[70] SATORRAS FIORETTI, R.M., *Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado...cit.,* p. 200.

[71] SEVILLA BUJALANCE J. L., "Transfusiones de sangre, conciencia y derecho a la vida. Especial referencia a los menores", en *Revista General del Derecho*, n.º 676-677 (2002), p. 81. Cabe advertir, compartiendo la postura de SEVILLA BUJALANCE, que sería un contrasentido entender que al menor emancipado se le restringe la capacidad respecto de ciertos actos patrimoniales por la trascendencia que conllevan, y al mismo tiempo permitir que decida sin necesidad de ninguna traba sobre una cuestión tan importante como es su propia muerte.

[72] Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, sobre tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante trasfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.

titularidad de la patria potestad, ejerciendo las funciones de representación y de administración de los bienes de aquél.

También existe otra modalidad llamada acogimiento familiar sobre el menor, en el que los padres también continuarían con las funciones de administración y representación de los bienes, y los acogedores tendrían funciones de naturaleza personal.

No obstante, la dificultad estriba en que en todos estos casos se hace preciso el consentimiento de los padres, salvo que el menor se encontrase bajo la guarda de la entidad pública de protección de menores. En este caso, el Juez, a instancia de la entidad, puede resolver favorablemente, pero para ello es preciso que el hijo se encuentre previamente bajo la guarda de la entidad a la cual se accede, como he indicado anteriormente con el consentimiento de los padres.

Conclusiones

Primera. - Entendemos por sectas aquellas que se consideran perjudiciales para la salud de las personas por los profesionales de la salud. El término tiene un arraigado carácter peyorativo, puesto que son grupos intolerantes y dogmáticos, que actúan fuera de la legalidad impuesta, cometiendo ilícitos tipificados por el nuestro Ordenamiento. Asimismo, su actividad tiene un carácter destructivo para sus miembros, ya sea físicamente –autodestrucción por lesiones o suicidio-, como una destrucción o desintegración volitiva o intelectual.

Segunda. – Es común, entre las sectas religiosas, las conductas delictivas de distinta naturaleza. Por un lado, el proselitismo, en su vertiente negativa, se comete cuando alguien pretende convencer a los demás para su propio beneficio, y para ello, se vale de técnicas de captación que tienen como finalidad debilitar psíquicamente al sujeto. Por otro lado, el adoctrinamiento es enseñar una teoría válida para la vida, que concurre con el objetivo del proceso educativo, pero, cuando sus destinatarios son los menores, resulta complicado por la vulnerabilidad que les caracteriza. Así, en el seno familiar se considera legítimo, puesto que dentro de las funciones que ejercen los progenitores como titulares de la patria potestad, se incluye el derecho a la educación. Sin embargo, dentro del ámbito de la enseñanza reglada es rechazada, puesto que se debe proteger a los menores y respetar la libertad de educación que profesan los padres, no adoctrinando a la sociedad a través de la imposición de ideologías en los centros escolares. Por último, el adoctrinamiento se produce en las actividades delictivas del terrorismo, y máxime, en la captación de menores, y por ello, el Código Penal tipifica estas conductas.

Tercera. – El Conflicto posible entre la adscripción de padres o hijos a sectas religiosas, se dan dos casos:

Primero, *cuando los hijos deciden libremente pertenecer a una seta, sin el consentimiento de sus progenitores*, ¿qué pueden hacer los padres? La respuesta depende de la madurez que tenga el menor. Si carece de madurez, son los padres quienes tomarán las decisiones sobre la educación religiosa del menor, pero no ejerciendo por representación del menor –puesto que está excluida al tratarse de un derecho personalísimo-, sino de su propio derecho a la libertad religiosa. En el caso, de que el menor posea madurez para asumir unas creencias como propias, el carácter destructivo que las define, autoriza a los padres a actuar sin tener en cuenta la opinión del menor, ya que son ellos quines tienen encomendada la protección y guarda del menor. De manera que, si constatan su autodestrucción, su actuación para erradicar tal adhesión a la secta, cuenta con todo el respaldo legal. De igual modo, en caso de conflicto en esta materia, será el Juez quien decida, fundándose en la madurez del menor y en la naturaleza del grupo religioso y de sus prácticas.

Segundo, *a los progenitores se les reconoce autonomía en la formación religiosa de sus hijos, y por ello, en ocasiones, se ven inmersos estos últimos en la secta que los padres profesan*. Sin embargo, cuando los menores tienen limitaciones o carencias, en su asistencia y protección material y moral, como consecuencia del ingreso de los progenitores en sectas destructivas, estaríamos ante una situación de desamparo.

Ante tal caso, corresponde a los poderes públicos la asunción de la tutela del menor por la Administración especializada, y siempre, en interés superior del menor.

Cuarta. - Los Testigos de Jehová rechazan las transfusiones de sangre, por razones de conciencia, e incluso cuando se hace indispensable para preservar su vida. Por ello, surge una confrontación entre dos conciencias; la deontológica, que hace que el facultativo intervenga para preservar la vida, y la religiosa, que hace que el paciente tenga que rechazar el tratamiento según sus convicciones. La solución a los conflictos, es diferente dependiendo del supuesto:

Primero, *el médico podrá aplicar el tratamiento,* sin necesidad de autorización judicial; cuando el menor maduro presta su consentimiento, a pesar de los representantes legales oponerse, o en caso de que el menor se niegue, pero los representantes legales son favorables a que se realice la misma.

Segundo, *el médico debe acudir al Juez de guardia,* cuando menor y progenitores se oponen a una transfusión o intervención médica con grave riesgo para su vida o salud, o cuando los representantes del menor, sin condiciones de madurez, no consienten la intervención. Todo ello, sin perjuicio de que si existe una situación de urgencia pueda llevarla a cabo, en virtud, de los principios de cumplimiento de un deber y de Estado de necesidad.

Por último, en caso de que se realice la intervención quirúrgica o la trasfusión de sangre, y ello, origine rechazo por parte de sus padres o entorno comunitario, puesto que se considere, para la religión que profesa, que ha perdido su dignidad, la Administración debe realizar un seguimiento de la evolución del menor adoptando las medidas que se consideren oportunas dependiendo del caso y la gravedad de la situación.

Bibliografía

BARDAVÍO ANTÓN, C., *Las sectas en Derecho Penal,* estudio dogmático de los delitos sectarios, editorial Bosh Editor, Barcelona, 2018.

GARCÍA-CALVO, C., REINARES, F., "Procesos de radicalización violenta y terrorismo yihadista en España: ¿cuándo? ¿dónde? ¿cómo?" en *Documentos de Trabajo Real Instituto Elcano*, Madrid, 2013.

GOTI ORDENAÑA, J., "Tratamiento jurídico de las sectas en España" en *Estudios de Juventud,* nº 53, 2001.

GUERRA GÓMEZ, M., *Los nuevos movimientos religiosos (Las sectas),* Rasgos comunes y diferenciales, 2ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.A. (EUNSA), Navarra, 1996.

HERREROS ALONSO, R., en AA.VV.: (BUQUERAS SEGURA, E., -Coord.-). "Actitud del Ordenamiento español ante las sectas" en *Sectas y Derechos Humanos, III Congreso Interuniversitario de Derecho Eclesiástico para estudiantes* (21-24 abril 1994), Servicio de publicaciones de la Universidad de Córdoba, Córdoba, 1997.

IBAN PEREZ, I.C., "El contenido de la Libertad Religiosa" (Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba el día 12 de abril de 1985) en *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*, vol. I, Editorial Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1985.

JORDÁN VILLACAMPA, M.L., *Las sectas pseudorreligiosas*, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Madrid, 1991.

ID., "Aproximación al tema de las sectas pseudorreligiosas" en *Dimensiones jurídicas del factor religioso: estudios en homenaje al profesor López Alarcón*, Murcia, 1987.

LÓPEZ ALARCÓN, M., "Nuevo derecho de menores y ejercicio de opciones religiosas" en *Anales de Derecho,* Nº 15, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1997.

MAQUEDA ABREU M.L., "Las sectas destructivas ante el Derecho" en *Eguzkilore: Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología,* Nº 18, San Sebastián, 2004.

MARTÍ SÁNCHEZ, J.M., *El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ID., "Proselitismo y adoctrinamiento en el entorno digital (especial atención a las sectas y al yihadismo" en *El Derecho de Libertad religiosa en el entorno digital* (Actas del IX Simposio Internacional de Derecho Concordatario, Madrid 5 al 7 de junio de 2019), Editorial Comares, Granada, 2020.

ID., "Sectas y protección de los menores en el derecho" en *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, nº 36, 2014.

ID., "Educación, proselitismo y adoctrinamiento: perfil y repercusiones jurídicas" en *Rivista telemática: Stato, Chiese e pluralismo confessionale* <www.statochiese.it>, nº 21, 2019.

MELÉNDEZ-VALDÉS NAVAS, M., "Sentimientos religiosos y discurso del odio en la protección penal de la libertad religiosa" en *Fenómeno religioso y ordenamiento jurídico,* Editorial Tecnos, 2017.

MESA TORRES, M.P., "Algunos aspectos de las tecnologías digitales y su uso por menores" en *El Derecho de Libertad religiosa en el entorno digital* (Actas del IX Simposio Internacional de Derecho Concordatario, Madrid 5 al 7 de junio de 2019), Editorial Comares, Granada, 2020.

MORENO HUERTA, J.D., "Análisis del nuevo delito de autoadoctrinamiento del artículo 575.2 del Código Penal incorporado con la Ley Orgánica 2/2015" en *Anuario de derecho penal y ciencias penales,* tomo nº 70,1, Editores Ministerio de Justicia y Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2017.

MOTILLA DE LA CALLE, A., "Las sectas religiosas en el ordenamiento español" en *Sínodos españoles, confesiones y sectas, uniones de hecho,* 15-17 abril 1998, Madrid, 1999.

ID., *Sectas y Derecho en España*, Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1990.

NAVAS RENEDO, B., "La promoción de la libertad religiosa a través de internet", en Anuario de derecho eclesiástico del Estado, XVIII, 2002.

SANTA BIBLIA. Traducida de los textos originales debajo la dirección de Evaristo Martín Nieto. Editorial San pablo. Decimoséptima Edición. Madrid, 1989.

SATORRAS FIORETTI, R.M., Lecciones de Derecho Eclesiástico del Estado, Editorial José María Bosch editor, Barcelona, 2000.

SEVILLA BUJALANCE J. L., "Transfusiones de sangre, conciencia y derecho a la vida. Especial referencia a los menores", en Revista General del Derecho, n.º 676-677 (2002).

TAMARIT SUMALLA, J.M., *La Libertad Ideológica en el Derecho Penal,* Editores Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, Barcelona, 1989.

VARGAS LLOVERA, M.D., "Los nuevos grupos religiosos y sectas en el actual sistema social español" en *Anales de Historia Contemporánea*, 17, 2001.

VIDAL MANZANARES, C., *El infierno de las sectas*, Editorial Mensajero, Bilbao 1989.

Jurisprudencia

S.T.C. 120/1990, de 27 de junio de 1990. Fundamento Jurídico nº 7. Ponentes: Excmos: Sres. D. Fernando García-Mon y González-Regueral, D. Eugenio Díaz Eimil y D. José Vicente Gimeno Sendra.

S.T.C. 137/90 de 19 de Julio de 1990. Fundamento Jurídico nº 5. Ponentes: Excmos: Sres. D. Jesús Leguina Villa, D. José Luis de los Mozos y de los Mozos y D. Vicente Gimeno Sendra.

S.T.C. 53/85, de 11 de abril de 1985. Fundamento Jurídico nº 3. Ponentes: Excmos. Sres. Dª Gloria Begué Cantón y D: Rafael Gómez- Ferrer Morant.

S.T.C. nº 154/2002 de 18 de julio. Ponentes: Excms. Srs. don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera, Presidente, don Tomás S. Vives Antón, don Pablo García Manzano, don Pablo Cachón Villar, don Vicente Conde Martín de Hijas, don Guillermo Jiménez Sánchez, doña María Emilia Casas Baamonde, don Javier Delgado Barrio, doña Elisa Pérez Vera y don Eugeni Gay Montalvo.

S.T.C. nº 166/1996, de 28 de octubre. Ponentes: Excms. Srs. don José Gabaldón López, Presidente, don Fernando García-Mon y González-Regueral, don Rafael de Mendizábal Allende, don Julio Diego González Campos, don Carles Viver Pi-Sunyer y don Tomás S. Vives Antón.
A.T.C. nº 369/1984, de 20 de julio. Ponentes: Excms. Srs. don Manuel Díez de Velasco Vallejo, don Rafael Gómez-Ferrer Morant y don Ángel Escudero del Corral.
S.T.S. 150/2019, de 21 de marzo de 2019. Ponente: Excmo. Sr. D. Pablo Llarena Conde, A.H. 2º.
S.T.S. 512/2017, de 5 de julio de 2017. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez De La Torre.
S.T.S. nº 11724/1993, de 21 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Manuel García Miguel.
S.T.S. nº 466/2019, de 14 de octubre. Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.
S.T.S. nº 784/2006, de 28 de junio. Ponente: Excmo. Sr. D. Siro Francisco García Pérez.
S.T.S. nº rec. 385/1993, 10 de febrero. Ponente: Ilmo. Sr. D. Manuel García Miguel.
S.T.S. Recurso nº 905/2009, de 11 de febrero. Ponente: Excmo. Sr. D. Juan José González Rivas, FJ 15º.
S.A.P. nº 3/2017, de 17 de febrero, Ponente: Excmo. Sr. D. Enrique López López.
STEDH (Sección 2ª), Caso Fundación Zehra y otros c. Turquía, de 10 de julio de 2018, n. 51.

Textos legales

Circular 1/2012 de la Fiscalía General del Estado, sobre tratamiento sustantivo y procesal de los conflictos ante trasfusiones de sangre y otras intervenciones médicas sobre menores de edad en caso de riesgo grave.
Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 25 de noviembre de 1981 [resolución 36/55].
Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.
Ley 24/1992, de 10 noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España.
Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.
Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.
Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.
Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.
Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
Ley Orgánica 7/1980, de 5 de Julio, de Libertad Religiosa, art. 3-1. (B.O.E. 177 de 24 de Julio de 1980).
Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.
Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 406-426
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A perda da nacionalidade brasileira e a extradição ao escrutínio do Supremo Tribunal Federal

The loss of Brazilian nationality and extradition to the scrutiny of the Supreme Federal Court

André Ricci de Amorim[1]
Gabriela Borghi Affonso[2]
Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)
Universidade de Coimbra (Portugal)

Sumário: Introdução; 1 A nacionalidade e a legislação brasileira; 2 A perda da nacionalidade brasileira e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal; 2.1 O mandado de segurança n. 33.864/DF e o pedido de extradição n. 1.462/DF; 2.2 O mandado de segurança n. 36.359/DF; 3 A proposta de emenda à Constituição n. 6, de 2018; Considerações finais; Referências.

Resumo: O escopo do presente trabalho é analisar, *a priori*, a nacionalidade a partir de uma definição político-jurídica, em especial, perpassando pelas formas e critérios de aquisição e perda, e como esse vínculo entre indivíduo e Estado repercute na extradição, enquanto medida de cooperação internacional. A fim de descortinar o assunto e alcançar o objetivo principal, lança-se luz do modo no qual o Supremo Tribunal Federal tratou recentemente tal matéria ao julgar os Mandados de Segurança n. 33.864/DF e 36.359/DF, bem como o Pedido de Extradição n. 1.462/DF, que discutiam, em apertada síntese, a possibilidade de perda da nacionalidade brasileira em caso de aquisição voluntária de nacionalidade estrangeira e a consequente viabilidade de extradição destes indivíduos. Por fim, o trabalho utiliza métodos bibliográficos como doutrina especializada e jurisprudência nacional, demonstrando se tratar de um tema atual e relevância jurídica, principalmente, para constitucionalistas e internacionalistas.

Palavras chave: Nacionalidade; Perda da nacionalidade brasileira; Extradição

Abstract: the scope of the present work is to analyze, at first, the nationality from a political-legal definition, in particular, going through the forms and criteria of acquisition, loss and how this link between individual and State affects extradition as a measure of international cooperation. In order to uncover the matter and achieve the main objective, it sheds light on the way in which the Brazilian Supreme Federal

[1] Doutorando em Direito Internacional pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Mestre em Direito Internacional Público e Europeu pela Universidade de Coimbra, Portugal. Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro. Pesquisador no Grupo de Pesquisa de Direito Internacional da Universidade Federal do Rio de Janeiro. Advogado e Professor Universitário.

[2] Mestre em Direito Criminal pela Universidade de Coimbra, Portugal, com período de pesquisa acadêmica na Universidade de Salamanca, Espanha (2017). Bacharel em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Campinas. Pesquisadora do Grupo de Estudos Direito, Globalização e Cidadania. Advogada.

Recibido: 11/03/2020
Aceptado: 03/06/2020

Court recently dealt with this matter when judging the Writs of Mandamus n. 33.864/DF and 36.359/DF, as well as the Request for Extradition n. 1.462/DF, which discussed, in a tight synthesis, the possibility of losing Brazilian nationality in case of voluntary acquisition of foreign nationality and the viability of extraditing these individuals. Finally, the work uses bibliographic methods such as specialized doctrine and national jurisprudence, demonstrating that it is a current topic and has legal relevance, mainly for constitutionalists and internationalists.

Keywords: Nationality; Loss of Brazilian nationality; Extradition

INTRODUÇÃO

No estudo do Direito Internacional, ao tratar do vínculo entre indivíduo e Estado não se pode deixar de abordar o instituto da nacionalidade que representa um direito fundamental e humano sob a ótica do sistema jurídico interno e internacional, respectivamente.

A Constituição da República Federativa do Brasil ocupou-se de trazer a temática no artigo 12, no qual foram apresentadas as formas e critérios de aquisição, bem como as hipóteses de perda deste vínculo, demonstrando, portanto, não se tratar de um direito absoluto e perene.

É nesta seara que se faz interessante apresentar os aspectos teóricos que envolvem o tema, bem como analisar a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal em matéria de nacionalidade e extradição.

Deste modo, a primeira parte deste trabalho imbui-se do intento de identificar o conceito de nacionalidade à luz da doutrina especializada, bem como apresentar as formas e critérios de aquisição de nacionalidade, considerando, em especial, a nossa Constituição Federal.

Em um segundo momento, são analisadas as hipóteses constitucionais de perda da nacionalidade brasileira, bem como a possibilidade de extraditar indivíduo que perdera a nacionalidade brasileira em razão da aquisição voluntária de nacionalidade estrangeira, por meio da análise de casos emblemáticos, no bojo dos quais o Supremo Tribunal Federal teve a oportunidade de se manifestar acerca da temática: os Mandados de Segurança n° 33.864/DF e 36.359/DF, assim como no Pedido de Extradição nº. 1.462/DF.

Por fim, o terceiro tópico deste estudo aborda a Proposta de Emenda Constitucional n. 6, de 2018, que visa alterar o referido artigo 12 da Constituição Federal, no sentido de abolir a perda da nacionalidade brasileira em razão da naturalização.

1 A NACIONALIDADE E A LEGISLAÇÃO BRASILEIRA

Ao iniciar os estudos acerca da nacionalidade, tem sido observada uma miríade de teorias que buscam traçar o seu conceito, baseando-se em diversos doutrinadores, nacionais ou estrangeiros, tanto no campo do Direito Constitucional como no Direito Internacional[3].

Sob o espectro jurídico-político o instituto da nacionalidade compreende um “direito fundamental do próprio homem-nacional, porque titularizado e exercido por pessoas que mantêm um vínculo jurídicopolítico com determinado Estado, para considerá-las como integrantes da população deste”[4].

Em compasso com o entendimento supracitado, Mazzuoli informa que a nacionalidade é o vínculo entre o Estado soberano e o indivíduo, que faz deste um membro da comunidade constitutiva da dimensão pessoal do Estado e que à sua

[3] GUERRA, S. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.
[4] MORAES, G. P. *Curso de Direito Constitucional*, 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 653.

autoridade se submete. Por conseguinte, é correto afirmar que todo aquele que não possui esse vínculo jurídico-político com o Estado será considerado estrangeiro[5].

Nesta ordem de ideias, importa ressaltar que em matéria de nacionalidade vigora o princípio da atribuição estatal da nacionalidade, ou seja, as formas e critérios de atribuição da nacionalidade são adotados pelo próprio Estado no exercício de sua soberania. Nota-se que a atribuição da nacionalidade passou de um costume internacional para regra expressamente positivada na Convenção Concernente a certas Questões Relativas aos Conflitos de Leis sobre a Nacionalidade, de 12 de abril de 1930[6].

Neste mesmo sentido, ao longo dos anos a sociedade internacional adotou diversos documentos no sentido de garantir o direito à nacionalidade, alguns reconhecendo, inclusive, como um direito humano, tais como: *i)* a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948 (artigo 15); *ii)* o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos, de 1966 (artigo 24); e *iii)* a Convenção Americana de Direitos Humanos, de 1969 (artigo 20). Portanto, nota-se que os esforços envidados são justificados pela tentativa de reduzir a condição de apatridia no mundo[7].

De feito, não se pode perder de vista que, conforme mencionado, a atribuição da nacionalidade é matéria de jurisdição interna do Estado soberano apresentada geralmente nas constituições nacionais e, embora as normas internacionais disponham a respeito deste direito, pode-se observar certa limitação prática na sua garantia em razão da soberania do Estado.

Ao discorrer sobre o assunto, Francisco Rezek preleciona que embora a nacionalidade seja um princípio geral de direito das gentes plasmado na Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, já que os Estados não podem privar o indivíduo arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudar de nacionalidade, tal regra, ao não especificar quem seria o destinatário, amarga no plano da eficácia[8].

Ora, a despeito do conceito jurídico-político apresentando, não custa salientar a relevância da perspectiva sociológica apontada por Carmen Tibúrcio, no sentido de que a busca pelo conceito de nacionalidade deve considerar atributos como a origem, a língua, o território, as instituições políticas, os costumes e a religião, a fim de que tal atributo adote o caráter de "um estado de espírito que corresponde ou esforça-se para corresponder a um fato político"[9].

De igual forma, não seria prudente olvidar que a nacionalidade não se confunde com a naturalidade, uma vez que a segunda é designada pelo local do nascimento da pessoa, sendo considerada normalmente a região do país onde ocorreu o nascimento. Portanto, ainda que o indivíduo adquira nacionalidade derivada ou tenha reconhecida outra nacionalidade originária em razão, por exemplo, de sua ascendência, a sua naturalidade permanecerá inabalável[10].

---

[5] MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*, 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 655.

[6] BRASIL. *Decreto n. 21.798/32*. Disponível em: <*https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21798-6-setembro-1932-549005-publicacaooriginal-64268-pe.html*>. Acesso em: 21 jan. 2020.

[7] Na atual legislação brasileira entende-se que o indivíduo apátrida é a "*pessoa que não seja considerada como nacional por nenhum Estado, segundo a sua legislação, nos termos da Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas, de 1954, promulgada pelo Decreto nº 4.246, de 22 de maio de 2002, ou assim reconhecida pelo Estado brasileiro*" (art. 1º, §1º, VI da Lei n. 13.445/2017 – Lei de Migração).

[8] REZEK, F. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 13. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 214.

[9] TIBURCIO, C. *A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro*. Revista de Direito Cosmopolita, v. 2, p. 131-167, 2014, p. 132.

[10] MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*, 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 668-669.

Há de se atentar também para a distinção apresentada pela doutrina especializada entre os conceitos de nacionalidade e cidadania. Sobre isso, José Jairo Gomes constrói seu argumento no sentido de afirmar que a cidadania constitui atributo jurídico que nasce no momento em que o nacional se torna apto ao exercício de direitos políticos e, por isso, faz a diferenciação entre as duas concepções asseverando que:

> Cidadania e nacionalidade são conceitos que não devem ser confundidos. Enquanto é status ligado ao regime político, esta é já um status do indivíduo perante o Estado. Assim, tecnicamente, o indivíduo pode ser brasileiro (nacionalidade) e nem por isso ser cidadão (cidadania), haja vista não poder votar e nem ser votado (ex.: criança, pessoa absolutamente incapaz)[11].

Nesta mesma linha de ideias, vale mencionar as palavras de Tavares e Berner, que afirmam o seguinte:

> Nacionalidade e cidadania não são conceitos idênticos. O exercício da cidadania está justamente relacionado à democracia, uma vez que implica a possibilidade de seu detentor interferir nas decisões políticas que dizem respeito aos direitos e também a gozar dos benefícios advindos das prestações de serviços por parte do governo. Este cidadão também tem responsabilidades, ficando obrigado a obedecer a lei e pagar taxas, por exemplo. Cidadania é uma condição multifacetada, apresentando-se ao mesmo tempo como um conceito legal, um ideal político de igualdade e uma referência normativa para as ações coletivas. Ela envolve fazer parte de uma comunidade política e participar ativamente dos assuntos públicos. É concomitantemente um status e uma prática política[12].

Ao aprofundar a análise do instituto da nacionalidade, é possível observar duas formas de aquisição, quais sejam: a originária – decorrente no momento do nascimento do indivíduo – e a derivada – adquirida por solicitação formal, escolha ou opção do indivíduo mediante a naturalização.

Nos casos de nacionalidade originária, Mazzuoli afirma que a legislação brasileira não veda a dupla ou múltipla nacionalidade originária, por exemplo, quando o nacional brasileiro, em razão de sua ascendência, aceita a outorga de nacionalidade por outro Estado. Noutros termos, por se tratar da aquisição de nacionalidade em sua forma originária não seria cabível se falar em ruptura do vínculo com Estado brasileiro[13].

No entanto, nos casos de aquisição derivada, Shaw salienta que é possível que os Estados requeiram a ruptura do vínculo anterior e/ou estabeleçam alguns requisitos, como período mínimo de residência no país e o domínio do idioma, variando consideravelmente conforme o país *sub examine*[14].

Ademais, nota-se que a aquisição originária de nacionalidade se subdivide em dois critérios, particularmente: o *ius soli* – estabelecido por questões de

---

[11] GOMES, J. J. *Direito Eleitoral*, 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2019, p. 7.

[12] TAVARES, N. C. O.; BERNER, V. O. B. Fluxos migratórios em tempos de democracia agonística e a urgência por uma cidadania diaspórica. *Revista de Direito Brasileira*, v. 23, p. 211-227, 2020, p. 214.

[13] MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*, 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

[14] SHAW, M. N. *International Law*, 6. Ed. Nova York: Cambridge University Press, 2008, p. 662.

territorialidade considerando o local do nascimento – e o *ius sanguinis* – estabelecido pela ascendência do indivíduo[15].

É curioso ponderar como estes critérios foram sendo adotados pelos Estados ao longo dos anos. Ao discorrer sobre o assunto, Nunes informa que, principalmente a partir do século XIX, "o direito do sangue ascendeu paralelamente aos movimentos nacionalistas e assumiu a posição hegemônica na Europa continental, ao passo que o direito do solo foi adotado no Novo Mundo"[16].

Em consonância ao ordenamento jurídico pátrio, mister se faz destacar que a aquisição da nacionalidade brasileira pode ocorrer tanto originariamente, no momento do nascimento, quanto de forma derivada, através da naturalização, na qual se faz imperioso que o indivíduo manifeste sua vontade expressamente a fim de afastar qualquer dúvida sobre o ato. A questão da nacionalidade foi plasmada no artigo 12 da Constituição Federal de 1988. Veja-se:

> Art. 12. São brasileiros:
> I - natos:
> a) os nascidos na República Federativa do Brasil, ainda que de pais estrangeiros, desde que estes não estejam a serviço de seu país;
> b) os nascidos no estrangeiro, de pai brasileiro ou mãe brasileira, desde que qualquer deles esteja a serviço da República Federativa do Brasil;
> c) os nascidos no estrangeiro de pai brasileiro ou de mãe brasileira, desde que sejam registrados em repartição brasileira competente ou venham a residir na República Federativa do Brasil e optem, em qualquer tempo, depois de atingida a maioridade, pela nacionalidade brasileira;
> II - naturalizados:
> a) os que, na forma da lei, adquiram a nacionalidade brasileira, exigidas aos originários de países de língua portuguesa apenas residência por um ano ininterrupto e idoneidade moral;
> b) os estrangeiros de qualquer nacionalidade, residentes na República Federativa do Brasil há mais de quinze anos ininterruptos e sem condenação penal, desde que requeiram a nacionalidade brasileira[17].

Logo no primeiro inciso, é possível perceber que o Estado brasileiro adota um critério misto e ao mesmo tempo taxativo no que diz respeito à atribuição da nacionalidade – *ius soli* e *ius sanguinis*. A alínea "*a*" demonstra que foi encampado o critério do *ius soli*, ao passo que as alíneas "*b*" e "*c*" denotam a adoção do critério do *ius sanguinis*. Cumpre ressaltar que a alínea "*b*" informa que para que o indivíduo seja reconhecido como brasileiro nato é preciso que o pai ou a mãe esteja a serviço do Brasil, enquanto a alínea "*c*" apregoa ser essencial o registro do nascimento em repartição brasileira competente ou a posterior manifestação da vontade do filho,

[15] Em matéria de nacionalidade, importa recordar os ensinamentos de Lenza (2018, p. 1366) ao abordar a possibilidade de conflito de nacionalidade em duas formas: *i)* positiva, quando o indivíduo ostenta múltiplas nacionalidades; e *ii)* negativa, quando o indivíduo não possui nenhuma nacionalidade e, por isso, se torna apátrida. Contudo, reforça-se que a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, garante o direito à nacionalidade ao vedar a privação arbitrária ou impedimento de mudança de nacionalidade.

[16] NUNES, P. H. F. Nacionalidade: novas regras, velhos problemas. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, p. 226-242, 2019, p. 229.

[17] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm*>. Acesso em: 15 jan. 2020.

desde que maior de idade e residente em território nacional. A doutrina costuma se referir a esta última hipótese como nacionalidade potestativa[18].

Ressalte-se que na aquisição de nacionalidade brasileira na sua forma derivada – naturalização – a Constituição informa que este ato deve ser expresso por parte do naturalizando. Hodiernamente, as particularidades acerca do procedimento relativo à naturalização brasileira encontram seu fundamento, em especial, na Lei de Migração, a Lei n. 13.445/2017, e no Decreto n. 9.199/2017, documentos que revogaram o antigo Estatuto do Estrangeiro, a Lei n. 6.815/1980.

2 A PERDA DA NACIONALIDADE BRASILEIRA E A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Nada obstante a determinação do artigo 12 da Constituição Federal de 1988 em distinguir quem seria considerado brasileiro nato e naturalizado, o texto plasmado no §2º do mesmo dispositivo informa que nenhuma diferenciação será cabível através de lei, somente nos casos estabelecidos taxativamente na própria Constituição. Uma delas ocorre quando houver pedido de extradição ao Estado brasileiro envolvendo brasileiro nato.

A grande peculiaridade que nos interessa neste trabalho, é tratar da possibilidade de perda da nacionalidade brasileira em casos de aquisição derivada de nacionalidade estrangeira e como o Supremo Tribunal Federal tem conduzido seus julgamentos nesta matéria de grande relevância para constitucionalistas e internacionalistas. Para isso, as próximas seções se ocuparão de tal mister, a partir da análise de dois casos concretos recentemente discutidos no âmbito do Egrégio Tribunal.

No ponto, cumpre salientar que a perda da nacionalidade – medida absolutamente excepcional, uma vez que a nacionalidade compreende direito fundamental no plano interno e direito humano no plano internacional – só poderá ser declarada nas hipóteses taxativamente plasmadas no §4º do artigo 12 da Carta Magna. *In verbis:*

> § 4º - Será declarada a perda da nacionalidade do brasileiro que:
> I - tiver cancelada sua naturalização, por sentença judicial, em virtude de atividade nociva ao interesse nacional;
> II - adquirir outra nacionalidade, salvo nos casos:
> a) de reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira;
> b) de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em estado estrangeiro, como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis[19].

Assim, passemos a analisar dois casos recentes sobre o tema e que foram paradigmáticos no âmbito do Supremo Tribunal Federal, quais sejam: os Mandados de Segurança n° 33.864/DF e 36.359/DF, assim como no Pedido de Extradição nº. 1.462/DF.

---

[18] LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*, 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018, p. 1.368.

[19] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm*>. Acesso em: 15 jan. 2020.

2.1 O MANDADO DE SEGURANÇA N. 33.864/DF E O PEDIDO DE EXTRADIÇÃO N. 1.462/DF

O presente subtópico visa abordar as decisões proferidas pelos Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do Mandado de Segurança n° 33.864/DF[20] e do Pedido de Extradição nº. 1.462/DF[21] – ambos envolvendo a brasileira nata e naturalizada norte-americana Claudia Cristina Sobral – quanto à hipótese de perda da nacionalidade brasileira em razão da aquisição voluntária de outra nacionalidade, e a consequente viabilidade de extradição.

Cumpre, inicialmente, tecer breves considerações sobre os fatos que precederam ambas as ações[22]. Claudia Sobral nasceu no Brasil, filha de pais brasileiros, mas radicou-se nos Estados Unidos da América, onde se casou, em 1990, com o estadunidense Thomas Bolte e, com isso, obteve visto de residência permanente denominado *green card*. Posteriormente, em 1999, requereu a nacionalidade norte-americana.

No ponto, merece destaque o fato de que no juramento de fidelidade aos Estados Unidos, ao qual todo indivíduo que deseja a naturalização deve se submeter, declara-se expressamente a renúncia a qualquer outro Estado ou soberania[23].

Quando já detentora da nacionalidade norte-americana, Claudia se divorciou, vindo a casar-se novamente com Karl Hoerig. Consoante investigação policial realizada no Estado de Ohio, em 10 de março de 2007, Claudia teria adquirido um revólver *Smith and Wesson* de calibre 357, praticado tiro ao alvo em um polígono de tiro próximo à sua residência e, no dia 12 daquele mesmo mês, teria sido vista pela última vez, por um vizinho, enquanto deixava sua residência.

Três dias depois, o corpo de Karl Hoerig foi encontrado na residência do casal. Segundo a perícia legista, a vítima tinha feridas por arma de fogo nas costas e na cabeça, sendo certo que os fragmentos de bala encontrados no corpo e nas áreas à sua volta indicaram que ele havia sido atingido pela mesma arma que Claudia comprara.

---

[20] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança n. 33.864/DF*, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, maioria, j. 19/04/2016. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310323892&ext=.pdf>. Acesso em: 11 fev. 2020.

[21] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradição nº. 1.462/DF*, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, maioria, j. 28/03/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13108452>. Acesso em: 11 fev. 2020.

[22] Consigne-se, por oportuno, que os fatos ora narrados foram extraídos da Nota Verbal n. 436/2016, disponível nos autos da Extradição n. 1.462/DF (p. 3-4). SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradição n. 1.462/DF*, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, maioria, j. 28/03/2017. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13108452>. Acesso em: 11 fev. 2020.

[23] O Juramento mencionado é o *Naturalization Oath of Allegiance to the United States of America*, o qual informa que: *"I hereby declare, on oath, that I absolutely and entirely renounce and abjure all allegiance and fidelity to any foreign prince, potentate, state, or sovereignty, of whom or which I have heretofore been a subject or citizen; that I will support and defend the Constitution and laws of the United States of America against all enemies, foreign and domestic; that I will bear true faith and allegiance to the same; that I will bear arms on behalf of the United States when required by the law; that I will perform noncombatant service in the Armed Forces of the United States when required by the law; that I will perform work of national importance under civilian direction when required by the law; and that I take this obligation freely, without any mental reservation or purpose of evasion; so help me God"*. Disponível em: <https://www.uscis.gov/us-citizenship/naturalization-test/naturalization-oath-allegiance-united-states-america>. Acesso em: 25 jan. 2020.

Poucos dias após o ocorrido, Claudia chegou ao Brasil, de onde jamais retornaria aos Estados Unidos, país no qual foi formalmente acusada do homicídio de Karl Hoering.

Em setembro de 2011, foi instaurado o Procedimento de Perda de Nacionalidade de Ofício n. 08018.011847/2011-01, que culminou na declaração de perda da nacionalidade brasileira de Claudia em razão da aquisição de outra nacionalidade, veiculada na Portaria Ministerial n. 2.465/13.

Isto posto, depreende-se que nos parâmetros do sistema jurídico brasileiro, a perda da nacionalidade pressupõe a instauração de procedimento especial que decrete a perda da nacionalidade brasileira. Ademais, trata-se de um ato cuja natureza jurídica é meramente declaratória, uma vez que a perda se perfaz com a própria naturalização[24].

Impugnando a decisão administrativa supramencionada, Claudia impetrou o Mandado de Segurança n. 33.864/DF, com pedido liminar, requerendo a revogação de ato do Ministro da Justiça que decretou a perda da nacionalidade brasileira, ao argumento que "a aquisição de outra nacionalidade não implica automaticamente em perda da nacionalidade brasileira, porque, para que a perda ocorra, é necessária manifestação inequívoca de vontade do nacional brasileiro no sentido de abrir mão de sua nacionalidade"[25].

Frise-se, por oportuno, que o referido *mandamus* foi originariamente ajuizado perante o Superior Tribunal de Justiça que, após deferir liminar para suspender o ato impugnado, declinou da competência ao Supremo Tribunal Federal, em razão do pedido de extradição[26] que pendia sobre a impetrante, a implicar, por conseguinte, em matéria extradicional.

No ponto, cumpre esclarecer que o Pretório Excelso firmou a orientação de que o mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Justiça e da Segurança Pública, quando o exame do litígio ensejar repercussão na esfera extradicional, constitui exceção ao regramento previsto no artigo 105, I, alínea *c*, da Carta Magna, inaugurando a competência da Corte Suprema para o deslinde da questão. Isso porque a concessão da ordem, em tais ocasiões, teria o condão de restringir os poderes que foram concedidos, com exclusividade, ao Supremo Tribunal Federal no âmbito da extradição passiva[27].

Em atenção às hipóteses de perda da nacionalidade previstas no §4º do artigo 12 da Constituição Federal, e considerando as idiossincrasias do caso *sub examine*, a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria, denegou a segurança pleiteada, revogando a medida liminar concedida pelo Superior Tribunal de Justiça, ao fundamento que a naturalização foi efetivamente requerida pela impetrante, a demonstrar sua "manifestação de vontade inequívoca de adquirir outra nacionalidade, vazada por meio de ato jurídico personalíssimo"[28], de modo a afastar as duas exceções à perda da nacionalidade constitucionalmente previstas.

Desta feita, concluiu a Suprema Corte brasileira que, uma vez que a impetrante, "por livre e espontânea vontade, adquiriu a nacionalidade americana, o que importa na automática renúncia à nacionalidade brasileira, que deve ser decretada, de ofício, pelo Ministro da Justiça"[29]. Nos termos do respeitável voto do Ministro Relator Roberto Barroso:

---

[24] MENDES, G. *Curso de Direito Constitucional*, 10. Ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 702.

[25] Vide nota de rodapé n. 4. O referido trecho se encontra na página 3.

[26] Vide nota de rodapé n. 5. Consigne-se, por oportuno, que o referido pedido de extradição será oportunamente analisado no decorrer do presente estudo.

[27] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Habeas Corpus n. 83.113/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, maioria, j. 26/06/2003. Disponível em: <*http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2124990*>. Acesso em: 25 mar. 2020.

[28] Vide nota de rodapé n. 4. O referido trecho se encontra nas páginas 11 e 12.

[29] *Idem*. P. 18.

> 30. Como se vê dos autos do Processo Administrativo nº 08018.011847/2011-01, a impetrante, brasileira nata, não se enquadra em qualquer das duas exceções, constitucionalmente previstas nas alíneas a e b, do § 4º, II, do art. 12, da CF. E isso porque, como se colhe dos mencionados autos, a impetrante já detinha, desde muito antes de 1999, quando requereu a naturalização, o denominado "*green card*", cuja natureza jurídica é a de visto de permanência e que confere, nos Estados Unidos da América, os direitos que alega ter pretendido adquirir com a naturalização, quais sejam: a permanência em solo norte-americano e a possibilidade de trabalhar naquele país.
> 31. No ponto, de se salientar que, como se sabe, a nacionalidade - vínculo jurídico-político entre um indivíduo e um estado soberano -, é concedida pelos Estados nacionais pelos mais variados critérios, de acordo com seu próprio direito, sendo os critérios da ascendência de nacional (*ius sanguinis*) e do nascimento no solo (*ius soli*) os mais conhecidos e praticados. É vínculo jurídico, porque regulado pelo direito; e político, por se tratar de uma escolha do Estado, que decorre, diretamente, de sua soberania. A nacionalidade constitui o elemento pessoal do Estado.
> (...)
> 35. Assim, desnecessária a obtenção da nacionalidade norte-americana para os fins que constitucionalmente constituem exceção à regra da perda da nacionalidade brasileira (alíneas a e b, do § 4º, II, do art. 12, da CF), sua obtenção só poderia mesmo destinar-se à integração da ora impetrante àquela comunidade nacional, o que justamente constitui a razão central do critério adotado pelo constituinte originário para a perda da nacionalidade brasileira[30].

Cabível mencionar o voto divergente do eminente Ministro Marco Aurélio, no sentido de que "o direito à condição de brasileiro nato é indisponível e que cumpre, tão somente, assentar se ocorreu, ou não, o nascimento – porque se trata dessa hipótese – daquele que se diz brasileiro nato na República Federativa do Brasil"[31].

Com o julgamento do mandado de segurança, foi decretada a prisão de Claudia para fins de extradição, sendo o mandado de prisão devidamente cumprimento em 20 de abril de 2016. Desta feita, a Suprema Corte passou então à análise do pedido de Extradição n. 1.462/DF, apresentado pelo Governo dos Estados Unidos da América em face de Claudia Cristina Sobral ou Claudia Cristina Hoerig, por meio da Nota Verbal n. 436/2016, em razão do homicídio doloso praticado, em tese, contra seu então marido[32].

No ponto, oportuno consignar que em nosso ordenamento jurídico, o instituto da extradição é uma medida de cooperação internacional, atualmente compreendida no bojo da Lei n. 13.445/2017 (Lei de Migração). Na concepção doutrinária, ora representada por Accioly, Nascimento e Silva e Casella:

> [...] extradição é o ato mediante o qual um Estado entrega a outro Estado indivíduo acusado de haver cometido crime de

[30] *Idem.* P. 9-11.

[31] *Idem*. P. 23.

[32] Vide nota de rodapé n. 6.

> certa gravidade ou que já se ache condenado por aquele, após haver-se certificado de que os direitos humanos do extraditando serão garantidos. A instituição da extradição tem por objetivo principal evitar, mediante a cooperação internacional, que um indivíduo deixe de pagar pelas consequências de crime cometido[33].

Em resposta ao pedido extradicional, a Defesa de Claudia alegou que não se pode considerar completamente voluntária a aquisição da nacionalidade norte-americana, com base nos seguintes fatos:

> *(i)* a ausência de vontade da extraditanda em perder a nacionalidade brasileira, consubstanciada no fato de que renovou seu passaporte em 2003 e entrou no Brasil em 2007, utilizando seu passaporte renovado, sendo que aqui permanece cumprindo todas as suas obrigações legais e no fato de que, conforme parecer do Ministério da Justiça, a perda da nacionalidade brasileira só poderia ocorrer com manifestação de vontade inequívoca neste sentido, por meio do preenchimento de um formulário constante no site do Ministério das Relações Exteriores; *(ii)* a manutenção da nacionalidade brasileira da extraditanda, uma vez que se enquadra na exceção prevista no art. 12, § 4º, II, b, da Constituição Federal, dispositivo este instituído pela Emenda Constitucional de Revisão nº 03, de 1994, que, segundo alega, não torna automática a perda da nacionalidade brasileira em caso de aquisição de outra nacionalidade. Sustenta, ainda, com relação a esta questão, que o *greencard* restringia a sua liberdade, pois não permite que os seus portadores se ausentem do país por mais de 1 (um) ano, além de não permitir o exercício pleno da carreira de contadora, uma vez que as vagas de emprego de contador são destinadas apenas aos nacionais norte-americanos, de modo que, antes de adquirir a nacionalidade norte americana, a extraditanda somente conseguia trabalhar como auxiliar contábil, recebendo um valor correspondente a um quinto do valor recebido por um contador[34].

De plano, cumpre esclarecer que o julgamento da extradição pautou-se na premissa de que "a extraditanda não ostenta nacionalidade brasileira por ter adquirido nacionalidade secundária norte-americana, em situação que não se subsume às exceções previstas no § 4º, do art. 12"[35], consoante decisão proferida no mandado de segurança retro analisado.

Em debates, divergiram os ilustres Ministros Marco Aurélio e Roberto Barroso, manifestando-se o primeiro pelo indeferimento da extradição, ao fundamento que "a qualificação de brasileiro nato é indisponível, não pode ser colocada em segundo plano pela vontade do detentor", enquanto argumentou este último que a Constituição e a doutrina são pacíficas quando informam sobre o direito de qualquer pessoa em "adquirir uma nova nacionalidade e perder a nacionalidade

---

[33] ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, P. B. *Manual de Direito Internacional Público*, 17. Ed – São Paulo: Saraiva, 2009, p. 499.

[34] Vide nota de rodapé n. 6. O referido trecho se encontra na página 6.

[35] *Idem*. P. 1.

originária. Faz parte da vida, faz parte do Direito Internacional. Ninguém está condenado a ter uma nacionalidade que não deseja se optar por adquirir outra"[36].

Findo o julgamento, a Primeira Turma da Suprema Corte entendeu que restaram atendidos os requisitos formais e legais previstos na Lei n. 6.815/1980[37] e no Tratado de Extradição Brasil – Estados Unidos[38], bem como preenchidos os pressupostos materiais da dupla tipicidade[39] e da dupla punibilidade[40]. Desta feita, deferiu o pedido de extradição, condicionando ao compromisso dos Estados Unidos da América em:

> (i) não aplicar penas interditadas pelo direito brasileiro, em especial a de morte ou prisão perpétua (art. 5º, XLVII, a e b, da CF); (ii) observar o tempo máximo de cumprimento de pena previsto no ordenamento jurídico brasileiro, 30 (trinta) anos (art. 75, do CP); e (ii) detrair da pena o tempo que a extraditanda permaneceu presa para fins de extradição no Brasil[41].

Nesta ordem de ideias, não custa aludir que, em matéria de extradição, há de ser observado o princípio da inextrabilidade do brasileiro, previsto no artigo 5º, LI, da Constituição Federal. Ao ensejo:

> LI - nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei[42].

Conforme se observa no texto constitucional, em decorrência do atributo da soberania, o brasileiro nato jamais poderá ser extraditado pelo Brasil a pedido de qualquer outro Estado. O mesmo, no entanto, não ocorre com o brasileiro naturalizado, que poderá ser extraditado em razão de crime comum praticado antes da naturalização ou por comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, consoante artigo 5º, LI, *in fine,* da Constituição Federal.

---

[36] *Idem*. P. 17.

[37] Cabe mencionar que logo após o julgamento da extradição *sub examine*, foi promulgada a Lei n. 13.445/2017, que institui a Lei de Imigração e revogou a Lei n. 6.815/1980 (Estatuto do Estrangeiro), conforme art. 124, inciso II. O acórdão faz menção aos requisitos previstos no art. 77 da Lei n. 6.815/1980, os quais encontram correspondência na inteligência do art. 82 da novel legislação.

[38] Promulgado no Brasil pelo Decreto n. 55.750, de 11 de fevereiro de 1965.

[39] A dupla tipicidade refere-se à tipificação da conduta no ordenamento jurídico do país requerente e do país requerido. A conduta imputada à extraditanda é tipificada no Brasil no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal e encontra correspondência nas Seções 2903.01 (A) e (F), do Código Revisado de Ohio.

[40] A dupla punibilidade compreende a inocorrência da prescrição tanto no país requerente quanto país requerido, de modo que reste indelével a pretensão punitiva. De acordo com a Seção 2901.13 (A) (2), do Código Revisado de Ohio, o crime em questão é imprescritível, enquanto na legislação brasileira, a pena máxima cominada é de 30 (trinta) anos, considerada a qualificadora, e, portanto, prescreve em 20 (vinte) anos, conforme art. 109, I, do CP.

[41] Vide nota de rodapé n. 5. O referido trecho se encontra na página 15.

[42] BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm*>. Acesso em: 15 jan. 2020.

Ademais, importa trazer à baila que a atual Lei de Migração, que prevê algumas hipóteses em que o Estado brasileiro não procederá na extradição, seja o extraditando brasileiro (nato ou naturalizado) ou estrangeiro. Vejamos:

> Art. 82. Não se concederá a extradição quando:
> I - o indivíduo cuja extradição é solicitada ao Brasil for brasileiro nato;
> II - o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente;
> III - o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando;
> IV - a lei brasileira impuser ao crime pena de prisão inferior a 2 (dois) anos;
> V - o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido;
> VI - a punibilidade estiver extinta pela prescrição, segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente;
> VII - o fato constituir crime político ou de opinião;
> VIII - o extraditando tiver de responder, no Estado requerente, perante tribunal ou juízo de exceção; ou
> IX - o extraditando for beneficiário de refúgio, nos termos da Lei nº 9.474, de 22 de julho de 1997, ou de asilo territorial[43].

Ante o exposto, depreende-se que no caso em debate não houve qualquer exceção à garantia constitucional e/ou infraconstitucional de não extradição de brasileiro nato. Com efeito, a Suprema Corte entendeu que a aquisição da nacionalidade norte-americana – na forma derivada, diga-se – não se enquadra nas exceções entalhadas no artigo 12, §4º da Carta Magna, razão pela qual não há óbice para que seja rompido o vínculo de nacionalidade com o Brasil após a publicação da portaria do Ministério da Justiça.

A referida decisão traduz na jurisprudência o que há muito vem sendo encampado pela doutrina, ao considerar que "quem se naturaliza deliberadamente escolhe outra nacionalidade que deseja adquirir, que lhe é atraente, o que implica em um abandono da nacionalidade de origem"[44].

Nestes termos, o Pretório Excelso abriu precedente para que, em situações futuras e semelhantes, qualquer brasileiro que adquira nacionalidade estrangeira em sua forma derivada e em descompasso com o referido texto constitucional, esteja passível de perder a nacionalidade brasileira, passando a ser considerado estrangeiro em território brasileiro e, por conseguinte, sujeito à extradição.

2.2 O MANDADO DE SEGURANÇA N. 36.359/DF

Após a decisão proferida nos autos supramencionados, o Supremo Tribunal Federal teve novamente a oportunidade de se manifestar sobre a possibilidade de perda da nacionalidade brasileira por aquisição voluntária de outra nacionalidade, em hipótese similar à anteriormente analisada, no âmbito do Mandado de Segurança n. 36.359/DF[45], impetrado por Carlos Nataniel Wanzeler, brasileiro

---

[43] BRASIL. *Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017*. Disponível em: <*http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm*>. Acesso em: 15 jan. 2020.

[44] DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*, 9. Ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 189.

[45] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Mandado de Segurança n. 36.659/DF*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, maioria, j. 18/02/2020. Disponível em:

nato e naturalizado norte-americano, contra ato praticado pelo Ministro de Estado da Justiça, consubstanciado na edição da Portaria n. 90, de 14 de fevereiro de 2018, que declarou a perda da nacionalidade brasileira do impetrante.

De plano, antes da análise do referido *mandamus*, convém trazer a lume os fatos que precederam a impetração[46]. Carlos Wanzeler nasceu no Brasil, filho de pais brasileiros e, em 1988, com apenas 19 anos de idade, foi pela primeira vez aos Estados Unidos, onde acabou por se radicar. Naquele mesmo ano, nasceu Lyvia, sua filha, fruto de um relacionamento casual que tivera no Brasil.

Sua filha residiu com a genitora até os 6 anos de idade, quando esta veio a falecer em um acidente de carro, ficando Lyvia sob a guarda da avó materna. A partir deste trágico acontecimento, iniciou-se uma aproximação afetiva entre Carlos e Lyvia, que ao completar 18 anos, nos idos de 2007, manifestou seu interesse em residir com o pai nos Estados Unidos.

Assim sendo, em junho de 2008, Carlos, já detentor do *green card*, deu entrada no pedido de visto permanente para sua filha Lyvia, a fim de que esta pudesse residir consigo nos Estados Unidos. Ocorre que, em razão da ostensiva burocratização para este procedimento, a apreciação do pedido de visto poderia demorar até 10 anos, o que acabaria por inviabilizar, na prática, o reagrupamento familiar.

A fim de conseguir o visto de residente permanente de sua filha, que ainda residia no Brasil, Carlos contratou uma banca de advogados nos Estados Unidos que o orientou a solicitar a nacionalidade norte-americana, como único meio de franquear a unificação familiar. Desta feita, em 2012, Lyvia iniciou seu processo de mudança para aquele país, onde residiu até 2014, ano em retornou ao Brasil com seu genitor.

Paralelamente a isto, cumpre mencionar que, após diversos anos trabalhando no setor de telecomunicação, em 2005, Carlos ousou abrir sua primeira empresa de tecnologia de comunicação, chamada *Brazilian Help Inc.*, que posteriormente veio a ser tornar *Telexfree*, sobre a qual paira a acusação de suposto esquema de pirâmide financeira, tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil.

Posteriormente, em 25 de maio de 2016, o Ministério Público Federal requereu ao Diretor do Departamento de Migrações do Ministério da Justiça, por meio do Ofício n. 2190/2016/ACRIM/SCI/PGR, a abertura de procedimento administrativo para apurar causa de perda da nacionalidade brasileira de Carlos Wanzeler, que, de forma voluntária, optou pela nacionalidade norte-americana, como regra geral abarcada no art. 12, §4º, inciso II, da Constituição Federal.

O pedido de perda de nacionalidade formulado pelo *Parquet* Federal fundamentou-se nas seguintes premissas: *i)* a aquisição da nacionalidade estadunidense foi voluntária, sem coação física ou psicológica que justificasse a escolha; *ii)* o procedimento para aquisição da nacionalidade estadunidense implica na renúncia tácita da nacionalidade brasileira, mormente o juramento de fidelidade aos Estados Unidos, ao qual todo indivíduo que deseja a naturalização deve se submeter[47]; *iii)* à época, Carlos já possuía o *green card*, o que, por si só, já era suficiente para garantir o exercício de seus direitos civis naquele país; e *iv)* sua permanência atual em solo brasileiro consiste em fuga à persecução criminal em trâmite nos Estados Unidos, referente a suposta operação de esquema financeiro piramidal envolvendo a sociedade empresária *Telexfree*, no valor aproximado de 1 bilhão de dólares, no bojo da qual foi, inclusive, declarado foragido desde o ano de 2014.

Em resposta ao pedido apresentado pelo Ministério Público Federal, a Defesa de Carlos Wanzeler aduziu, em breve síntese, que a aquisição de cidadania

---

<*https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/visualizarProcesso/5650853/1*>. Acesso em: 25 mar. 2020.

[46] *Os fatos ora expostos foram extraídos da exordial do Mandado de Segurança n. 36.659/DF (Peça n. 1). Idem.*

[47] Vide nota de rodapé n. 7, a qual traz a transcrição do juramento em comento.

estadunidense não foi voluntária, mas sim fruto da necessidade de acelerar o procedimento de visto de residente permanente de sua filha Lyvia nos Estados Unidos, onde residia com o restante da família, visando o exercício de um direito, qual seja: a unificação familiar.

Com efeito, embora não tenha havido rejeição expressa ao direito de convivência familiar, a demora na apreciação do pedido de visto acabaria por inviabilizar o reagrupamento familiar por mais de 1 década. Por conseguinte, apenas o *green card* não viabilizaria a fruição do seu direito civil, haja vista que somente ao cidadão estadunidense é permitido peticionar pelo visto de permanência em benefício de familiar próximo, como é o caso *sub examine*, motivo que ensejou a escolha pela nacionalidade americana.

Com essas considerações, pugnou a Defesa que ao se naturalizar estadunidense, Carlos exercitou o direito fundamental de convívio familiar e proteção da família, nos termos do artigo 226, da Constituição Federal, bem como realizou o seu dever de assistência à sua filha, de modo a atrair para a hipótese a exceção prevista no artigo 12, §4º, II, alínea *b*, *in fine,* da Carta Magna.

Por fim, assinalou a Defesa que o pedido de prisão expedido em seu desfavor pela justiça norte-americana só ocorreu em 9 de maio de 2014, quando Carlos já se encontrava no Brasil, razão pela qual não procede a imputação de que ele estaria foragido no Brasil para se esquivar da persecução penal em trâmite nos Estados Unidos. Nesse viés, esclareceu ainda que, em meados de 2014, o Poder Judiciário brasileiro lhe impôs diversas medidas cautelares que lhe impossibilitam de retornar aos Estados Unidos, como a obrigação de entregar seu passaporte, comparecimento mensal à Justiça e proibição de se ausentar do país[48]. No ponto, impende consignar que este fato, *per si*, não tem qualquer relevância para o deslinde e decisão do processo de perda de nacionalidade previsto na Constituição.

Ao final do Procedimento Administrativo n. 08018.006758/2017-21, foi editada a Portaria n. 90, de 14 de fevereiro de 2018, publicada em 15 de fevereiro de 2018 no Diário Oficial da União, no bojo da qual foi declarada a perda da nacionalidade brasileira de Carlos Wanzeler.

Registre-se, por oportuno, que a portaria supracitada teve respaldo no Parecer n. 30/2017/DIEP/DEMIG/SNJ, do Departamento de Migrações da Secretaria Nacional de Justiça, o qual sugere a declaração da perda da nacionalidade *in casu*, consoante comando constitucional contido no art. 12, § 4º, inciso II, da Constituição Federal e na forma o art. 250, do Decreto n. 9.199/2017, nos seguintes termos:

> 21.8. Quanto ao mérito de sua defesa, não pode ser acatada a alegação de que o ato de naturalizar-se norte americano foi motivado pela necessidade de que sua filha tivesse acesso ao visto de permanente (Green Card) de forma mais célere, em razão de que o conhecimento pelas autoridades migratórias americanas de processos desta natureza tem preferência quando o vínculo parental é com nacional dos Estados Unidos, o que se enquadraria, em tese, na exceção de perda da nacionalidade brasileira prevista no Art. 12, §4º, II, "b", segunda parte, da CF, relativa ao exercício de direitos civis.
> 21.9. Por mais que o Art. 226, da Carta Política traga proteção expressa à família, sendo tal direito também reconhecido pela Corte Suprema Americana como de índole constitucional, no presente caso, não tem o condão de ser interpretado como

[48] Mencione-se que, além da ação penal em trâmite nos Estados Unidos, Carlos Wanzeler responde a dezenas de ações penais e inúmeras de ações civis perante a justiça brasileira, todas em trâmite na Subseção Judiciária de Vitória (ES), além de uma Ação Civil Pública em fase de liquidação para ressarcimento de valores milionários aos divulgadores da *Ympactus Comercial S/A*, representante da *Telexfree* no Brasil.

> exercício de direito civil passível de ser enquadrado na exceção da norma constitucional acima citada, tendo em vista que a legislação estrangeira migratória não coloca qualquer vedação para o exercício desse direito, mas apenas trata de forma menos prioritária o conhecimento e apreciação de processos com esse fim pleiteados por estrangeiros residentes em prol de análogos cujos requerentes têm vínculo parental com nacionais daquele país.
> 21.10. O que houve, na verdade, foi a adoção voluntária da nacionalidade americana pelo Representado com o fim subverter a ordem legal de conhecimento de processos migratórios de reunião familiar em prol de sua filha, situação essa que, apesar de não ser ilegal, a priori, também não serve para amparar a sua alegação de ter adotado o ato para, indiretamente, usufruir de direito civil[49].

Impugnando a decisão administrativa em comento, em 23 de fevereiro de 2018, Carlos Wanzeler impetrou Mandado de Segurança com pedido de liminar, requerendo a revogação da Portaria n. 90, de 14 de fevereiro de 2018, ao argumento de que "sua opção pela nacionalidade norte-americana era medida necessária à fruição de direito civil que possui amparo constitucional, tanto no Brasil, como nos Estados Unidos"[50].

Cumpre esclarecer que o referido *mandamus* foi, originalmente, impetrado perante o colendo Superior Tribunal de Justiça – órgão competente para processar e julgar mandado de segurança contra ato de Ministro de Estado, conforme preceitua o art. 105, I, alínea b, da Constituição Federal –, autuado sob o n. 24.118/DF e distribuído à Primeira Seção, sob a relatoria do Ministro Og Fernandes.

Quando da apreciação do pedido liminar, o eminente Ministro Relator, considerando a inexistência de informação acerca da "instauração de qualquer procedimento formal destinado à extradição do impetrante", afirmou a competência da Corte Superior e, com base neste mesmo fundamento, indeferiu o pedido de liminar, por reputar que a inexistência de pedido de extradição em seu desfavor afasta o risco de dano irreparável, de modo que não há que se falar em *periculum in mora* no caso vertente[51].

Posteriormente, em 14 de fevereiro de 2019, a Defesa do impetrante tomou conhecimento de pedido de extradição formulado em seu desfavor e apresentou novo pedido de tutela provisória de urgência, ao argumento que as circunstâncias fáticas foram alteradas "uma vez que foi realizado pedido de extradição do impetrante, ressurgindo o perigo na demora para o deferimento do pedido de concessão de efeito suspensivo ao ato administrativo impugnado na presente ação mandamental"[52].

Ante os novas circunstâncias fáticas, Ministro Og Fernandes reputou que o "mandado de segurança encontra-se intrinsecamente relacionado com a matéria extradicional, o que atrai para a Suprema Corte a competência originária para

---

[49] Vide nota de rodapé n. 24. O referido trecho se encontra na peça n. 23.

[50] *Idem*. Peça n. 1.

[51] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Mandado de Segurança n. 24.118/DF*, Rel. Min. Og Fernandes, decisão monocrática, j. 26/02/2018. Disponível em: <*https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201800392030&dt_publicacao=28/02/2018*>. Acesso em: 25 mar. 2020. P. 3.

[52] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Tutela provisória no Mandado de Segurança n. 24.118/DF*, Rel. Min. Og Fernandes, decisão monocrática. j. 19/02/2019. Disponível em: <*https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201800392030&dt_publicacao=21/02/2019*>. Acesso em: 25 mar. 2020. P. 1.

apreciar o litígio"[53] – consoante entendimento firmado nos julgamento do *Habeas Corpus* n. 83.113/DF[54] – determinando, por conseguinte, a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal.

Recebidos os autos na Suprema Corte, estes foram distribuídos sob a relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski que, em decisão monocrática, negou seguimento ao mandado de segurança, por entender que não há "direito líquido e certo do impetrante, estando a decisão administrativa em conformidade com o disposto no art. 12, § 4º, inciso II, da Constituição Federal, bem como com as disposições do art. 250, do Decreto 9.199/2017"[55].

Em breve síntese, a decisão consignou que o *green card* autoriza o exercício dos direitos civis e a permanência em território dos Estados Unidos e que a lentidão do Departamento de Estado estrangeiro não é equivalente à imposição de naturalização pela norma estrangeira, em conformidade com o decidido pela Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal no MS nº 33.864/DF, objeto de análise do tópico anterior. Ao ensejo:

> Nesse contexto, não se pode considerar que a eventual lentidão do Departamento de Estado estrangeiro seja equivalente à imposição de naturalização pela norma estrangeira. Efetivamente, penso que a hipótese constitucional em nada se confunde com a situação vivida pelo impetrante, que consistiu em clara opção pela adoção de nova cidadania. Na verdade, se fosse acatado o entendimento sustentado pelo impetrante, seria praticamente impensável aplicar a perda da nacionalidade tal como prevista no art. 12, § 4º, da Constituição, eis que sempre há vantagens na assunção da cidadania em um determinado país. No caso concreto, havia outras hipóteses de vistos, bem como caminhos diversos, para garantir a permanência da filha do impetrante nos Estados Unidos. Nesse cenário, não vislumbro a existência de direito líquido e certo a ser tutelado pelo Supremo Tribunal Federal[56].

Inconformado, o impetrante interpôs agravo interno, reiterando os argumentos lançados na exordial, no sentido de que a opção pela nacionalidade norte-americana não consistiu em uma mera ordem de prioridade subvertida; ao revés, compreendeu o único meio de exercer um direito civil, balizado em princípio constitucional, cujo valor consiste na integração da família, consagrada internacionalmente[57].

Alega que, sob o viés da decisão agravada, é possível admitir que todos os brasileiros que possuam *green card* e, em algum momento, venham a optar pela nacionalidade norte-americana, independente do motivo que os leve a fazer esta escolha, percam sua nacionalidade brasileira. Desta feita, a decisão agravada inaugura entendimento que rompe com a tradição do princípio da conservação da nacionalidade, direito humano de primeira geração, consoante artigo 15 da Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948.

---

[53] *Idem.* P. 23.

[54] Vide nota de rodapé n. 10.

[55] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 36.359/DF*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática. j. 18/03/2019. Disponível em: <*https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/api/peca/recuperarpdf/15339757218*>. Acesso em: 25 mar. 2020. P. 5.

[56] *Idem.* P. 3.

[57] Vide nota de rodapé n. 24. O referido trecho se encontra na peça n. 42.

Outrossim, alega o agravante que o acórdão paradigma proferido no Mandado de Segurança n. 33.864/DF – segundo o qual, o juramento "de adesão" importaria na renúncia automática da nacionalidade, pois o que deve ser levado em consideração é a voluntariedade – não se aplica ao caso vertente. A uma, porque o juramento protocolar realizado perante os Estados Unidos, cujos termos não são negociáveis, não constitui formalidade com eficácia jurídica de destituir a sua condição de nacional brasileiro, de modo que não há que se falar em revogação tácita da nacionalidade. Segundo porque, do ponto de vista fático, as circunstâncias são destoantes do caso da brasileira Claudia Sobral – acusada de matar o marido nos Estados Unidos –, haja vista que o agravante responde a inúmeros processos no Brasil, sob a acusação de que a empresa *Telexfree* atuava em suposto esquema de pirâmide financeira, razão pela qual não prospera o argumento de que o agravante esteja no Brasil para se esquivar de qualquer persecução penal.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se pelo desprovimento do agravo, com a consequente manutenção da decisão monocrática que denegou a segurança, nos seguintes termos:

> A Constituição Federal não exige que haja uma ratificação de vontade expressa depois de o brasileiro nato ter optado voluntariamente por outra nacionalidade. É decorrência lógica da escolha por outra nacionalidade, a perda da nacionalidade brasileira. Por essa razão é que a Portaria do Ministro da Justiça e Segurança Pública constitui ato "meramente declaratório", que reflete a soberania nacional brasileira e respeita a naturalização voluntária de brasileiro nato, que escolhe outra nacionalidade, em detrimento da nacionalidade de origem.
> Constatado que efetivamente houve uma conduta ativa e específica por parte do ora impetrante/agravante, a perda da nacionalidade originária brasileira é medida que se impõe[58].

Instruído o feito, a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, manteve decisão do Ministro Ricardo Lewandowski que denegou a segurança e considerou válida a portaria do Ministério da Justiça que declarou a perda de nacionalidade brasileira do empresário Carlos Wanzeler[59].

O Ministro Edson Fachin divergiu do relator e votou pela concessão do mandado de segurança, ao fundamento que a autoridade brasileira não poderia deduzir que a aquisição de cidadania norte-americana tenha sido ato voluntário, e que o juramento de lealdade aos Estados Unidos implique a renúncia à nacionalidade brasileira, de modo que há, *in casu,* um conflito positivo de nacionalidades[60].

Por fim, cumpre tecer breves considerações acerca da possibilidade de extradição no caso vertente. Consoante argumentos expendidos pela Defesa, considerando que Carlos responde pela suposta prática do crime de pirâmide financeira tanto nos Estados Unidos quanto no Brasil, a hipótese *sub examine* se enquadra ao previsto no art. 82, V, da Lei n 13.445/2017 – que estabelece que não se concederá a extradição quando "o extraditando estiver respondendo a processo

---

[58] *Idem.* Peça n. 57.

[59] *Idem.* Peça n. 63.

[60] Cumpre esclarecer que o acórdão do julgamento, realizado em 18 de fevereiro de 2020, ainda não se encontrava disponível no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal. A informação quanto à divergência foi extraída da página da Imprensa Oficial da Corte. Disponível em: <*http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=437431&ori=1*>. Acesso em: 25 mar. 2020.

ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido" –, de modo que, a despeito da decisão do Supremo Tribunal Federal que confirmou a perda da nacionalidade brasileira, resta vedada sua extradição aos Estados Unidos pelos fatos em comento.

3 A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 6, DE 2018

A fim de amainar a celeuma gerada com a perda da nacionalidade brasileira de indivíduos que se naturalizaram, o Poder Legislativo apresentou, em 2018, uma Proposta de Emenda Constitucional (PEC N. 6, de 2018) que altera o artigo 12 da Constituição Federal, no sentido de abolir a perda de nacionalidade brasileira em razão da naturalização, bem como inclui uma exceção para situações de apatridia e a possibilidade do brasileiro que adquiriu nacionalidade estrangeira derivada requeira a perda da própria nacionalidade brasileira[61].

O Projeto, de autoria do Senador Antonio Anastasia (PSDB-MG), foi inspirado no primeiro caso apresentado neste trabalho sobre a perda da nacionalidade brasileira (Claudia Hoerig), mas se aplicaria perfeitamente ao segundo caso (Carlos Natanael Wanzeler). O tema passou a se mostrar de grande relevância já que, a despeito do texto constitucional apresentar a possibilidade de perda da nacionalidade brasileira, não se vislumbrava até então a abertura de ofício de procedimento do Estado nesse sentido.

Ressalte-se que o artigo 12, §4º, II da CRFB/88, previa originariamente que haveria a perda da nacionalidade brasileira em casos nos quais o indivíduo venha a "adquirir outra nacionalidade por naturalização voluntária". Contudo, com o advento da Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 1994, o referido dispositivo passou a contar com a atual redação[62]. Portanto, não seria a primeira vez que se buscaria dar nova redação em matéria de nacionalidade brasileira.

Ante toda a repercussão do assunto, por obra da PEC n. 6, de 2018, propõe-se que o artigo 12, §4º, da CRFB/88 passe a vigorar com a seguinte redação:

> Art. 12
> (...)
> §4º – A perda da nacionalidade brasileira será declarada:
> I – quando cancelada a naturalização, por sentença judicial, em razão de fraude ou atentado contra a ordem constitucional e o Estado Democrático, ressalvadas situações que acarretem a apatridia;
> II – A pedido expresso do interessado perante autoridade administrativa brasileira competente, ressalvadas situações que acarretem a apatridia.

Ato contínuo, a referida proposta busca incluir um quinto parágrafo, conforme se vê:

> Art. 12
> (...)
> §5º – A renúncia da nacionalidade, nos termos do inciso II do §4º deste artigo, não impede ao interessado se naturalizar brasileiro posteriormente.

---

[61] BRASIL. *Proposta de Emenda Constitucional n. 6*, de 2018. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7732609&ts=1582065393905&disposition=inline>. Acesso em: 02 mar. 2020.

[62] BRASIL. *Emenda Constitucional de Revisão n. 3*, de 1994. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecrv/1994/emendaconstitucionalderevisao-3-7-junho-1994-360377-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 02 mar. 2020.

Noutros termos, o que se pretende com a PEC em questão é tornar a perda da nacionalidade brasileira restrita aos casos em que houver pedido expresso do interessado perante a autoridade brasileira.

Assim, brasileiros natos residentes no exterior que adquiriram nacionalidade estrangeira derivada, como ocorrido com Claudia Hoerig e Carlos Nataniel Wanzeler, somente teriam decretada a perda da nacionalidade brasileira caso apresentassem formalmente o pedido perante, por exemplo, o consulado brasileiro responsável pela circunscrição de sua residência ou enviassem solicitação diretamente ao Ministério da Justiça. Caso contrário, não haveria respaldo constitucional para instauração de ofício de processo de perda da nacionalidade pelo Ministério da Justiça.

Ora, a despeito dos esforços engendrados pelo Poder Legislativo, reforçamos o entendimento de que a nossa Carta Magna, ao prever as hipóteses de perda da nacionalidade brasileira, não expôs o indivíduo a condição de apátrida. Ao contrário, a diminuição dos casos de apatridia tem sido a busca tanto no plano interno, quanto no plano internacional[63].

Portanto, ao analisar a conduta do Brasil, não se denota violação a um direito humano, qual seja, o direito de ter uma nacionalidade. Isso porque, foi assegurado ao indivíduo o direito de adquirir outra nacionalidade e nos termos da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 "ninguém será arbitrariamente privado de sua nacionalidade, nem do direito de mudar de nacionalidade". Contudo, não seria cabível imaginar que esse ato jurídico, praticado voluntariamente perante autoridade estrangeira, não surtiria efeitos para o Estado brasileiro.

Assim, o que a doutrina especializada entende é que a perda da nacionalidade brasileira nesses casos é uma consequência ao ato de naturalização estrangeira, já que "quem se naturaliza deliberadamente escolhe outra nacionalidade que deseja adquirir, que lhe é atraente, o que implica em um abandono da nacionalidade de origem"[64].

Logo, ao analisar os feitos julgados pelo Supremo Tribunal Federal, entendemos não haver tentativa do Brasil de amesquinhar o direito a uma nacionalidade e, por isso, vislumbra-se a dificuldade em procedência das investidas legislativas na alteração do artigo 12 da Constituição Federal. Em todo caso, cabe-nos acompanhar o desdobramento da referida PEC que visa limitar as hipóteses de perda de nacionalidade brasileira em razão da naturalização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

É inegável que a nacionalidade é um direito que confere ao indivíduo uma série de outros direitos com relação ao Estado. Um desses direitos gozados, em particular, pelo brasileiro nato é a garantia de não ser extraditado pelo Brasil a pedido de Estado estrangeiro. Trata-se de um exemplo constitucionalmente reconhecido no qual se distingue brasileiro nato e naturalizado.

Contudo, há de se considerar que essa garantia constitucional merece especial atenção nos casos em que se verifique a aquisição voluntária de nacionalidade estrangeira, na sua forma derivada. Isso porque, o direito de nacionalidade brasileira não é absoluto, já que existem hipóteses constitucionais taxativas, diga-se, acerca da perda da nacionalidade.

---

[63] No plano interno, ressalte-se a Emenda Constitucional N. 54, de 20 de setembro de 2007, que garantiu o registro nos consulados de brasileiros dos nascidos no estrangeiro. No plano internacional, observam-se a Convenção de 1954 sobre o Estatuto dos Apátridas e a Convenção de 1961 para Reduzir os Casos de Apatridia.

[64] DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*, 9. Ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 189.

Os casos retro analisados tratam exatamente desta questão, qual seja: a possibilidade de perda da nacionalidade brasileira em razão da aquisição voluntária de outra nacionalidade.

As decisões proferidas no Mandado de Segurança n. 33.864/DF e, posteriormente, no Pedido de Extradição n. 1.462/DF, mostraram-se de extrema relevância, tendo sido esta última, a primeira na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que deferiu a extradição de brasileiro nato que perdeu a nacionalidade brasileira, em razão de aquisição voluntária de outra nacionalidade, em hipótese em descompasso com as exceções previstas nas alíneas *a* e *b*, do §4º, II, do artigo 12, da Constituição Federal.

Posteriormente, quando do julgamento do Mandado de Segurança n. 36.359/DF, o Pretório Excelso reiterou o entendimento supra, para manter decisão que declarou a perda de nacionalidade brasileira de brasileiro nato naturalizado norte-americano. No entanto, reforça-se que neste caso o pedido de extradição feito pelos Estados Unidos encontra óbice no fato de que o extraditando se enquadra na hipótese do art. 82, inciso V, da Lei n 13.445/2017, que estabelece que não se concederá a extradição quando "o extraditando estiver respondendo a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido".

Portanto, sem intento de causar qualquer sobressalto, observa-se que tal posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal vem se consolidando no sentido de que ocorre a perda da nacionalidade brasileira quando se estiver diante de indivíduo que adquiriu outra nacionalidade estrangeira – de forma derivada, diga-se – em hipótese não abarcada pelo texto constitucional. Deste modo, seria possível, portanto, deferir pedido de extradição formulado por Estado estrangeiro ao Estado brasileiro sem incorrer em violação às garantias constitucionais de brasileiro nato, caso não estejam presentes, igualmente, as demais restrições do art. 82 da Lei n. 13.445/2017.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, H.; NASCIMENTO E SILVA, G. E.; CASELLA, P. B. *Manual de Direito Internacional Público*, 17. Ed – São Paulo: Saraiva, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. *Decreto n. 21.798/32*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-21798-6-setembro-1932-549005-publicacaooriginal-64268-pe.html>. Acesso em: 21 jan. 2020

_____. *Emenda Constitucional de Revisão n. 3, de 1994*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/emecrv/1994/emendaconstitucionalderevisao-3-7-junho-1994-360377-publicacaooriginal-1-pl.html>. Acesso em: 02 mar. 2020.

_____. *Lei n. 13.445, de 24 de maio de 2017*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13445.htm>. Acesso em: 15 jan. 2020.

_____. *Proposta de Emenda Constitucional n. 6, de 2018*. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=7732609&ts=1582065393905&disposition=inline>. Acesso em: 02 mar. 2020.

DOLINGER, J. *Direito Internacional Privado: Parte Geral*, 9. Ed., atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ESTADOS UNIDOS DA AMÉRICA. *Naturalization Oath of Allegiance to the United States of America.* Disponível em: <https://www.uscis.gov/us-citizenship/naturalization-test/naturalization-oath-allegiance-united-states-america>. Acesso em: 25 jan. 2020.

GOMES, J. J. *Direito Eleitoral*, 15. Ed. São Paulo: Atlas, 2019.

GUERRA, S. *Curso de Direito Internacional Público*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009.

LENZA, P. *Direito Constitucional Esquematizado*, 22. Ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MAZZUOLI, V. O. *Curso de Direito Internacional Público*, 5. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

MENDES, G. *Curso de Direito Constitucional*, 10. Ed., rev., atual. São Paulo: Saraiva, 2015.

MORAES, G. P. *Curso de Direito Constitucional*, 8. Ed. São Paulo: Atlas, 2016.

NUNES, P. H. F. Nacionalidade: novas regras, velhos problemas. *Revista de Direito Internacional*, v. 16, p. 226-242, 2019.

REZEK, F. *Direito Internacional Público: Curso Elementar*, 13. Ed. São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

SHAW, M. N. *International Law*, 6. Ed. Nova York: Cambridge University Press, 2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *Mandado de Segurança n. 24.118/DF*, Rel. Min. Og Fernandes, decisão monocrática, j. 26/02/2018. Disponível em: *<https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201800392030&dt_publicacao=28/02/2018>*. Acesso em: 25 mar. 2020

_____. *Tutela provisória no Mandado de Segurança n. 24.118/DF*, Rel. Min. Og Fernandes, decisão monocrática. j. 19/02/2019. Disponível em: *<https://ww2.stj.jus.br/processo/monocraticas/decisoes/?num_registro=201800392030&dt_publicacao=21/02/2019>*. Acesso em: 25 mar. 2020.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *Extradição n. 1.462/DF*, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, maioria, j. 28/03/2017. Disponível em: *<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=13108452>*. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. Habeas Corpus n. 83.113/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, maioria, j. 26/06/2003. Disponível em: *<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2124990>*. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. Imprensa*. 2ª Turma confirma validade de perda de nacionalidade brasileira de ex-sócio da Telexfree*. Disponível em: *<http://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=437431&ori=1>*. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. *Mandado de Segurança n. 33.864/DF*, Rel. Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, maioria, j. 19/04/2016. Disponível em: *<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=310323892&ext=.pdf>*. Acesso em: 11 fev. 2020.

_____. *Mandado de Segurança n. 36.659/DF*, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, maioria, j. 18/02/2020. Disponível em: *<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/visualizarProcesso/5650853/1>*. Acesso em: 25 mar. 2020.

_____. *Medida Cautelar em Mandado de Segurança n. 36.359/DF*. Rel. Min. Ricardo Lewandowski, decisão monocrática. j. 18/03/2019. Disponível em: *<https://sistemas.stf.jus.br/peticionamento/api/peca/recuperarpdf/15339757218>*. Acesso em: 25 mar. 2020.

TAVARES, N. C. O.; BERNER, V. O. B. Fluxos migratórios em tempos de democracia agonística e a urgência por uma cidadania diaspórica. *Revista de Direito Brasileira*, v. 23, p. 211-227, 2020.

TIBURCIO, C. *A nacionalidade à luz do direito internacional e brasileiro*. Revista de Direito Cosmopolita, v. 2, p. 131-167, 2014.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 427-441
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

A violação de direitos decorrente de testes de orientação sexual no âmbito da União Europeia

Violation of rights resultin from sexual orientation test within the European Union

Dionis Mauri Penning Blank[1]
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Sumário: Introdução; 1 A orientação sexual como exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade; 2 A realização da peritagem psicológica para verificação da orientação sexual; Conclusão; Referências.

Resumo: Trata-se de análise de acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia, no qual foi reconhecido que testes de orientação sexual aplicados em refugiados violam direitos fundamentais, sob o enfoque da violação da dignidade humana e da vida privada. O trabalho foi examinado sob dois enfoques: a orientação sexual como exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade; e a realização de peritagem psicológica para verificação da orientação sexual. A orientação sexual deve ser interpretada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, que merece ampla proteção.

Palavras chave: orientação sexual, dignidade da pessoa humana, vida privada.

Abstract: This is an analysis of the judgment of the Court of Justice of the European Union in which it was recognized that tests of sexual orientation applied on refugees violate fundamental rights, with a focus on the violation of the dignity human and private life. The work was examined under two approaches: sexual orientation as an exercise of a fundamental freedom, of free personality development; and the conduct of psychological examination to verify sexual orientation. Sexual orientation should be interpreted as the exercise of a fundamental freedom, of free development of the personality of the individual, that deserves ample protection.

Keywords: sexual orientation; dignity of human; privacy.

INTRODUÇÃO

No acórdão oriundo do processo C-473/16[2], julgado no dia 25 de janeiro de 2018, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que as autoridades não devem

[1] Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Especialista em Direito Ambiental e Mestre em Ciências e em Memória Social e Patrimônio Cultural pela Universidade Federal de Pelotas. Bolsista CAPES. Assessor de Desembargador no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. E-mail: dionisblank@gmail.com. CV: http://lattes.cnpq.br/5181555838698145. ORCID: https://orcid.org/0000-0001-6301-4651

[2] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 25 de janeiro de 2018 (pedido de decisão prejudicial de Szegedi Közigazgatási és

Recibido: 06/01/2020
Aceptado: 30/04/2020

submeter os postulantes a asilo a testes psicológicos para aferir a sua orientação sexual, pois constituiria uma ingerência desproporcional na vida privada, revelando os aspectos mais íntimos da vida.

O caso envolve um cidadão de nacionalidade nigeriana, o qual apresentou um pedido de asilo junto ao Instituto da Imigração e dos Refugiados da Hungria, aduzindo que, caso regressasse ao seu país de origem, poderia ser alvo de perseguição por causa da sua homossexualidade. O Instituto designou um perito da área psicológica para avaliar a personalidade do postulante, com o intuito de que a sua orientação sexual fosse identificada, concluindo que os resultados dos testes não corroboravam a afirmação do recorrente de que era homossexual, sobrevindo o indeferimento do pedido de asilo.

Houve interposição de recurso dessa decisão ao Tribunal Administrativo e do Trabalho de Szeged, Hungria, com o argumento de que a realização dos testes teria violado direitos fundamentais e que não teriam sido adequados para provar a orientação sexual. O Tribunal requisitou ao Instituto de Peritos e Investigadores Forenses da Hungria um parecer sobre a controvérsia instaurada, o qual apontou que os testes seriam adequados para determinar com suficiente certeza a orientação sexual de um indivíduo, indicando também que a realização desses testes não seria suscetível de violar a dignidade humana.

De qualquer forma, o Tribunal Administrativo e do Trabalho considerou que, não possuindo os conhecimentos científicos e técnicos necessários para fiscalizar as conclusões periciais, não poderia se afastar dessas conclusões, mas diante das dúvidas a respeito da interpretação correta do direito da União, o Tribunal decidiu pela suspensão e submissão da questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia, a fim de ser apurada a aplicação e interpretação do art. 4° da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011.

O Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu que o art. 4° da Diretiva 2011/95, que estabelece normas relativas às condições a serem preenchidas pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem se beneficiar de proteção internacional, deve ser interpretado no sentido de que a autoridade responsável pela determinação da peritagem psicológica não pode basear a sua decisão unicamente nas conclusões de um relatório pericial e que, posteriormente, essa autoridade não pode estar vinculada por essas conclusões quando aprecia as declarações de um requerente relativas à sua orientação sexual.

Por isso, o Tribunal de Justiça da União Europeia determinou que a realização e utilização de uma peritagem psicológica constituem uma ingerência no direito da pessoa ao respeito da sua vida privada, apontando que, embora a realização do teste dependa formalmente do consentimento da pessoa, esse consentimento não é necessariamente livre, visto que é imposto sob a pressão das circunstâncias em que o requerente de asilo se encontra, acarretando uma violação da sua dignidade.

Sendo assim, este o trabalho tem por objetivo analisar o acórdão oriundo do processo C-473/16 do Tribunal de Justiça da União Europeia, julgado no dia 25 de janeiro de 2018, notadamente sob o enfoque da violação da dignidade da pessoa humana e da vida privada. Para isso, utilizou-se o método de abordagem dedutivo, o método de procedimento monográfico e as técnicas de pesquisa bibliográfica e documental, tendo sido o trabalho dividido em duas partes principais, quais sejam, a) a orientação sexual como exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade; e b) a realização de peritagem psicológica para verificação da orientação sexual.

Munkaügyi Bíróság - Hungria - F/Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal) - Processo C-473/16. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-473/16>. Acesso em: 2 dez. 2019.

1 A ORIENTAÇÃO SEXUAL COMO EXERCÍCIO DE UMA LIBERDADE FUNDAMENTAL, DE LIVRE DESENVOLVIMENTO DA PERSONALIDADE

No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento da ADPF 132/RJ, de relatoria do Ministro Ayres Britto, que reconheceu a união estável para casais do mesmo sexo, estabeleceu premissas fundamentais para que o caso fosse melhor analisado, cabendo destaque a algumas, pois dizem respeito diretamente ao tema ora em análise e não podem ser deixadas de lado.

Primeiramente, quanto à homossexualidade ser um fato da vida:

> [...]. Há indivíduos que são homossexuais e, na formulação e na realização de seus modos e projetos de vida, constituem relações afetivas e de assistência recíproca, em convívio contínuo e duradouro – mas, por questões de foro pessoal ou para evitar a discriminação, nem sempre público – com pessoas do mesmo sexo, vivendo, pois, em orientação sexual diversa daquela em que vive a maioria da população.[3]

Posteriormente, no sentido de que a homossexualidade é uma orientação e não uma opção sexual:

> [...]. Já é de curso corrente na comunidade científica a percepção (...) de que a homossexualidade não constitui doença, desvio ou distúrbio mental, mas uma característica da personalidade do indivíduo. Sendo assim, não parece razoável imaginar que, mesmo no seio de uma sociedade ainda encharcada de preconceitos, tantas pessoas escolhessem voluntariamente um modo de vida descompassado das concepções morais da maior parte da coletividade, sujeitando-se, sponte propria, à discriminação e, por vezes, ao ódio e à violência.
>
> Independentemente da origem da homossexualidade – isto é, se de raiz genética, social, ambas ou quaisquer outras –, tem-se como certo que um indivíduo é homossexual simplesmente porque o é. Na verdade, a única opção que o homossexual faz é pela publicidade ou pelo segredo das manifestações exteriores desse traço de sua personalidade. (Pre)Determinada a sua orientação sexual, resta-lhe apenas escolher entre vivê-la publicamente, expondo-se a toda sorte de reações da sociedade, ou guardá-la sob sigilo, preservando-a sob o manto da privacidade, de um lado, mas, de outro, eventualmente alijando-se da plenitude do exercício de suas liberdades.[4]

Por fim, tem-se uma espécie de desdobramento das duas anteriores, considerando que a homossexualidade não é uma ideologia ou uma crença:

> Particularmente nos casos em que se trata de direitos de minorias é que incumbe à Corte Constitucional operar como instância contra majoritária, na guarda dos direitos fundamentais plasmados na Carta Magna em face da ação da

[3] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, divulgado em 13/10/2011, publicado em 14/10/2011, p. 59. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 2 dez. 2019.

[4] Ibid., p. 59-60.

> maioria ou, como no caso em testilha, para impor a ação do Poder Público na promoção desses direitos.
> Canetas de magistrados não são capazes de extinguir o preconceito, mas, num Estado Democrático de Direito, detêm o poder de determinar ao aparato estatal a atuação positiva na garantia da igualdade material entre os indivíduos e no combate ostensivo às discriminações odiosas.[5]

Nessa direção, cuida-se de dar concretude aos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da liberdade, da preservação da intimidade e da não-discriminação por orientação sexual, competindo ao Estado assegurar que o ordenamento jurídico conceda igualdade de oportunidades a todos, de forma que cada um possa conduzir a sua vida autonomamente segundo seus próprios desígnios e que a orientação sexual não constitua óbice à persecução dos objetivos pessoais.

Por isso, a orientação sexual deve ser interpretada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, a qual merece salvaguarda, livre de preconceito ou de qualquer outro modo de discriminação, com destaque para o fato de que a própria União Europeia incentiva que seus Estados-membros editem normas de proteção a esses direitos, consoante, a título ilustrativo, no que diz com a Declaração sobre Orientação Sexual e Identidade de Gênero da Organização das Nações Unidas, que é apoiada pelo Brasil.

Na posição de um direito fundamental e bem de personalidade, a orientação sexual se pauta como uma emanação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, consistindo em um poderoso fator de afirmação e de elevação pessoal. O exercício da autonomia individual significa o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, à igualdade material consagrada na Constituição Federal, impondo tolerância e convivência harmônica entre todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas.

De acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, considerando a dignidade como uma tarefa, o princípio da dignidade da pessoa humana imporia ao Estado, "[...] além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que ensejam impedir as pessoas de viverem com dignidade"[6]. Acrescenta Ingo Wolfgang Sarlet:

> A dignidade da pessoa humana, na sua relação com os direitos e garantias fundamentais, acaba operando, ainda que de movo diversificado, tanto como fundamento (embora não de todos os direitos fundamentais) quando como conteúdo (igualmente não de todos os direitos e não com a mesma intensidade) dos direitos fundamentais. Por outro lado, doutrina e jurisprudência majoritária (mas não uníssona, em especial no direito estrangeiro), também no que diz com a evolução jurídico-constitucional brasileira, reconhecem (...) que a dignidade de pessoa humana cumpre uma dupla função, atuando tanto como limite para intervenção do Estado e de terceiros (inclusive, em determinados casos e observados certos pressupostos, para efeito da proteção da pessoa contra si mesma), quanto como tarefa, no sentido de gerar um dever jurídico de atuação em prol da proteção da dignidade contra o Estado e contra terceiros, mas em especial no concernente à promoção ativa da dignidade, notadamente criando condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, ainda mais naquilo em que um indivíduo necessita de concurso do

[5] Ibid., p. 61.

[6] WOLFGANG SARLET, I. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.* 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 110.

> Estado e/ou comunidade para a realização e proteção de suas necessidades existenciais (e não apenas físicas) básicas.[7]

Nesse raciocínio, a primazia da dignidade da pessoa humana rompe com paradigmas históricos e culturais, dando efetividade ao princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, e rejeitando a discriminação e o tratamento excludente, que marginalizam, especialmente, grupos minoritários, impondo-se o reconhecimento da orientação sexual como um exercício de liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo.

> Bastaria uma interpretação constitucional sistemática da disposição acima, para chegarmos à conclusão de que, independente da orientação sexual e dos sentimentos/vivências/performatividades com base no gênero, todo indivíduo merece respeito no que tange aos traços personalíssimos integrantes do vasto espectro da sua intimidade, vida privada, honra e imagem.
>
> As atuais discussões e concepções jurídico-doutrinárias sobre constitucionalismo e direitos humanos encontram no pluralismo – traço relevante dos Estados Democráticos, sintonizado com o princípio do respeito à dignidade humana – um dos seus eixos de sustentação.[8]

Por sua vez, ponderam Elisângela Padilha e Carla Bertoncini:

> A dignidade da pessoa humana, apesar de constituir um valor maior, isto não significa que deva prevalecer em toda e qualquer circunstância, mas tão somente que ocupa uma posição privilegiada com relação aos demais direitos fundamentais. Logo, conforme afirma Robert Alexy, o princípio da dignidade da pessoa humana acaba por sujeitar-se a uma necessária relativização.
>
> Admite-se, portanto, a relativização da dignidade da pessoa humana diante da necessidade de proteção da dignidade de terceiros, especialmente de uma comunidade. Porém, é preciso averiguar, em cada caso concreto, a existência ou não de ofensa à dignidade, bem como definir qual o âmbito de proteção da norma que o consagra. É preciso ter cuidado para que a dignidade não sirva de justificação para uma espécie de fundamentalismo da dignidade, já que esta possui conceito aberto, é um construído, um produto cultural. Enfim, se por um lado a dignidade da pessoa humana ocupa o posto mais alto do ordenamento jurídico, por outro, não fica imune a qualquer tipo de restrição.[9]

De qualquer sorte, o Estado deve assegurar ações para criação de uma legislação que promova a dignidade da pessoa humana, sem nenhuma discriminação por orientação sexual, em que pese não seja desconhecido que o reconhecimento e a preservação desse direito passem por uma série de concepções culturais,

---

[7] SARLET WOLFGANG, I. "Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, v. 8, n. 14, p. 19-51, 2017, p. 38-39.

[8] DE DEUS SILVA JÚNIOR, E.; ALVES MATTOS, I. "A discriminação no trabalho em razão da orientação sexual". *Revista dos Tribunais*, v. 907, p. 281-318, mai. 2011, p. 288.

[9] PADILHA, E.; BERTONCINI, C. "A dignidade da pessoa humana na teria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional". *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, p. 137-145, jul./dez. 2016, p. 144.

filosóficas, religiosas, as quais demandam tempo de consolidação pela sociedade. Qualquer exigência de mudança na orientação sexual, para que haja efetiva proteção de um direito ou segurança mínima dele, revela desprezo à dignidade.

Nesse particular, destacam Fernando Rodrigues Silva e Henrique Caetano Nardi:

> Diante desta nova conjuntura, o Estado não mais pode se manter silente a tais clamores, de modo que se constitui uma colaboração entre o Estado e os movimentos sociais, que surge em função da epidemia, mas se amplia na defesa dos direitos sexuais. Esta, no contexto da saúde, desprende-se do aspecto reprodutivo tão somente e passa a comportar a sexualidade enquanto característica integrante da atenção integral à saúde.
>
> Sendo assim, vai havendo um deslocamento da questão das homossexualidades da ocultação para a revelação; da imoralidade para a valorização ética; da invalidação social para a cidadania. Neste quesito o Judiciário se configura como uma arena importante na construção e garantia dos direitos pela livre expressão das sexualidades e no combate à discriminação por orientação sexual. Esta instância, além de nos apresentar as possibilidades de enfrentamento dessa problemática no que diz respeito à instrumentação legal, atua como instigador de respostas do Estado frente a tal questão.[10]

A respeito da orientação sexual, como fenômeno complexo, explicam Aline Beckmann Menezes, Regina Célia Souza Brito e Alda Loureiro Henriques:

> [...] o primeiro ponto a ser defendido aqui é a importância do estudo da orientação sexual humana como fenômeno complexo, constituído de diferentes padrões e funções.
>
> A caracterização da orientação sexual como fenômeno complexo incorre, entre outras coisas, na necessidade de rompimento com a tradicional dicotomia inato e aprendido. Assim, a perspectiva interacionista faz-se fundamental para articular os diferentes resultados existentes na literatura, possibilitando a interpretação de que, ao invés de contraditórios, estes seriam complementares.
>
> Pode-se compreender que padrões comportamentais complexos são, inexoravelmente, frutos da interinfluência biológica e cultural, em um ciclo contínuo de modificações individuais. Defende-se aqui, portanto que se pode considerar que a orientação sexual não seria resultante diretamente nem de fatores biológicos nem de culturais, mas que suas múltiplas formas de manifestação decorreriam de diferentes interações entre esses elementos e, consequentemente, de diferentes percursos de desenvolvimento ontogenético.[11]

Dessa forma, não merece defesa qualquer argumento preconceituoso, devendo o direito dar proteção igual, no âmbito das leis e do sistema político-judiciário, com o banimento da punição, exclusão e discriminação que fomentem a intolerância, estimulem o desrespeito e desigualem as pessoas em decorrência de sua orientação sexual.

---

[10] RODRIGUES SILVA, F.; CAETANO NARDI, H. "A construção social e política pela não-discriminação por orientação sexual". *Physis*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 251-265, 2011, p. 254.

[11] BECKMANN MENEZES, A.; CÉLIA SOUZA BRITO, R.; LOUREIRO HENRIQUES, A. "Relação entre gênero e orientação sexual a partir da perspectiva evolucionista". *Psicologia*: teoria e pesquisa, v. 26, n. 2, p. 245-252, abr./jun. 2010, p. 246.

Nesse particular, merece destaque o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça[12] no Brasil:

> DIREITO DE FAMÍLIA E PROCESSUAL CIVIL. UNIÃO ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO (HOMOAFETIVA) ROMPIDA. DIREITO A ALIMENTOS. POSSIBILIDADE.
> ART. 1.694 DO CC/2002. PROTEÇÃO DO COMPANHEIRO EM SITUAÇÃO PRECÁRIA E DE VULNERABILIDADE. ORIENTAÇÃO PRINCIPIOLÓGICA CONFERIDA PELO STF NO JULGAMENTO DA ADPF N. 132/RJ E DA ADI N. 4.277/DF. ALIMENTOS PROVISIONAIS. ART. 852 CPC. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. ANÁLISE PELA INSTÂNCIA DE ORIGEM.
> 1. No Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, são reiterados os julgados dando conta da viabilidade jurídica de uniões estáveis formadas por companheiros do mesmo sexo, sob a égide do sistema constitucional inaugurado em 1988, que tem como caros os princípios da dignidade da pessoa humana, a igualdade e repúdio à discriminação de qualquer natureza.
> 2. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento conjunto da ADPF n.
> 132/RJ e da ADI n. 4.277/DF, conferiu ao art. 1.723 do Código Civil de 2002 interpretação conforme à Constituição para dele excluir todo significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família; por conseguinte, "este reconhecimento é de ser feito segundo as mesmas regras e com as mesmas conseqüências da união estável heteroafetiva".
> 3. A legislação que regula a união estável deve ser interpretada de forma expansiva e igualitária, permitindo que as uniões homoafetivas tenham o mesmo regime jurídico protetivo conferido aos casais heterossexuais, trazendo efetividade e concreção aos princípios da dignidade da pessoa humana, da não discriminação, igualdade, liberdade, solidariedade, autodeterminação, proteção das minorias, busca da felicidade e ao direito fundamental e personalíssimo à orientação sexual.
> 4. A igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito à autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo o alicerce jurídico para a estruturação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inseparável e incontestável da pessoa humana. Em suma: o direito à igualdade somente se realiza com plenitude se for garantido o direito à diferença.
> 5. Como entidade familiar que é, por natureza ou no plano dos fatos, vocacionalmente amorosa, parental e protetora dos respectivos membros, constituindo-se no espaço ideal das mais duradouras, afetivas, solidárias ou espiritualizadas relações humanas de índole privada, o que a credenciaria como base da sociedade (ADI n.

[12] SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1302467/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 25/03/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200026714&dt_publicacao=25/03/2015>. Acesso em: 2 dez. 2019.

> 4277/DF e ADPF 132/RJ), pelos mesmos motivos, não há como afastar da relação de pessoas do mesmo sexo a obrigação de sustento e assistência técnica, protegendo-se, em última análise, a própria sobrevivência do mais vulnerável dos parceiros.
> 6. O direito a alimentos do companheiro que se encontra em situação precária e de vulnerabilidade assegura a máxima efetividade do interesse prevalente, a saber, o mínimo existencial, com a preservação da dignidade do indivíduo, conferindo a satisfação de necessidade humana básica. O projeto de vida advindo do afeto, nutrido pelo amor, solidariedade, companheirismo, sobeja obviamente no amparo material dos componentes da união, até porque os alimentos não podem ser negados a pretexto de uma preferência sexual diversa.
> 7. No caso ora em julgamento, a cautelar de alimentos provisionais, com apoio em ação principal de reconhecimento e dissolução de união estável homoafetiva, foi extinta ao entendimento da impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que "não há obrigação legal de um sócio prestar alimentos ao outro".
> 8. Ocorre que uma relação homoafetiva rompida pode dar azo ao pensionamento alimentar e, por conseguinte, cabível, em processo autônomo, que o necessitado requeira sua concessão cautelar com a finalidade de prover os meios necessários ao seu sustento durante a pendência da lide.
> 9. As condições do direito de ação jamais podem ser apreciadas sob a ótica do preconceito, da discriminação, para negar o pão àquele que tem fome em razão de sua opção sexual. Ao revés, o exame deve-se dar a partir do ângulo constitucional da tutela da dignidade humana e dos deveres de solidariedade e fraternidade que permeiam as relações interpessoais, com o preenchimento do binômio necessidade do alimentário e possibilidade econômica do alimentante.
> 10. A conclusão que se extrai no cotejo de todo ordenamento é a de que a isonomia entre casais heteroafetivos e pares homoafetivos somente ganha plenitude de sentido se desembocar no igual direito subjetivo à formação de uma autonomizada família (ADI n. 4277/DF e ADPF 132/RJ), incluindo-se aí o reconhecimento do direito à sobrevivência com dignidade por meio do pensionamento alimentar.
> 11. Recurso especial provido.
> (REsp 1302467/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 25/03/2015).

Nesse contexto, conforme ilustra o julgado, o direito à igualdade somente pode ser efetivado quando for garantido o direito à diferença, ou seja, a igualdade e o tratamento isonômico supõem o direito a ser diferente, o direito a autoafirmação e a um projeto de vida independente de tradições e ortodoxias, sendo a base jurídica para a edificação do direito à orientação sexual como direito personalíssimo, atributo inerente e inegável da pessoa humana.

2 A REALIZAÇÃO DA PERITAGEM PSICOLÓGICA PARA VERIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO SEXUAL

O direito à dignidade e o direito à vida privada e familiar foram considerados violados no acórdão oriundo do processo C-473/16 do Tribunal de Justiça da União

Europeia, julgado no dia 25 de janeiro de 2018, envolvendo um cidadão nigeriano, que apresentou à autoridade húngara um pedido de asilo (Instituto da Imigração e dos Refugiados da Hungria), com o argumento de que, caso regressasse ao seu país de origem, poderia ser alvo de perseguição por causa da sua homossexualidade.

No processo de asilo, o Instituto da Imigração e dos Refugiados da Hungria avaliou a credibilidade do cidadão nigeriano por meio de várias entrevistas. Posteriormente, o Instituto designou um perito psicólogo para examinar a personalidade do requerente, a fim de que a sua orientação sexual pudesse ser averiguada. Após a aplicação de vários testes psicológicos, o psicólogo concluiu que os resultados dos testes não corroboravam a afirmação do recorrente de que era homossexual, o que acarretou o indeferimento do pedido de asilo.

Sobreveio recurso dessa decisão ao Tribunal Administrativo e do Trabalho de Szeged, Hungria), com alegação de que a realização dos testes teria violado direitos fundamentais e que os testes não seriam adequados para provar a orientação sexual. Na sequência do processo, o Tribunal requisitou ao Instituto de Peritos e Investigadores Forenses que emitisse um parecer sobre a controvérsia instaurada.

O parecer emitido pelo Instituto conclui que, contrariamente ao que o recorrente defendeu, os testes seriam adequados para determinar com suficiente certeza a orientação sexual de um indivíduo. O parecer indicou também que a realização desses testes não seria suscetível de violar a dignidade humana do recorrente. Dessa forma, o Tribunal Administrativo e do Trabalho considerou que, não possuindo os conhecimentos científicos e técnicos necessários para fiscalizar as conclusões dos peritos, não poderia se afastar dessas conclusões. O mesmo Tribunal considerou também que os testes em questão não têm caráter médico, uma vez que a psicologia é um ramo das ciências humanas.

Por essas razões, havendo dúvidas a respeito da interpretação correta do direito da União, o Tribunal decidiu pela suspensão e submissão da questão ao Tribunal de Justiça da União Europeia, com as seguintes questões prejudiciais: (a) deve o art. 4° da Diretiva 2011/95, lido à luz do art. 1° da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ser interpretado no sentido de que não se opõe a que, relativamente a requerentes de asilo pertencentes à comunidade lésbica, gay, bissexual, transexual e intersexual, acolha-se e avalie o parecer pericial de um psicólogo forense, baseado em testes de personalidade projetivos, quando, para a sua elaboração, não sejam feitas perguntas sobre hábitos sexuais, tampouco haja submissão a um teste físico?; (b) no caso de o parecer pericial a que se refere a primeira questão não poder ser utilizado como elemento de prova, deve o art. deve o art. 4° da Diretiva 2011/95, lido à luz do art. 1° da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, ser interpretado no sentido de que, quando o pedido de asilo tenha por fundamento a perseguição em virtude da orientação sexual, nem as autoridades administrativas nacionais nem os tribunais têm qualquer possibilidade de avaliar, através de métodos periciais, a veracidade do alegado pelo requerente de asilo, independentemente das características particulares dos referidos métodos?

O sumário do acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia pode ser assim referido[13]:

> Sumário — Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 25 de janeiro de 2018
>
> 1. Controlos nas fronteiras, asilo e imigração — Política de asilo — Estatuto de refugiado ou estatuto conferido pela proteção subsidiária — Diretiva 2011/95 — Processo de

[13] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 25 de janeiro de 2018 (pedido de decisão prejudicial de Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság - Hungria - F/Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal) - Processo C-473/16. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-473/16>. Acesso em: 2 dez. 2019.

apreciação de um pedido de proteção internacional — Avaliação dos factos e circunstâncias — Receio de perseguição em razão da orientação sexual — Dever de considerar a orientação sexual como um facto provado apenas com base nas declarações do requerente — Inexistência — Consequências
(Diretiva 2011/95 do Parlamento Europeu e do Conselho, artigo 4.°)
2. Controlos nas fronteiras, asilo e imigração — Política de asilo — Estatuto de refugiado ou estatuto conferido pela proteção subsidiária — Diretiva 2011/95 — Processo de apreciação de um pedido de proteção internacional — Avaliação dos factos e circunstâncias — Receio de perseguição em razão da orientação sexual — Necessidade de apreciar sistematicamente a credibilidade da orientação sexual — Inexistência
[Diretiva 2011/95 do Parlamento Europeu e do Conselho, artigos 2.°, alínea d), 4.° e 10.°, n.os 1, alínea d), e 2]
3. Controlos nas fronteiras, asilo e imigração — Política de asilo — Estatuto de refugiado ou estatuto conferido pela proteção subsidiária — Diretiva 2011/95 — Processo de apreciação de um pedido de proteção internacional — Avaliação dos factos e circunstâncias — Receio de perseguição em razão da orientação sexual — Apreciação através de peritagem — Admissibilidade — Requisitos
(Diretiva 2011/95 do Parlamento Europeu e do Conselho, artigo 4.°)
4. Controlos nas fronteiras, asilo e imigração — Política de asilo — Estatuto de refugiado ou estatuto conferido pela proteção subsidiária — Diretiva 2011/95 — Processo de apreciação de um pedido de proteção internacional — Avaliação dos factos e circunstâncias — Receio de perseguição em razão da orientação sexual — Apreciação através de uma peritagem psicológica assente em testes projetivos da personalidade — Violação do direito ao respeito da vida privada e familiar — Inadmissibilidade
(Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, artigo 7.°; Diretiva 2011/95 do Parlamento Europeu e do Conselho, artigo 4.°).

Nessa perspectiva, o Tribunal de Justiça da União europeia, fazendo constar que a orientação sexual constitui uma característica que pode demonstrar a pertença a determinado grupo social, quando o grupo de pessoas cujos membros partilham da mesma orientação sexual for visto pela sociedade que o rodeia como sendo diferente, decidiu que o art. 4° da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de dezembro de 2011, que estabelece normas relativas às condições a serem preenchidas pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida, deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a que a autoridade responsável pela apreciação dos pedidos de proteção internacional ou os órgãos jurisdicionais chamados a conhecer, se for caso disso, de um recurso de uma decisão dessa autoridade ordenem uma peritagem no âmbito da apreciação dos fatos e das circunstâncias relativos à orientação sexual alegada de um requerente, desde que as modalidades dessa peritagem sejam conformes com os direitos fundamentais garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, que essa autoridade e esses órgãos jurisdicionais não baseiem a sua decisão unicamente nas

conclusões do relatório pericial e não estejam vinculados por essas conclusões quando da apreciação das declarações desse requerente relativas à sua orientação sexual.

O Tribunal consignou que não se pode excluir que, no contexto particular da apreciação das declarações de um requerente de proteção internacional relativas à sua orientação sexual, certas formas de peritagem se revelem úteis à apreciação dos fatos e das circunstâncias e possam ser realizadas sem lesar os direitos fundamentais desse requerente. No entanto, a autoridade responsável pela determinação está encarregada de proceder a uma apreciação adequada dos pedidos, no fim da qual adotará a sua decisão sobre os mesmos. Por conseguinte, só a essas autoridades incumbe proceder, sob a fiscalização do juiz, à apreciação dos fatos e das circunstâncias previstas no art. 4º da Diretiva 2011/95. Daí decorre que a autoridade responsável pela determinação não pode basear a sua decisão unicamente nas conclusões de um relatório pericial e que, *a fortiori*, essa autoridade não pode estar vinculada por essas conclusões quando aprecia as declarações de um requerente relativas à sua orientação sexual.

Levando em conta isso, a realização e utilização de uma peritagem psicológica constituem uma ingerência no direito dessa pessoa ao respeito da sua vida privada, conforme fundamentado pelo Tribunal. Nesse particular, embora uma ingerência na vida privada possa ser justificada pela busca de elementos que permitam avaliar as necessidades reais de proteção internacional, compete à autoridade responsável pela determinação apreciar, sob a fiscalização do juiz, o caráter adequado e a necessidade, para a realização desse objetivo, de uma peritagem psicológica. A esse respeito, há que sublinhar que o caráter adequado de uma peritagem só pode ser admitido se esta for baseada em métodos e princípios suficientemente confiáveis à luz das normas aceitas pela comunidade científica internacional. Em qualquer dos casos, no entanto, a incidência sobre a vida privada do requerente de uma peritagem se afigura desmedida face ao objetivo visado, uma vez que a gravidade da ingerência no direito ao respeito da vida privada que a mesma constitui não pode ser considerada proporcional à utilidade que ela poderia eventualmente apresentar para a apreciação dos fatos e das circunstâncias previstas no art. 4º da Diretiva 2011/95.

Com base nisso, o Tribunal de Justiça apontou que a diretiva relativa às condições de concessão do estatuto de refugiado permite que as autoridades nacionais ordenem uma peritagem no âmbito da apreciação de um pedido de proteção internacional com vista a melhor determinar as necessidades reais de proteção internacional do requerente. Todavia, as modalidades de um eventual recurso a uma peritagem devem ser conforme os direitos fundamentais garantidos pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, como o direito ao respeito da dignidade humana e o direito ao respeito da vida privada e familiar.

Assim, não se pode excluir que, quando da apreciação das declarações de um requerente de asilo relativas à sua orientação sexual, certas formas de peritagem se revelem úteis para a apreciação dos fatos e das circunstâncias apresentados no pedido e possam ser realizadas sem lesar os direitos fundamentais. A este respeito, o Tribunal de Justiça sublinha, contudo, que, no âmbito da apreciação das declarações de um requerente relativas à sua orientação sexual, as autoridades e os órgãos jurisdicionais nacionais não podem basear a sua decisão apenas nas conclusões de uma peritagem e não podem estar vinculados por essas conclusões.

Sendo assim, é preciso diz que, embora a realização desses testes dependa formalmente do consentimento da pessoa, esse consentimento não é necessariamente livre, visto que é imposto sob a pressão das circunstâncias em que o requerente de asilo se encontra. Ora, nestas condições, o recurso a uma peritagem psicológica para determinar a orientação sexual do requerente constitui uma ingerência no direito dessa pessoa ao respeito da sua vida privada.

O Tribunal de Justiça observou, igualmente, que a realização de uma peritagem psicológica para determinar a orientação sexual de um requerente de asilo

não é indispensável para avaliar a credibilidade das declarações do requerente relativas à sua orientação sexual. O Tribunal de Justiça entendeu que, por força da diretiva, perante uma situação em que a orientação sexual do requerente não é justificada por provas documentais, as autoridades nacionais, que devem dispor de pessoal competente, podem basear-se, de maneira particular, na coerência e na plausibilidade das declarações da pessoa em causa. Por outro lado, a peritagem tem, na melhor das hipóteses, uma confiabilidade apenas limitada, uma vez que a sua utilidade para efeitos da avaliação da credibilidade das declarações de um requerente de asilo pode ser posta em causa, notadamente nos casos em que, como no caso vertente, as declarações do recorrente não são contraditórias.

A conclusão do Tribunal de Justiça da União Europeia privilegia a orientação sexual como um exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da livre personalidade do indivíduo, que merece proteção, livre de preconceito ou de qualquer outra forma de discriminação, promovendo o princípio da dignidade da pessoa humana e exigindo do Estado o correspondente dever de proteção.

Nessa direção, devem ser ressaltados os apontamentos de Luciano Augusto de Toledo Coelho, em trabalho intitulado testes psicológicos e o direito – uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos de personalidade:

> Ressalte-se que, doutrinariamente, vida privada está ligada à relação com a coletividade, protegendo o indivíduo do conhecimento alheio. Intimidade diz respeito a uma esfera mais fechada, que permite inclusive o desenvolvimento reservado da própria personalidade. [...].
>
> Parece-nos fora de dúvida que testes de personalidade ou projetivos invadem a esfera psíquica do indivíduo e que, se existe um direito psíquico, derivado da personalidade, que é irrenunciável, não se justifica, juridicamente, hoje, em todas as situações, a aplicação de testes [...].[14]

Nessa linha de raciocínio, recentemente, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal decidiu, por maioria, serem inconstitucionais dispositivos de normas do Ministério da Saúde e da Agência Nacional de Vigilância Sanitária que excluíam do rol de habilitados para doação de sangue os homens que tiveram relações sexuais com outros homens e/ou as parceiras sexuais destes nos 12 meses antecedentes, prevalecendo o voto do Relator, Ministro Edson Fachin, no qual podem ser extraídas valiosas ponderações a respeito do tema em análise:

> A aversão exagerada à alteridade, quer decorra de orientação sexual ou de manifestação de identidade de gênero, não raro deságua em sua negação e, no extremo, em tentativas, por vezes tristemente bem-sucedidas de sua aniquilação existencial [...].
>
> [...].
>
> Sangue e pertencimento têm, ao longo da história, penduleado entre os extremos do acolhimento e da exclusão [...].
>
> [...].
>
> Isso porque se está a exigir, para manifestação de um elemento da personalidade - o exercício da alteridade mediante o ato de doação de sangue -, o completo aniquilamento de outra faceta da própria personalidade - o exercício da liberdade sexual. Há, nesse quadrante, violação à dignidade inerente a cada sujeito (art. 1º, III, CRFB), que se vê impedido de exercer sua liberdade e autonomia (art. 5º, caput, CRFB) expressadas pelos direitos de personalidade que

[14] AUGUSTO DE TOLEDO COELHO, L. “Testes psicológicos e o direito: uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade”. *Psicologia & Sociedade*, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 90-100, ago. 2004, p. 94-95.

> lhe constituem (sua orientação sexual) para ter um gesto gratuito de alteridade e solidariedade para com seu próximo. Tal moldura normativa também impõe, assim, um tratamento não igualitário injustificado e, portanto, inconstitucional (art. 5º caput, CRFB).
> [...].
> Também nessa toada a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, a qual teve o Brasil, juntamente com Argentina, Equador e Uruguai, como um dos primeiros signatários, expande a abrangência da discriminação, constituindo primeiro instrumento jurídico juridicamente vinculante que condena discriminação em razão de orientação sexual, identidade e expressão de gênero [...].
> [...].
> Igualmente elucidativa é a Introdução aos Princípios de Yogyakarta, documento confeccionado por especialistas em reunião das organizações não governamentais International Comission of Jurists e International Service for Human Rights, cujo texto conclusivo foi apresentado ao Conselho de Direitos Humanos da ONU, e que versa justamente sobre a aplicação da legislação internacional sobre direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero.
> [...].
> Reconhecido o exercício livre e responsável da sexualidade, é de se entender a partir dos postulados nos Princípios de Yogyakarta que os direitos humanos são interdependentes e indivisíveis e devem ser integralmente gozados por todos os cidadãos quaisquer sejam suas orientações sexuais ou identidades de gênero.[15]

Outrossim, no acórdão oriundo do processo C-451/16, julgado no dia 26 de junho de 2018, o Tribunal de Justiça da União Europeia[16], afirmando a existência de proibição de toda e qualquer forma de discriminação em razão do sexo em matérias de prestações sociais, concluiu que a legislação britânica concede um tratamento menos favorável a uma pessoa que mudou de identidade sexual após o seu casamento do que a uma pessoa que conservou o seu sexo de nascimento estando casada, apontando, então, a discriminação direta em razão do sexo.

Considerando o exposto, tem-se que o caso analisado do Tribunal de Justiça da União Europeia, seguindo os termos de sua jurisprudência, coíbe a violação de aspectos íntimos da vida, exigindo o respeito à dignidade e à vida privada e familiar, afastando a peritagem psicológica para fins de deliberação a respeito de orientação sexual, o que se releva congruente com os demais casos analisados, bem como à luz da doutrina examinada.

---

[15] SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5543. Plenário, Sessão Virtual de 1.5.2020 a 8.5.2020, p. 2, 17, 37-38. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/ADI5543.pdf>. Acesso em: 9 mai. 2019.

[16] TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção) de 26 de junho de 2018 (Pedido de decisão prejudicial apresentado pela Supreme Court of the United Kingdom em 12 de agosto de 2016 – MB/Secretary of State for Work and Pensions) – Processo C-451/16. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-451/16>. Acesso em: 2 dez. 2019.

CONCLUSÃO

A orientação sexual deve ser interpretada como o exercício de uma liberdade fundamental, de livre desenvolvimento da personalidade do indivíduo, que merece proteção livre de preconceito ou de qualquer outro modo de discriminação. Na posição de um direito fundamental e bem de personalidade, a orientação sexual se orienta como uma emanação direta do princípio da dignidade da pessoa humana, consistindo em um poderoso fator de afirmação e de elevação pessoal. O exercício da autonomia individual significa o atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana, à igualdade material, impondo tolerância e convivência harmônica entre todos, com integral respeito às livres escolhas das pessoas.

A primazia da dignidade da pessoa humana rompe com paradigmas históricos e culturais, dando efetividade ao princípio da igualdade, que assegura respeito à liberdade pessoal e à autonomia individual, e rejeitando a discriminação e o tratamento excludente, que marginalizam, especialmente, grupos minoritários. Qualquer exigência de mudança de orientação sexual, a qual se cuida de um fenômeno complexo, para que haja efetiva proteção de um direito ou segurança mínima dele, revela desprezo à dignidade.

O direito à dignidade e o direito à vida privada e familiar foram considerados violados no acórdão oriundo do processo C-473/16 do Tribunal de Justiça da União Europeia, julgado no dia 25 de janeiro de 2018, envolvendo um cidadão de nacionalidade nigeriana, que apresentou à autoridade húngara um pedido de asilo, com o argumento de que, caso regressasse ao seu país de origem, poderia ser alvo de perseguição por causa da sua homossexualidade.

Tal caso revela a preocupação com a violação de aspectos íntimos da vida, exigindo o respeito à dignidade e à vida privada e familiar, afastando-se a peritagem psicológica para fins de determinação a respeito da identificação da orientação sexual de um refugiado. Dessa maneira, tem-se que as autoridades devem se pautar, especialmente, na coerência e na plausibilidade das declarações da pessoa interessada, para fins de averiguar a sua credibilidade.

REFERÊNCIAS

AUGUSTO DE TOLEDO COELHO, L. “Testes psicológicos e o direito: uma aproximação à luz da dignidade da pessoa humana e dos direitos da personalidade”. *Psicologia & Sociedade*, Porto Alegre, v. 16, n. 2, p. 90-100, ago. 2004.

BECKMANN MENEZES, A.; CÉLIA SOUZA BRITO, R.; LOUREIRO HENRIQUES, A. “Relação entre gênero e orientação sexual a partir da perspectiva evolucionista”. *Psicologia*: teoria e pesquisa, v. 26, n. 2, p. 245-252, abr./jun. 2010.

DE DEUS SILVA JÚNIOR, E.; ALVES MATTOS, I. “A discriminação no trabalho em razão da orientação sexual”. *Revista dos Tribunais*, v. 907, p. 281-318, mai. 2011.

PADILHA, E.; BERTONCINI, C. “A dignidade da pessoa humana na teria dos direitos fundamentais de Robert Alexy: uma análise sobre o seu caráter absoluto ou relativo na ordem jurídico-constitucional”. *Revista Brasileira de Direito*, v. 12, n. 2, p. 137-145, jul./dez. 2016

RODRIGUES SILVA, F.; CAETANO NARDI, H. “A construção social e política pela não-discriminação por orientação sexual”. *Physis*, Rio de Janeiro, v. 21, n. 1, p. 251-265, 2011.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REsp 1302467/SP, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, julgado em 03/03/2015, DJe 25/03/2015. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=201200026714&dt_publicacao=25/03/2015>. Acesso em: 2 dez. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADPF 132, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 05/05/2011, DJe-198 DIVULG 13-10-2011 PUBLIC 14-10-2011 EMENT VOL-02607-01 PP-00001). Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628633>. Acesso em: 2 dez. 2019.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ADI 5543. Plenário, Sessão Virtual de 1.5.2020 a 8.5.2020, p. 2, 17, 37. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/bibliotecaConsultaProdutoBibliotecaPastaFachin/anexo/ADI5543.pdf>. Acesso em: 9 mai. 2020.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 25 de janeiro de 2018 (pedido de decisão prejudicial de Szegedi Közigazgatási és Munkaügyi Bíróság - Hungria – F / Bevándorlási és Állampolgársági Hivatal) – Processo C-473/16. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-473/16>. Acesso em: 2 dez. 2019.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Seção) de 26 de junho de 2018 (Pedido de decisão prejudicial apresentado pela Supreme Court of the United Kingdom em 12 de agosto de 2016 – MB/Secretary of State for Work and Pensions) – Processo C-451/16. Disponível em: <http://curia.europa.eu/juris/documents.jsf?num=C-451/16>. Acesso em: 2 dez. 2019.

WOLFGANG SARLET, I. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

WOLFGANG SARLET, I. "Dignidade da pessoa humana na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal". *Revista Jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina*, v. 8, n. 14, p. 19-51, 2017.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 442-456
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Globalização e neoliberalismo: uma análise dos seus impactos sobre a justiça fiscal

Globalization and neoliberalism: an analysis of its impacts on fiscal justice

Lívio Augusto de Carvalho Santos[1]
Universidade de Marília

Sumário: 1 Introdução; 2 A densificação da justiça fiscal; 3 Uma análise da justiça fiscal a partir do modelo de estado: do estado liberal ao estado neoliberal; 4 O impacto da ascensão do individualismo no contexto da globalização e do neoliberalismo na justiça fiscal; 5 Considerações finais; 6 Referências.

Resumo: O presente artigo tem como objetivo o estudo dos impactos da Globalização e do Neoliberalismo na justiça fiscal em face da crise do Estado. Surgindo a problemática: Quais são as consequências da globalização e do neoliberalismo para a justiça fiscal? Em primeiro lugar, pretende-se delimitar o conceito e a relação entre justiça fiscal e justiça social. Em seguida, pretende-se identificar a relação existente entre o modelo de Estado, a tributação e a justiça fiscal. Posteriormente, pretende-se analisar o impacto da ascensão do individualismo no contexto da globalização e do neoliberalismo na justiça fiscal. A conclusão obtida é que com a crise do Estado, que é acirrada em razão do ideário neoliberal associado à globalização, ocorre a ascensão do individualismo que prejudica a concretização da justiça fiscal, considerando que o cidadão deixa de querer contribuir para o Estado. A pesquisa desenvolvida foi qualitativa do tipo documental bibliográfica, o método de abordagem escolhido foi o dedutivo.

Palavras chave: Globalização; Justiça Fiscal; Neoliberalismo.

Abstract: This article aims to study the impacts of Globalization and Neoliberalism in fair taxation in face of the crisis of the State. Emerging issue: what are the consequences of globalisation and of neoliberalism to tax justice? Firstly, it is intended to delimit the concept and the relationship between fiscal justice and social justice. Then, we intend to identify the relationship between the State model, taxation and fiscal justice. Subsequently, we intend to analyze the impact of the rise of individualism in the context of globalisation and of neoliberalism in fair taxation. The conclusion is that with the crisis of the State, which is fierce because of the liberal ideals associated with globalization, the rise of individualism that hampers the implementation of fair taxation, whereas the citizen no longer want to contribute to the State. The research developed was qualitative of the bibliographic documental type, the method of approach chosen was the deductive.

---

[1] Doutorando em Direito pela Universidade de Marília - UNIMAR. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC. Professor da Graduação (CESVALE e UNIFAPI). Professor convidado da Pós-Graduação (CESVALE, IEMP, FACID, URCA e UFPI). Advogado. Servidor Público. Vice-presidente da Comissão de Direito Tributário. Autor de livros e artigos científicos. Parecerista das revistas científicas Direito & Realidade, Direito em Debate e da Revista Meritum.

Recibido: 24/04/2020
Aceptado: 06/06/2020

Keywords: Globalization; Fiscal Justice; Neoliberalism.

1 Introdução

O tributo é a principal fonte de receita do Estado sendo fundamental para a manutenção de sua estrutura e a realização de suas atividades, incluindo-se os deveres constitucionais. Além da finalidade arrecadatória o tributo também possui finalidade indutora, dentre elas a de promover a igualdade, redistribuindo as riquezas e reduzindo as desigualdades sociais. Para tanto, faz-se necessário que o encargo tributário seja distribuído de forma adequada entre os indivíduos da sociedade, buscando-se um equilíbrio entre a tributação arrecadada pelo Estado e a capacidade contributiva de cada individuo.

Frise-se, que esta distribuição adequada do encargo tributário entre os indivíduos da sociedade, buscando-se um equilíbrio entre os tributos arrecadados pelo Estado e a capacidade contributiva, é denominada de justiça fiscal, sendo esta instrumento de justiça social.

Ocorre que a compreensão de justiça fiscal depende da época, do contexto social e do modelo de Estado. Neste passo, é importante ressaltar que o Estado está passando por uma crise financeira e politica, acarretando no crescimento do ideário neoliberal.

Vale ressaltar, que o fenômeno da crise do Estado e a ascensão do neoliberalismo devem ser analisados no contexto da globalização. Neste contexto, surge a problemática: Quais são as consequências da globalização e do neoliberalismo para a justiça fiscal?

Portanto, o objetivo do presente artigo é demostrar que a crise do Estado associada à globalização e ao neoliberalismo tem como consequência a ascensão do individualismo, fenômeno que traz consequências para a justiça fiscal.

Para o desenvolvimento do presente estudo, divide-se o trabalho em pontos basilares, quais sejam: a densificação da justiça fiscal, para compreender os diversos significados, delimitando-se o conceito e definindo-se a relação entre justiça fiscal e justiça social; a relação existente entre o modelo de Estado, a tributação e a justiça fiscal, para tanto será abordado a justiça fiscal no neoliberalismo; e o impacto da ascensão do individualismo no contexto da globalização e do neoliberalismo na justiça fiscal.

Para a elaboração do presente artigo, a pesquisa desenvolvida foi qualitativa do tipo documental bibliográfica, o método de abordagem escolhido foi o dedutivo e como método de procedimento será adotado o método monográfico, comparativo e funcionalista.

2 A densificação da justiça fiscal

A priori, faz-se necessário delimitar o conceito de justiça. O termo justiça tem vários significados, a depender do contexto em que o termo é empregado. Assim, justiça pode ser ao mesmo tempo um órgão do Estado, uma maneira de avaliar o que é direito, princípio moral, um sentimento e sinônimo de igualdade.

Fernando Aurélio afirma que "a justiça tem múltiplas definições, com significados imprecisos"[2] e com o fito de compreender melhor o que seria justiça utiliza-se tanto de ensinamentos de filósofos, como Aristóteles, Cícero, São Tomás de Aquino e Kant, quanto de ensinamentos de juristas, como Kelsen e Bobbio. Após a análise da contribuição dos filósofos e dos juristas o referido autor[3] conclui que além de um parâmetro para estabelecer critérios para definir uma ordem de conduta

[2] ZILVETI, F. A. *Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004, p. 51.
[3] Ibidem.

pessoal e coletiva, inclusive permitindo o convívio social, a justiça está associada à liberdade que inevitavelmente está ligada à igualdade, e depreendendo que "convém, então apurar o princípio da igualdade para melhor compreender a justiça"[4].

Ressalte-se, que os ensinamentos Aristotélicos foram de suma importância para esta conclusão, inclusive sendo imprescindível destacar que Zilveti[5] apontou as tentativas de, a partir da teoria Aristotélica, estabelecer classes lógicas de justiças, sendo elas a justiça distributiva e a justiça reparadora.

Cumpre destacar, que ao tratar da definição de justiça não se pode olvidar da relação desta com o direito, servindo o direito como parâmetro para a realização da justiça, como leciona Pezzi:

> O direito constitui o meio de ordenação racional de uma comunidade organizada. Para cumprir essa função ordenadora, ele estabelece regras e cria instituições. Assim, o direito é, simultaneamente medida material e forma de vida coletiva. Como meio de ordenação raciona, o direito é indissociável da realização da justiça[6].

Na mesma linha de pensamento, Porto[7] afirma que todos os ramos do direto almejam promover o valor da justiça, não sendo diferente o direito tributário, que também buscaria promover o valor da justiça. Aliás, quando o direito tributário regula a atividade tributária de forma a o valor da justiça ele estaria promovendo a justiça fiscal.

Após apresentar a relação entre justiça e direito, Pezzi[8] explica que a justiça não é uniforme para todo o direito existindo critérios diferentes a depender do ramo do direito, ou seja, em cada ramo do direito foram eleitos critérios distintos para a realização da justiça. No caso particular do direito tributário estes critérios estão vinculados aos princípios, principalmente ao da igualdade e da capacidade contributiva.

A partir disto, podemos concluir que a justiça fiscal é uma espécie autônoma de justiça, dotada de critérios próprios. Neste sentido, Menescal leciona que muito embora seja autônoma a justiça fiscal é a realização da justiça social na seara tributária, senão vejamos:

> A consagração da Justiça Fiscal como uma espécie autônoma, tomando-a em sentido estrito, se justifica pela ênfase que se pretende dar aos aspectos ligados ao relacionamento entre indivíduo e Estado arrecadador, e vice-versa. Contudo, há que se considerar que, ainda que se reconheça que certas normas ou certos princípios de justiça fiscal dizem respeito especialmente às relações bilaterais entre o indivíduo e o Estado, toda forma de justiça é, precipuamente, justiça social, na medida em que se aplica à vida em sociedade[9].

---

[4] Ibidem, p. 66.

[5] ZILVETI, F. A. *Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

[6] PEZZI, A. C. G. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limitação à tributação no estado democrático de direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 61.

[7] PORTO, É. G. *A colaboração no direito tributário: por um novo perfil de relação obrigacional tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

[8] PEZZI, *op. cit.*

[9] MENESCAL, A. M. F. *A seletividade como instrumento concretizador da justiça fiscal no âmbito do ICMS.* 188 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007, p. 38.

Na oportunidade, Pezzi[10] delineia os contornos de justiça social a partir da superação das injustiças na repartição da renda, de forma a disseminar o bem-estar entre a sociedade.

Assim, a justiça tributária está intimamente ligada com a justiça social, considerando que com a concretização da justiça fiscal permitiria a concretização da justiça social, pois com a justiça fiscal o ônus tributário é distribuído adequadamente entre os indivíduos da sociedade, acarretando na redistribuição da renda e consequentemente a redução das desigualdades sociais.

Neste sentido, a justiça fiscal e a justiça social pertenceriam à classe lógica de justiça distributiva, que nas palavras de Plauto Faraco "diz respeito à justiça ou injustiça das próprias leis que consagram certas formas de distribuição das rendas, das honras, das posições e de outros bens entre os membros de uma comunidade"[11].

Convergindo com tal pensamento, argumenta Mello, citando José Luis Saldanha Sanches, que justiça fiscal é sinônima de justiça tributária e de justiça distributiva:

> O conceito de justiça fiscal pode ter diversos significados: o primeiro é o da justiça fiscal no sentido de justiça tributária, que se limita a proceder a uma avaliação quantitativa do modo como são distribuídos os encargos tributários entre os cidadãos e as empresas, ou melhor, entre várias categorias de contribuintes. Perante uma dada carga fiscal, trata-se de saber como é que ela é partida entre os contribuintes com maiores e menores rendimentos[12].

Segundo Conti[13] a justiça fiscal tem como principal fundamento a equidade, afirmando que "a justiça fiscal passa a ser aquela fundada na equidade; atingir-se-ia a justiça fiscal por meio da distribuição equitativa do ônus tributário entre os contribuintes"[14].

Acrescenta, ainda o autor, que para alcançar um sistema tributário ideal pautado na justiça fiscal é imperioso a aplicação dos princípios do benefício e da capacidade contributiva. Segundo o primeiro "a tributação realizar-se-á de modo que cada contribuinte participe na arrecadação dos tributos na medida dos benefícios que tenha obtido em função dos gastos realizados com os recursos do Estado"[15], já o princípio da capacidade contributiva determina que "os contribuintes devem colaborar para o financiamento dos gastos do Estado na proporção de sua capacidade de contribuição para estes gastos"[16].

Portanto, tanto a justiça fiscal quanto a justiça social buscam uma igualdade formal entre indivíduos de uma sociedade e para tanto se faz necessário a redistribuição de renda. A partir desta ótica, a justiça fiscal e a justiça social teriam como fundamentos a equidade e a redistribuição de renda.

Voltando a obra de Pezzi, a autora afirma que a justiça fiscal pode ser entendida nos sentidos sintático, semântico e pragmático:

---

[10] PEZZI, A. C. G. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limitação à tributação no estado democrático de direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

[11] AZEVEDO, N. S. *O Princípio da Capacidade Contributiva e seus mecanismos para efetividade da Justiça Fiscal.* 102 f. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) – Centro Universitário FIEO, Osasco, 2013, p. 7.

[12] MELLO, E. R. *Direito fundamental a uma tributação justa*. São Paulo: Atlas, 2013, p. 41.

[13] CONTI, J. M. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997.

[14] Ibidem, p. 12.

[15] Ibidem, p. 14.

[16] Ibidem, p. 14.

> O primeiro, reside em sua afirmação como critério seletor de sentido na composição da estrutura semântica das normas jurídicas. Assim, quando na presença de duas ou mais proposições ou sentidos possíveis na composição da norma, a justiça fiscal atua como critério de seleção (justificação) da norma mais adequada ao caso e ao sistema (coerência). De acordo com o sentido semântico, a noção mínima de justiça é extraída das noções de igualdade (capacidade contributiva) e de liberdade (limitações ao poder de tributar). Já no sentido pragmático, a justiça fiscal traduz uma relação de adequação entre a norma e seu usuário, por meio da relação intersistêmica entre política, economia e direito[17].

Além disso, a justiça fiscal seria tanto um princípio estruturante do direito tributário, de onde emanam os princípios da igualdade, da capacidade contributiva, da progressividade, da seletividade e do não confisco, bem como, critério para a interpretação da norma no momento de sua aplicação do caso concreto.

Aliás, segundo Giotti[18] a justiça fiscal deve ser verificada na elaboração das leis, na interpretação durante a aplicação da lei e após a aplicação da lei com a concretização do direito no caso concreto avaliando se a carga tributária é sustentável segundo os critérios da intensidade da carga tributária para os contribuintes e quanto as reais necessidades das receitas públicas.

A partir disto, podemos concluir que o sistema tributário deve nortear-se pela justiça fiscal de modo a balancear os deveres e direitos dos indivíduos, ou seja, de modo que o dever de recolher os tributos seja distribuído de forma equânime entre os indivíduos respeitado o direito à propriedade, a igualdade e a capacidade contributiva de cada um.

Como se observou existem várias definições para justiça e diferentes compreensões sobre a justiça fiscal, assim, com o fito de delimitar os conceitos apresentados passaremos a analisar, inicialmente, os objetivos e as atribuições do Estado no recolhimento de tributos, ou seja, iremos buscar estabelecer uma relação entre o modelo de Estado, a tributação e a justiça fiscal.

3 Uma análise da justiça fiscal a partir do modelo de estado: do estado liberal ao estado neoliberal.

Conforme exposto anteriormente a justiça tem várias acepções a depender da época e do contexto social, há também diferentes compreensões de justiça fiscal. Porém, não podemos negar que a justiça fiscal é a busca da equidade na área tributária, melhor dizendo, a busca pela distribuição da carga tributária de forma adequada.

Oportunamente, destacamos que o sistema tributário e a distribuição do ônus tributário variam de acordo com o modelo de Estado, assim, a justiça fiscal também sofreria adaptações de acordo com o modelo de Estado.

Cumpre desatacar que o Estado de Direito surge para contrapor-se ao Estado Absolutista e segundo Streck e Morais[19] a ascensão do Estado de Direito teria ocorrido na segunda metade do século XIX na Alemanha e posteriormente foi incorporado à doutrina francesa.

---

[17] PEZZI, A. C. G. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limitação à tributação no estado democrático de direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 65.

[18] GIOTTI, D. *Solidariedade, moralidade e eficiência como critérios de justiça tributária*. In: FUX, L.; QUEIROZ, L. C. S. de; ABRAHAM, M. (Org.). Tributação e justiça fiscal. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 131-158.

[19] STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Frise-se que o Estado de Direito é marcado pela limitação de sua atuação por uma ordem jurídica predeterminada, servindo assim o direito e mais especificamente o ordenamento jurídico para definir as diretrizes para a atividade pública, completando tal raciocínio temos que o Estado de Direito "caracteriza-se pela supremacia da lei sobre a administração, vinculando os poderes públicos não somente aos termos da lei como também a princípios materiais"[20].

Tal destaque evidencia a importância do ordenamento jurídico no Estado de Direito, que tanto servi como limitação da atividade estatal como instrumento de defesa do cidadão face a qualquer abuso cometido pelo Estado.

O primeiro modelo do Estado de Direito foi o Estado Liberal, inspirado na revolução francesa, tinha como principal fundamento a liberdade, preconizando que o Estado deveria dar maior liberdade possível para o indivíduo, para tanto deveria interferir o mínimo possível na vida privada e no mercado. Tal argumento defende um Estado Mínimo que só teria como funções a defesa da ordem e da segurança pública.

O ideário liberal preconizava que ao deixar o mercado livre para se autorregular, o que alguns autores denominaram de mão invisível do Estado, o mercado seria capaz de promover o bem comum.

Na mesma linha de raciocínio Pezzi[21] enfatiza "que o Estado Liberal caracterizou-se principalmente pelo não-intervencionismo no mundo econômico, para a correção dos desajustes", complementa ainda apontando a ideia central do liberalismo e delimitando quais as funções do Estado neste modelo, lecionando que "a ideia era que o Estado deixasse as iniciativas individuais, a livre concorrência e as leis do mercado funcionarem livremente, restringindo-se a funções básicas como defesa da ordem e da segurança pública"[22].

Ainda sobre as funções do Estado, Cardoso[23] leciona que estas são limitadas a defesa externa, segurança e justiça interna e gastos públicos à promoção do comercio e da educação dos cidadãos.

Diante de um Estado com características reduzidas e com poucas funções a desempenhar temos que os gastos públicos com a atividade estatal também são menores, acarretando diminuição na carga tributária, pois é esta que financia a atividade estatal.

Ao enfrentar o tema da carga tributária no Estado Liberal, Cardoso leciona:

> Buscava-se o rendimento ótimo dos tributos, para que a exigência sobre os contribuintes se desse na menor medida possível, sem a perda das condições do Estado de cumprir suas funções (ressalta-se que a própria concepção minimalista das funções estatais já cooperava para diminuir a quantidade de recursos necessários)[24].

Outro detalhe importante acerca da tributação no liberalismo é que os tributos tem finalidade apenas fiscal, arrecadatório, não havendo extrafiscalidade uma vez que o Estado não se preocupa em incentivar ou desincentivar determinadas condutas e nem em promover o desenvolvimento ou a redução das desigualdades sócias.

Assim, deve prevalecer no Estado liberal a neutralidade fiscal, servindo os tributos apenas para custear os gastos públicos.

---

[20] PEZZI, A. C. G. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limitação à tributação no estado democrático de direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 20.

[21] Ibidem, p. 19.

[22] Ibidem, p. 19.

[23] CARDOSO, A. M. *O dever fundamental de recolher tributos no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

[24] Ibidem, p. 81.

Ademais, como o liberalismo preconiza que o Estado não deve intervir para promover a redução das desigualdades sociais, pois todos nascem iguais com as mesmas condições, a tributação é dividida igualmente, sem preocupação com a capacidade contributiva de cada indivíduo.

Portanto, não podemos dizer que a igualdade não era uma questão de almejada pelo ideário liberal, uma vez que o liberalismo se preocupava com a igualdade na tributação, considerando que esta é suportada por todos os indivíduos da sociedade, entretanto, tal igualdade é apenas formal e não a igualdade material.

Para fortalecer tal posicionamento, citamos os ensinamentos de Cardoso sobre a igualdade na tributação no liberalismo:

> O Liberalismo teve ainda especial interesse pela questão da igualdade da tributação, na medida em que esta afetava igualmente a todos. O princípio da igualdade de Smith equivale, na posterior evolução, ao princípio da capacidade contributiva. Contudo, sua concepção de igualdade da imposição é meramente matemática, derivada da proporção entre a base imponível e o tributo. Na concepção liberal clássica, o tributo deveria aumentar proporcionalmente à base imponível. Só que esse aumento se daria em termos absolutos, e não relativos, uma vez que a alíquota aplicável seria única e imodificável[25].

Os ensinamentos trazidos acima evidenciam que no momento histórico de ascensão do Estado Liberal não existia e muito menos era aplicado o princípio da capacidade contributiva e a progressividade. Por conseguinte, não podemos falar em justiça fiscal no Estado Liberal.

Ocorre que com a participação de muitos países nas duas grandes guerras mundiais acarretou contingências políticas, econômicas e sociais. Tanto durante as guerras, com a necessidade de recursos para investimentos bélicos, quanto no pós-guerra, com a necessidade de reconstrução e de assegurar a produção e o consumo, surgiu a necessidade da intervenção do Estado em face da incapacidade do mercado realizar essas tarefas.

Neste contexto, o Estado Liberal entrou em crise e surge um novo modelo de Estado, um Estado Intervencionista. Nasce aí o Estado Social com características distintas do Estado Liberal, a primeira diferença entre os dois modelos de Estado é o surgimento de novos direitos, os direitos sociais.

Outra diferença é a interpretação da igualdade e o papel do Estado na promoção desta, promovendo a redução das desigualdades sociais, enquanto no Estado Liberal a igualdade era pensada apenas pela ótica da igualdade formal e o Estado não deveria intervir para reduzir as possíveis desigualdades materiais, no Estado Social a igualdade passa a ser pensada sob a ótica de igualdade material e o Estado tem o dever de promover a redução das desigualdades sociais.

Buffon e Matos destacam esta nova forma de pensar a igualdade e o novo papel do Estado:

> Nessa nova organização social, o Estado tem um papel decisivo no sentido de não apenas assegurar a igualdade formal, mas, sobretudo, alcançar a igualdade matéria, isto é, o Estado passa a ter, como condição de existência, a busca de meios que possam minimizar as desigualdades decorrentes do modelo econômico vigente[26].

---

[25] CARDOSO, A. M. *O dever fundamental de recolher tributos no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014, p. 83.

[26] BUFFON, M.; MATOS, M. B. *Tributação no Brasil do século XXI: uma abordagem hermeneuticamente crítica.* Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

Para dar robustez a ideia de igualdade no Estado Social e do papel do Estado na promoção desta, Buffon e Matos[27] a partir da doutrina de Bonavides, afirmam que o Estado tem o dever de promover a igualdade fática, devendo inclusive a realizar prestações positivas para promover meios de concretizar a isonomia,

Assim, o principal objetivo do Estado Social é promover o bem comum, este também é o pensamento de Pezzi que proclama que "o novo modelo tende à criação de uma situação de bem-estar geral que garanta o pleno desenvolvimento da pessoa humana"[28].

Relevante que seja referido que com a mudança do modelo de Estado houve a mudança do papel do Estado e o aumento dos direitos sociais, da atividade estatal e do aparato estatal o que acarretou no aumento dos gastos públicos, trazendo reflexos na seara tributária, considerando que os tributos são a principal fonte de custeio do Estado.

Ao enfrentar o tema da tributação no Estado Social, Pawlowsky aduz:

> Nesse contexto, é razoavelmente simples verificar a imprescindibilidade da tributação no Estado de Bem-Estar, uma vez que ela é o instrumento por meio do qual se faz possível implementar políticas públicas que não apenas respondem aos anseios sociais, garantidos na Constituição, mas asseguram, por outra forma, a própria continuidade do sistema capitalista e, por corolário, a proteção ao direito de propriedade e à própria liberdade, conforme se observou quando da análise das características do Estado Tributário[29].

Portanto, o primeiro reflexo na seara tributária, oriunda do novo modelo de Estado, foi a necessidade de repensar a carga tributária de forma a suprir os gastos decorrentes da atividade estatal, ou seja, neste novo cenário se faz necessário uma carga tributária mais elevada para suprir o aumento do gasto público.

Outro reflexo na tributação decorrente do Estado Social está vinculado ao novo papel assumido pelo Estado, devendo promover a igualdade material, e a redução das desigualdades sociais, inclusive promovendo a redistribuição das rendas, dessa maneira a tributação neste modelo de Estado não pode se olvidar de cumprir o papel de reduzir as desigualdades e redistribuir a renda e promover o desenvolvimento. Nesta linha, a tributação deixa de ter função fiscal, apenas arrecadatória, e passa a ter uma finalidade extrafiscal. Assim, concluímos que a justiça social e a justiça fiscal são cobiçadas no Estado Social.

Ocorre que o Estado Social não conseguiu concretizar a justiça social, promover a igualdade material e reduzir as desigualdades sociais. Essa não é a única falha do Estado de Social, sendo apontada também como falha a falta de participação democrática no processo político.

No que diz respeito falta de participação democrática no processo político no Estado Social, Buffon assevera:

> Diferentemente do que possa advir de uma análise superficial, o aprofundamento do papel do Estado Social não significou apenas uma atuação voltada aos interesses das classes sociais menos favorecidas, através de mecanismos de proteção social. Ao contrário, constata-se que a atuação do Estado, pelo menos

[27] Ibidem.

[28] PEZZI, A. C. G. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limitação à tributação no estado democrático de direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 21.

[29] PAWLOWSKY, K. *A utilização de tributo com efeito de confisco e sua vedação constitucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 24.

> no que tange à gama de recursos empregada, esteve, paradoxalmente, a serviço do capital ou do que se convencionou denominar de "elites dominantes"[30].

Buffon[31] aponta como exemplos de benefícios recebidos pelas "elites dominantes" a construção de usinas hidrelétricas, estradas e concessões de benefícios fiscais.

Ainda sobre a democracia no Estado Social, Lênio Streck[32] afirma que com o crescimento da atividade estatal no Estado Social houve também o crescimento da burocracia, sendo inegável que a burocracia e a democracia são incompatíveis.

Diante das falhas apontadas no modelo de Estado Social surge o Estado Democrático de Direito como tentativa de corrigi-las. Acerca do surgimento do Estado Democrático de Direito, Buffon citando Bolzan de Morais explica:

> "O Estado Democrático de Direito emerge como um aprofundamento da fórmula, de um lado, do Estado de Direito e de outro, do Welfare State. Resumidamente pode-se dizer que, ao mesmo tempo em que se tem a permanência em voga da já tradicional questão social, há como quê sua qualificação pela questão da igualdade. Assim o conteúdo deste se aprimora e se complexifica, posto que impõe à ordem jurídica e à atividade estatal um conteúdo utópico de transformação do status quo"[33].

O Estado Democrático de Direito seria então o aprimoramento do Estado Social e continua se preocupando com a ordem social buscando a igualdade material.

Segundo Canotilho[34], o Estado Democrático de Direito pode ser definido sob duas ideias básicas: o Estado de Direito, tendo como premissa a limitação do Estado pelo Direito, e o Estado Democrático, que tem como premissa a legitimação do poder estatal pelo povo.

Este modelo de Estado é marcado pela criação dos direitos de terceira geração que corresponde à fraternidade, solidariedade, paz social, meio ambiente ecologicamente equilibrado e o direito à comunicação.

Ante, a busca pela igualdade formal, a redução das desigualdades sociais e a positivação da fraternidade e a solidariedade, a justiça fiscal chega ao seu ápice no Estado Democrático de Direito, enaltecendo a ideia de necessidade de aplicação da capacidade contributiva subjetiva e da progressividade.

Ocorre que com o passar do tempo as relações sociais foram ficando mais complexas, some-se a este fato social o envelhecimento da sociedade e a grande evolução tecnológica, que por sinal trouxe mais exclusão social, trazendo como consequência o aparecimento de novos riscos sociais.

Buffon[35] evidencia que com a evolução do Estado os problemas estruturais do Estado tornaram-se perceptíveis, bem como, o Estado além do dever de arcar com os custos decorrentes dos riscos preexistentes, ou como ele denomina riscos clássicos, passou o Estado ter o dever de proteger novos riscos sociais, aumentando os custos assumidos pelo Estado.

---

[30] BUFFON, M. *Tributação e dignidade humana: entre direitos e deveres fundamentais.* Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 28.

[31] Ibidem.

[32] STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

[33] BUFFON, *op. cit.*, p. 28.

[34] CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

[35] BUFFON, M. *Tributação e dignidade humana: entre direitos e deveres fundamentais.* Livraria do Advogado Editora, 2009.

Vale destacar, que os novos riscos trazem como impacto nos recursos empregados pelo Estado para atender os indivíduos. Acrescente-se, que muito embora tenha ampliado os custos para a concretização dos direitos e sanar os riscos sociais não houve ampliação da tributação, não havendo equivalência na fonte de custeio.

O Estado passou a não conseguir atender a todos os indivíduos e nem proteger de todos os riscos. Nesta linha, Buffon instrui:

> Ocorre a emergência do que se convencionou denominar "sociedade de risco", justamente porque as novas necessidades procedem de circunstâncias imprevisíveis e indesejáveis, as quais abalam os alicerces da segurança outrora vigente e minam as possibilidades de que as instituições possam dar uma resposta eficaz às demandas decorrentes.[36]

A ineficácia do Estado em proteger os indivíduos dos riscos sociais além de deixar transparecer uma crise financeira do Estado guia para uma crise estrutural do Estado na medida em que o indivíduo deixa de acreditar no Estado como autentico provedor, aflorando um sentimento de não querer contribuir para a construção do bem comum.

A crise do Estado abriu espaço para o argumento da diminuição da intervenção estatal e para o argumento em prol do Estado mínimo. Sendo inegável a ascensão do ideário neoliberal.

Este novo modelo de Estado preconiza a não interferência do Estado no mercado, ficando a cargo deste a incumbência de regular as relações econômicas e sociais. Os defensores do Neoliberalismo argumentam que a liberdade conferida ao mercado permitiria um desenvolvimento econômico e prosperidade, gerando empregos e salários, propiciando a construção do bem comum.

Vale destacar que o Estado mínimo defendido no Liberalismo é diferente do Estado mínimo defendido no Neoliberalismo. Para diferenciar o Estado mínimo nos dois modelos de Estado, Rodrigues e Schmidt[37] aduzem que o Estado mínimo atual poderia influir na implementação e desenvolvimento da atividade econômica, apontando como exemplo uma organização capitalizada que procura os entes federativo com o fito de obter incentivos para instalarem ou expandirem seus negócios em território nacional.

No que diz respeito à tributação no ideário neoliberal, a carga tributária seria reduzida diante das poucas atividades estatais prestadas pelo Estado, cabendo os demais serviços públicos serem explorados pelo setor privado e custeados diretamente pelos indivíduos, não havendo que falar em tributação nestes casos.

Assim, os tributos ainda persistiriam financiando o Estado, entretanto a carga tributária seria ínfima e dividida entre os indivíduos. Neste momento cabe analisar se é possível falar-se em justiça fiscal no modelo Neoliberal, considerando que o Estado não deve interferir nas relações sociais para promover a igualdade.

Em razão dos múltiplos significados de justiça fiscal, e relembrando o significado trazido por Mello[38], pelo qual a justiça fiscal seria sinônima de avaliação do modo de distribuir os encargos tributários entre as várias categorias de

---

[36] Ibidem, p. 32.

[37] RODRIGUES, H. T.; SCHMIDT, M. O princípio da solidariedade em tempos de neoliberalismo: uma análise a partir da tributação brasileira. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 8., 2016. Santa Cruz do Sul. Anais... Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016. Disponível em: http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15809/3708. Acesso em: 08 de mai. 2020.

[38] MELLO, E. R. *Direito fundamental a uma tributação justa*. São Paulo: Atlas, 2013.

contribuintes, podemos afirmar que é possível se falar em justiça fiscal no Estado Neoliberal, muito embora não seja papel do Estado promover a justiça Social.

Por fim, no que diz respeito à fiscalidade e extrafiscalidade no Estado Neoliberal, cabe destacar que em regra a tributação terá finalidade fiscal, arrecadatória, não comportando a utilização da tributação para intervir no mercado, para promover a igualdade e a redução das desigualdades sociais, ou seja, em regra não haverá extrafiscalidade no Estado Neoliberal, só sendo esta admitida para impulsionar a atividade econômica, podendo o Estado tanto transferir recursos diretamente, através de empréstimos, ou conceder incentivos fiscais, isenções.

4 O impacto da ascensão do individualismo no contexto da globalização e do neoliberalismo na justiça fiscal

Percebe-se que a evolução da sociedade, o envelhecimento da mesma e a grande evolução tecnológica trouxeram como consequência o aparecimento de novos riscos sociais e consequentemente mais exclusão social.

Buffon[39] ao analisar a origem desses novos riscos esclarece que existem duas principais fontes: as alterações demográficas provenientes da população, que impactaram diretamente na vida fiscal do Estado, pois além de reduzir a população ativa que efetivamente contribuía aumentaram os gastos com saúde, serviços de apoio e proteção à terceira idade, e o avanço tecnológico, que apesar de ter suas vantagens trouxe impactos negativos como a exclusão social e o impacto ambiental trazendo consequências na saúde.

Outro importante fator que acentuou os riscos sociais foi o fenômeno da globalização que se preocupou apenas com o aspecto econômico sem observar as consequências no contexto social, e trouxe como principal consequência o aumento das desigualdades sociais.

Neste sentido Valle e Struett afirmam que:

> O fator da quebra das fronteiras delega a um consenso mundial a resolução de problemáticas, no entanto, interfere assiduamente nas relações entre Estado e Sociedade no mundo e especificamente nos países com baixo poder econômico ou ainda nos países emergentes[40].

As referidas autoras sustentam que a globalização nada mais é que o aperfeiçoamento do capitalismo, considerando uma nova possibilidade de acumulação de capital em razão de uma intensa circulação entre países de bens, capitais e tecnologia. Entretanto, as autoras não restringem a globalização a um fenômeno econômico, evidenciando que a mesma exerce nos mercados, nos Estados e nas sociedades.

No mesmo sentido, Guerra e Emerique[41] afirmam que a globalização impactam negativamente nos direitos sociais e Direitos Humanos, pois tal globalização, no atual modelo de capitalismo, flexibiliza ou reduz os direitos sociais e Direitos Humanos. Acrescentam, ainda, que em razão dessa redução/flexibilização dos referidos direitos ocorre a ampliação das desigualdades sociais.

---

[39] BUFFON, M. *Tributação e dignidade humana: entre direitos e deveres fundamentais.* Livraria do Advogado Editora, 2009.

[40] VALLE, D. C. S.; STRUETT, M. A. M. *O Estado neoliberal: os direitos sociais e o indivíduo no mundo globalizado..* In: Congresso, 2015. Londrina. Anais... Londrina, 2015, p. 6. Disponível em: http://www.uel.br/pos/mestradoservicosocial/congresso/anais/Trabalhos/eixo1/oral/17_o_estado_neoliberal....pdf . Acesso em: 08 de mai. 2020.

[41] GUERRA, S.; EMERIQUE, L. B. "Direitos humanos e políticas públicas de combate à pobreza no contexto da globalização", "Cadernos de Dereito Actual", 7, 2017, p. 40. Disponível em: http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/214/130. Acesso em: 17 de mai. 2020.

O capitalismo selvagem que privilegia a globalização econômica tem produzido efeitos nocivos aos direitos humanos na ordem global. Nesse sentido, é que são evidenciados grandes problemas em relação aos Direitos Humanos, principalmente no campo dos direitos sociais.

O processo de globalização econômica tem vínculos diretos com a globalização social e a disseminação da desigualdade.

Diante desses novos riscos sociais Buffon[42] assevera que o Estado além do dever de arcar com os custos decorrentes dos riscos preexistentes, ou como ele denomina riscos clássicos, passou o Estado ter o dever de proteger novos riscos sociais, aumentando os custos assumidos pelo Estado, momento em que os problemas estruturais do Estado tornaram-se perceptíveis.

A crise do Estado abriu espaço para o argumento da diminuição da intervenção estatal e para o argumento em prol do Estado mínimo. Sendo inegável a ascensão do ideário neoliberal.

Ademais, Rodrigues e Schmidt[43], citando Gorczevski, afirmam que a globalização aliada ao liberalismo interfere nos Estados da ordem global, enfraquecem o Estado, impondo a redução da intervenção do mesmo no mercado econômico, frente ao crescimento do capital.

De outro lado, o crescimento do ideário neoliberal também é associado à globalização, na medida em que "esse novo ideário acerca do Estado mínimo é causa e consequência de um fenômeno que se aprofunda de uma forma vertiginosa, sobretudo nas últimas duas décadas do século XX"[44]. Tal fenômeno traz mutações nas relações econômicas e dá ensejo ao acirramento de um cenário perverso na área social[45].

No mesmo sentido, Lima[46] sustenta que ao associar ideais liberais à globalização a promoção da igualdade fica prejudicada.

> Ao adotar os ideais liberais a partir da década de 70, a globalização acaba por impor aos Estados a adoção de valores, como a liberdade e a igualdade meramente formais, que consubstanciam exatamente aquilo que os direitos sociais visam a superar[47].

A ineficácia do Estado em proteger os indivíduos dos riscos sociais além de deixar transparecer uma crise financeira do Estado guia para uma crise estrutural do Estado na medida em que o indivíduo deixa de acreditar no Estado como autentico provedor, aflorando um sentimento de não querer contribuir para a construção do bem comum.

---

[42] BUFFON, M. *Tributação e dignidade humana: entre direitos e deveres fundamentais.* Livraria do Advogado Editora, 2009.

[43] RODRIGUES, H. T.; SCHMIDT, M. *O princípio da solidariedade em tempos de neoliberalismo: uma análise a partir da tributação brasileira*. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 8., 2016. Santa Cruz do Sul. Anais... Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016. Disponível em: http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15809/3708. Acesso em: 08 de mai. 2020.

[44] BUFFON, *op. cit.*, p. 45.

[45] Ibidem.

[46] LIMA, F. A. de F. *GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: UMA ANÁLISE DOS SEUS IMPACTOS SOBRE A SOBERANIA E OS DIREITOS SOCIAIS. Disponível em:* http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a998754d6441bc4e . Acesso em: 08 de mai. 2020.

[47] LIMA, F. A. de F. *GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: UMA ANÁLISE DOS SEUS IMPACTOS SOBRE A SOBERANIA E OS DIREITOS SOCIAIS,* p. 14. *Disponível em:* http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a998754d6441bc4e . Acesso em: 08 de mai. 2020.

Vale ressaltar, ainda, que a crise do Estado é estrutural, pois abala dois fundamentos basilares do atual modelo de Estado, a fraternidade e a solidariedade. À vista disso, cresce o individualismo afastando a ideia de coletivo e de inserção do individuo na sociedade como elemento necessário para o desenvolvimento.

Frise-se que com a crise do Estado, ele está desacreditado pelo cidadão, tal descredito é soma da ineficiência do estado, que não consegui atender a todos os anseios da sociedade e nem a todos os indivíduos, com a má gestão dos recursos públicos e com a descoberta de vários desvios de recursos públicos.

Rodrigues e Schmidt[48] reconhecem que "vivemos em uma época em que se aprofunda o individualismo na sociedade. O contribuinte já não percebe o seu dever como um colaborador para que se efetive a justiça social".

Corolariamente, Hugo Thamir Rodrigues e Marguid Schmidt lecionam que "vivemos em uma época em que se aprofunda o individualismo na sociedade"[49] e que o indivíduo vem abandonando a ideia de construção do bem comum, a partir da colaboração e solidariedade, já que "o contribuinte já não percebe o seu dever como um colaborador para que se efetive a justiça social"[50].

Neste contexto o individuo deixa de querer contribuir para o Estado perdendo o sentimento de participar do processo social de construção do bem comum, crescendo o sentimento de buscar o bem individual, portanto o individualismo vem crescendo.

5 Considerações finais

Percebe-se que a justiça tem várias acepções a depender da época e do contexto social, há também diferentes compreensões de justiça fiscal. Porém, não podemos negar que a justiça fiscal é a busca da equidade na área tributária, melhor dizendo, a busca pela distribuição da carga tributária de forma adequada.

Ao analisar o conceito de justiça fiscal evidencia-se que este está associado à distribuição adequada do ônus da carga tributária respeitado, a capacidade de cada um em suportá-la, bem como, que a justiça fiscal está intimamente ligada com a justiça social e que ambas pertencem à classe lógica de justiça distributiva.

Oportunamente, destaca-se que o sistema tributário e a distribuição do ônus tributário variam de acordo com o modelo de Estado, assim, a justiça fiscal também sofreria adaptações de acordo com o modelo de Estado.

Considerando que a justiça fiscal é sinônima do modo de distribuir os encargos tributários entre as várias categorias de contribuintes, é viável a concretização da justiça fiscal no Estado Neoliberal, muito embora não seja papel do Estado promover a justiça Social.

Contudo, o crescimento do ideário neoliberal está inserido num contexto de crise politica e financeira do Estado, em decorrência da falta de recursos para Estado proteger os indivíduos dos riscos sociais.

De fato, o Estado tem dificuldade em atender os cidadãos de todos os riscos sociais e ao mesmo tempo promover a redução das desigualdades sócias. Tal dificuldade é acirrada em razão do surgimento de novos riscos sociais, oriundos e ampliados pela evolução da sociedade, envelhecimento da mesma, novas tecnologias e da globalização excludente.

---

[48] RODRIGUES, H. T.; SCHMIDT, M. O princípio da solidariedade em tempos de neoliberalismo: uma análise a partir da tributação brasileira. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 8., 2016. Santa Cruz do Sul. Anais... Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016, p. 7 Disponível em: http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15809/3708. Acesso em: 08 de mai. 2020.

[49] Ibidem.

[50] Ibidem, p. 7.

As influências neoliberais na globalização repercutem tanto no acirramento das desigualdades sociais e surgimento de novos riscos sociais, quanto na postura do Estado que passa a não se preocupar com a promoção da igualdade material.

Neste contexto da crise financeira e política do Estado, este se demonstra ineficiente, acarretando na ascensão do individualismo e consequentemente no sentimento de buscar o bem individual, deixando o individuo de querer contribuir para o Estado e perdendo o sentimento de participar do processo social de construção do bem comum.

Dentro dessa abordagem, é inegável que o cidadão deixa de perceber o seu papel e dever em colaborar para que se efetive a justiça fiscal, considerando que este sentimento de não querer contribuir para o Estado, que inclusive é um dos fatores que leva à elisão e evasão fiscal, não se coaduna com a distribuição adequada do encargo tributário entre todos os indivíduos em conformidade com sua capacidade contributiva.

Referências

AZEVEDO, N. S. *O Princípio da Capacidade Contributiva e seus mecanismos para efetividade da Justiça Fiscal*. 102 f. Dissertação (Programa de Mestrado em Direito) – Centro Universitário FIEO, Osasco, 2013.

BUFFON, M. *Tributação e dignidade humana: entre direitos e deveres fundamentais*. Livraria do Advogado Editora, 2009.

BUFFON, M.; MATOS, M. B. *Tributação no Brasil do século XXI: uma abordagem hermeneuticamente crítica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2015.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARDOSO, A. M. *O dever fundamental de recolher tributos no estado democrático de direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2014.

CONTI, J. M. *Princípios tributários da capacidade contributiva e da progressividade*. São Paulo: Dialética, 1997.

GIOTTI, D. "Solidariedade, moralidade e eficiência como critérios de justiça tributária". In: FUX, L.; QUEIROZ, L. C. S. de; ABRAHAM, M. (Org.). *Tributação e justiça fiscal*. Rio de Janeiro: GZ, 2014. p. 131-158.

GUERRA, S.; EMERIQUE, L. B. "Direitos humanos e políticas públicas de combate à pobreza no contexto da globalização", Cadernos de Dereito Actual, 7, 2017. Disponível em: http://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/214/130. Acesso em: 17 de mai. 2020.

LIMA, F. A. de F. *GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: UMA ANÁLISE DOS SEUS IMPACTOS SOBRE A SOBERANIA E OS DIREITOS SOCIAIS*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a998754d6441bc4e . Acesso em: 08 de mai. 2020.

MELLO, E. R. *Direito fundamental a uma tributação justa*. São Paulo: Atlas, 2013.

MENESCAL, A. M. F. *A seletividade como instrumento concretizador da justiça fiscal no âmbito do ICMS*. 188 f. Dissertação (Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional – Mestrado e Doutorado) – Universidade de Fortaleza, Fortaleza, 2007.

PAWLOWSKY, K. *A utilização de tributo com efeito de confisco e sua vedação constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

PEZZI, A. C. G. *Dignidade da pessoa humana: mínimo existencial e limitação à tributação no estado democrático de direito*. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2011.

PORTO, É. G. *A colaboração no direito tributário: por um novo perfil de relação obrigacional tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2016.

RODRIGUES, H. T.; SCHMIDT, M. "O princípio da solidariedade em tempos de neoliberalismo: uma análise a partir da tributação brasileira". In: *SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DEMANDAS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS NA*

SOCIEDADE CONTEMPORÂNEA, 8., 2016. Santa Cruz do Sul. Anais... Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2016. Disponível em: http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidspp/article/view/15809/3708. Acesso em: 08 de mai. 2020.

STRECK, L. L. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito.* 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

STRECK, L. L.; MORAIS, J. L. B. *Ciência política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

VALLE, D. C. S.; STRUETT, M. A. M. "O Estado neoliberal: os direitos sociais e o indivíduo no mundo globalizad"o.. In: Congresso, 2015. Londrina. Anais... Londrina, 2015. Disponível em: http://www.uel.br/pos/mestradoservicosocial/congresso/anais/Trabalhos/eixo1/oral/17_o_estado_neoliberal....pdf . Acesso em: 08 de mai. 2020.

ZILVETI, F. A. *Princípios de direito tributário e a capacidade contributiva*. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 457-473
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

El Policía Ambiental en el Valle de Aburrá: Un estudio de Representaciones Sociales de Educación Ambiental y Medio Ambiente

Environmental Protection Police Officers of Aburrá Valley: A study of Social Representations of Environment and Environmental Education

Diana Espinosa Rojas[1]
Universidad Pontifícia Bolivariana, Colombia

Sumario: Introducción. 1. Representaciones sociales de medio ambiente y educación ambiental. 2. Política de educación ambiental en Colombia. 3. Policía en función del Medio Ambiente. 4. La Policía de Protección Ambiental y Ecológica: Representaciones Sociales y laxitud normativa. 5. Revalorización del medio ambiente como derecho fundamental en tiempos de crisis ambiental. 6. Recomendaciones: Responsabilidad ambiental más allá de los claustros educativos y Policía con perfil investigativo. 7. Bibliografía.

Resumen: En Colombia, la Policía, es uno de los agentes de transformación de realidades ambientales debido a su injerencia en las problemáticas sociales y ambientales; sus Representaciones Sociales sobre Medio Ambiente y Educación Ambiental son reflejo, entre otros, de los currículos de las Escuelas de policía, que son instituciones universitarias avaladas por el Ministerio de Educación de Colombia; dichos currículos están permeados por las Políticas de Educación y Medio Ambiente en Colombia que resaltan la responsabilidad educativa y ambiental de sectores diferentes al escolar. El propósito de este artículo es presentar un análisis de las Representaciones Sociales de Medio Ambiente y Educación Ambiental de los miembros activos de la Policía de Protección Ambiental y Ecológica del Valle de Aburrá, a la luz de las Representaciones de la Política Nacional de Educación Ambiental. Se realizó una entrevista semi-estructurada y el análisis de los discursos obtenidos se ejecutó a través de los métodos propuestos por la teoría fundamentada. Los resultados evidencian que aún se requiere mayor compromiso por parte de los altos mandos y de otros grupos del sector público incluyendo entidades territoriales, corporaciones autónomas regionales y universidades para dar mayor credibilidad, autonomía e impacto al grupo.

Palabras clave: Representación Social, Medio Ambiente, Educación Ambiental, Policía Ambiental.

Abstract: In Colombia, the Police Officers play an important role in transforming environmental issues due to their daily intervention in both social and environmental problems. The social representations of Environment and Environmental Education this group has reflect the curriculum of Police Officers' Schools that are universities

[1] Bióloga de la Universidad de Caldas, Especialista en Educación Ambiental y Magister en Educación con énfasis en Maestro: Pensamiento y formación de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente Ciencias Naturales y Educación Ambiental de la Secretaría de Educación de Medellín-Colombia.

Recibido: 03/12/2019
Aceptado: 21/04/2020

approved by the Ministry of Education, that curriculum is permeated by the Environmental Education Policy which emphasizes that the responsibility of environmental culture transformation exist in sectors other than schools. The main objective of this article was to analyze the Social Representations of the Environment and Environmental Education performed by Aburrá Valley Ecological and Environmental Protection Police Officers. The secondary objective was to recognize the social representations and observe them in the context of the National Environmental Education Policy of Colombia. The discursive data collection was held through a half-structured interview; the processual and structural analysis of the Social Representations was carried out through the founded theory method. The results show that a higher commitment from the officials including governors, decentralized groups and others is needed in order to give more credibility and autonomy to this group.

Keywords: Social representations, Environment, Environmental Education, Environmental Police Officers.

Introducción

Numerosas reuniones internacionales[2] sobre el Medio Ambiente han reconocido de manera creciente la Educación Ambiental como herramienta para mejorar las realidades ambientales, pues con esta es posible intervenir las prácticas y los sistemas culturales que dan origen a las transformaciones del Medio Ambiente. A partir de esto, autoridades ambientales internacionales han realizado llamados para que se formalicen los sistemas políticos en los países en materia de Medio Ambiente y Educación Ambiental y para que se realicen gestiones dentro y fuera de los centros escolares. En Colombia, la constitución Política de 1991 planteó en el artículo 79 al Medio ambiente como un derecho colectivo, que la Corte Constitucional modificó y estableció que el Medio Ambiente es un derecho fundamental en conexidad con el derecho a la vida[3]. En la actualidad, Colombia cuenta con una Política Nacional de Educación Ambiental[4] que estipula que lo ambiental no sólo es responsabilidad de las instituciones educativas formales y amplía el espectro de responsabilidades a otros escenarios.

El sistema educativo en general ha sido un medio con el que los Estados implementan estrategias o políticas concernientes a lo educativo-ambiental, que permiten la transformación epistemológica, ética y práctica de los constructos sociales que inciden en la transformación de realidades; y como consecuencia de la incorporación del saber ambiental dentro del sistema educativo se han generado también numerosas investigaciones en materia educativo-ambiental; basta con revisar las producciones científicas enfocadas a investigar el asunto del medio ambiente y la educación ambiental, para darse cuenta de tres situaciones, primero, que existe una marcada tendencia en el contexto latinoamericano por producir investigaciones de este tipo, esto evidencia que la preocupación y los esfuerzos en materia ambiental se están dando mayormente en estos escenarios; segundo, que los sujetos de estudio más frecuentemente investigados son los docentes, los estudiantes escolares y los estudiantes universitarios; y tercero, que los *sujetos* menos investigados son los actores fuera de los claustros educativos. La cantidad reducida de investigaciones cuyos sujetos de representación son "agentes externos a los establecimientos educativos" puede ser consecuencia de que tradicionalmente

[2] Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Humano (1972); Cumbre de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente y el Desarrollo Sostenible (1992); Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (2002)

[3] Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia T-092.

[4] Política Nacional de Educación Ambiental, 2002

se ha concebido la escuela como uno de los pocos espacios encargados de la educación y la difusión de cultura.

Para Caridé[5], la investigación educativo-ambiental debe comprometerse con la renovación pedagógica y con las responsabilidades que la educación debe asumir en la prevención y mejora de realidades ambientales enfatizando en la proyección de las diversas "comunidades educativas" como entes reflexivos, críticos y gestores del conocimiento, y no sólo como simples mediadores o transmisores del mismo; esto conllevaría a que la educación ambiental sea una tarea de auto-exigencias en distintos planos y responsabilidades dentro y fuera de la escuela, y que sea abordada por las administraciones públicas, las universidades y la sociedad en general.

La escuela, la universidad y demás escenarios educativos tradicionales han demostrado ser por excelencia los lugares donde el conocimiento es impartido y los sistemas culturales son transformados, pero no son los únicos ya que las intervenciones de todo tipo por parte de los Gobiernos en los territorios también son fenómenos que educan o perfilan determinados tipos de cultura. En el contexto de la construcción del posconflicto en Colombia, es necesario evidenciar las implicaciones que ha tenido el conflicto armado en el deterioro ambiental y social en el país, por un lado la devastación de bosques para la implementación de cultivos ilícitos por parte de grupos armados ilegales, la generación de residuos tóxicos para la producción y el uso de armamentos, y por otro lado la desviación de recursos y de atenciones de la nación para intentar neutralizar las acciones de los grupos armados ilegales y garantizar la seguridad ciudadana; situación toda que ha implicado una menor inversión en los sectores de educación, y desarrollo social y económico del país.

La Policía desarrolla un servicio inherente a la protección del ambiente y los recursos naturales y desarrolla acciones para la protección de ecosistemas, parques y reservas naturales, y otros elementos naturales que componen el Medio Ambiente a través de la coordinación del trabajo conjunto con unidades descentralizadas del país y la comunidad. La función del Policía ha sido poco estudiada y muy cuestionada al mismo tiempo, el desempeño de su oficio en el *posconflicto* está en la mira de políticos y teóricos, según los cuales, es necesario el surgimiento de propuestas sobre el rol de las fuerzas armadas y reajustar su misión, función y estructura[6-7].

El grupo de la Policía hace parte de las "entidades educativas" que ha designado el Estado colombiano para la aplicación y ampliación del espectro de acción de las Políticas Ambientales y educativo-ambientales. De acuerdo con los Lineamientos Generales de Política para la Policía Nacional de Colombia, esta Institución, es uno de los estamentos que emplea el Estado para la vigilancia y la protección de los derechos de los ciudadanos, sobre todo para la prevención, empleando acciones educativas y preventivas y su ideal es vigilar y garantizar las condiciones sociales de salubridad, seguridad, ornato, medio ambiente, dignidad, honra y bienes y garantizar que los derechos y deberes se cumplan[8].

El objetivo general del presente artículo es exponer un análisis de las Representaciones de Medio Ambiente y Educación Ambiental de los miembros activos de la Policía Ecológica y de Protección Ambiental del Valle de Aburrá. Se plantean como objetivos específicos examinar e interpretar dichas representaciones con ayuda de los procedimientos empleados en Teoría Fundada, y reconocer la distancia entre

[5] CARIDÉ GÓMEZ, J.A. "La Educación Ambiental en la Investigación Educativa: Realidades y Desafíos de Futuro". *AmbientalMente sustentable: Revista científica Galego-Lusófana de Educación Ambiental,* 2008, 1(3), 1-15.

[6] VELÁSQUEZ R. "La fuerza pública que requiere el posconflicto". *Revista Semana*, Mayo, 2015

[7] CÁRDENAS, S.; PETRO, G "Roles de las Fuerzas Armadas y de Policía en el marco del posconflicto Colombiano". Revista *Verba Iuris*, (32). (Julio-Diciembre, 2014). p. 149-162).

[8] Policía Nacional de Colombia (2007). Lineamientos generales de Política para la Policía Nacional de Colombia. Tomo 1, (2007) p.5-128.

estas Representaciones Sociales y las Representaciones Sociales de la Política Nacional de Educación Ambiental de Colombia.

Este artículo se encuentra dividido en seis apartados, en el primer apartado se realiza una contextualización sobre las Representaciones Sociales y la pertinencia de su estudio en el reconocimiento de los procesos de apropiación del mundo que las personas o grupos poseen en el marco de la cultura alrededor del medio ambiente, en este punto se debe tener en cuenta que se utiliza las Representaciones Sociales porque es una categoría compleja que abarca otras categorías de producción social entre las que se encuentran: cogniciones, percepciones, actitudes, imaginarios, entre otros. En el segundo apartado, se expone una radiografía sobre las representaciones que desarrolla la política nacional de educación ambiental sobre el medio ambiente y la educación ambiental. En el tercer apartado, se explica un poco el rol del policía y cómo este ha ido cambiando en la historia; además, se manifiesta que la policía hace parte de las entidades educativas que ha asignado el estado para la aplicación y ampliación del espectro de acción de las políticas ambientales y educativo-ambientales. En el cuarto apartado se exponen los resultados del análisis que se hicieron al contrastar las representaciones sociales de la Política de Educación Ambiental con las de la policía de protección ambiental y ecológica sobre educación ambiental y medio ambiente y se hace énfasis en la laxitud de la legislación, que perciben la mayoría de los policías encuestados. En el antepenúltimo capítulo se realiza una discusión alrededor del valor de la educación ambiental como forma de revaloración ética de las prácticas del ser humano, y cómo, frente a la crisis ambiental, es necesario revalorizar el medio ambiente como derecho fundamental, y resaltar la función del policía como profesional. En el último capítulo se realizan algunas recomendaciones sobre la ampliación de responsabilidades y la profesionalización del policía a través de la ciencia de policía hacia un perfil más investigativo en lo referente al medio ambiente.

Sin embargo, antes de comenzar el artículo, se hace necesario realizar una justificación sobre la elección de las Representaciones Sociales como categoría de producción social a investigar y sobre la elección de los métodos propuestos por la Teoría Fundamentada como herramienta de análisis de las representaciones sociales.

Las investigaciones de Representaciones Sociales pueden abordarse para su análisis desde un enfoque estructural o desde un enfoque procesual. El enfoque procesual se interesa en estudiar los procesos sociales que conforman los contenidos de las representaciones, su objetivo es analizar cómo está constituida la Representación Social y cómo se produce; este enfoque tiene como método la recolección de material discursivo que luego es sometido a técnicas de análisis de contenido; el enfoque estructural se interesa en los procesos cognitivos que organizan y estructuran dicho contenido, su objetivo es estudiar las funciones, las dimensiones, el núcleo central y los componentes de las Representaciones Sociales para lo cual se apoya en técnicas de análisis multivariado, ecuaciones estructurales, entre otros.

En la presente investigación se optó por un enfoque de análisis mixto procesual/estructural no probabilístico con énfasis cualitativo, y se adoptaron los procedimientos de la Teoría Fundamentada como metodología de integración entre ambos enfoques como lo proponen Restrepo-Ochoa, D.[9]; Araya, S.[10] y Campo-Redondo, M. y Labarca R.,C.[11], para el reconocimiento de las representaciones sociales de educación ambiental y medio ambiente de una muestra poblacional

[9] RESTREPO-OCHOA, D.A. "La Teoría Fundamentada como metodología para la integración del análisis procesual y estructural en la investigación de las Representaciones Sociales". *Revista CES Psicología*, 6 (1), 2013. p. 122-133.

[10] ARAYA, S. "Las representaciones sociales: Ejes teóricos para su discusión". *Cuaderno de Ciencias sociales*, 17, 2002. p.1-84.

[11] CAMPO-REDONDO, M. y LABARCA R., C. "La teoría fundamentada en el estudio empírico de las representaciones sociales: un caso sobre el rol orientador del docente". *Revista opción,* año 25 N° 60, 2009. 41-54.

conformada por diez de treintaiocho policías; los policías fueron seleccionados para la entrevista por la comandante a cargo, quien eligió aquellos que llevaran más de 4 años de servicio.

Campo-Redondo, M. y Labarca, C. (2009), resaltan la adopción de los métodos de la Teoría fundamentada como pertinentes para la investigación de las representaciones sociales bajo el argumento de que estas posibilitan la recolección y la organización sistemática de los datos para describir el contenido de la representación y develar su estructura y la jerarquía que se establece entre sus elementos en forma de núcleo. Para Corbin y Strauss[12], la Teoría Fundamentada es una teoría que se forma a partir de datos recopilados de manera sistemática que son analizados por medio de un proceso de investigación; en este método, la recolección de datos, el análisis y la teoría que surgirá de ellos guardan estrecha relación entre sí; explican que la característica primordial de este método es la fundamentación de conceptos en los datos.

Según Restrepo-Ochoa, es posible plantear cuatro aspectos que justifican la implementación de la Teoría fundamentada como estrategia metodológica para la articulación de los enfoques procesual y estructural de las representaciones sociales: primero, la Teoría Fundamentada permite articular la identificación del contenido de la Representación, las relaciones entre sus elementos y la determinación y el control del núcleo central; segundo, la Teoría de las Representaciones Sociales enfatiza en la relación entre estructura y proceso, en torno a la idea de centralidad; tercero, a partir de la matriz condicional consecuencial es posible articular en el análisis la dimensión social como un aspecto central dentro de la Teoría de las Representaciones Sociales; y cuarto, la Teoría de las Representaciones Sociales y la Teoría Fundamentada comparten una lógica inductiva.

Strauss y Corbin proponen que la Teoría debe hablar de los asuntos y las preocupaciones de quienes están siendo estudiados y que para dilucidar esto se debe realizar un procedimiento de codificación de datos: la codificación abierta, la codificación axial y la codificación selectiva. En la codificación abierta se reconocen las categorías principales y las subcategorías sobre las cuales giran las Representaciones Sociales, la Codificación axial permite el análisis de la integración entre las categorías y las subcategorías y la codificación selectiva es el proceso de refinamiento de la teoría cuyos datos se sustentan con los análisis antecedentes.

Inicialmente se realizó una recolección de datos generales sobre los miembros de la policía como Nombres y Apellidos, Edad, Ciudades de nacimiento y crianza, Currículo académico y Tiempo total de servicio; para la recolección de datos, fueron realizadas 22 preguntas cuyas categorías fueron: Relación Ser Humano-Medio Ambiente; Emociones y responsabilidades; Problemática Ambiental; Educación Ambiental; Función de Policía; legislación colombiana; y Desarrollo Sostenible.

Para realizar el análisis de los discursos obtenidos con el abordaje propuesto desde la teoría fundamentada, se realizaron tres tipos de descripciones: descripción simple (codificación simple), análisis de argumentos para la categorización (codificación axial), y encuentro con la frecuencia de categorías léxicas y encuentro con las experiencia (codificación selectiva).

En la descripción simple se analizó el discurso explícito o directo del material discursivo emergente de las entrevistas; éste fue un análisis de tipo procesual cuyo objetivo fue reconocer los contenidos y los significados generales que el grupo le otorga a los dos objetos de estudio de la presente investigación: Medio Ambiente y Educación Ambiental. En la codificación abierta se reconocieron las categorías principales sobre los cuales giran las Representaciones Sociales de Medio Ambiente y Educación Ambiental y sus subcategorías. Para reconocer esto, se agruparon las ideas emitidas por los policías en una matriz de cuatro categorías: el nivel

[12] STRAUSS, A. y CORBIN, J. *Bases de la investigación cualitativa: técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada.* Medellín, 2002: Editorial Universidad de Antioquia.

cognoscitivo (disertaciones sobre ambiente, educación ambiental y problemas ambientales), el nivel de responsabilidades percibidas (emociones y discriminación de conductas) el nivel de responsabilidades asumidas (responsabilidades legales y funciones de la policía de la especialidad), y el nivel de experiencias, que surgió de manera espontánea en el discurso.

En el análisis de argumentos de categorización o codificación axial, se realizó un análisis de integración entre categorías y subcategorías halladas en la descripción simple y la codificación abierta; en el encuentro con la frecuencia de categorías léxicas y las experiencias fueron analizados los conceptos empleados en los discursos y la frecuencia de los conceptos para contrastar las categorías emergentes obtenidas hasta este punto y de esta manera dar apoyo a la codificación selectiva.

Teniendo en cuenta que de acuerdo con las conceptualizaciones que se tengan de medio ambiente se gestan las prácticas de educación ambiental, se utilizó como referencia para la categorización de las representaciones sociales de educación ambiental y medio ambiente las categorías planteadas por Calixto Flórez[13], que es uno de los investigadores que más ha profundizado en el estudio de representaciones sociales de medio ambiente y educación ambiental en Latinoamérica.

1. Representaciones sociales de Medio Ambiente y Educación Ambiental

La Educación Ambiental, desde su concepción en Estocolmo con la Conferencia Internacional sobre el medio humano en 1972 ha sido percibida como una de las herramientas que debe ser empleada por los Estados para intervenir la crisis ambiental. En este tipo de reuniones, se ha llegado a la conclusión de que en vinculación con las políticas de desarrollo propias de los Estados se deberían implementar también Políticas de Educación Ambiental[14]. Desde la declaración de Talloires en 1991 se vienen haciendo llamados a la comunidad internacional para que se asuman responsabilidades en este sentido, desde la mayor cantidad de sectores, pues se argumenta que la Educación Ambiental y la transformación de la cultura ambiental no son responsabilidad exclusiva de los centros educativos. Han sido numerosos los llamados para abordar el tema del Medio Ambiente desde una perspectiva multidisciplinaria; involucrar dirigentes gubernamentales, empresariales y funcionarios; y para conformar una red de educadores ambientales en cada continente, entre otros. América Latina se posiciona como el primer lugar donde se consolidan oficialmente políticas, planes o programas que sirven de "derrotero" para planear y justificar los cambios culturales con la educación como intermediaria.

Sin embargo, los tipos y enfoques de la educación ambiental tienen una fundamentación teórica desde las conceptualizaciones de lo que es Medio Ambiente y crisis Ambiental, y así, si el medio ambiente es considerado como un recurso que permite el desarrollo económico de las naciones, se puede asumir que la Educación Ambiental es empleada como una estrategia para enseñar, por ejemplo, sobre la gestión de los recursos; por otra parte si el medio ambiente es considerado como lo que posibilita la existencia de todas las formas de vida, la educación ambiental posiblemente se enfoque en el conocimiento del medio ambiente desde las ciencias biológicas; y si el medio ambiente es reconocido como un espacio biofísico, la educación ambiental podría estar enfocada en formar en la administración de los mismos[15].

La teoría de las Representaciones Sociales sostiene que es posible el reconocimiento de los significados y de los sentidos que los seres humanos le dan a

---

[13] CALIXTO, R.; González, E. (2008). "Representaciones Sociales del medio ambiente. Un problema central para el proceso educativo". *Trayectorias,* vol. X, núm. 26, enero-junio, 2008, 2008. pp. 66-78.

[14] Conferencia Internacional de Educación relativa al Medio Ambiente, (Tbilisi, 1977)

[15] CARIDÉ GÓMEZ, J.A. "La Educación Ambiental en la Investigación Educativa: Realidades y Desafíos de Futuro". *AmbientalMente sustentable: Revista científica Galego-Lusófana de Educación Ambiental,* 1(3) (2008), 1-15.

ciertos *objetos* (realidades, conceptos, situaciones, entre otras) si se estudia de ellos su discurso, sus valores, sus opiniones, sus creencias, sus ritos, sus miedos, sus teorías, entre otros[16]. Los estudios de las Representaciones Sociales ofrecen un marco interpretativo sobre las poblaciones e implican una mirada a los constructos socio-cognitivos y a la fuerza dinámica que mueve los procesos sociales; este tipo de estudios son comúnmente empleados en proyectos de intervención educativa pues facilitan visualizar las diversas manifestaciones sociales, desvelar los vacíos de conocimientos y reconocer los puntos en los que debe hacerse una intervención educativa. Las Representaciones Sociales son la clave de la comprensión de la cultura y de las identidades grupales y sociales, de allí que son parte fundamental en la comprensión de los fenómenos sociales y de la historia[17].

El estudio de las Representaciones Sociales sobre el Medio Ambiente posibilita el reconocimiento de los procesos de apropiación del mundo que las personas o grupos tienen, por ejemplo, una de las manifestaciones de esta apropiación son los modos de intervención del medio biofísico, los razonamientos alrededor del consumismo, las responsabilidades asumidas frente a lo ambiental, las realidades que se dan por inmodificables, la apropiación de conocimientos sobre conceptos como medio ambiente, cultura ambiental, crisis ambiental, entre otros; por este motivo, el estudio de este fenómeno social antes, durante y después de los proyectos de intervención educativo lo convierten en un indicador que facilita el seguimiento, la toma de decisiones y la intervención de los procesos en cuestión.

2. Política de Educación Ambiental en Colombia

En Colombia, la Política Nacional de Educación Ambiental[18] contempla la educación ambiental como un proceso que lleva al individuo al entendimiento de las relaciones de interdependencia con su entorno como consecuencia del conocimiento reflexivo y crítico de su realidad biofísica, social, política, económica y cultural para que se apropie de la realidad, con el fin de que se generen en él y en su comunidad actitudes de valoración y respeto por el medio ambiente. Esta política plantea que la dimensión ambiental debe ser incluida en el sector formal, no formal e informal de la educación, y que desde el Ministerio de Educación Nacional y el Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y el apoyo de otros Ministerios como el de Defensa se deberán desarrollar mecanismos de asociación, concertación y gestión para lograr los impactos requeridos en lo que se refiere a la formación de ciudadanos éticos, responsables y consecuentes de sus responsabilidades frente al Medio Ambiente.

En esta Política se plantea que numerosos problemas ambientales están ligados directamente al crecimiento económico como consecuencia del gran desarrollo industrial de la postguerra: la polución de aguas, aire y suelo; los problemas ambientales son un reflejo de un tipo de organización particular de la sociedad y una relación específica de esta organización con su entorno natural, en otras palabras, son el resultado de las interacciones entre las dinámicas del sistema natural y social que no se pueden tratar según su dimensión física, química o biológica sino que se deben tener en cuenta las implicaciones demográficas, psicosociales, técnicas, económicas, sociales, políticas y culturales (dimensión social). Ésta Política,

[16] ORTIZ CASALLAS, E.M."Las representaciones sociales: un marco teórico apropiado para abordar la investigación social educativa". *Revista de ciencias sociales*, vol. 19, núm.1, enero-marzo, (2013). 183-193.

[17] VERGARA QUINTERO, M.c. "La naturaleza de las representaciones sociales". *Revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud* 6(1), (2013). p55-80. WAGNER, W. Y FLORES-PALACIOS, F. "Apuntes sobre la epistemología de las representaciones sociales". Revista Educación Matemática, vol. 22, núm. 2, agosto de 2010, pp. 139-162.

[18] Ministerio del Medio Ambiente y Ministerio de Educación Nacional. Política Nacional de Educación Ambiental, 2002.

concibe el ambiente como un sistema en el que todos los componentes están interconectados y propician una dinámica que no es factible de analizar desde una perspectiva lineal, por lo que son las interacciones entre los diversos componentes que la conforman lo que facilita clarificar y comprender su funcionamiento.

Esta política explica que para educar con respecto a un problema ambiental se requiere un diálogo permanente entre todas las especialidades, todas las perspectivas y todos los puntos de vista; justamente, la educación ambiental debe llevar a favorecer la socialización de los resultados de la investigación científica, tecnológica y social que genere nuevas demandas en conocimientos y saberes a los directos responsables de las tareas investigativas. La educación ambiental, de acuerdo con esta herramienta política, debe tomarse como una perspectiva que oriente lo social a la construcción de una calidad de vida fundada en los valores democráticos y de justicia social y debe estar orientada a la formación de los individuos y de los colectivos para participar en los procesos de gestión con miras a la toma de decisiones para la resolución de problemas.

3. Policía en función del Medio Ambiente

Ha sido especialmente práctico desde el inicio de la configuración del hombre en sociedad el desarrollo de reglas de comportamiento que permitan la fluidez de las actividades y la convivencia en comunidad. Páramo (2010)[19], plantea que es la policía quien contribuye a que las prácticas culturales se mantengan en el tiempo, pues si bien algunas normas se cumplen sin la presencia de un policía, pareciera que sólo se respetan cuando son reclamadas por la autoridad, este hecho se evidencia en las respuestas agresivas de quienes son reprendidos por ciudadanos del común, el mismo autor explica que el mantenimiento de ciertas Representaciones Sociales y que estas se transfieran de una generación a otra implica la incorporación de nuevas reglas y de nuevas interconexiones entre los ciudadanos además de la formalización de consecuencias de las acciones ciudadanas.

La palabra "Policía" es un concepto relacionado con al menos tres diferentes nociones: Policía como *servicio*, como *institución* y como *profesión*. La primer definición se refiere a las actividades de supervisión que desempeña el Estado para llevar a cabo el cumplimiento de su deber como garante de los derechos y propiciador del respeto de las leyes (censos, investigación, inversión, etc); la segunda, hace referencia a las instituciones encargadas de la administración de la vigilancia (dirección y encargo de funciones a sus miembros) y de la formación de oficiales de policía y la tercera, corresponde a las actividades de los miembros que componen la policía como institución para aplicar y hacer cumplir las normas bajo actividades de control, vigilancia y fuerza; estos actúan como catalizadores sociales de las situaciones conflictivas de la comunidad y de los fines del Estado[20]. Las tres connotaciones están relacionadas en el sentido de que conforman una red que parte de la vigilancia como estrategia para la prevención de acciones irregulares o que generen ambientes de hostilidad en el territorio al que rigen.

Los conceptos de *policía* como *profesión* y como *servicio* han variado a lo largo de la historia desde la proclamación de los derechos humanos, y persisten las conceptualizaciones generales que han sufrido un tránsito desde una función represiva cuyo propósito era mantener la gobernabilidad del Estado o de quien lo representara -a través de la recolección de impuestos, la vigilancia y erradicación de los "grupos rebeldes", etc.-, a tener una función comunitaria que debe propiciar las condiciones necesarias para el cumplimiento de los deberes de los ciudadanos y el ejercicio y disfrute de sus derechos. Hoy en día, sus funciones se han ido

[19] PÁRAMO, Pablo. "Aprendizaje situado: creación y modificación de prácticas sociales en el espacio público urbano". *Psicologia & sociedade*, vol.22 (1), 2010, pp.130-138.

[20] MARTÍN, M. "Policía, profesión y organización: hacia un modelo integral de la policía en España" *Revista española de investigaciones sociológicas, REIS* 59, 1992, PP 205-222

consolidando como una de las estrategias empleadas para garantizar la convivencia, el disfrute de derechos y el cumplimiento de los deberes.

La Policía en Colombia, se ha configurado como una institución que cumple funciones de control, vigilancia y educación; el grupo de Policía es formado en las Escuelas de Policía, instituciones universitarias avaladas por el Ministerio Nacional de Educación que cumple la función de encaminar a los futuros policías en el cumplimiento de la Misión de la institución y en el desarrollo de políticas educativas y de Estado. Las Escuelas de policía, buscan que todos sus estudiantes se comprometan con su entorno para procurar entre otros aspectos principales, la conservación de un ambiente sano. Ésta institución, "Promueve acciones preventivas, educativas y de control que permiten mitigar la afectación del medio ambiente en el marco de la convivencia y seguridad ciudadana"[21].

La Policía Nacional de Colombia, es una institución de carácter civil perteneciente a la rama del poder ejecutivo que depende del Ministerio de Defensa; su función es preventiva, educativa y de control. Dentro de las responsabilidades de la Policía se encuentran la seguridad ciudadana, la prevención de delitos y contravenciones, procurar la vigencia de las normas, el disfrute de derechos y el cumplimiento de los deberes. La Policía Nacional (2010)[22] establece que su servicio es inherente a la protección del Medio Ambiente y los recursos naturales pues reconoce que la humanidad hace parte de una comunidad de vida y que su bienestar depende de la preservación de una biosfera saludable; por esto se comprometen con la protección de la vida, la biodiversidad y el Medio Ambiente en general; con el fin de garantizar esto posee programas para la protección de ecosistemas, parques y reservas naturales, igual que programas de impacto para la protección de la flora, la fauna y otros elementos naturales que, según ellos, componen el Medio Ambiente.

La Política Nacional de Educación Ambiental en Colombia es uno de los instrumentos normativos que permean todos los currículos de la educación formal incluyendo la Política de Educación para la Policía. La Policía Nacional hace parte de las "entidades educativas" que ha designado el Estado colombiano para la aplicación y ampliación del espectro de acción de las Políticas Ambientales y educativo-ambientales. Esta institución está encargada de la protección del derecho a la vida y al Medio Ambiente, educa al vigilar y al establecer contacto con civiles en lo cotidiano o por medio de programas educativos periódicos.

De acuerdo con los lineamientos generales de Política para la Policía Nacional[23], la función de la policía es preventiva, pues su ideal es vigilar y garantizar las condiciones sociales de salubridad, seguridad, ornato, medio ambiente, dignidad, honra y bienes así como que los derechos y deberes se cumplan y desarrollará un servicio inherente a la protección del ambiente y los recursos naturales, por intermedio de programas para la protección de ecosistemas, parques y reservas naturales, así como programas de impacto para la protección de la flora, la fauna y otros elementos naturales que componen el medio ambiente a través de la coordinación del trabajo conjunto con unidades descentralizadas del país.

4. La Policía de Protección Ambiental y Ecológica: Representaciones Sociales y laxitud normativa

El siguiente apartado, es el resultado de los diferentes análisis inductivos que se dieron al contrastar las representaciones sociales de los policías entrevistados y sus lineamientos legales con la Política de Educación Ambiental, es por eso que no se recurre a ningún tipo de citación.

---

[21] Policía Nacional. *Estrategia de la Policía Nacional para la consolidación de la seguridad ciudadana.*(2010)

[22] Policía Nacional."Reglamento del Servicio de Policía". Resolución n° 00912 de 2009.

[23] *loc.cit.*

La Política Nacional de Educación Ambiental, tiene tendencias de representaciones sociales de Medio ambiente de tipo *Globalizante-sistémica*, es decir, concibe el Medio Ambiente como un sistema dinámico definido por las relaciones biofísicas, sociales y culturales que para ser comprendido debe ser estudiado desde las interacciones que se generan en este; interacciones que en muchos casos no son evidentes y en las cuales se encuentran como participantes de las mismas, las relaciones que se forman entre el ser humano y el medio o entorno a través de los modelos de producción y consumo. Para el grupo de la Policía, el Medio Ambiente es algo que debe ser protegido, y esa protección es gestada gracias a la Educación Ambiental, la cual tiene como propósito la generación de conciencia y la difusión de prácticas de administración y de protección ambiental. Para el grupo, el medio ambiente se debe "proteger" pues representa favorabilidad para la vida de la especie humana (por ejemplo la obtención de recursos para la alimentación, la salud, la tecnología, etc.), esa protección a la que los policías se refieren, se oficia, según los policías, mediante la "difusión de conocimientos sobre qué tan importante es el Medio Ambiente y sus componentes", y sobre cómo se deben "gestionar racionalmente los recursos" de este para evitar los altos costes ambientales que generan las acciones del ser humano en términos del detrimento debido al "consumo"; estas gestiones son realizadas por la policía a través de campañas de limpieza, reciclaje y reutilización, embellecimiento, ornato y siembra sumado a la educación y al control y regulación de las actividades civiles e industriales desde lo normativo, que de no llevarse a cabo se generarían, de acuerdo con los miembros encuestados, consecuencias en la salud, la vida y el desarrollo económico del ser humano.

El desarrollo sostenible en la Política Nacional de Educación Ambiental, es aquel tipo de desarrollo social y económico que asegura la calidad de vida de los ciudadanos del presente, sin comprometer el disfrute de los mismos para los ciudadanos del futuro. La Policía percibe que el vínculo que une al ser humano con el Medio Ambiente es el Desarrollo económico que es inherente al ser humano, mientras que la Política propone que ese vínculo está dado en términos de las dimensiones sociopolíticas y culturales. En otras palabras, mientras que la política explica que el ser humano hace parte del Medio Ambiente a través de las dimensiones sociales, políticas y culturales, para la policía el ser humano es un agente externo al Medio Ambiente que se beneficia de este para su desarrollo económico y social. A la mayoría de policías que se les preguntó sobre el desarrollo sostenible, expresaron que no tenían conocimiento al respecto o que tenían muy poco.

La Política Nacional de Educación Ambiental, tiene como visión la formación de ciudadanos éticos frente a la vida y al ambiente, responsables de comprender los procesos que determinan la realidad social y natural, que tengan la habilidad de intervenir participativa, consciente y críticamente en los procesos a favor de una relación sociedad-naturaleza en el marco del desarrollo sostenible; para esta política, la Educación Ambiental es la que propicia el desarrollo sostenible y debe concretarse desde los principios de democracia, tolerancia, valoración activa de la diversidad, participación y demás formas en las que los colectivos se relacionan entre si y sus ecosistemas para favorecer la calidad de vida. Desde sus prácticas educativas, la Policía muestra Representaciones de Educación Ambiental con tendencias de tipo Recursista/Conservacionista, la Educación Ambiental acá es percibida como una herramienta que viabiliza la prevención y el control de prácticas "desfavorables"; es una herramienta que ellos consideran, le otorga al ser humano el desarrollo de conocimientos, conciencia y sensibilidad sobre los recursos naturales, las repercusiones del actuar de la vida del ser humano sobre el medio ambiente y el reconocimiento de las prácticas que se pueden llevar a cabo para un actuar más "responsable" y "consciente". En la Policía, los conocimientos formales sobre el concepto de desarrollo sostenible se encuentran aún someros; sin embargo intuitivamente existe una tendencia a concebirlo como aquello que permite la prolongación de la especie humana en el tiempo debido a la regulación de los patrones de consumo, y la gestión y conservación ambiental.

Tanto la Política Nacional de Educación Ambiental como la Policía tienen tendencias a la Representación Social de Ambiente de tipo Legalista laxa*;* argumentan que se debe asumir una actitud activa desde lo legal para hacer frente a los fenómenos ambientales "adversos" ocasionados por las prácticas y la cultura del ser humano; esto involucra la difusión, aplicación, ejecución de normas y la educación ambiental; conciben ambas que las acciones humanas deben ser reguladas por normas. Sin embargo, el medio ambiente no es considerado para ninguno de los casos un derecho fundamental sino más bien un derecho que le permite al ser humano la vida y el desarrollo. Los miembros de la policía sienten que sus esfuerzos se ven truncados por una legislación que consideran poco efectiva, desactualizada y de laxitud tal que promueve la corrupción, y que es desobligante frente a su labor.

Según la Política, la crisis ambiental debe ser intervenida con ayuda de estrategias de aleación interinstitucional que permitan no sólo la difusión de conocimientos, sino también el perfilamiento de ciudadanos participativos que conozcan e investiguen el Medio Ambiente desde todas sus dimensiones y que tengan posturas críticas en el manejo y la prevención de las diferentes situaciones ambientales y frente a los procesos de transformación cultural, calidad de vida y justicia social. El Medio Ambiente no es representado como un derecho fundamental sino como un derecho que favorece la permanencia de la vida del hombre en el planeta y el desarrollo económico y tecnológico inherente a la vida del ser humano.

Para la política, el "desarrollo" debe pensarse desde la gestión del entorno que permita a las generaciones futuras la satisfacción de sus propias necesidades; en este caso, la gestión se entiende como el conjunto de estrategias que le permiten al ser humano acceder a los recursos naturales y financieros. Concibe esta herramienta legal, que los seres humanos deben ser críticos y responsables frente a la toma de decisiones de todo tipo. Esta representación tiene énfasis Crítico-Social ya que pretende promover una reflexión filosófica de la relación del ser humano con el planeta que le permita pensar en torno al porqué de los patrones culturales, al diálogo entre saberes, y a la realidad social y política. Los problemas ambientales, según esta política, deben ser abordados interdisciplinaria e intersectorialmente después de un análisis de las realidades.

Desde lo ético la policía muestra tendencias de Representaciones Sociales de Medio Ambiente de tipo Naturalista; ya que consideran que el desarrollo económico es inherente a la vida del hombre pero que debe partir de la consciencia ambiental, del compromiso de protección y de la administración de los recursos naturales sin olvidar el vínculo espiritual que une al ser humano con el Medio Ambiente; este tipo de desarrollo debe ser gestionado y replicado, de acuerdo con el grupo, mediante los procesos educativos que facilitan el conocimiento y la difusión de saberes ambientales. Los problemas ambientales, según la población encuestada, deben ser abordados desde la gestión del conocimiento. La función educativa se reconoce entre ellos, como "la transmisión de conocimientos y principios sobre prácticas ambientales" y "la difusión de normas".

La Política Nacional de Educación Ambiental en Colombia es una política con Representaciones Sociales de Medio Ambiente y Educación Ambiental relativamente amplias e integradoras pues abarca conceptualizaciones de tipo recursista/conservacionista y también tiene un corte científico y filosófico; Sin embargo, tiene poca fuerza debido a la compresión del Medio Ambiente como derecho colectivo y no como derecho fundamental por su conexidad con la vida. Se observa, con todo lo anterior, que hay una brecha entre las Representaciones Sociales de Medio Ambiente y Educación Ambiental de la Policía y el SINA, ya que mientras para la primera el Medio Ambiente es el *entorno,* para la otra es un *sistema*; mientras para la primera la Educación viabiliza la promoción y replicación de *buenas prácticas (administración de recursos y promoción de la conciencia ambiental),* para la política, la Educación Ambiental es aquella que mayormente, propicia el desarrollo sostenible.

Ni el policía ni las autoridades ambientales reflejan la visión integradora de la Política de Educación Ambiental ni del SINA frente al Medio Ambiente y esto repercute en el impacto que pueda tener la policía; esto tiene su raíz en el sistema educativo en general (escuelas, universidad y medios de educación informal) y a que, en las Escuelas de Policía se dan los fundamentos básicos en solo uno de los trimestres, para reconocer la legislación ambiental pero es después de que salen de estas que comienza su proceso de especialización fragmentado a través de cursos o eventos educativos con perfil técnico, brindados por entidades como Área Metropolitana, Universidad Nacional, Municipio de Medellín, Corantioquia, Dirección Nacional de Escuelas de Policía, Sena, Jardín, Botánico, Secretaría de salud de Medellín, Universidad de Medellín, Policía Nacional, Universidad de Antioquia, Corporaciones Autónomas Regionales, Zoológico de Cali, SIMPAD, entre otros.

Lo anterior lleva a pensar que las actuaciones de la Policía aún son *Intuitivas* pues no tienen un fundamento teórico sólido frente a lo que es el Medio Ambiente ni lo que es el propósito de la Educación Ambiental o el Desarrollo Sostenible concordante con la Política Nacional de Educación Ambiental, todo esto demuestra la baja intervención del Estado frente a la formación del grupo, y frente a la materialización y seguimiento de lo propuesto por la Política Nacional de Educación Ambiental y el SINA. El Policía se debate entre la inminencia de la crisis ambiental y la intransigencia de las entidades gubernamentales frente a sus requerimientos y necesidades de cubrimiento de eventos de ciudad. Por todo lo anterior podría concluirse que la policía cumple su labor policiva y educativa, pero no bajo el rigor del conocimiento de las conceptualizaciones ni de los fundamentos filosóficos y legales que pudiera tener y esto tiene su origen en el bajo compromiso del Estado para promover una policía investigativa y para invertir rubros que propicien las condiciones materiales para que el grupo pueda ejercer sus labores de policía ambiental; así, sus impactos son frágiles.

Es de resaltar la claridad y la fluidez con la que los miembros entrevistados exponen el código de policía; dentro de su universo ético la "protección" es la relación más relevante que sienten tener con el Medio Ambiente ya que, para ellos, por medio de esta se puede administrar los recursos para el desarrollo económico sin que haya alteración dramática de las características del medio biofísico. Con su labor proteccionista consideran que contribuyen con la mejoría de las realidades ambientales.

La Política Nacional Ambiental fue concebida para la transformación de realidades ambientales desde una visión integradora y promoviendo la investigación desde el contexto educativo ambiental, pero la institución policiva, no tiene una estructura investigativa en lo referente al medio ambiente, y aún no se le prepara para asumir esto. Frente a esto, cabe decir que al revisar los documentos legales, ni la Política Nacional de Educación Ambiental, ni las legislaciones que rigen la función del policía reconocen el Medio Ambiente como derecho fundamental, sino que persiste una visión del mismo como derecho colectivo. Esta situación es agravada debido al hecho de que la Policía sólo es un ente sancionatorio para algunos casos, y las contravenciones y delitos contemplados en el código de policía sólo pueden ser intervenidos a través de la fiscalía, institución que considera, en muchos casos, según la misma policía, que dichos delitos y contravenciones se encuentran bajo la categoría de "menor impacto" y por eso muchos fiscales suelen rechazar requerimientos sobre fauna, flora, entre otros.

5. Revalorización del medio ambiente como derecho fundamental en tiempos de crisis ambiental

En el apartado anterior se expuso las representaciones sociales de medio ambiente y educación ambiental de la policía en contraste con las de la Política Nacional de Educación Ambiental, y la debilidad normativa frente a la concepción del medio ambiente como derecho fundamental. Esto último agudiza la crisis ambiental. Enrique Leff, Augusto Ángel Maya y otros teóricos han señalado que la crisis

ambiental es una crisis del conocimiento, no por la falta de conocimiento sino por las formas de conocimiento por intermedio de las cuales el ser humano ha transformado el mundo. Para Ángel Maya [24], los problemas ambientales no pueden ser entendidos sin analizar los sistemas sociales simbólicos, pues el hombre sólo ha podido actuar sobre la naturaleza pensándola; así, entender la crisis ambiental actual requiere analizar, además de los problemas biofísicos, también las articulaciones que conforma el sistema social. Es la cultura la que media la relación del ser humano con la naturaleza y sus congéneres a partir del universo simbólico.

Para Leff [25], si se pretende hacer frente a la crisis ambiental también se debe pensar en construir un nuevo saber abierto a la externalidad del mundo, la interioridad del ser y la fluidez del pensamiento; se deben abrir las universidades al saber ambiental emergente y al diálogo de saberes no científicos para el encuentro del Ser con la complejidad, la diversidad, la diferencia y la otredad. Todo esto desencadena una revolución de pensamiento, una transformación de la mentalidad, el conocimiento y de las prácticas educativas para la construcción de un nuevo saber que oriente la construcción de un mundo sustentable, justo y democrático.

La Educación Ambiental es una opción de revaloración ética de las prácticas del ser humano para la transformación de las prácticas culturales del derroche y el despilfarro que lo ha llevado a concebir el planeta como "una vulgar bodega de recursos"[26]. La Educación Ambiental debe generar impactos en la transformación de modos de vida y por ende impactos sobre la crisis ambiental cuya magnitud será proporcional tanto a la cantidad de personas como al tipo de sector al que llegue, dícese las comunidades, la empresa privada o las administraciones públicas.

Badillo, M.[27], realizó un estudio del marco histórico de los procesos que incidieron en la Política de Educación Ambiental entre 2002 y 2010 y detectó que aunque la Política determina que el tema ambiental no es exclusivo de las instituciones educativas, no existe evidencia de la relación que establece el Ministerio de Educación, los sectores productivos, las ONG y los grupos ecológicos para generar procesos de formación. El autor plantea también que es importante profundizar en los impactos de los mecanismos que la Política de Educación Ambiental determina para que se pueda instalar en los diversos sectores, pero que además es necesario identificar cómo estos mecanismos están siendo manejados en las alcaldías, las secretarías y los comités de Educación Ambiental.

El sistema de producción y de desarrollo económico del ser humano en la actualidad ha contribuido a agudizar las variaciones Medio Ambientales que se han ido configurando en una crisis ambiental; Al ser la crisis ambiental y sus consecuencias un tema de interés público dadas sus implicaciones para la salud y la vida, en especial para la de los seres humanos. Las políticas ambientales y todo proyecto educativo, de transformación cultural, de impacto social, tecnológico o económico se deberían desarrollar en torno a mantener y respetar el equilibrio de las dimensiones del Medio Ambiente; en estas proporciones la escuela sola no basta; se hace necesario iniciar intervenciones de transformación de los sistemas de la cultura ambiental en la mayor cantidad de escenarios posibles, diferentes a los claustros educativos. La asunción de responsabilidades educativas en sectores más allá de los escolares permite el fortalecimiento y la integración de los procesos educativos que se generan en la escuela frente a lo ambiental, por ejemplo, los Proyectos Ambientales Escolares (PRAES) incorporan el tema de la problemática ambiental local

[24] ÁNGEL, A. *El retorno de Ícaro, la razón de la vida, Muerte y vida de la filosofía: una propuesta ambiental. Panamericana formas e impresos.* 2002.

[25] LEFF, E. Hacia una pedagogía de la complejidad ambiental. *Uni-Pluri/versidad*, vol. 2 N°1, 2002, pp. 1-8.LEFF, E. "Discursos sustentables". Siglo XXI Editores. 2008.

[26] OSPINA, William (2014). El dibujo secreto de América Latina. Pengui Ramdom House Grupo Editorial, S.A.S.

[27] BADILLO, M. "Política de educación ambiental en Colombia, 2002-2010". Revista de Investigación Agraria y Ambiental, vol. 3, 2010. núm. 1.

al que-hacer de las instituciones educativas; este tipo de proyectos pretende perfilar cierto tipo de ciudadanía, y se les debería dar continuidad en la cotidianidad con el respaldo de los Policías, y en general con todos los miembros de la administración pública.

Especialmente el sector de las administraciones públicas tiene una gran responsabilidad frente a esto; estas instituciones materializan los objetivos del Estado y son un puente entre este y la sociedad. La aceptación de responsabilidades ambientales por sectores diferentes al educativo debe inducirse a través de intervenciones educativas, y estas a su vez deberían ir acompañadas de estudios que permitan el reconocimiento de las Representaciones Sociales sobre Medio Ambiente y Educación Ambiental antes, durante y después de las mismas, ya que estudios de este tipo permiten reconocer los vacíos de conocimiento y los puntos de partida para subsanarlos.

Y si bien el Ambiente es un derecho fundamental en conexidad con la vida, y uno de los deberes esenciales de la Policía es la protección de la vida, entonces toda la institución policiva desde el presidente hasta los miembros de la policía deben estar encargados de velar por ser garantes de esto; esta función no debe ser relegada sólo a un grupo pequeño de policías como se ha venido dando. Adicional a esto, el perfil del policía en vías al posconflicto, debe ser estudiado desde esta perspectiva, porque el Medio Ambiente no es un lugar que se debe proteger, sino que es, según las mismas políticas de medio ambiente y educación ambiental, un sistema en el que confluyen las dimensiones biofísicas, sociales y políticas. Este proceso del posconflicto debe transformar el rol del policía desde uno en el que se encuentra encargado de asuntos militares y civiles a uno que permita la transformación cultural para una justicia ambiental.

En épocas de posconflicto se deberán desarrollar tareas que involucren la redistribución social y la gestión educativa y cultural para propiciar a su vez los cambios que una sociedad democrática requiere y así este periodo transicional se convierta en una oportunidad de restablecimiento de los derechos (Cárdenas, 2003)[28]. En este periodo, los acontecimientos diarios deberían ser analizados usando procesos investigativos para hallar los núcleos de los problemas y propiciar una mayor efectividad en la labor policiva y contribuir de esta manera a la consolidación de condiciones que garanticen y protejan los derechos y el cumplimiento de los deberes, y sobre todo, que consolide el tejido social para la consecución de metas comunes.

El poder en la toma de decisiones que tienen los agentes de Policía afecta esferas importantes de la sociedad y exigiría un nivel cultural alto de quienes lo ejercen pues requiere la capacidad de intervenir de forma asertiva, racional y justa la realidad social. "Ese altísimo poder es ejercido por personas a las que se exige un nivel cultural relativamente bajo y que ocupan uno de los niveles menos considerados y poco retribuidos de la Administración pública" (Fernández, 1992, p.210)[29]. Lo que se ve reflejado en corrupción, abusos de poder y abuso de la fuerza por parte de muchos miembros.

Según Weisburd y Neyroud (2011)[30], para mejorar y resaltar la reputación del policía como profesional, este grupo debe direccionarse a convertirse en una institución investigativa, y la educación que estos reciban deberá estar basada en la ciencia; la ciencia de policía debe ser la respuesta a la función crítica de la policía y debe direccionar los problemas que estos enfrentan a diario. A la par con una mayor exigencia en el ámbito académico e investigativo para ejercer la función policial, se deben mejorar las condiciones socioeconómicas de los integrantes de la Policía, y

[28] CÁRDENAS, M.E. La construcción del posconflicto en Colombia, Enfoques desde la pluralidad. Editorial CEREC. 2003.

[29] FERNÁNDEZ, M.M. (1992). "Policía, profesión y organización: hacia un modelo integral de la policía en España". *Reis*, vol. 59 (92), pp.205-222.

[30] WEISBURD, D. NEYROUD, P. "Police Science: toward a New Paradigm". *New Perspectives in Policing*, 2-24. January, 2011.

sobretodo permitirles un campo de acción que les facilite realizar una radiografía de la sociedad desde lo familiar, la gestión de residuos, el cumplimiento y la difusión de normas, además de la función educativa que ya han venido gestando.

6. Recomendaciones: Responsabilidad ambiental más allá de los claustros educativos y Policía con perfil investigativo

Para terminar, luego del proceso analítico del discurso de la policía, de la revisión de la legislación que la circunscribe y de los discursos de teóricos que han disertado alrededor de su condición y rol, resulta de utilidad concluir con algunas recomendaciones. En primer lugar, es recomendable realizar una reunión de un comité de expertos en ciencia de policía para pensar cómo evaluar y definir las funciones Medio Ambientales que debería tener toda la Institución en relación al posconflicto, basándose en las conceptualizaciones de Medio Ambiente lo más amplias e integradoras posible.

Segundo, el Estado debe garantizar un grupo de policía profesional direccionado a convertirse en una institución investigativa, así, la educación que estos reciban deberá estar basada en la ciencia de policía, que les permita ampliar las perspectivas de sus campos de acción. Se recomienda revisar las Representaciones Sociales de Medio Ambiente de la estructura curricular que sustentan las Escuelas de Policía pues la protección y el cuidado de la vida y el derecho a un Medio Ambiente Sano y equilibrado es una cuestión pública que no debe ser relegado a voluntades aisladas sino que debe hacer parte de qué-hacer desde la escuela.

Tercero, en el periodo transicional al posconflicto, los acontecimientos cotidianos deberían ser analizados con ayuda de procesos investigativos para hallar los núcleos de los problemas sociales y ambientales y contribuir de esta manera a los diagnósticos que lleven a la formulación y la materialización de estrategias para la consolidación de condiciones que garanticen y protejan los derechos y el cumplimiento de los deberes, y sobre todo, que contribuyan al tejido social para la consecución de metas respecto al interés público más urgente: el Medio Ambiente. El Policía es el llamado a realizar este tipo de procesos investigativos por su cercanía con la cotidianidad de la ciudadanía, sin embargo, para que este tipo de acciones evolucionen en un fenómeno que permita una transformación cultural que incida en el Medio Ambiente la policía debe tener un perfil basado en las Ciencias de policía.

Cuarto, es urgente y necesario estudiar la aplicabilidad de la legislación ambiental en Colombia, pues los policías expresan reiteradamente que esta debería ser más estricta en cuanto a la ejecución y sanción de normas, explican que: no ofrece garantías a las sanciones; tiene multas irrisorias; no promueve controles exhaustivos; favorece a las multinacionales; considera los delitos ambientales como de "bajo impacto", además de ser antiguas y no ajustarse a las problemáticas que se están viviendo actualmente.

Quinto, elaborar o readecuar las normas para extender, evaluar e intervenir las responsabilidades de Educación Ambiental a las administraciones públicas y a la empresa privada ya que estos grupos deberían tener una alta carga de responsabilidad social y ambiental.

Sexto, buscar las evidencias de las relaciones que establece el Ministerio de Educación, los sectores productivos, las ONG, los grupos ecológicos y las administraciones, entre otros, para generar procesos que hagan efectiva la Política de Educación Ambiental. De estar presentes estas relaciones sería interesante reconocer cuáles criterios fueron empleados para iniciar las intervenciones educativas, qué seguimiento se le dio en el tiempo y cómo ha sido evaluado su impacto. Buscar también evidencias sobre qué procedimientos se realizan con los reportes que la Policía hace a los diferentes entes ante los que responde.

Séptimo, realizar estudios sobre las Representaciones Sociales de Medio Ambiente en grupos culturales específicos como por ejemplo las administraciones públicas, la empresa privada, las comunidades indígenas, los colectivos feministas,

entre otros, que vaya acompañada de estudios que faciliten el reconocimiento de necesidades y la toma de decisiones de intervención educativa.

Octavo, realizar interventorías y veedurías a funcionarios públicos y a la empresa privada, pues según testimonio de la gran mayoría de policías, estas poblaciones no asumen con responsabilidad su función frente a lo que les compete.

Y por último, respecto al grupo de la Policía, realizar un reconocimiento sobre las necesidades de recursos locativos, tecnológicos y humanos y realizar mayor inversión económica para facilitar el cumplimiento de la acción policiaca frente al tema educativo y de protección ambiental, pues los miembros expresan carencias profundas en estos sentidos.

7. Bibliografía

ÁNGEL, A. *El retorno de Ícaro, la razón de la vida, Muerte y vida de la filosofía: una propuesta ambiental. Panamericana formas e impresos.* 2002. Recuperado de: http://www.ambiente.gov.ar/infotecaea/descargas/maya01.pdf

ARAYA, S."Las representaciones sociales: Ejes teóricos para su discusión". *Cuaderno de Ciencias sociales*, 17, 2002. p.1-84. Recuperado en: http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/ICAP/UNPAN027076.pdf

BADILLO, M. "Política de educación ambiental en Colombia, 2002-2010". Revista de Investigación Agraria y Ambiental, vol. 3, 2010. núm. 1. Recuperado de: https://hemeroteca.unad.edu.co/revista1/index.php/riaa/article/view/948

CALIXTO, R.; González, E. (2008). "Representaciones Sociales del medio ambiente. Un problema central para el proceso educativo". *Trayectorias,* vol. X, núm. 26, enero-junio, 2008, 2008. pp. 66-78. Recuperado de: http://www.redalyc.org/pdf/607/60715119008.pdf

CAMPO-REDONDO, M. y LABARCA R., C. "La teoría fundamentada en el estudio empírico de las representaciones sociales: un caso sobre el rol orientador del docente". *Revista opción,* año 25 N° 60, 2009. 41-54. Recuperado de: http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=31012531004

CÁRDENAS, M.E. La construcción del posconflicto en Colombia, Enfoques desde la pluralidad. Editorial CEREC. 2003. Recuperado de: http://www.fescol.org.co/images/stories/Docs/LibrosPDF/Pub-CconstruccionPosconflictoCompleto.pdf

CÁRDENAS, S.; PETRO, G. (Julio-Diciembre, 2014). "Roles de las Fuerzas Armadas y de Policía en el marco del posconflicto Colombiano". Revista *Verba Iuris*, (32), p. 149-162). Recuperado de: http://www.unilibre.edu.co/verbaiuris/32/rol-de%20las-fuerzas-armadas%20%E2%80%93y-de-policia-en.pdf

CARIDÉ GÓMEZ, J.A (2008). "La Educación Ambiental en la Investigación Educativa: Realidades y Desafíos de Futuro". *AmbientalMente sustentable: Revista científica Galego-Lusófana de Educación Ambiental,* 1(3), 1-15. Recuperado de: http://www.magrama.gob.es/es/ceneam/articulos-de-opinion/2008_05caride_tcm7-

Corte Constitucional de Colombia (1993). Sentencia T-092. Recuperado de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/T-204-14.htm

LEFF, E. Hacia una pedagogía de la complejidad ambiental. *Uni-Pluri/versidad*, vol. 2 N°1, 2002, pp. 1-8. Recuperado de: http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/unip/article/view/12394/11224

LEFF, E. "Discursos sustentables". Siglo XXI Editores. 2008. Recuperado de: http://colegiodesociologosperu.org/nw/biblioteca/Discursos%20sustentables%20-%20Leff.pdf

MARTÍN, M. "Policía, profesión y organización: hacia un modelo integral de la policía en España" *Revista española de investigaciones sociológicas, REIS* 59, 1992, PP 205-222

Ministerio del Medio Ambiente y Ministerio de Educación Nacional. (2002). Política Nacional de Educación Ambiental. Recuperado de :http://cmap.upb.edu.co/rid=1195259861703_152904399_919/politica_educacion_amb.pdf

ORTIZ CASALLAS, E.M. (2013). "Las representaciones sociales: un marco teórico apropiado para abordar la investigación social educativa". *Revista de ciencias sociales*, vol. 19, núm.1, enero-marzo, 183-193. Recuperado de: http://www.redalyc.org/pdf/280/28026467006.pdf

OSPINA, William (2014). El dibujo secreto de América Latina. Pengui Ramdom House Grupo Editorial, S.A.S.

PÁRAMO, Pablo (2010). "Aprendizaje situado: creación y modificación de prácticas sociales en el espacio público urbano". *Psicologia & sociedade*, vol.22 (1), pp.130-138. Recuperado de: http://www.scielo.br/pdf/psoc/v22n1/v22n1a16.pdf

Policía Nacional (2010). Estrategia de la Policía Nacional para la consolidación de la seguridad ciudadana. Recuperado de: http://oasportal.policia.gov.co/portal/page/portal/HOME/Lineamientos/Tomo%202.3%20Estrategia%20de%20la%20Polic%EDa%20para%20la%20Seguridad.pdf

Policía Nacional de Colombia (2007). Lineamientos generales de Política para la Policía Nacional de Colombia. Tomo 1, p.5-128. Recuperado de: http://www.policia.edu.co/documentos/tomos/tomos_uribe/TOMO%201.pdf

Policía Nacional. (2007). Lineamientos generales de política para la Policía Nacional de Colombia.

Policía Nacional. (2010). "Reglamento del Servicio de Policía". Resolución n° 00912 de 2009. Recuperado de: http://www.policia.edu.co/documentos/doctrina/manuales_de_consulta/Reglamento%20del%20Servicio%20de%20Policia.pdf

RESTREPO-OCHOA, D.A., (2013). "La Teoría Fundamentada como metodología para la integración del análisis procesual y estructural en la investigación de las Representaciones Sociales". *Revista CES Psicología*, 6 (1), p. 122-133. Recuperado de: http://revistas.ces.edu.co/index.php/psicologia/article/view/2579

SAUVÉ, L. "Una cartografía de corrientes en Educación Ambiental. A pesquisa en educacao ambiental: cartografías de uma identidade narrativa emformacao", 2004 (en producción). Recuperado de: http://www.ambiente.gov.ar/infotecaea/descargas/sauve01.pdf

Política Nacional de Educación Ambiental. 2002. Rescatado de: http://cmap.upb.edu.co/rid=1195259861703_152904399_919/politi-ca_educacion_amb.pdf

STRAUSS, A. y CORBIN, J. (2002). *Bases de la investigación cualitativa: técnicas y procedimientos para desarrollar la teoría fundamentada.* Medellín, 2002: Editorial Universidad de Antioquia.

VELÁSQUEZ R. (2015). La fuerza pública que requiere el posconflicto. *Revista Semana*, Mayo, 2015. Recuperado de: http://cdn.ideaspaz.org/media/website/document/5547dc7eef110.pdf

VERGARA QUINTERO, M.c. (2008). "La naturaleza de las representaciones sociales". *Revista latinoamericana de ciencias sociales, niñez y juventud* 6(1), 55-80. Recuperado de: http://revistaumanizales.cinde.org.co/index.php/Revista-Latinoamericana/article/viewFile/265/133

WAGNER, W. Y FLORES-PALACIOS, F. (2010). "Apuntes sobre la epistemología de las representaciones sociales". *Revista Educación Matemática*, vol. 22, núm. 2, agosto de 2010, pp. 139-162. Recuperado de: http://www.scielo.org.mx/pdf/ed/v22n2/v22n2a7.pdf

WEISBURD, D. NEYROUD, P. Police Science: toward a New Paradigm. *New Perspectives in Policing*, 2-24. January, 2011. Recuperado de: https://www.ncjrs.gov/pdffiles1/nij/228922.pdf

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 474-491
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Las nuevas guerras y el patrimonio cultural material: La destrucción de los bienes culturales en los conflictos del siglo XXI; el caso del Estado Islámico

New wars and tangible cultural heritage: The destruction of cultural property in the conflicts of the 21st century; the case of the Islamic State

Christoph Schreinmoser[1]
Universidade de Santiago de Compostela, España

Sumario: 1. Introducción; 2. La destrucción del patrimonio cultural material y el tráfico ilegal de bienes culturales en el siglo XXI; 2.1 Las nuevas guerras; 2.2 La destrucción del patrimonio cultural material en las nuevas guerras; 2.3 El tráfico ilícito de bienes culturales en las nuevas guerras; 3. El caso del Estado Islámico; 3.1 El Estado Islámico como actor de las nuevas guerras; 3.2 El Estado Islámico y el patrimonio cultural material; 4. Conclusión; 5. Bibliografía.

Resumen: En los conflictos del siglo XXI, la destrucción selectiva del patrimonio cultural material se ha convertido en una estrategia de guerra. Esto se debe a las políticas identitarias de los actores violentos de las nuevas guerras y al importante papel del patrimonio cultural en la identidad colectiva. La destrucción sistemática de los bienes culturales contribuye a la homogeneización identitaria de las sociedades y, como limpieza cultural, representa una parte central de las estrategias de limpieza étnica. En las economías descentralizadas y globalizadas de estas nuevas guerras, el tráfico ilícito de antigüedades se ha convertido en una importante fuente de ingresos para los actores no estatales y especialmente para las organizaciones terroristas. Al mismo tiempo, esta actividad comercial contribuye a la limpieza cultural al robar el pasado a los pueblos afectados y acelerar la desintegración de las sociedades. El Estado Islámico aplicó en gran medida la estrategia de limpieza cultural en las zonas bajo su control en Siria e Iraq, y el tráfico ilícito de bienes culturales era una fuente de ingresos significativa en ese momento. Además, la organización logró utilizar los medios de comunicación modernos para difundir propagandísticamente sus acciones destructivas al servicio de sus propósitos.

Palabras clave: patrimonio cultural material, tráfico ilícito de bienes culturales, conflictos armados, guerras nuevas, estado islámico.

Abstract: In the conflicts of the 21st century, the deliberate destruction of tangible cultural heritage has become a strategy of war. This is due to the identitarian policies of the violent actors of the new wars and the important role of cultural heritage for collective identity. The systematic destruction of cultural property contributes to the identitary homogenization of societies and, as cultural cleansing, represents a central part of the strategies of ethnic cleansing. Furthermore, in the decentralized, globalized economies of these new wars, the illicit trafficking of antiquities has become an important source of income for non-state actors and especially for

[1] Diplom-Jurist Univ. (Licenciado en Derecho) por la Universidad de Passau (Alemania). Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales de la Universidad de Santiago de Compostela y el CESEG (España).

Recibido: 16/02/2020
Aceptado: 30/05/2020

terrorist organizations. At the same time, this business activity contributes to cultural cleansing by stealing the past from affected peoples and accelerating the disintegration of societies. The Islamic State applied the strategy of cultural cleansing in the areas under its control in Syria and Iraq to a considerable extent and the illicit trafficking of cultural property was a considerable source of income at that time. Moreover, the organization was able to use modern means of communication to propagandistically spread its destructive actions for benefitting its purposes.

Keywords: tangible cultural heritage, illicit traffic with cultural property, armed conflicts, new wars, islamic state.

1. INTRODUCCIÓN

En enero de 2017 da la vuelta al mundo una mala noticia, pero lamentablemente ya demasiado familiar. Conocemos que a finales de 2016, el Estado Islámico (también llamado Dáesh) había vuelto a reconquistar la histórica ciudad-oasis de Palmira en Siria, considerada Patrimonio de la Humanidad de la UNESCO. Una vez conquistada, se inició la destrucción de bienes culturales irremplazables, incluidas partes del anfiteatro romano y del tetrapilón.[2] El Dáesh ya había conquistado la ciudad por primera vez en 2015, volando o desfigurando muchos edificios y obras de arte, como el Templo Baal de aproximadamente 2000 años de antigüedad.[3] Solo con el apoyo de los ataques aéreos rusos lograron las tropas del gobierno sirio retomar el control de la ciudad en la primavera de 2016 y expulsar al Estado Islámico de Palmira. Aunque la UNESCO declaró que el sitio cultural ha conservado en gran medida su carácter original, los daños son inmensos y en buena parte irreparables.[4] Los daños no se concentran solamente en la histórica Palmira, puesto que debido a la agitación del conflicto internacionalizado, el rico patrimonio cultural de todo el país ha sido víctima de la destrucción y el saqueo.[5] Se han bombardeado ciudades antiguas e históricas, la mayoría de los museos sirios han sufrido robos y profanaciones, y los principales sitios arqueológicos han sido víctimas del tráfico ilícito de bienes culturales.[6] Uno de los principales actores en esta destrucción del patrimonio humano sirio fue el Dáesh.

En este artículo analizaré el papel de la destrucción del patrimonio cultural material y el tráfico ilícito de bienes culturales en los conflictos del siglo XXI. Con este fin, primero expondré las características de las llamadas nuevas guerras. A continuación, abordaré específicamente la destrucción de los bienes culturales y el tráfico ilícito de antigüedades en ellas. Finalmente, contextualizaré los puntos anteriores analizando el caso concreto del Estado Islámico.

[2] AFP/DPA, "Syrien: IS zerstört Teile der antiken Stadt Palmyra," *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, el 20/01/2017, consultado el 12 de febrero de 2020, fuente: https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/syrien-krieg-is-zerstoert-teile-der-antiken-stadt-palmyra-14705690.html.

[3] Ibídem.

[4] Ibídem.

[5] LABABIDI R., QASSAR, H. "Did They Really Forget How to Do It? Iraq, Syria, and the International Response to Protect a Shared Heritage", *Journal of Eastern Mediterranean Archaeology & Heritage Studies*, Vol. 4, No. 4, 2016, p. 346.

[6] Ibídem, p. 351.

2. LA DESTRUCCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL MATERIAL Y EL TRÁFICO ILÍCITO DE BIENES CULTURALES EN EL SIGLO XXI

En el siglo XXI, el patrimonio cultural material del mundo se enfrenta a nuevas amenazas. La Secretaria General de la UNESCO entre 2009 y 2017, Irina Bokova, incluso llegó a decir que el patrimonio cultural está hoy en día en la primera línea de la guerra.[7] Esta nueva posición prominente del patrimonio cultural en los conflictos del siglo XXI se manifiesta en diferentes desafíos. En particular, se trata de la destrucción del patrimonio cultural material y del tráfico ilícito de bienes culturales. Ambos fenómenos no son nada nuevo en sí mismos. Las partes en un conflicto siempre han recurrido a la destrucción de bienes culturales, ya sea por necesidad militar para lograr ventajas estratégicas o tácticas, o como medida punitiva contra el oponente. Ejemplos de esto son la destrucción de la abadía benedictina de Monte Cassino en la provincia italiana de Frosinone en 1944 por las tropas aliadas durante la campaña italiana en la Segunda Guerra Mundial, o el arrasamiento de la ciudad de Cartago por los conquistadores romanos al final de la Tercera Guerra Púnica en el siglo II a.C. Asimismo, los bienes culturales del lado perdedor se solían utilizar como botín y recompensa para los triunfadores victoriosos. Se asumió que el *ius predae* sobre los bienes culturales del pueblo derrotado era un derecho adquirido por el vencedor.[8] Un caso notorio de robo de bienes culturales es el de los llamados mármoles de Elgin en el Museo Británico de Londres, que fueron enviados en circunstancias controvertidas desde la Acrópolis de Atenas a Inglaterra a principios del siglo XIX por el embajador británico en el Imperio Otomano, Lord Elgin. Con el fin de prevenir estos actos en los conflictos armados, o al menos reducirlos en la medida de lo posible, se creó un "robusto conjunto de instrumentos"[9], especialmente en la segunda mitad del siglo XX. Piezas claves de este régimen internacional para la protección de los bienes culturales en los conflictos armados son la Convención de La Haya para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado de 1954 y sus dos protocolos de 1954 y 1999, la Convención de la UNESCO sobre las medidas que deben adoptarse para prohibir e impedir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales de 1970 y, por último, pero no menos importante, el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998, que establece en su artículo 8 que el ataque deliberado contra monumentos culturales también puede constituir un crimen de guerra. Estos conjuntos de normas, en particular las convenciones de 1954 (con sus dos protocolos) y 1970, se concibieron en el contexto de las guerras interestatales simétricas y funcionan en ellas "a la perfección".[10]

Sin embargo, en los conflictos armados del siglo XXI, el régimen internacional de protección de los bienes culturales en los conflictos armados parece haber alcanzado sus límites. La destrucción del patrimonio cultural material y el tráfico ilícito de bienes culturales ha adquirido un nuevo significado. De hecho, la violencia contra los objetos y sitios culturales en el contexto de los conflictos armados es cada vez mayor.[11] Hoy en día, ha alcanzado un nivel que se vio por última vez durante la

---

[7] BOKOVA, I. "Fighting Cultural Cleansing: Harnessing the Law to Preserve Cultural Heritage", *Harvard International Review*, Vol. 36, No. 4, 2015, p. 45.

[8] CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M. "La protección internacional de los bienes culturales en tiempo de guerra", *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, Vol. 3, 2004, p. 74.

[9] MIRANDA GONÇALVES, R. "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado", *Revista Jurídica da Presidência*, Vol. 19, No. 118, 2017, p. 247.

[10] KILA, J.D. "Protección de bienes culturales en conflictos armados", *AFKAR/IDEAS*, Vol. 43, 2014, p. 70.

[11] Ibídem, p. 71.

Segunda Guerra Mundial.[12] Esto está relacionado con el surgimiento de una nueva generación de guerras, las llamadas *new wars* (nuevas guerras).

2.1 Las nuevas guerras

Este nuevo tipo de conflicto armado ha estado ocurriendo desde el final de la Guerra Fría y se diferencia fundamentalmente de las guerras anteriores de los últimos siglos. En muchos aspectos se parece más a la Guerra de los Treinta Años de 1618 a 1648 que a las guerras modernas de los estados del sistema de Westfalia. Por un lado, los estados ya no son los únicos protagonistas de las nuevas guerras, sino que los actores violentos no estatales son cada vez más las fuerzas motrices de los conflictos. El resultado es la privatización de las guerras. La guerra, como dice sucintamente Mark Duffield, "ya no es un asunto de estado clausewitziano".[13] Los nuevos protagonistas no estatales son de diversos tipos, entre ellos organizaciones terroristas, grupos de delincuencia organizada, señores de la guerra y sus milicias, y otros grupos. También hay un alto nivel de participación internacional, que se refleja regularmente en la presencia de tropas extranjeras, especialmente de las Naciones Unidas, en la zona de conflicto. Los objetivos de estos actores no estatales son de naturaleza identitaria. Mary Kaldor, la creadora del concepto de las nuevas guerras, ve la política de identidad como la fuerza motriz de las nuevas guerras, es decir, "la reivindicación del poder sobre la base de una identidad particular".[14] Esta identidad puede ser nacional, de clan, religiosa o lingüística.[15] El objetivo de los actores es controlar a la población deshaciéndose de todos (y de todo) los que tienen una identidad diferente e inculcando el terror.[16] Como los grupos no tienen la capacidad de imponer una ocupación militar del territorio, recurren a un tipo de control político de la población. Este control político se basa en "la intimidación, la propagación del odio, la enemistad existencial".[17] Para lograr esto y la deseada homogeneidad étnica, emplean políticas de limpieza étnica. El genocidio y los asesinatos en masa sirven como herramientas de estas políticas. Esto hace que la población civil sea el principal objeto y la principal víctima de la violencia armada en las nuevas guerras. Los actores de la guerra ya no luchan entre ellos sino sobre todo contra la población civil. En muchos lugares, los diferentes grupos, a menudo oficialmente hostiles, incluso cooperan entre sí. Así, las nuevas guerras alcanzan un alto grado de brutalidad y tienen un efecto particularmente destructivo en la sociedad y el estado.

Sin embargo, las nuevas guerras difieren de las guerras interestatales no sólo en los actores del conflicto y en la forma en que se llevan a cabo, sino también en su base económica. La economía de guerra de las nuevas guerras es altamente descentralizada y globalizada. Los grupos no estatales que no pueden recurrir a las fuentes estatales regulares de ingresos tienen que financiar sus esfuerzos mediante actividades irregulares y, por lo tanto, recurren a la economía sumergida. Estas actividades son muy diversas y comprenden la producción y el tráfico de drogas, el contrabando de armas y personas, el mercado negro, la extorsión a cambio de

[12] MOUSTAFA, L.H. "Cultural Heritage and Preservation: Lessons from World War II and the Contemporary Conflict in the Middle East", *The American Archivist*, Vol. 79, No. 2, 2016, p. 332.

[13] DUFFIELD, M. *Global Governance and the New Wars: The Merging of Development and Security*, Zed Books, New York, 2014, p. 45.

[14] KALDOR, M. *New and Old Wars. Organized Violence in a Global Era*, 3ª edición, Stanford University Press, Stanford, 2012, p. 7.

[15] Ibídem, p. 7.

[16] Ibídem, p. 9.

[17] ETZERSDORFER, I., JANIK, R. *Staat, Krieg und Schutzverantwortung*, Facultas Verlags- und Buchhandels AG, Wien, 2016, p. 121.

protección, los secuestros, la recaudación de "impuestos", el apoyo financiero externo etc. A este respecto, se puede observar que en los últimos tiempos la explotación ilegal y los impuestos sobre el oro, el petróleo y otros recursos naturales han superado los medios "tradicionales" de financiación, como el tráfico de drogas o el secuestro con fines de extorsión.[18] Según las estimaciones del *World Atlas of Illicit Flows* de 2018, los delitos ambientales representan el 38 % de la financiación de conflictos y grupos armados no estatales en todo el mundo, seguidos por las drogas (28 %) y otras formas de tributación ilegal, extorsión, confiscación y saqueo (26 %).[19]

En las nuevas guerras, el principio de *bellum se ipse alet*, que dice que la guerra debe alimentar a la guerra, se aplica de nuevo. Asimismo, las nuevas guerras son también extremadamente económicas en comparación con las guerras clásicas entre estados. Dado que la mayor parte de la violencia se dirige contra la población civil, las armas ligeras son plenamente suficientes y no existe la necesidad de adquirir equipo pesado y costoso, para cuyo uso se requieren también soldados bien entrenados. Esto lleva al hecho de que la guerra puede volver a ser financieramente beneficiosa para los individuos y grupos que participan en el conflicto. La participación directa en las nuevas guerras puede ser una lucrativa fuente de ingresos, tanto para las empresas militares privadas occidentales (las llamadas *Private Military Companies*, PMCs), que proporcionan su personal en las zonas de conflicto para los Estados o las empresas multinacionales, como para los señores de la guerra locales. Por lo tanto, en las nuevas guerras, los límites entre el uso de la fuerza y la vida laboral se están volviendo borrosos.[20] Los actores, según Herfried Münkler, se ganan la vida mediante la guerra y a menudo incluso consiguen una fortuna considerable.[21] Él señala: "La guerra se ha convertido en una empresa económicamente atractiva para los señores de la guerra porque ellos mismos pueden decidir sobre la distribución de sus costos, la privatización de los beneficios obtenidos en ella y la socialización de las pérdidas que causa".[22] Por lo tanto, en muchos casos, aparecen cada vez más intereses financieros junto con los motivos políticos originales, que alimentan la continuación del conflicto. Un ejemplo ideal de esta fusión de motivos políticos y financieros son los talibanes. Este grupo insurgente, que opera principalmente en Afganistán y Pakistán, persigue objetivos fundamentalistas islamistas. Desde su primera aparición en 1994, ha financiado sus operaciones mediante actividades ilícitas, entre otras cosas. Su participación en la delincuencia organizada, especialmente en el comercio de opio y heroína, se ha convertido en la actualidad en "un componente importante de su identidad y la amenaza que representan para la seguridad regional y transnacional".[23] Una clara distinción entre la organización terrorista y el crimen organizado, así como entre los objetivos políticos y financieros, ya no es posible. Esto conduce a la perpetuación de la violencia contra la población civil, que es la base de los ingresos, y dificulta la terminación del conflicto. No es coincidencia que las nuevas guerras duren mucho tiempo y por lo general sólo pueden ser terminadas por un largo proceso de paz. La fase actual de la guerra en Afganistán, que ha durado más de 18 años desde la intervención de los Estados Unidos en el otoño de 2001, lo demuestra claramente.

Otra característica esencial de las nuevas guerras, que se debe a los actuales avances tecnológicos, es la creciente importancia de los medios de comunicación

---

[18] NELLEMANN, C., HENRIKSEN, R., PRAVETTONI, R., STEWART, D., KOTSOVOU, M., SCHLINGEMANN, M.A.J., SHAW, M., REITANO, T. *World Atlas of Illicit Flows. A RHIPTO-INTERPOL-GI Assessment*, RHIPTO, 2018, p. 5.

[19] Ibídem, p. 8.

[20] MÜNKLER, H. *Die neuen Kriege*, 7ª edición, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburg, 2018, p. 29.

[21] Ibídem.

[22] Ibídem, p. 162.

[23] PHILLIPS, M.D., KAMEN, E.A. "Entering the Black Hole: The Taliban, Terrorism, and Organised Crime", *Journal of Terrorism Research*, Vol. 5, No. 3, 2014, p. 44.

modernos, especialmente los medios sociales. Las modernas tecnologías de la información permiten reportar episodios bélicos casi en tiempo real y, por lo tanto, son utilizadas por las partes en conflicto como altavoces para su narración.[24] Internet y los medios sociales se están convirtiendo cada vez más en un campo de batalla virtual adicional en el que se llevan a cabo partes de la lucha ideológica. Esto les permite, en gran medida sin el acceso de los estados, propagar sus éxitos, ampliar el control político basado en el miedo y el odio sobre la población en su esfera de influencia y ganar nuevos partidarios en todo el mundo. Así pues, según Münkler, la lucha con las armas se ha visto cada vez más contrarrestada por la lucha de las imágenes, lo que ha ayudado en particular a las estrategias terroristas a lograr un considerable poder de penetración.[25]

Todo esto contribuye a una creciente asimetría de la guerra, lo que convierte a la clásica guerra simétrica de los estados, para la que se crearon la mayoría de las regulaciones internacionales, en un modelo obsoleto. Sobre todo, con las nuevas guerras se ha perdido uno de los logros más esenciales del derecho internacional humanitario: la distinción entre combatientes y no combatientes, así como la distinción entre objetos militares y objetos civiles.[26]

2.2 La destrucción del patrimonio cultural material en las nuevas guerras

Las características de las nuevas guerras también afectan en gran medida al patrimonio cultural material. Por un lado, en las nuevas guerras, como en las guerras interestatales, el patrimonio cultural material es naturalmente víctima de consideraciones estratégicas y tácticas que lo convierten en el blanco de ataques militares selectivos para obtener una ventaja militar. Las fuerzas estatales, que a menudo son partes en los tratados internacionales de protección, también violan sus obligaciones por esta razón. Por ejemplo, en el curso del conflicto en Siria, que dura desde 2011, las tropas del régimen sirio y sus aliados han estado bombardeando sin cesar ciudades como Alepo, violando así sus obligaciones internacionales.[27] Esta amenaza al patrimonio cultural se ve incrementada en particular por el alto grado de internacionalización y fragmentación de las nuevas guerras. Aquí otra vez la guerra civil siria (altamente internacionalizada y fragmentada) puede servir de ejemplo, donde el interés por la protección de los bienes culturales se ve afectado por el gran número y la confusión de las tropas gubernamentales, los rebeldes, las milicias y las organizaciones terroristas.

Sin embargo, por otro lado, el patrimonio cultural material también se convierte en un blanco directo de la violencia política por parte de los actores de las nuevas guerras en su búsqueda por imponer sus políticas identitarias. Esto se debe a la particular importancia del patrimonio cultural de un pueblo. Como señala Kila, el patrimonio cultural está estrechamente relacionado con la identidad, lo que lleva a su fuerte politización.[28] El patrimonio cultural es portador de la cultura y la identidad de los grupos de población afectados por las nuevas guerras. Al destruir y profanar los sitios culturales, los actores violentos borran el pasado, muestran su propia superioridad y, en última instancia, destruyen todas las demás identidades en su esfera de influencia. La destrucción de bienes culturales contribuye directamente a la homogeneización identitaria prevista y muestra claramente a los grupos no deseados que no tienen futuro en la zona afectada según la voluntad de los

[24] HERNÁNDEZ GARCÍA, L.A. "La dimensión discursiva de los conflictos. Cuando las narraciones se enfrentan." en *Monografías del CESEDEN 124: Las Nuevas Guerras: Globalización y Sociedad*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, pp. 57 y 58.

[25] MÜNKLER, H. Op. cit., p. 52.

[26] ETZERSDORFER, I., JANIK, R. Op. cit., p. 122.

[27] MIRANDA GONÇALVES, R. Op. cit., p. 253.

[28] KILA, J.D. Op. cit., p. 68.

agresores. También Kaldor ve en la "eliminación de los puntos de referencia físicos que definen el entorno social de determinados grupos"[29] una técnica para hacer inhabitable una zona para determinados grupos de identidad y, por lo tanto, una estrategia para imponer la propia identidad. La destrucción del patrimonio cultural (y religioso) borra todos los rastros de la reivindicación cultural de una zona determinada.[30] Por consiguiente, la destrucción selectiva de bienes culturales no es nada menos que la destrucción de la existencia de la civilización.[31] Un ejemplo de esta destrucción deliberada de bienes culturales para promover la homogeneidad de la identidad se encuentra de nuevo con los talibanes. En marzo de 2001, todavía durante el régimen talibán, la organización destruyó los Budas de Bamiyan en el centro de Afganistán. Estos monumentos, que datan del siglo VI, fueron las estatuas de Buda más grandes del mundo hasta su destrucción. En 2003, la UNESCO incluyó el Paisaje Cultural y los Restos Arqueológicos del Valle de Bamiyán en su lista de Patrimonio Mundial. La motivación para la destrucción de estos monumentos fue su evaluación por los talibanes como no islámicos. Miembros del movimiento de resistencia contra los talibanes afirman que los combatientes talibanes capturados declararon que el culto a cualquier cosa fuera del islam era inaceptable y que por lo tanto estas estatuas debían ser destruidas.[32]

La destrucción del patrimonio cultural material puede tener un impacto importante. Miranda Gonçalves señala que en casos como la guerra de los Balcanes y los conflictos armados en Iraq o en Libia, la pérdida del patrimonio cultural llega a violar una parte de la identidad respectiva que no puede ser restaurada o reconstruida en su totalidad.[33] La destrucción generalizada de los bienes culturales es, según Bokova, una estrategia mundial que puede describirse como "cultural cleansing" (limpieza cultural) y cuyo objetivo es destruir las identidades, desgarrar las estructuras sociales y fomentar el odio.[34] Como confirma Miranda Gonçalves, "la destrucción de la cultura de una parte de la población es una parte más de la destrucción de esa población y los bienes destruidos atacan directamente a toda la humanidad"[35]. Esta estrategia complementa así las políticas de limpieza étnica, que tienen por objeto crear una identidad homogénea mediante la matanza masiva de personas y es otra característica de las nuevas guerras. Herfried Münkler incluso va un paso más allá y describe la limpieza cultural como uno de los pilares básicos de una estrategia político-militar de limpieza étnica, junto con el asesinato masivo de hombres y adolescentes aptos para el servicio militar y la violación sistemática de mujeres y niñas.[36] La estrategia del uso sistemático de la violencia sexual y la destrucción de bienes culturales tiene por objeto crear un clima de temor por el que los grupos de identidad no deseados se vean obligados a abandonar sus hogares sin que los agresores tengan que recurrir al genocidio a gran escala.[37] Según Münkler, los tres pasos de esta estrategia de creación de miedo son "la ejecución de los líderes políticos y culturales y los potenciales portadores de la resistencia armada; la quema y la voladura de los edificios sagrados y los monumentos culturales; y, por último, la violación e impregnación sistemática de las mujeres del grupo de población que se va a expulsar".[38] La destrucción deliberada del patrimonio cultural material se ha convertido así en un componente elemental de la violencia política y la limpieza étnica

[29] KALDOR, M. Op. cit., p. 105.

[30] Ibídem, p. 105.

[31] BOKOVA, I. Op. cit., p. 45.

[32] MASSOUD, Y. "Afghans Can Win This War", *Foreign Policy*, el 30/07/2010, consultado el 25 de marzo de 2020, fuente: https://foreignpolicy.com/2010/07/30/afghans-can-win-this-war-2/.

[33] MIRANDA GONÇALVES, R. Op. cit., pp. 250 y 251.

[34] BOKOVA, I. Op. cit., pp. 40 y 41.

[35] MIRANDA GONÇALVES, R. Op. cit., p. 251.

[36] MÜNKLER, H. Op. cit., p. 145.

[37] Idídem, p. 146.

[38] Ibídem.

en las nuevas guerras. Así, ya durante la guerra de Bosnia, quizás el arquetipo de las nuevas guerras, la destrucción de bienes culturales, archivos y bibliotecas fue una estrategia de guerra con el objetivo de borrar el pasado. En un artículo András Riedlmayer expone que "en toda Bosnia, las bibliotecas, los archivos, los museos y las instituciones culturales han sido objeto de destrucción, en un intento de eliminar las pruebas materiales – libros, documentos y obras de arte – que podrían recordar a las generaciones futuras que personas de diferentes tradiciones étnicas y religiosas compartieron alguna vez un patrimonio común en Bosnia"[39].
En resumen, puede decirse que en las nuevas guerras el patrimonio cultural material no sólo es destruido por razones militares, sino que su destrucción deliberada forma parte de las políticas identitarias. La destrucción es de naturaleza sistemática y alcanza el rango de una limpieza cultural. Con el patrimonio cultural se pierde parte de la identidad de los grupos de población afectados, a menudo de forma irremediable, lo que contribuye a crear un clima de temor constante, que debe llevar a ciertos grupos de identidad a abandonar sus hogares y demostrar la superioridad de los agresores. Así pues, la destrucción del patrimonio cultural material es una parte fundamental de las estrategias de limpieza étnica y va de la mano de la violencia masiva contra la población.

2.3 El tráfico ilícito de bienes culturales en las nuevas guerras

El tráfico ilícito de bienes culturales está intrínsecamente vinculado a la destrucción y profanación de estos. Esta actividad ha aumentado en los últimos años, aunque no se trata de un fenómeno nuevo, como se ha señalado anteriormente. Como señala Bokova, el robo y el tráfico ilícito de bienes culturales hoy en día se realiza a escala industrial.[40] Esto también está estrechamente relacionado con el fenómeno de las nuevas guerras. Por un lado, el tráfico ilegal de bienes culturales "acelera la desintegración de la sociedad mediante el robo de su memoria".[41] La UNESCO también observa que el robo, el saqueo y el comercio ilegal de bienes culturales "privan a la gente de su historia y su cultura [y] debilitan la cohesión social a largo plazo".[42] A través de esta desintegración de las sociedades, el robo y el subsiguiente tráfico de bienes culturales robados contribuye directamente a los objetivos identitarios de los protagonistas de las nuevas guerras. La destrucción del patrimonio cultural material y el tráfico de bienes culturales robados pueden considerarse como dos caras de la moneda de la limpieza cultural. Por consiguiente, ambos se complementan y juntos constituyen una parte integral de las políticas de limpieza étnica.

Sin embargo, otra característica de las nuevas guerras contribuye aún más al reciente aumento del comercio ilegal de bienes culturales. Esta es la economía de guerra descentralizada que se ha desarrollado en los conflictos actuales. La economía de las nuevas guerras es, como se muestra arriba, fundamentalmente diferente de la economía centralizada de las guerras clásicas interestatales y sigue el principio de *bellum se ipse alet*. Es aquí donde el comercio de bienes culturales desempeña un papel importante y contribuye de manera significativa a la financiación de los actores de las nuevas guerras. Especialmente para las organizaciones terroristas, puesto que se ha convertido en una opción de financiación importante. En su resolución 2347, de 24 de marzo de 2017, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas señaló

[39] RIEDLMAYER, A. "Erasing the Past: The Destruction of Libraries and Archives in Bosnia-Herzegovina", *Middle East Studies Association Bulletin*, Vol. 29, No. 1, 1995, p. 8.
[40] BOKOVA, I. Op. cit., p. 42.
[41] Ibídem.
[42] UNESCO. "Illicit Trafficking, Return & Restitution of Cultural Property: Celebrating 50 years of UNESCO's action", consultado el 25 de marzo de 2020, fuente: https://en.unesco.org/fighttrafficking.

explícitamente la participación de agentes no estatales y, en particular, de grupos terroristas en el tráfico ilícito de bienes culturales y destacó la importancia de esta fuente de ingresos para la financiación de grupos como el Estado Islámico y Al Qaeda. La participación directa e indirecta "en la excavación ilegal y el saqueo y contrabando de bienes culturales procedentes de yacimientos arqueológicos, museos, bibliotecas, archivos y otros lugares" sirve para "apoyar sus actividades de reclutamiento y fortalecer su capacidad operacional para organizar y perpetrar atentados terroristas", según el Consejo de Seguridad.[43]

El *World Atlas of Illicit Flows* de 2018 estima que el tráfico ilícito de antigüedades representa alrededor del 1% de la financiación mundial de conflictos y grupos armados no estatales.[44] A primera vista, esto parece ser sólo una contribución mínima a la continuación de los conflictos mundiales. Sin embargo, con una estimación de 31.500 millones de dólares estadounidenses de corrientes ilícitas generadas anualmente en las zonas de conflicto,[45] el tráfico ilícito de bienes culturales sigue representando unos 315 millones de dólares estadounidenses. anuales. Además, como se señala en el informe, esta forma de financiación se encuentra predominantemente en ciertas regiones.[46] Esto aumenta su importancia para las regiones de conflicto específicamente afectadas, como el Oriente Medio. En cuanto a los siete principales grupos insurgentes y terroristas mencionados en el informe (al-Shabaab, Boko Haram, FARC, Hay'at Tahrir al-Sham, Jama'at Nasr al-Islam wal Muslim, el Estado Islámico y los talibanes), así como algunos grupos activos en la República Democrática del Congo, el Atlas sitúa los ingresos anuales por tráfico de antigüedades en 15 millones de dólares estadounidenses.[47] Sin embargo, se puede suponer que una proporción mucho más alta (el informe habla de alrededor del 96% del total) no beneficia directamente a los grupos insurgentes, sino a otros grupos de delincuencia organizada en las zonas de conflicto y sus alrededores.[48] Pero estos también son actores de las nuevas guerras y contribuyen a la persistencia y la severidad de los conflictos. Además, algunos de esos grupos, sobre todo el Estado Islámico, han sufrido reveses masivos en los últimos años y, por lo tanto, han perdido gran parte de sus fuentes de ingresos. Así pues, cabe suponer que hace unos años los ingresos procedentes del tráfico ilícito de bienes culturales eran mucho más elevados. En un informe del *Geneva Centre for Security Policy* de 2016 se estima que en ese momento los ingresos procedentes del contrabando de antigüedades y de los impuestos solamente del Estado Islámico ascendían a unos 22-50 millones de dólares estadounidenses.[49]

Por lo tanto, se puede concluir que el tráfico ilícito de bienes culturales desempeña un papel importante en las nuevas guerras en dos aspectos. Por un lado, junto con la destrucción del patrimonio cultural material, forma parte de las estrategias de limpieza cultural y acelera la desintegración de las sociedades. De esta manera, contribuye a los objetivos identitarios de los actores no estatales. Por otro lado, se ha convertido en una importante fuente de financiación para las nuevas guerras y sus actores. Por lo tanto, es una parte integral de la economía de guerra descentralizada de las *new wars*.

---

[43] ONU, CONSEJO DE SEGURIDAD. Resolución 2347 (2017), S/RES/2347 (2017), p. 2.

[44] NELLEMANN, C., HENRIKSEN, R., et al. Op. cit., p. 8.

[45] Ibídem, p. 139.

[46] Ibídem.

[47] NELLEMANN, C., HENRIKSEN, R., et al. Op. cit., p. 135.

[48] Ibídem, p. 143.

[49] SCHORI LIANG, C. *The criminal jihadist: Insights into modern terrorist financing*, Strategic Security Analysis 10/2016, Geneva Centre for Security Policy, 2016, p. 10.

3. El caso del Estado Islámico

El Estado Islámico es un ejemplo idóneo del papel de la destrucción del patrimonio cultural y del tráfico ilícito de bienes culturales en las nuevas guerras. La organización es, especialmente en Siria, uno de los principales actores en la destrucción y profanación del patrimonio cultural material, pero también en el tráfico ilegal.

3.1 El Estado Islámico como actor de las nuevas guerras

Los precursores del actual Estado Islámico surgieron a principios del siglo XXI. Al principio, operaba principalmente en Irak, donde sus actividades estaban dirigidas contra las tropas estadounidenses. Sin embargo, en el curso de la guerra civil siria, que comenzó en 2011, la organización se expandió a Siria y pudo obtener el control de grandes zonas tanto allí como en el Iraq. En 2013, el grupo pasó a llamarse "Estado Islámico de Iraq y el Levante" (EIIL). El 29 de junio de 2014, el entonces líder Abu Bakr Al-Baghdadi proclamó un califato. En ese momento el Dáesh estaba en la cima de su poder. Desde 2015, la organización ha sufrido reveses cada vez mayores, en parte debido a una coalición militar internacional formada en 2014 bajo la dirección de los Estados Unidos, y ha perdido gran parte de su esfera de influencia. En marzo de 2019, las fuerzas kurdas finalmente conquistaron el último bastión del Dáesh en Siria. El 27 de octubre de 2019, las fuerzas especiales estadounidenses lograron localizar a Al-Baghdadi, que se quitó la vida en el curso del ataque. Aunque la organización se ha debilitado, sigue siendo una amenaza. Basit señala que el grupo ha logrado mutar en una red transnacional de grupos terroristas que operan a través de sus provincias (como en África occidental) y así mantener su capacidad de llevar a cabo ataques.[50] Tanto la ideología como el atractivo de la marca del Dáesh permanecen intactos, lo que lo convierte en una amenaza seria.[51]

Lo anterior muestra que el Estado Islámico no es sólo una mera organización terrorista, sino que también tuvo temporalmente estructuras paraestatales y es un movimiento cuyo objetivo es establecer un califato mundial.[52] Al hacerlo, se esfuerza por reintroducir un orden idealizado, religioso-fundamentalista, que la organización terrorista deriva de la historia islámica temprana.[53] Para Kaldor, esta es una característica de las políticas identitarias de las nuevas guerras. Ella señala que cuando las políticas apuntan a un cambio político o social, suelen referirse a una representación nostálgica idealizada del pasado.[54] Por lo tanto, el Estado Islámico y su lucha también pueden considerarse como parte del fenómeno de las nuevas guerras. También los métodos del Dáesh de llevar a cabo la guerra corresponden al patrón de las nuevas guerras: La organización se trasladó a zonas de Iraq y Siria en las que el gobierno era débil y había poca resistencia. Allí asumió el control político mediante la expulsión y el ataque sistemático contra quienes no aceptaban su versión del islam.[55] El Dáesh realiza regularmente ataques contra civiles[56], secuestra mujeres

[50] BASIT, A. "What Next for the Islamic State after Territorial Losses?", *Counter Terrorist Trends and Analyses*, Vol. 11, No. 6, 2019, p. 3.
[51] Ibídem, p. 7.
[52] GÜNTHER, C., KADEN, T. "Mehr als bloßer Terrorismus: Die Autorität des »Islamischen Staates« als soziale Bewegung und als Parastaat", *Zeitschrift für Politik*, Vol. 63, No. 1, 2016, p. 93.
[53] GÜNTHER, C., KADEN, T. Op. cit., p. 104.
[54] KALDOR, M. Op. cit., p. 8.
[55] CHINKIN, C., KALDOR, M. *International Law and New Wars*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017, p. 15.
[56] MOUSTAFA, L.H. Op. cit., p. 332.

y niños[57] y lleva a cabo ejecuciones públicas o difundidas a través de los medios de comunicación[58]. Las estrategias de violencia del Estado Islámico contra la población civil incluyen asesinatos en masa, decapitaciones, torturas, violaciones y mutilaciones. [59] En este enfoque se pueden identificar las características típicas de las políticas de limpieza étnica de las nuevas guerras. La violencia sistemática contra los Yazidíes, una minoría étnico-religiosa de Siria e Iraq, llegó incluso a ser clasificada como genocidio por las Naciones Unidas. En un informe con fecha 15 de junio de 2016, el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas declaró:

EIIL ha buscado destruir a los Yazidíes a través de asesinatos; esclavitud sexual, esclavitud, tortura y tratamiento inhumano y degradante y transferencia forzada causando serios daños corporales y mentales; la imposición de condiciones de vida que provoquen una muerte lenta; la imposición de medidas para impedir que nazcan niños yazidíes, incluida la conversión forzosa de adultos, la separación de hombres y mujeres y el trauma mental; y el traslado de niños yazidíes de sus propias familias y su colocación con combatientes de EIIL, con lo que se les aparta de las creencias y prácticas de su propia comunidad religiosa y se borra su identidad como yazidíes.[60]

Todo ello forma parte de una estrategia sistemática para sembrar el terror y el odio entre la población civil, desestabilizar la región, expulsar o eliminar los grupos no deseados y establecer así el control político sobre la población dentro de la esfera de influencia del Estado Islámico.[61] Al mismo tiempo, los miembros del Estado Islámico en las zonas controladas se encargan del orden público entre la población civil y prestan servicios públicos.[62] De esta manera, el Estado Islámico trata de establecer una presencia paraestatal en las zonas que controla y así consolidar su posición política.[63] Aunque esto no es una novedad para las organizaciones terroristas, el Dáesh ha alcanzado un nivel nunca antes visto por su extrema barbarie y crueldad.[64]

En su financiación, el Dáesh también corresponde a un actor de las nuevas guerras. La organización obtiene sus ingresos de una economía sumergida descentralizada que se alimenta de actividades ilegales. Estos métodos están abiertos a la economía mundial y recurren regularmente al uso de la violencia. Según del *Geneva Centre for Security Policy* informe de 2016, los recursos financieros del Estado Islámico incluyen el comercio de petróleo y gas robados, los secuestros, los robos y saqueos bancarios, el comercio de antigüedades, la extorsión, los impuestos, el fraude y el blanqueo de dinero, y la asistencia externa procedente de Arabia Saudita, Qatar e Iraq.[65] El ingreso anual total en ese momento se estima entre 2.35 y 2.68 billones de dólares estadounidenses.[66] Así pues, el Estado islámico tenía una estructura de financiación sumamente diversificada. El comercio de petróleo en particular fue un negocio lucrativo para la organización en el punto álgido de su expansión territorial. Así, por ejemplo, el grupo vendó gasóleo a todas las partes de

---

[57] AFP/DPA, "Syrien: IS entführt 36 Frauen und Kinder", *Deutsche Welle*, el 30/07/2018, consultado el 14 de febrero de 2020, fuente: https://www.dw.com/de/is-entf%C3%BChrt-36-frauen-und-kinder/a-44879175.

[58] AFP/DPA, "Syrien: IS zerstört Teile der antiken Stadt Palmyra."

[59] GANOR, B. "Four Questions on ISIS: A "Trend" Analysis of the Islamic State", *Terrorism Research Initiative*, Vol. 9, No. 3, 2015, p. 57.

[60] ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS*. "They came to destroy": ISIS Crimes Against the Yazidis*, A/HRC/32/CRP.2, 2016, p. 1.

[61] KALDOR, M. Op. cit., p. 9.

[62] GANOR, B. Op. cit., p. 58.

[63] CHINKIN, C., KALDOR, M. Op. cit., p. 15.

[64] GANOR, B. Op. cit., p. 58.

[65] SCHORI LIANG, C. Op. cit., p. 10.

[66] Ibídem.

la guerra civil de Siria.[67] Además, el Dáesh también utiliza el ciberdelito para financiar su organización.[68] En el curso de la represión territorial del Estado Islámico, también perdió gran parte de sus fuentes de ingresos. A mediados de 2018, los ingresos anuales eran sólo de 6 a 24 millones de dólares estadounidenses, según las estimaciones del *World Atlas of Illicit Flows*.[69] Se puede suponer que estos ingresos han disminuido aún más desde la victoria territorial sobre la organización en marzo de 2019. No obstante, el Estado Islámico tiene considerables reservas financieras. Así, se estima que ha extraído una gran suma de dinero, posiblemente más de 100 millones de dólares estadounidenses, de Siria e Irak.[70] Al menos en el futuro reciente, la financiación del Estado Islámico parece estar asegurada.

3.2 El Estado Islámico y el patrimonio cultural material

La estrategia de violencia contra la población civil del Estado Islámico va acompañada de una estrategia de violencia contra los objetos y sitios culturales. En el punto álgido de su expansión territorial, el Estado Islámico tenía más de 4500 sitios históricos bajo su control.[71] Esto permitió que la destrucción de objetos culturales en Siria e Iraq también ha alcanzado el nivel de una campaña de gran alcance y sistemática.[72] Esta campaña "ha destruido museos y diversos monumentos sagrados, quemado manuscritos y arrasado sitios arqueológicos clave, como Hatra y Nimrud"[73]. Harmanşah señala que las actividades de la organización contra los bienes culturales constituyen un programa contra-patrimonio ("counter-heritage") que se manifiesta en la destrucción de artefactos en museos, la nivelación de sitios arqueológicos, la voladura de santuarios y tumbas y la quema de bibliotecas y archivos.[74] La destrucción selectiva de bienes culturales representa una especie de política de "tierra quemada".[75] Según Harmanşah, la humillación de las comunidades locales, la destrucción de su comprensión del patrimonio, la afrenta del Occidente humanitario y el reclutamiento de nuevos miembros son el objetivo multidireccional de esta destrucción sistemática.[76] De hecho, mediante este enfoque, el Estado Islámico contribuye a la desintegración de las comunidades locales en las zonas bajo su control. Porque con el patrimonio cultural, parte de la identidad colectiva de los grupos afectados también se pierde irremediablemente. Al mismo tiempo, la organización sustenta así su reivindicación absoluta de poder y consolida su control político.

La destrucción sistemática del patrimonio cultural material es deliberadamente puesta en escena por el Estado Islámico. Con este fin, la profanación o destrucción de los bienes culturales se graba en vídeo o se transmite en directo por Internet. Esta es una estrategia que el Dáesh también utiliza en la

[67] CHINKIN, C., KALDOR, M. Op. cit., p. 18.
[68] SCHORI LIANG, C. Op. cit., p. 6.
[69] NELLEMANN, C., HENRIKSEN, R., et al. Op. cit., p. 136.
[70] NELLEMANN, C., HENRIKSEN, R., et al. Op. cit., p. 136.
[71] WESTCOTT, T. *Destruction or theft? Islamic State, Iraqi antiquities and organized crime*, Global Initiative Against Transnational Organized Crime, Geneva, 2020, p. 1.
[72] LABABIDI R., QASSAR, H. Op. cit., p. 345.
[73] Ibídem.
[74] HARMANŞAH, Ö. "ISIS, Heritage, and the Spectacles of Destruction in the Global Media", *Near Eastern Archaeology*, Vol. 78, No. 3, 2015, pp. 170 y 171.
[75] CAMPION, K. "Blast through the Past Terrorist Attacks on Art and Antiquities as a Reconquest of the Modern Jihadi Identity", *Perspectives on Terrorism*, Vol. 11, No. 1, 2017, p. 30.
[76] HARMANŞAH, Ö. Op. cit., p. 175.

ejecución de personas.[77] Pero esas grabaciones no son sólo meras pruebas de la destrucción. Más bien se trata de productos escenificados propagandísticamente. Son artefactos de un discurso ideológico.[78] Porque al ponerlos en escena, el Estado Islámico se conecta a la iconoclasia del islam temprano y secuestra el legado de la herencia medieval y se apropia de él como genealogía religiosa para servir al enriquecimiento de su máquina de imágenes ultramoderna.[79] Por consiguiente, la representación de la destrucción de los bienes culturales es una autopresentación selectiva y una demostración de poder de la organización. A través de estas imágenes, el Estado Islámico puede difundir su imagen deseada en el mundo exterior. Así pues, se puede entender este procedimiento como una especie de estrategia de relaciones públicas de la organización. Harmanşah advierte en consecuencia con razón que la percepción acrítica de las producciones visuales del Dáesh como documentación confirma y apoya su maquinaria de propaganda.[80]

En este contexto, el papel especial de las narraciones e imágenes en las nuevas guerras se hace evidente una vez más. Internet y las imágenes se han convertido en parte del campo de batalla en el que se libran las luchas de las nuevas guerras, y el Estado Islámico sabe como dirigir con maestría esta batalla de imágenes. Con ella, buscan de forma intencional la indignación internacional, contribuyendo a su autoexpresión internacional.[81] A este respecto, el Dáesh no es en absoluto anticuado, sino que actúa con gran conocimiento de los medios de comunicación y utiliza las modernas tecnologías de la comunicación en su beneficio. Harmanşah también comparte la opinión de que el Dáesh no es una entidad anacrónica y medieval, sino más bien "un fenómeno supermoderno, que incorpora las herramientas más poderosas de la hiperrealidad en la difusión de sus actos violentos"[82]. En particular, las redes sociales como Facebook y Twitter, así como las plataformas de streaming como YouTube, son utilizadas de manera extremadamente eficiente por la organización. Un ejemplo es el vídeo subido a YouTube por el Estado Islámico el 26 de febrero de 2015, que muestra la destrucción deliberada de esculturas en el Museo de Mosul con mazos y taladros.

Aunque la organización borró el video al día siguiente, se hizo viral en muy poco tiempo en las redes sociales así como en los reportajes y generó indignación en todo el mundo.[83] En respuesta al vídeo, la entonces Secretaria General de la UNESCO, Irina Bokova, también se pronunció, describiendo el ataque como "mucho más que una tragedia cultural – es también una cuestión de seguridad en la medida en que alimenta el sectarismo, el extremismo violento y el conflicto en Iraq"[84]. A través de esta exhibición mediática la destrucción de los sitios del patrimonio cultural mundial y la ejecución de los desviados se escenifican como una especie de *reality show* que atrae la atención mundial y recluta nuevos miembros, motiva a los partidarios existentes e intimida a los oponentes.[85] Así, la organización interactúa y utiliza hábilmente la dinámica de nuestro mundo moderno y globalizado. En este sentido, Bokova observa que el Estado Islámico lo utiliza "como táctica de guerra para paralizar y debilitar las defensas sociales de la población, para atraer y reclutar

---

[77] RICO, T., LABABIDI, R. "Extremism in Contemporary Cultural Heritage Debates about the Muslim World", *Future Anterior: Journal of Historic Preservation, History, Theory, and Criticism*, Vol. 14, No. 1, 2017, p. 97.

[78] HARMANŞAH, Ö. Op. cit., p. 173.

[79] Ibídem, p. 174.

[80] Ibídem, p. 173.

[81] CAMPION, K. Op. cit., p. 30.

[82] HARMANŞAH, Ö. Op. cit., p. 176.

[83] Ibídem, p. 172.

[84] UNESCO. "Director-General requests UN Security Council meeting on destruction of heritage in Mosul", consultado el 04 de abril de 2020, fuente: https://en.unesco.org/news/director-general-requests-security-council-meeting-destruction-heritage-mosul.

[85] CAMPION, K. Op. cit., p. 30.

combatientes extranjeros en todo el mundo, así como para promover un programa fundamentalista".[86]

La destrucción de los bienes culturales alcanzó un triste punto culminante durante la ocupación de la ciudad iraquí de Mosul por el Estado Islámico. Incluso antes de que comenzara la reconquista de la ciudad por las tropas iraquíes en 2017, se estimaba que el número de mezquitas, iglesias y tumbas destruidas superaba las 100.[87] En el curso de la lucha, esta destrucción aumentó una vez más.[88] Entre las víctimas de la furia destructiva islamista estaba también la Gran Mezquita de an-Nuri con su famosa torre inclinada.[89] El Estado Islámico incluso registró en vídeo la destrucción de las esculturas asirias del Museo de Mosul, que fue difundida por los medios de comunicación internacionales de todo el mundo.[90] Si estos tesoros pueden ser reconstruidos en su forma original parece cuestionable.

Además de la destrucción sistemática y escalonada de bienes culturales, el Estado Islámico, como ya se ha mencionado, también está sumamente implicado en el tráfico ilícito de antigüedades. La venta de bienes culturales de los sitios de excavación, especialmente en Siria, es un hecho cotidiano.[91] Por un lado, esto apoya el proceso de desintegración y, por lo tanto, las políticas identitarias de la organización. La motivación principal, sin embargo, es sin duda de naturaleza financiera. La participación en el mercado internacional de antigüedades robadas se ha convertido en una lucrativa fuente de ingresos para el Dáesh y la organización se beneficia de la creciente demanda, especialmente en los países occidentales. Durante los años del " califato" territorial, el Estado Islámico tenía un suministro constante de bienes culturales gracias a su control sobre numerosos (más de 4500) sitios de excavación, sitios culturales y museos. Como resultado, esta actividad comercial se convirtió en una de las principales fuentes de ingresos para la organización. Ya en junio de 2014 el servicio secreto iraquí anunció que la organización terrorista había recaudado 36 millones de dólares estadounidenses de la venta de artefactos robados sólo de la región de al-Nabuk.[92] En 2016, el mencionado informe del *Geneva Centre for Security Policy* estimó los ingresos anuales procedentes del comercio de antigüedades en 22-55 millones de dólares estadounidenses. Es posible, sin embargo, que la suma pudiera haber sido tan alta como 100 millones de dólares estadounidenses.[93] Esto la habría convertido en la cuarta fuente de ingresos de la organización después de los impuestos paraestatales, el tráfico de drogas y la venta de petróleo. Como afirma Westcott en su informe, hay varias voces que incluso asumen que la destrucción escenificada de los bienes culturales sólo ha servido para encubrir el comercio con los artefactos supuestamente destruidos.[94]

El Estado Islámico obtuvo beneficios de dos maneras distintas del tráfico ilícito con los bienes culturales. Por un lado, participó directamente en la adquisición y el comercio de antigüedades. La organización robó gran parte de los artefactos de los museos de las zonas bajo su control. El museo de Mosul se vio particularmente afectado por esto. Incluso después de la reconquista de la ciudad y la recuperación

[86] BOKOVA, I. Op. cit., p. 41.

[87] CROITORU, J. "Kulturerbe in Mossul: Die Schätze unter Jonas zerstörten Grab", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, el 08/06/20, consultado el 14 de febrero de 2020, fuente: https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/irak-krieg-kulturerbe-in-mossul-wird-unter-is-zerstoert-15049561.html.

[88] Ibídem.

[89] Ibídem.

[90] MIRANDA GONÇALVES, R. Op. cit., p. 252.

[91] KILA, J.D. Op. cit., p. 69.

[92] BLANNIN, P. "Islamic State's Financing: Sources, Methods and Utilisation", *Counter Terrorist Trends and Analyses*, Vol. 9, No. 5, 2017, p. 16.

[93] SCHORI LIANG, C. Op. cit., p. 10.

[94] WESTCOTT, T. Op. cit., p. 4.

de algunos artefactos, el museo asume que hoy en día alrededor del 50-70% de los objetos siguen desaparecidos y probablemente robados.[95] Además, el propio Estado Islámico realizó excavaciones con el fin de vender los hallazgos. Los artefactos así obtenidos solían venderse a redes comerciales ilegales, que pueden atribuirse al crimen organizado.[96] Por otra parte, el Dáesh también ganaba indirectamente con el comercio de antigüedades saqueadas al tasar las operaciones de excavación, saqueo y contrabando no realizadas por él.[97]

Debido a la pérdida de todo su territorio, esta fuente de ingresos para el Estado Islámico se ha secado en gran medida hoy en día. Sin embargo, un gran número de artefactos de Siria e Irak siguen sin poder ser rastreados. Muchos objetos siguen en manos de las redes de contrabando organizadas, que los ofrecen en los mercados mundiales. Westcott teme que los objetos se vendan en las próximas décadas sin mucho escrutinio debido a la extendida ignorancia global respecto a las antigüedades robadas por el Estado Islámico.[98] También es imposible estimar cuántos bienes culturales están todavía en manos del Dáesh. Por lo tanto, se puede asumir con razón que, a pesar de la victoria territorial sobre el Estado Islámico, se trata de un crimen continuo.[99]

Los daños globales causados a Siria e Iraq por la destrucción y el robo de bienes culturales por el Estado Islámico son difíciles de predecir. Lo que sí es cierto, sin embargo, es que la destrucción ha dejado fuertes huellas y ha causado graves daños a las identidades colectivas de los pueblos afectados.

4. Conclusión

En resumen, puede decirse que el patrimonio cultural material se enfrenta a nuevos retos en los conflictos del siglo XXI. El patrimonio cultural es cada vez más atacado no solo por razones militares, sino también por su importancia para la identidad colectiva de los grupos étnicos. La destrucción sistemática de bibliotecas, archivos, museos y sitios culturales se ha convertido en una estrategia establecida en las nuevas guerras. Esta limpieza cultural forma parte de las políticas de limpieza étnica, que incluyen asesinatos en masa, expulsiones y violencia sexual, y que tienen por objeto promover los objetivos identitarios de los actores violentos no estatales. La destrucción sistemática y planificada del patrimonio cultural va acompañada de un creciente tráfico ilícito de bienes culturales. Esto acelera la desintegración de las sociedades mediante el robo del pasado a los grupos étnicos y, por lo tanto, promueve la limpieza cultural. Sin embargo, al mismo tiempo, este campo de negocios también se ha convertido en una lucrativa fuente de financiación para los actores no estatales y, especialmente, para las organizaciones terroristas. Esto refleja la economía descentralizada y globalizada de las nuevas guerras. Según las estimaciones, el comercio ilegal de antigüedades, que se lleva a cabo en estrecha cooperación con las redes de comercio de la delincuencia organizada, representa aproximadamente el 1% de las corrientes financieras ilegales mundiales en las zonas de conflicto. El importe total en 2018 fue, por consiguiente, de unos 315 millones de dólares estadounidenses, la mayoría de los cuales se destinaron a grupos del crimen organizado, contribuyendo así a la continuación de los conflictos.

El Estado Islámico es uno de estos actores no estatales violentos de las nuevas guerras. Entre 2015 y 2017, en su mayor momento de expansión territorial, utilizó la destrucción sistemática del patrimonio cultural material de Siria e Iraq para avanzar en sus políticas identitarias. Esta estrategia se ejecutó junto a asesinatos en masa, expulsiones y otras atrocidades contra la población civil, que en el caso de los Yazidíes adquirió incluso las dimensiones de un genocidio. Además, el Dáesh también

[95] Ibídem, p. 6.
[96] WESTCOTT, T. Op. cit., p. 37.
[97] BLANNIN, P. Op. cit., p. 16.
[98] WESTCOTT, T. Op. cit., p. 38.
[99] Ibídem, p. 1.

escenificó hábilmente sus acciones destructivas. La organización utilizó eficientemente los medios de comunicación modernos y las redes sociales para distribuir grabaciones y transmisiones en vivo a través de Internet. La organización pudo difundir así su imagen deseada por todo el mundo, humillando a las comunidades locales, escandalizando al Occidente humanitario y reclutando nuevos miembros. Por lo tanto, las grabaciones deben verse menos como documentaciones de la furia destructiva de los islamistas y más como obras propagandísticas diseñadas para promover un discurso político. Asimismo, el Estado Islámico estaba involucrado en gran medida en el tráfico ilícito de bienes culturales. Utilizó los más de 4500 sitios culturales que se encontraban temporalmente bajo su control para robar antigüedades o para llevar a cabo sus propias excavaciones, vendiendo los artefactos obtenidos a las redes de contrabando organizadas. También gravaba las actividades de saqueo, contrabando y excavación que no eran llevadas a cabo por él mismo. No se puede predecir el alcance exacto de esas actividades del Estado Islámico, pero se estima que en 2016 la organización facturó entre 22 y 55 millones de dólares estadounidenses, posiblemente hasta 100 millones de dólares estadounidenses. Así, el comercio ilegal de antigüedades era una sus principales fuentes de ingresos. También se supone que las acciones de destrucción publicadas servían en muchos casos de tapadera para permitir un comercio sin perturbaciones con los bienes supuestamente destruidos. Esto demuestra la dinámica de las nuevas guerras, en las que los objetivos identitarios a menudo son solo un pretexto para legitimar el uso de la violencia, mientras que los objetivos reales son de naturaleza financiera o personal.

La victoria militar sobre el Estado Islámico declarada en marzo de 2019 y su pérdida masiva de territorio ocupado puede haber detenido en gran medida este proceso por el momento. Sin embargo, la creciente importancia de los actores violentos no estatales en las relaciones internacionales y los conflictos mundiales significa que el patrimonio cultural del mundo seguirá enfrentándose a amenazas en el futuro. Además, un número incalculable de bienes en Siria e Iraq siguen en manos de redes de traficantes especializados, y es probable que terminen en los mercados mundiales en las próximas décadas. Por consiguiente, es fundamental que se ponga fin a la creciente demanda de antigüedades en los países occidentales y que se apliquen efectivamente las normas internacionales existentes contra el tráfico ilícito de bienes culturales a nivel de los Estados partícipes. Mientras esto no suceda, el tráfico ilícito de bienes culturales seguirá siendo una importante fuente de ingresos para los actores de las nuevas guerras. Asimismo, la comunidad de Estados debe tomar conciencia del importante papel que desempeña el crimen organizado en los nuevos conflictos y encontrar respuestas para combatirlo, acabando así de forma duradera con la financiación de los conflictos. Por último, la comunidad internacional y los Estados individuales deben tomar medidas más decisivas contra la destrucción de los bienes culturales y el comercio ilegal de los mismos. La Resolución 2347 del Consejo de Seguridad de la ONU muestra que la comunidad de Estados es consciente de las amenazas. Falta por demostrar, sin embargo, que este interés no desaparecerá con la destrucción territorial del Estado Islámico. El fallo de la Corte Penal Internacional contra el islamista maliense Ahmad al Faqi al Mahdi en septiembre de 2016 arroja un rayo de esperanza. Por primera vez, la Corte ejerció su jurisdicción en virtud del artículo 8.2.ix del Estatuto de Roma y condenó a Ahmad al Faqi al Mahdi como criminal de guerra por la destrucción de patrimonio cultural material. Esta acción contra los grupos e individuos que destruyen los bienes culturales por razones de identidad, políticas o financieras o que trafican con ellos ilícitamente debe intensificarse en el futuro. Porque como Bokova afirma acertadamente, "como el patrimonio se encuentra ahora en la primera línea de una nueva guerra contra las mentes, está claro que el patrimonio debería estar en la primera línea de la construcción de la paz, y ser un componente central de nuestra respuesta al nuevo conflicto del siglo XXI".[100]

[100] BOKOVA, I. Op. cit., p. 45.

5. BIBLIOGRAFÍA

AFP/DPA. "Syrien: IS entführt 36 Frauen und Kinder", *Deutsche Welle*, el 30/07/2018, consultado el 14 de febrero de 2020, fuente: https://www.dw.com/de/is-entf%C3%BChrt-36-frauen-und-kinder/a-44879175.

AFP/DPA. "Syrien: IS zerstört Teile der antiken Stadt Palmyra", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, el 20/01/2017, consultado el 12 de febrero de 2020, fuente: https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/syrien-krieg-is-zerstoert-teile-der-antiken-stadt-palmyra-14705690.html.

BASIT, A. "What Next for the Islamic State after Territorial Losses?", *Counter Terrorist Trends and Analyses*, Vol. 11, No. 6, 2019, pp. 1-7.

BLANNIN, P. "Islamic State's Financing: Sources, Methods and Utilisation", *Counter Terrorist Trends and Analyses*, Vol. 9, No. 5, 2017, pp. 13-22.

BOKOVA, I. "Fighting Cultural Cleansing: Harnessing the Law to Preserve Cultural Heritage", *Harvard International Review*, Vol. 36, No. 4, 2015, pp. 40-45.

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C.M. "La protección internacional de los bienes culturales en tiempo de guerra", *International Law: Revista Colombiana de derecho Internacional*, Vol. 3, 2004, pp. 73-107.

CAMPION, K. "Blast through the Past Terrorist Attacks on Art and Antiquities as a Reconquest of the Modern Jihadi Identity", *Perspectives on Terrorism*, Vol. 11, No. 1, 2017, pp. 26-39.

CHINKIN, C., KALDOR, M. *International Law and New Wars*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

CROITORU, J. "Kulturerbe in Mossul: Die Schätze unter Jonas zerstörten Grab", *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, el 08/06/17, consultado el 14 de febrero de 2020, fuente: https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/irak-krieg-kulturerbe-in-mossul-wird-unter-is-zerstoert-15049561.html.

DUFFIELD, M. *Global Governance and the New Wars: The Merging of Development and Security*, 2ª edición, Zed Books, New York, 2014.

ETZERSDORFER, I., JANIK, R. *Staat, Krieg und Schutzverantwortung*, Facultas Verlags- und Buchhandels AG, Wien, 2016.

GANOR, B. "Four Questions on ISIS: A "Trend" Analysis of the Islamic State", *Terrorism Research Initiative*, Vol. 9, No. 3, 2015, pp. 56-64.

GÜNTHER, C., KADEN, T. "Mehr als bloßer Terrorismus: Die Autorität des »Islamischen Staates« als soziale Bewegung und als Parastaat", *Zeitschrift für Politik*, Vol. 63, No. 1, 2016, pp. 93-118.

HARMANŞAH, Ö. "ISIS, Heritage, and the Spectacles of Destruction in the Global Media", *Near Eastern Archaeology*, Vol. 78, No. 3, 2015, pp. 170-177.

HERNÁNDEZ GARCÍA, L.A. "La dimensión discursiva de los conflictos. Cuando las narraciones se enfrentan." en *Monografías del CESEDEN 124: Las Nuevas Guerras: Globalización y Sociedad*, Ministerio de Defensa, Madrid, 2011, pp. 17-92.

KALDOR, M. *New and Old Wars. Organized Violence in a Global Era*, 3ª edición, Stanford University Press, Stanford, 2012.

KILA, J.D. "Protección de bienes culturales en conflictos armados", *AFKAR/IDEAS*, Vol. 43, 2014, pp. 68-71.

LABABIDI, R., QASSAR, H. "Did They Really Forget How to Do It? Iraq, Syria, and the International Response to Protect a Shared Heritage", *Journal of Eastern Mediterranean Archaeology & Heritage Studies*, Vol. 4, No. 4, 2016, pp. 341-362.

MASSOUD, Y. "Afghans Can Win This War", *Foreign Policy*, el 30/07/2010, consultado el 25 de marzo de 2020, fuente: https://foreignpolicy.com/2010/07/30/afghans-can-win-this-war-2/.

MIRANDA GONÇALVES, R. "La protección del patrimonio cultural material en caso de conflicto armado", *Revista Jurídica da Presidência*, Vol. 19, No. 118, 2017, pp. 244-256.

MOUSTAFA, L.H. "Cultural Heritage and Preservation: Lessons from World War II and the Contemporary Conflict in the Middle East", *The American Archivist*, Vol. 79, No. 2, 2016, pp. 320-338.

MÜNKLER, H. *Die neuen Kriege*, 7ª edición, Rowohlt Taschenbuch Verlag, Hamburg, 2018.

NELLEMANN, C., HENRIKSEN, R., PRAVETTONI, R., STEWART, D., KOTSOVOU, M., SCHLINGEMANN, M.A.J., SHAW, M., REITANO, T. *World Atlas of Illicit Flows. A RHIPTO-INTERPOL-GI Assessment*, RHIPTO, 2018.

ONU, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS. *"They came to destroy": ISIS Crimes Against the Yazidis*, A/HRC/32/CRP.2, 2016.

ONU, CONSEJO DE SEGURIDAD. Resolución 2347 (2017), S/RES/2347, 2017.

PHILLIPS, M.D., KAMEN, E.A. "Entering the Black Hole: The Taliban, Terrorism, and Organised Crime", *Journal of Terrorism Research*, Vol. 5, No. 3, 2014, pp. 39-48.

RICO, T., LABABIDI, R. "Extremism in Contemporary Cultural Heritage Debates about the Muslim World", *Future Anterior: Journal of Historic Preservation, History, Theory, and Criticism*, Vol. 14, No. 1, 2017, pp. 95-105.

RIEDLMAYER, A. "Erasing the Past: The Destruction of Libraries and Archives in Bosnia-Herzegovina", *Middle East Studies Association Bulletin*, Vol. 29, No. 1, 1995, pp. 7-11.

SCHORI LIANG, C. *The criminal jihadist: Insights into modern terrorist financing*, Strategic Security Analysis 10/2016, Geneva Centre for Security Policy, 2016.

UNESCO. "Director-General requests UN Security Council meeting on destruction of heritage in Mosul", consultado el 04 de abril de 2020, fuente: https://en.unesco.org/news/director-general-requests-security-council-meeting-destruction-heritage-mosul.

UNESCO. "Illicit Trafficking, Return & Restitution of Cultural Property: Celebrating 50 years of UNESCO's action", consultado el 25 de marzo de 2020, fuente: https://en.unesco.org/fighttrafficking.

WESTCOTT, T. *Destruction or theft? Islamic State, Iraqi antiquities and organized crime*, Global Initiative Against Transnational Organized Crime, Geneva, 2020.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 492-516
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Responsabilidade internacional: Estudo do caso *Bayev and others v. Russia*

International responsability: Case study Bayev and others v. Russia

Aldy Mello de Araújo Filho[1]
Universidade Portucalense

Sumário: Lista de abreviaturas. Introdução. 1. Noções gerais. 1.1. O *draft articles* e os antecedentes da responsabilidade internacional. 1.2. Finalidades e legitimidade processual. 1.3. Responsabilidade internacional dos Estados e OI's. Ilicitude e dano. 1.4. Causas de exclusão da ilicitude. 2. A responsabilidade internacional da Rússia pela edição da lei antipropaganda *gay*. 2.1. Sexo, gênero e orientação sexual. 2.2 Os Princípios de Yogyakarta. 2.2.1. Direito à igualdade e não discriminação. 2.2.2. Reconhecimento perante a lei. 2.2.3. Direito à liberdade de opinião e expressão. 2.2.4. Direito de liberdade de reunião e associação pacíficas. 2.2.5. Direito à liberdade de pensamento, consciência e religião. 2.3. A homossexualidade no contexto russo. 2.4. A Rússia, a Convenção Europeia de Direitos Humanos e o Protocolo 12 à Convenção Europeia. 2.5. O relatório da Convenção de Veneza. 2.6 A lei antipropaganda *gay* russa: responsabilidade internacional e legitimidade processual passiva. 2.6.1. Legitimidade processual ativa: o caso *Bayev and others v. Russia.* 2.6.2. Os fundamentos da decisão da CEDH. 2.6.3 Ilicitude e dano. Conclusão. Referências.

Resumo: Abordam-se os antecedentes históricos do instituto da responsabilidade internacional, finalidades, legitimidade processual, ilicitude, dano e causas de exclusão de ilicitude. Analisa-se a condenação da Rússia pela Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH) em virtude da aplicação de lei federal que proíbe a divulgação de informações sobre a homossexualidade a menores de idade no país. Investigam-se os fundamentos da decisão, à luz da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, do Protocolo 12 à Convenção Europeia e dos Princípios de Yogyakarta. Analisa-se o grau de coercibilidade do direito da responsabilidade no cenário internacional.

Palavras chave: Responsabilidade internacional; CEDH; Lei antipropaganda *gay*; Convenção Europeia dos Direitos do Homem; Princípios de Yogyakarta.

Abstract: Discussing the historical background of the institute of international responsibility, purposes, legitimacy procedural, unlawfulness, damage and causes of exclusion of unlawfulness. Analyzing the condemnation of Russia by the European Court of Human Rights (ECHR) by virtue of the application of the federal law that prohibits the disclosure of information about homosexuality to minors in the country. Investigating the fundamentals for the decision, in the light of the European Convention on Human Rights, Protocol 12 to the European Convention on Human Rights; Principles of Yogyakarta.

[1] Defensor Público do estado do Maranhão. Especialista e Mestre em Ciências Jurídico-Políticas pela Universidade Portucalense. *E-mail:* aldyfilho@gmail.com

Recibido: 27/02/2020
Aceptado: 04/06/2020

Keywords: International responsibility; ECHR; Antipropaganda of homosexuality; European Convention on Human Rights; Principles of Yogyakarta.

LISTA DE ABREVIATURAS

CDI - Comissão de Direito Internacional
CS - Conselho de Segurança
CEDH - Corte Europeia de Direitos Humanos
LGBT – Lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais
ONU - Organização das Nações Unidas
OI's - Organizações Internacionais
PIDESC - Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais
PIDCP - Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos
PA - Projeto de Artigos
TEDH – Tribunal Europeu de Direitos Humanos
TIJ - Tribunal Internacional de Justiça

INTRODUÇÃO

Toda ordem jurídica, para ter eficácia, atribui consequências a comportamentos lesivos. Da obrigação geral de não lesar (*neminem laedere*) deriva a necessidade de resposta. O sujeito de direito que, por ação ou omissão, viola norma ou dever que o vincula a outro sujeito ou conjunto de sujeitos incorre em responsabilidade. A invasão da esfera jurídica de terceiro é igualmente vedada no plano internacional, o que implica o dever de agir em conformidade com as disposições legais. No âmbito do conjunto normativo que regula as relações entre os Estados, a liberdade de cada um encontra limite naquela atribuída aos demais, de modo que qualquer fato violador de conduta imputável a quem possua personalidade jurídica na esfera internacional conduz à sua responsabilização, correlato da soberania e capacidade jurídica internacionais, bem como garantia de sua legalidade.

A ofensa a uma norma ou obrigação, independentemente de qualificação pelo direito interno, a imputação de tal ofensa a um sujeito de Direito Internacional e a ausência de justificativa válida para não atuar[2] são elementos da responsabilidade.O presente estudo investiga a aplicação do instituto da responsabilidade internacional no caso *Bayev and others v. Russia,* a partir da decisão da Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH)[3], ocorrida em 20 de junho de 2017, que condenou o estado russo no pagamento de indenização a ativistas da causa LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis e transexuais) por ofensa ao direito de expressão e de liberdade de orientação sexual.

O debate sobre o problema será tomado a partir de incursões gerais sobre o tema responsabilidade internacional, abordando seus antecedentes históricos, o *draft articles,* as finalidades do instituto, legitimidade processual, ilicitude, dano e causas de exclusão de ilicitude, baseadas na matriz bibliográfica eleita. A segunda parte da pesquisa investiga os fundamentos e dissensos argumentativos da decisão da CEDH, que condenou a Rússia por violação das obrigações assumidas na

[2] Segundo Crawford e Olleson, "an internationally wrongful act presupposes that there is conduct, consisting of an action or omission, that: (a) is attributable to a State under international law, and (b) constitutes a breach of the international obligations of the State […] In some cases, however, the respondent State may claim that it is justified in its non-performance, for example, because it was acting in self-defense or was subject to a situation of *force majeure*". (CRAWFORD, J.; OLLESON, S. "The character and forms of international responsibility". In: EVANS, M.D. (ed.). *International Law*. 4ª ed. Ed. Oxford University Press, United States of America, 2014, p. 452 e 453)

[3] Ou Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

Convenção Europeia dos Direitos do Homem[4] e no Protocolo 12 à Convenção Europeia (Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais)[5]. Analisa-se, ainda, a responsabilidade do estado russo à luz dos Princípios de Yogyakarta[6], que dispõem sobre a aplicação da legislação internacional de direitos humanos em relação à orientação sexual e identidade de gênero. Ao descrever a trajetória que ensejou a condenação da Rússia no pagamento de indenização por dano moral em virtude da aplicação daquela que ficou conhecida como lei antipropaganda *gay,* o estudo, de caráter exploratório, e desenvolvido sob o método indutivo, analisa igualmente o grau de coercibilidade do direito da responsabilidade no cenário internacional.

1 NOÇÕES GERAIS

1.1 O *DRAFT ARTICLES* E OS ANTECEDENTES DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL

A doutrina costuma apontar como antecedentes históricos da responsabilidade internacional a ideia de compensação em caso de guerras injustas, atribuída a Hugo Grócio; o Tratado de Jay, entre os Estados Unidos e o Reino Unido, de 1794; o Tratado de Francoforte, de 1871; a IV Convenção de Haia, de 1907 e o Tratado de Versalhes, de 1919. Desde o final da I Guerra Mundial, remontam iniciativas de codificação de um regime jurídico internacional. Os estudos de Strupp, em 1927, da *Harvard Law School*, e de Roth, em 1932, do Instituto Americano de Direito Internacional, bem como a Conferência de Haia, em 1930, são citados como exemplos dos esforços de sistematização de normas disciplinadoras da responsabilidade dos sujeitos de Direito Internacional. Mais tarde, em 1953, a Organização das Nações Unidas (ONU), por meio da Comissão de Direito Internacional (CDI), introduziu em sua agenda a elaboração de um Projeto de Artigos (PA ou *draft articles*), aprovado pela Assembleia Geral da ONU no ano de 2001, durante a 53ª sessão da CDI, com vistas a elaborar uma convenção internacional sobre responsabilidade por fatos ilícitos, em que pese o inegável impacto do direito consuetudinário na conformação do instituto. Adotado por parte da doutrina e jurisprudência, o PA versa sobre a responsabilidade dos Estados por atos ilícitos internacionais, assim consideradas as violações de uma obrigação jurídico-internacional imputadas a um Estado, como tal caracterizada pelo Direito Internacional, afastando a noção de responsabilidade criminal[7].

O PA destaca a autonomia do Direito Internacional face o direito interno, as circunstâncias em que determinado comportamento é imputado ao Estado como sujeito de Direito Internacional, a determinação do período temporal da violação; as causas de exclusão da ilicitude; a especificação do conteúdo da responsabilidade, tais como a cessação do ato ilícito e a reparação do dano; a determinação das condições processuais ou substantivas de provocação e cessação da responsabilidade e a aplicação de contramedidas. Igualmente são apontadas como inovações a limitação da aplicação de contramedidas, especialmente em face da proteção dos direitos humanos, obrigações humanitárias e normas imperativas de Direito Internacional; a introdução do conceito de responsabilidade internacional agravada por violações a

[4]CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

[5] PROTOCOLO 12 À CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM OU CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

[6] PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

[7] MACHADO, J.E.M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro.* 4ª ed. Ed. Coimbra, Coimbra, 2013, p. 637.

regras internacionais peremptórias, assim como a legitimidade de qualquer Estado, mesmo não lesado, invocar a responsabilidade de outro, quando o fato violar uma obrigação comum a toda comunidade internacional[8]. Dentre os avanços, sobreleva-se a possibilidade de verificação de responsabilidade internacional sem dano por simples ilicitude. O art. 1º do PA[9], embora não contemple um conceito para responsabilidade, prevê o ato lícito como seu fato gerador e as obrigações dela resultantes, estabelecendo que "todo ato internacionalmente ilícito de um Estado acarreta a responsabilidade internacional daquele Estado". Considerando relativa solidificação pela comunidade internacional, parte dos internacionalistas defende que a adoção do PA como tratado colmataria e clarificaria seu estatuto jurídico, permitindo maior aceitação política das suas normas, dada a faculdade de participação de todos os Estados, fortalecendo o multilateralismo. Para outros autores, faz-se necessário mais espaço e tempo para a estabilização do PA através das práticas de cada governo e decisões dos tribunais internacionais[10]. Há igualmente quem entenda que o PA possui eficácia superior a um tratado, por revelar um importante indicador do sentido atribuído aos princípios gerais de Direito Internacional e da evolução do direito consuetudinário, vinculando a generalidade dos Estados e favorecendo a segurança jurídica, sem que tal implique no prejuízo de aplicação de outras normas de Direito Internacional e da responsabilidade das Organizações Internacionais (OI's) e dos indivíduos[11].

1.1 FINALIDADES E LEGITIMIDADE PROCESSUAL

Para Mazzuoli[12], o instituto da responsabilidade possui dupla finalidade: preventiva no sentido de impor observância às obrigações internacionais, e preventiva, ao atribuir à vítima do ilícito a respectiva reparação. Machado[13], por sua vez, destaca as dimensões declaratória, inibitória, sancionatória, reparatória e normativa do instituto. Conforme dispõem o art. 1º do projeto sobre a responsabilidade internacional dos Estados e o art. 3º do projeto sobre responsabilidade internacional das OI's, todo ato internacionalmente ilícito resulta na obrigação de "reparar" danos materiais e "satisfazer" danos morais. A noção de ordem jurídica internacional remete à existência de normas de *jus cogens*, imperativas e inderrogáveis, reconhecidas e aceitas por toda a comunidade internacional. Qualquer sujeito de Direito Internacional pode incorrer em responsabilidade em face de outro sujeito de Direito Internacional ou comunidade globalmente considerada. Segundo Crawford e Olleson[14], um Estado pode invocar a responsabilidade de outro se a obrigação for devida a um grupo de Estados a que

[8] RIBEIRO, M.A. "Intervenção de Abertura". In: PEREIRA, M.A.V. *Questões de Responsabilidade Internacional*. Ed. Sociedade Portuguesa de Direito Internacional, Porto, set. 2016, p. 06 e ss.

[9] Considerando a citação de dispositivos da legislação brasileira e europeia - e a diferenciação entre as legislações do uso do número ordinal na identificação do artigo-, será observado, para fins de citação, a utilização em cada continente.

[10] TELES, P.G. "A responsabilidade internacional do Estado por factos ilícitos: o longo caminho para uma convenção?" In: PEREIRA, M.A.V., op.cit., p. 74 e ss.

[11] MACHADO, J.E.M., op.cit., p. 638.

[12] MAZZUOLI, V.O. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª ed. Ed. RT, São Paulo, 2013, p. 559.

[13] MACHADO, J.E.M., op.cit., p. 628.

[14] "Any State other than an injured State is entitled to invoke the responsibility of another State if: (a) the obligation breached is owed to a group of States including that State, and is established for the protection of a collective interest of the group; or (b) the obligation breached is owed to the international community as a whole" (CRAWFORD, J.; OLLESON, S., op.cit., p. 472).

pertença ou se aquela revelar-se comum a toda a comunidade internacional. Assim, a imputação de uma conduta a um Estado é analisada em vista das obrigações internacionalmente estabelecidas em face de um ou mais Estados ou da comunidade internacional em seu conjunto. A existência de pessoas ou órgãos sob sua autoridade é pressuposto para a imputação de responsabilidade a um Estado ou OI. Se o autor da conduta ilícita agir em seu nome[15], ao sujeito de direito será atribuído o fato ilícito. Conforme a teoria da aparência, o Estado ou Organização é internacionalmente responsável pelos comportamentos de seus órgãos e agentes, ainda que a atuação ocorra contra suas diretrizes ou ordem direta. A antijuridicidade da conduta *ultra vires* de tais sujeitos funda-se na exteriorização de sua capacidade oficial, sendo presumida a possibilidade de controle. Um ato praticado por órgão de outro Estado pode ser imputado àquele lhe o colocou em serviço, abrangendo os casos de ação ou omissão. Condutas de indivíduos ou pessoas coletivas privadas, que atuem como agentes de fato do Estado, ou grupos por ele administrado (movimentos insurrectos), também induzem à responsabilidade estatal, incluindo igualmente ações realizadas no exercício delegado de poderes públicos, em substituição ou na falta do Estado, com possibilidade de corresponsabilização de outro Estado que o auxilie.

Salvo disposições convencionais, para Álvares[16], dada a natureza do instituto, em regra, não é possível que um particular, pessoa física ou jurídica, solicite reparações internacionalmente, nada impedindo que o Estado do qual a vítima seja nacional recorra à proteção diplomática ou funcional, através de endosso, assumindo o Estado a reclamação do particular. Por meio do referido instrumento, o dano mediato é transformado numa relação entre dois sujeitos de Direito Internacional, respeitados os requisitos da nacionalidade, esgotamento dos recursos internos e conduta correta da vítima[17]. A responsabilização pode recair sobre o indivíduo, cabendo a todos os Estados aceitar julgar e extraditar tais crimes, atribuindo-lhes natureza imprescritível.

1.2 RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS E OI'S. ILICITUDE E DANO

[15] "O facto de um *agente incompetente* é susceptível de comprometer o Estado", segundo Dinh, Daillier e Pellet que, citando o art. 2° do protocolo I de Genebra de 1977, afirmam que o Estado é responsável por todos os atos cometidos pelo pessoal das forças armadas em conflitos internacionais, assim como particulares em tempo de guerra ("funcionários de facto") ou em execução de ordens estatais e desmembramentos do Estado (coletividades públicas territoriais ou entidades de direito público interno) (DINH, N.Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Direito Internacional Público.* COELHO, V.M. (trad.). GOUVEIA, M.I.; SANTOS, F.D. (rev.). Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999, p. 689 e 690).

[16] ÁLVARES, R.K.R. "Questões de responsabilidade internacional: causas de exclusão da ilicitude de atos internacionais [típicos] do Estado". In: PEREIRA, M.A.V., op.cit., p. 224.

[17] A proteção diplomática pressupõe um vínculo de nacionalidade do particular com o Estado com o qual pretende a proteção diplomática na data do fato ilícito ou do ingresso da reclamação internacional, salvo soluções convencionais, sendo igualmente necessário que a nacionalidade seja oponível ao Estado contra o qual a reclamação é dirigida. Não se admite proteção diplomática contra um Estado do qual o particular seja igualmente nacional (dupla nacionalidade), o mesmo se aplicando às sociedades comerciais. A proteção diplomática exige o esgotamento prévio das vias de recurso internas, o que denota o caráter subsidiário da proteção diplomática como meio de defesa dos particulares, salvo quando não existirem recursos internos ou sendo eles ineficazes, cabendo ao particular o ônus da prova. A proteção diplomática constitui uma competência discricionária do Estado, podendo dispor de todos os instrumentos de resolução pacífica de conflitos oferecida pelo Direito Internacional para o exercício da proteção diplomática, bem como renunciá-lo, por tratado ou convenção unilateral anterior ou posterior ao litígio, hipótese não autorizada ao particular (DINH, N.Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A., op. cit., p. 707 e ss).

Machado[18] destaca as seguintes teses sobre a responsabilidade internacional dos Estados: a) Tese da responsabilidade *sui generis,* segundo a qual a condenação de um Estado por um "crime internacional" para além dos titulares de órgãos individualmente considerados significa uma punição coletiva a toda uma população, dada a natureza *sui generis* da responsabilidade; b) Tese dos ilícitos excepcionalmente graves, que distingue crimes e delitos, assinalando a gravidade de violação de algumas obrigações internacionais, atribuindo à expressão "crime" conotação não estritamente penal, mas se referindo a atos ilícitos excepcionalmente graves, afastando a confusão entre responsabilidade individual e estatal, de modo que a responsabilidade criminal de um agente não conduz necessariamente à responsabilidade criminal do Estado, podendo existir a responsabilidade civil do Estado por atos criminosos dos seus agentes; c) Tese dos crimes de Estado, segundo a qual a categoria dos atos ilícitos excepcionalmente graves não passa de nova denominação à categoria de crimes internacionais, preferindo a expressão "crime de Estado", conceito *sui generis* distinto do direito penal nacional, ao qual atribui sanções de natureza sancionatória não necessariamente criminal; d)Tese dos crimes e delitos, atribuindo a aplicação do conceito de crime aos Estados, pela via da responsabilidade objetiva, reservado a condutas violentas (crimes contra a humanidade, guerra e contra a paz), sem que isso implique em sanções idênticas às aplicadas aos indivíduos, incluindo multas, indenizações punitivas, contramedidas, privação da imunidade estadual dos titulares de órgãos, dentre outras, destinando maior atenção à população do Estado agredido, ainda que impactem a população do Estado agressor.

Para o autor, a CDI recusou a adoção da terminologia "crime internacional", "crime de Estado" ou "ilícito excepcionalmente grave", falando apenas em graves violações de obrigações internacionais (*serious breaches*), assim consideradas as violações peremptórias ou imperativas de Direito Internacional, dentre elas, os deveres de proteção dos direitos humanos, podendo o ato ser instantâneo ou contínuo.

Quanto às OI's, para que uma Organização seja reconhecida como sujeito de Direito Internacional é necessário que atue de forma distinta a dos Estados (autonomia funcional), o que inclui o exercício das competências previstas em seu ato constitutivo, a efetivação de princípios que regem a divisão de competências com os Estados membros (princípio da competência, dos poderes implícitos, da subsidiariedade e da proporcionalidade)[19].Trata-se de capacidade para o exercício de direitos e obrigações, como por exemplo celebrar tratados com Estados e/ou outras OI's. Assim, se uma OI praticar uma ilicitude, estará sujeita à responsabilização, abrangendo igualmente os atos *ultra vires* dos seus agentes e funcionários. É admitida a responsabilidade solidária entre Estados e OI´s e OI's entre si, sem prejuízo da responsabilidade dos demais Estados e OI's. Parte da doutrina defende a responsabilidade subsidiária dos Estados, limitada e ilimitada, motivo pelo qual em alguns casos os Estados, ao criarem suas OI´s por tratado, aprovam cláusulas de exclusão de responsabilidade estatal por ato daquelas[20].

A ilicitude é o fundamento comum da responsabilidade e consiste na falta ou violação de norma ou obrigação atribuída a um Estado ou OI, segundo regras de caráter consuetudinário ou convencional, cuja gravidade é reconhecida pela comunidade em seu conjunto. A ilicitude, fato objetivo que resulta de uma falta[21], é

[18] MACHADO, J. E.M., op.cit., p. 632 e ss e 645 e 646.

[19] BARROS, R. "A responsabilidade das organizações internacionais – o ato internacionalmente ilícito". In: PEREIRA, M.A.V., op.cit., p. 199 e 200.

[20] MACHADO, J.E.M., op.cit., p. 631.

[21] Segundo Barros, doutrina internacionalista majoritária adota a teoria objetiva da responsabilidade, que atribui ao ato internacionalmente ilícito natureza causal, desvinculada do elemento culpa (BARROS, R., op.cit., p. 202). Para Machado, o nexo de imputação ocorre

o elemento central da responsabilidade e independe de suas consequências. Segundo Barros[22],

> A opção dos redatores por esta previsão é bastante vítrea: pretende-se elencar a ilicitude como fato sensível e nuclear da responsabilidade internacional. O facto internacionalmente ilícito é condição necessária e suficiente para a existência da responsabilidade. Dele se deduz que existe responsabilidade independentemente das suas consequências. Estamos, pois, perante uma verdadeira revolução, uma rutura com a conceção dominante anteriormente: a responsabilidade é gerada por um facto objetivo que resulta de uma falta, quaisquer que possam ser as suas consequências [...] Não obstante o dever de indemnizar em razão do dano ocorrido *in concreto* ser uma consequência normal da responsabilidade, não é a única, uma vez que o puro e simples incumprimento obrigacional destituído do fator dano também desencadeará responsabilidade internacional da entidade agressora.

No mesmo sentido, leciona Velasco Vallejo[23], para quem a responsabilidade independe de prejuízo ao outro pactuante, como no caso do descumprimento de um tratado. Assim, o dano não é elemento constitutivo da responsabilidade internacional, sendo a existência de fato internacionalmente ilícito suficiente para sua caracterização. O dever de reparação pressupõe a existência de pelo menos dois sujeitos: o agente causador do ilícito[24] e aquele suporta suas consequências. Conforme Dinh, Daillier e Pellet[25], os sujeitos de Direito Internacional somente poderão invocar a responsabilidade quanto a fatos ofensivos a interesses juridicamente protegidos de que sejam titulares. Cada sujeito possui direitos que devem ser respeitados sem que seja necessário demonstrar o dano causado pela sua violação. Inexiste responsabilidade internacional na ausência de ofensa a direito próprio, salvo exceções convencionais e obrigações que, pela sua natureza, dizem respeito a todos os Estados (obrigações *erga omnes*), como a proteção dos direitos humanos. Na ausência de tal direito coletivo, o dano necessita ser individualizado. No âmbito da responsabilidade pelo risco, é ele próprio o fato gerador da responsabilidade. No que toca às obrigações internacionais *erga omnes,* a legitimidade processual ativa será admitida em termos mais limitados (direito à cessão e a não repetição) e eventual exigência de reparação ao Estado lesado, havendo situações em que a distinção entre Estados lesados e não lesados não é tão nítida, como nas hipóteses de violação de um costume internacional ou grave violação de direitos humanos, a exemplo do genocídio, havendo quem defenda que

---

normalmente por culpa do agente, que não sendo clara poderá depender da existência de ato internacional imputável a um determinado órgão estadual ou falha no serviço. O autor destaca, ainda, ser especialmente difícil a prova de elementos subjetivos no Direito Internacional, razão pela qual a imputação de responsabilidade decorre de conduta intencional ou perigosa do Estado, violadora de uma obrigação internacional, de imputação objetiva, independentemente de culpa ou falha de serviço (*strict liability*), ou ainda, de atos privados aos Estados, quando praticados com sua cumplicidade regulatória (MACHADO, J. E.M., op.cit., p. 641 e 642).

[22] BARROS, R., op.cit., p. 200 e 203.

[23] VELASCO VALLEJO, M.D. *Les organisations internacionales,* 2002, p. 691.

[24] Admite-se a responsabilidade fundada no risco somente na ausência de um fato internacionalmente ilícito, em caso de atividade revestida de alto grau de periculosidade. Em tal domínio estariam incluídas a responsabilidade nuclear, a poluição marinha por hidrocarbonetos e outros poluentes e a responsabilidade internacional por danos causados por objetos espaciais (DINH, N.Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A., op.cit., p. 698 e ss). Segundo Ribeiro, não existe interesse da maioria dos Estados de adoção de um regime convencional na matéria (RIBEIRO, M.A., op.cit., p. 07).

[25] DINH, N.Q; DAILLIER, P.; PELLET, A., op.cit. p.701 e 702.

nesses casos qualquer Estado pode reclamar a qualidade de Estado lesado, atribuindo à responsabilidade internacional caráter preponderantemente reparatório ou compensatório, afastando sua dimensão punitiva[26].

A obrigação de reparar constitui princípio de Direito Internacional e deve ocorrer de modo tanto quanto possível a apagar todos os efeitos da ilicitude, conforme o princípio da reparação integral (*restitutio in integrum*), dentro dos limites das possibilidades materiais e de um juízo de proporcionalidade. O destinatário dos direitos de indenização ou compensação e satisfação será sempre o Estado lesado, que seja parte em um tratado bilateral ou multilateral ou titular de direito resultante de decisão judicial ou arbitral, salvo exceções convencionais. Para Dinh, Daillier e Pellet[27], quando o dano for irreversível, é possível o pagamento de uma indenização (reparação por equivalência), sendo que: (i) o cálculo deve atender a normas de Direito Internacional; (ii) em caso de prejuízo mediato, a medida da reparação é o dano sofrido pelo particular; (iii) a reparação inclui danos emergentes e lucros cessantes; (iv) a importância do prejuízo é apreciada no momento da fixação da indenização; (v) são devidos juros como forma de compensar o prejuízo sofrido, sendo a prática da "indenização punitiva" desconhecida no Direito Internacional[28].

Caso o prejuízo seja moral, a satisfação é a melhor reparação a ser aplicada, cuja finalidade é restabelecer o sentimento de dignidade do Estado lesado. Citam-se como exemplos o arrependimento expresso, o pedido de desculpas, a saudação à bandeira, medidas administrativas ou disciplinares internas contra o agente público autor do ilícito, além da declaração da ilicitude do ato pelo juiz ou árbitro internacional. Quando a ofensa à soberania de um Estado é de tal gravidade, torna-se interesse da comunidade internacional em seu conjunto ultrapassar o regime de reparação para o regime de sanção, facultando que o Estado culpado faça o caminho de volta. Nesses casos, além da *restitutio in integrum* ou reparação por equivalente do direito comum, as vítimas diretas e também outros Estados podem suspender ou anular relações convencionais, aplicando por exemplo contramedidas de natureza econômica, excetuando-se represálias armadas.

1.3 CAUSAS DE EXCLUSÃO DA ILICITUDE

A responsabilidade, que resulta da inobservância de normas ou obrigações internacionais em relação às quais o sujeito se encontra vinculado, pode ser elidida por fatos da vítima ou circunstâncias estranhas a ela, conforme estabelecem os artigos 20 a 25 do PA. Segundo Dinh, Daillier e Pellet[29], fatos da vítima consistem em comportamentos assumidos por um sujeito de Direito Internacional que impedem ou neutralizam a imputação do fato ao autor. O consentimento da vítima pode impedir que o ato ilícito seja atribuído ao seu autor, desde que próprio do Direito Internacional, clara e positivamente expresso e anterior[30] ao fato, sendo vedado o consentimento da vítima particular (se particular, a qualidade de vítima concreta

[26] Machado destaca que além daqueles que defendem a indenização equivalente aos danos causados, incluindo os danos emergentes e os lucros cessantes, há outros que entendem que a indenização deva ser equivalente aos benefícios obtidos pelo Estado lesante, sancionando-lhe a conduta e anulando eventuais acréscimos materiais, e, ainda, há quem sustente reparação superior a esses benefícios (MACHADO, J.E.M., op. cit., p. 654 e ss).

[27] DINH, N.Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A., op.cit., p. 717.

[28] MACHADO, J.E.M., op.cit., p. 660 e 661.

[29] DINH, N.Q; DAILLIER, P.; PELLET, A., op.cit. p. 695 e ss.

[30] Segundo Álvares pode ser simultâneo à prática do outro Estado. Se concedido após a conduta, trata-se de renúncia ou aquiescência, o que induz à perda do direito de invocar a responsabilidade, conforme o art. 45º do PA (ÁLVARES, R.K.R., op.cit., p. 231).

desaparece em função da proteção internacional, diplomática ou funcional). A legítima defesa e a contramedida legítima são igualmente classificadas como fatos da vítima, aptos a excluir a ilicitude do ato. A primeira pressupõe uma agressão sem justa causa e reação, imediata e proporcional, do sujeito agredido, exercida individualmente ou contra um conjunto de Estados, admitido o uso de força. A contramedida legítima, por sua vez, consiste em represálias ou sanções temporárias, proporcionais, reversíveis, sem uso de força (pacíficas), previamente notificadas com proposta de negociação, que não atentem contra direitos de outros Estados, contra a proteção de direitos humanos, obrigações humanitárias e normas de *jus cogens,* incabíveis quando o ato ilícito já tiver cessado e a disputa se encontrar pendente de decisão judicial. São exemplos de contramedidas a aplicação de embargos comerciais e a denúncia ou suspensão de tratados internacionais.

Por sua vez, são circunstâncias estranhas à vítima o caso fortuito e a força maior (assim considerados comportamentos involuntários, imprevistos e fora do controle do Estado, que torne materialmente impossível o cumprimento da obrigação), o direito de perigo (inobservância de uma obrigação internacional motivada por perigo extremo, desde que não motivada pelo Estado que a invoque e que não haja a possibilidade de a conduta ilícita criar perigo equivalente ou superior, aplicando-se, assim, os princípios da proporcionalidade e da proibição do excesso) e o estado de necessidade (que pressupõe perigo grave e iminente a interesse estatal essencial ou à comunidade internacional em seu conjunto, não anulado por um tratado, desde que a violação seja o único meio, não ofenda interesse também essencial do Estado atingido ou comunidade internacional, não se trate de violação de norma de *jus cogens* e para ele não tenha contribuído o Estado que o invoque).

A invocação de alguma excludente de ilicitude não compromete o cumprimento da obrigação quando não mais exista e o dever de indenização, conforme o art. 27º do PA. O Tribunal Internacional de Justiça (TIJ) constitui a instância de efetivação da responsabilidade internacional, sem prejuízo de outras. O TIJ está aberto às partes do respectivo Estatuto, assim reconhecidos *ipso facto* todos os membros da ONU, facultada a participação de Estados não membros pelo seu Conselho de Segurança (CS).

2 A RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DA RÚSSIA PELA EDIÇÃO DA LEI ANTIPROPAGANDA *GAY*

2.1 SEXO, GÊNERO E ORIENTAÇÃO SEXUAL

Sexo, gênero e orientação sexual constituem categorias conceituais distintas. O sexo compõe-se de características anatômicas, biológicas e físicas. Trata-se de categoria estruturada a partir do critério cromossomático ou genital, que pressupõe capacidades reprodutivas. Para o sexo biológico contribuem fatores como cromossomas (XY, XX ou outras combinações), genitais (estruturas reprodutivas externas), gônadas (presença de testículos ou ovários), hormonas (testosterona, estrogênios) etc. Chama-se intersexo pessoa com órgãos genitais/reprodutores (internos e/ou externos) masculinos e femininos simultâneos, ou cromossomas que não são nem XX nem XY. Orientação sexual constitui a afirmação de uma identidade afetiva e/ou sexual direcionada a sujeitos de sexo idêntico (homossexual), oposto (heterossexual), ambos (bissexual) ou a ninguém[31]. Já o gênero refere-se à experiência individual de cada pessoa em relação à própria identidade, que pode ou não coincidir com o sexo atribuído no nascimento. Identidade e expressão de gênero são conceitos distintos. Enquanto a identidade situa-se no universo das masculinidades ou feminilidades - em conformações distintas das associadas ao sexo

[31] RIOS, R. R. "Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito e a homossexualidade"*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal,* Brasília, n. 6 (dez. 1998), p. 49.

biológico -, expressão de gênero respeita a dados comportamentais (físico, gostos, atitudes).

2.2 OS PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA

Desde 2006, encontra-se em vigência um conjunto de 29 preceitos jurídicos internacionais de direitos humanos aplicados em situações de discriminação sexual. Especialmente destinados aos Estados, os chamados Princípios de Yogyakarta afirmam normas jurídicas internacionais, direcionando e estruturando padrões de enfrentamento das violações de direitos humanos com base na orientação sexual ou identidade de gênero, garantindo a todos o direito à vida, à saúde, à dignidade, liberdade, igualdade, integridade física e psíquica, segurança, ao trabalho, moradia, proteção social, educação, cultura, formação familiar, participação política e acesso à justiça.

Os Princípios de Yogyakarta não constituem Carta de Declaração ou reivindicação de direitos, mas documento cuja principal função é reunir e reinterpretar conceitos estabelecidos em diferentes tratados, convenções e resoluções, aplicando princípios gerais de Direito Internacional ratificados pela maioria dos países membros da ONU e prevendo a adoção de medidas legislativas e administrativas voltadas a erradicar práticas de discriminação, proteger pessoas em situação de risco e promover de uma cultura de respeito aos direitos humanos. Em que pesem as críticas daqueles que sustentam que os preceitos contidos no documento não impõem obrigações legais aos Estados, segundo estabelece sua parte introdutória, os Princípios de Yogyakarta possuem natureza vinculante, ainda que se discuta a necessidade de ratificação nos contextos nacionais[32]. Segundo se verifica do apêndice do documento, a Rússia não se encontra entre os países signatários dos referidos princípios.

2.2.1 DIREITO À IGUALDADE E A NÃO DISCRIMINAÇÃO

O princípio 2 veda qualquer exclusão ou restrição de direitos baseada na orientação sexual ou identidade de gênero, assegurando a todos proteção igualitária e eficaz. Referido princípio deve ser incorporado pelos Estados em suas legislações, cabendo-lhes igualmente revogar dispositivos que criminalizem a prática homossexual consentida entre maiores de idade, atentar para as interseções com outras formas de discriminação e tomar medidas voltadas a eliminar a ideia de inferioridade ou superioridade de qualquer orientação sexual, identidade ou expressão de gênero.

2.2.2 RECONHECIMENTO PERANTE A LEI

O princípio 3 assegura a autodefinição da orientação sexual e identidade de gênero como direito da personalidade, cujo reconhecimento não está condicionado a realização de procedimento médico ou a invocação de casamento ou *status* parental. São vedadas pressões para esconder, reprimir ou negar a orientação sexual ou identidade de gênero, cabendo aos Estados assegurar a todos capacidade civil plena, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero, permitir o exercício do direito à autodefinição sexual, facilitar a expedição de documentos civis que reflitam a identidade autodefinida, além de implementar programas de apoio social a pessoas que vivenciem situação de transição ou mudança de gênero.

[32] BEZERRA, R.S. *Discriminação por orientação sexual na perspectiva dos direitos humanos: uma panorama da legislação, jurisprudência e ações afirmativas no Brasil*. Ed. Universidade de Salamanca, Salamanca, 2011. Tese de Doutoramento, p. 164 e 167. Disponível em: https://gredos.usal.es/jspui/.../1/DDTTS_Bezerra_Dos_Santos_R_Discriminacion.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

2.2.3 DIREITO À LIBERDADE DE OPINIÃO E EXPRESSÃO

O princípio 19 estabelece que toda pessoa possui autonomia de comunicação pela fala, comportamento, vestimenta, características corporais, nome ou qualquer outro meio, bem como possui liberdade de buscar, receber e transmitir informações e ideias, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero. Cabe aos Estados assegurar a recepção e transmissão de informações e ideias sobre orientação sexual e identidade de gênero; garantir a pluralidade da mídia regulada pelo Estado; adotar medidas legislativas e administrativas que favoreçam a expressão da identidade ou autonomia pessoal; assegurar que as noções de ordem, moralidade, saúde e segurança pública não sejam empregadas para restringir a diversidade de orientações sexuais e identidades de gênero; garantir que o exercício da liberdade de opinião e expressão não viole os direitos e liberdades das pessoas de orientações sexuais e identidade de gênero diversas, assim como assegurar que todas as pessoas, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero, desfrutem de igual acesso a informações e ideias e de participação no debate público.

2.2.4 DIREITO DE LIBERDADE DE REUNIÃO E ASSOCIAÇÃO PACÍFICAS

Segundo o princípio 20, toda pessoa tem o direito à liberdade de reunião e associação pacíficas, inclusive com o objetivo de manifestações públicas, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero. É assegurado o direito de constituir associações voltadas a informar, facilitar a comunicação e defender os direitos de pessoas de orientações sexuais e identidades de gênero diversas. Os Estados deverão adotar todas as medidas necessárias para assegurar os direitos de organização, associação, reunião e defesa pacíficas em torno do tema; garantir que as noções de ordem, moralidade, saúde e segurança públicas não sejam empregadas para restringir o direito de reunião e associação constituída para a defesa de orientações sexuais e identidade de gênero diversas; garantir proteção contra a violência ou assédio relacionados ao exercício do direito à reunião e associação pacíficas; promover capacitação de servidores públicos sobre a matéria e assegurar que a divulgação de informações sobre associações e voluntários que atuem na área não promovam a discriminação.

2.2.5 DIREITO À LIBERDADE DE PENSAMENTO, CONSCIÊNCIA E RELIGIÃO

Segundo o princípio 21, toda pessoa tem o direito à liberdade de pensamento, consciência e religião, independentemente de orientação sexual ou identidade de gênero, não sendo permitido que o Estado invoque tais direitos para justificar leis, políticas ou práticas discriminatórias. Os Estados deverão tomar todas as medidas necessárias para assegurar a prática individual ou associada de crenças religiosas ou não, vedando-lhes interferência, coerção ou imposição, bem como a expressão, prática e promoção de opiniões, convicções e crenças incompatíveis com os direitos humanos.

2.3 A HOMOSSEXUALIDADE NO CONTEXTO RUSSO

Segundo Rios[33], há três grandes maneiras por meio das quais os ordenamentos jurídicos compreendem a homossexualidade[34]: o modelo mínimo de reconhecimento, que descriminaliza a conduta ou atração homossexual; o modelo de reconhecimento intermediário, que além de não considerar a homossexualidade crime, proíbe a descriminalização e aqueles que, além disso, incluem medidas de promoção da igualdade e da diversidade. Entretanto, 76 países ainda criminalizam a homossexualidade, sendo aplicadas penas de morte no Iêmen, Irã, Mauritânia, Arábia Saudita, Somália, Nigéria e Sudão[35]. Nesse sentido afirma Borrillo[36],

> [...] la homosexualidad goza del triste privilegio de haber sido combatida simultáneamente durante los dos últimos siglos en tanto que pecado, crimen y enfermedad. Si escapaba a la Iglesia, la homosexualidad caía bajo el yugo de la ley laica o bajo el dominio de la clínica médica. Esa crueldad ha dejado huellas profundas en las conciencias de gays y lesbianas, hasta tal punto que ellos mismos interiorizan frecuentemente la violencia cotidiana -de la que son las primeras víctimas- como normal y de alguna manera inevitable.

O multiculturalismo, o padrão dominante na União Europeia e a revolução sexual do século XX são frequentemente apontados como responsáveis pela ampliação dos direitos de minorias sexuais na Europa. O Tratado da Comunidade Europeia[37], no art. 6°, dispõe que constitui preocupação comum dos seus Estados membros, dentre outros, o respeito pelos direitos humanos, podendo o Conselho da Europa adotar medidas necessárias para combater a discriminação em razão de orientação sexual, conforme disposto no seu 13°. No mesmo sentido, cita-se a Diretiva 2000/78/CE[38], que veda a discriminação no trabalho em virtude de orientação sexual, com caráter vinculante e força jurídica como fonte do direito comunitário derivado, assim entendido o conjunto de atos jurídicos adotados pelos órgãos da comunidade europeia em complementação aos tratados e, ainda, o art. 21 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia[39], que igualmente proíbe a discriminação por orientação sexual. Segundo o Relatório do Parlamento Europeu sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia (2004/2008)[40], esta

---

[33] RIOS, R.R. *Direitos sexuais de gays, lésbicas e transgêneros no contexto latino-americano, 2005.* Disponível em: http://www.clam.org.br/pdf/rogerport.pdf apud BEZERRA, R.S., op. cit., p. 125. Acesso em: 30 mar. 2020.

[34] Silva defende a adoção do termo no plural, pois embora a orientação sexual seja a mesma, os processos identificatórios constituem construções subjetivas, reconhecendo-se com isso a "multiplicidade de posturas de homens e mulheres que se relacionam afetiva e sexualmente com outras do mesmo sexo" (SILVA, M.A. "Desejo, imagem e cultura gay contemporânea: Uma antropologia da comunicação marginal". In: COSTA, H. et al (org.). *Retratos do Brasil homossexual:fronteiras, subjetividades e desejos.* Ed.Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010, p. 650).

[35] BEZERRA, R.S., op. cit., p. 129.

[36] BORRILLO, Daniel. *Homofobia*. Ed. Bellaterra, Barcelona, 2001, p. 44.

[37] TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA. Ed. Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 1992.

[38] DIRETIVA 2000/78/CE DO CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 27 de nov. 2000. *Jornal Oficial* n. L 303, 02 dez. 2000, p. 16 – 22. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0078. Acesso em: 30 mar. 2020.

[39] CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (2000/C 364/01), 18 dez. 2000. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

[40] RELATÓRIO SOBRE A SITUAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA (2004-2008) (2007/2145(INI)), 05 dez. 2008. *Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e*

tem realizado um significativo trabalho em favor do direitos do coletivo LGBT, contribuindo para mudanças nas legislação de vários países, destacando a importância de suas diretivas na implementação de um *standard* global de combate à discriminação, em que pesem as "cláusulas de salvaguarda" existentes em muitas legislações, dentre elas a russa, em matéria de ordem, saúde e segurança pública, estatutos familiares, dentre outras, e a ausência de instrumentos de proteção jurídica nas diretivas em face de tais exceções. Como resultado do relatório, foi aprovada a Resolução do Parlamento europeu sobre a situação dos direitos fundamentais na União Europeia[41], destacando, dentre outros direitos, a liberdade de reunião e a proibição discriminatória de eventos públicos. Em que pesem os esforços no âmbito do Direito Comunitário Internacional, forçoso admitir, no entanto, que nos países do Leste Europeu, especialmente aqueles que foram dominados pelo regime soviético, o curso evolutivo desses direitos tem ocorrido mais lentamente.

Ao lado de posturas conservadoras em questões como a eutanásia e a liberação das drogas, a liberdade sexual na Rússia é mais um ponto de crítica à cultura ocidental. Até 1993, a homossexualidade no país era considerada crime e, até 1999, classificada como doença mental. O preconceito, contudo, resistiu às mudanças. A orientação sexual é causa frequente de atos de violência. Grupos extremistas, como o *Occupy Pedophilia*, fundado em 2010, são conhecidos pela prática de abusos físicos e humilhações públicas contra LGBTs. Metade da população russa manifesta repulsa a LGBTs; 23% são indiferentes, 18% demonstram desconfiança, 85% são contrários a casamentos entre pessoas do mesmo sexo e paradas *gay*, 80% contra a adoção de crianças por casais homoafetivos[42] e apenas 4% expressam atitude positiva em relação à homossexualidade, segundo pesquisa do Centro Levada, realizada em 45 regiões no ano 2013[43]. Aliás, o sentimento de discriminação parece ser fenômeno frequentemente observado na Europa. Segundo dados da pesquisa Eurobarômetro, divulgada em 2009[44], um em cada seis europeus afirma ter sido alvo de discriminação naquele ano, especialmente por orientação sexual. Em Portugal, por exemplo, a orientação sexual é apontada como a principal causa de discriminação – perdendo apenas para Chipre, Grécia, Itália e França-, enquanto na média dos países da União Europeia aparece em 4º lugar sendo, na Rússia, reprimidas manifestações pacíficas do chamado "orgulho" LGBT.

2.4 A RÚSSIA, A CONVENÇÃO EUROPEIA DE DIREITOS HUMANOS E O PROTOCOLO 12 À CONVENÇÃO EUROPEIA

dos Assuntos Internos. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A6-2008-0479+0+DOC+XML+V0//PT. Acesso em: 30 mar. 2020.

[41] RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU SOBRE A SITUAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA (2004-2008) (2007/2145(INI)*,* Estrasburgo, 14 jan. 2009, Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0019+0+DOC+XML+V0//PT). Acesso em: 30 mar. 2020.

[42] Neologismo designativo de relacionamentos constituído entre pessoas do mesmo sexo em união estável ou casadas (DIAS, M.B. *Homoafetividade e direitos lgbti*. 7ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016, p. 15).

[43] MESTRE, C. "Os gays na sociedade russa: total liberdade, mas em sigilo". *Voz da Rússia*, 16 fev. 2014. Disponível na Internet: https://br.sputniknews.com/portuguese.ruvr.ru/2014_02_16/os-gays-na-sociedade-russa-total-liberdade-mas-em-privado-7990. Acesso em: 01 abr. 2020.

[44] "Report Eurobarometer: Discrimination in the EU in 2009". *Special Eurobarometer 317*, European Comission, nov. 2009. Disponível em: <http://ec. europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_317_en.pdf. Acesso em: 01 abr. 2020.

Em 4 de novembro de 1950, os países membros do Conselho da Europa, incluindo a Rússia, ratificaram a Convenção Europeia de Direitos Humanos, que entrou em vigor em 1953.

O documento, que teve como inspiração a Declaração Universal dos Direitos do Homem, proclamada pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948, tem como finalidade promover a proteção e o desenvolvimento dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, considerados os alicerces da justiça e paz mundiais, cuja preservação repousa num regime político democrático e no respeito aos direitos humanos[45].

Em 4 de novembro de 2000, a Rússia assinou o Protocolo 12 à Convenção Europeia, qual seja, a Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, que entrou em vigor na ordem internacional em 1 de abril de 2005. Referido documento fundamenta-se no princípio geral da proteção de todos perante a lei ou princípio da não discriminação, independentemente de sexo, raça, cor, língua, religião, convicções políticas, origem nacional ou social, pertença a uma minoria nacional, riqueza, nascimento ou outra situação.

Embora tenha ratificado a Convenção Europeia e o Protocolo 12 à Convenção, segundo a Corte Europeia de Direitos Humanos (CEDH), responsável por supervisionar sua aplicação pelos 47 membros do Conselho Europeu, somente no ano de 2016 a Rússia violou normas convencionais em 222 casos de um total de 228 julgamentos, conforme matéria publicada no Jornal O Globo[46], o que levou a Corte a classificar o país como recalcitrante no descumprimento dos compromissos internacionais dos quais é signatária.

2.5 O RELATÓRIO DA COMISSÃO DE VENEZA

Relatório produzido pela Comissão de Veneza[47], órgão consultivo do Conselho da Europa, atesta que, desde 2013, a Ucrânia, a Moldávia, a Lituânia, a Hungria e a Rússia justificam a edição de leis proibindo a divulgação de informações sobre a homossexualidade, sustentando que o relacionamento entre duas pessoas do mesmo sexo repercute negativamente na formação moral de crianças e jovens. O relatório cita jurisprudência da CEDH, que analisou o caso *Alekseyev v. federação russa,* à luz do art. 19 do Pacto Internacional sobre os Direitos Civis e Políticos (PIDCP)[48], aprovado em 16 de dezembro de 1966 - que compõe a Carta Internacional dos Direitos Humanos, ao lado da Declaração Universal dos Direitos Humanos e do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC) - , igualmente ratificado pela Rússia.

O art. 19 do PIDCP assegura a todos o direito de opinião ou de expressão sem interferências, incluindo a liberdade de buscar, receber e divulgar informações

[45] Em que pesem divergências de terminologia, opta-se pela expressão "direitos humanos", em virtude de sua habitual utilização nos diplomas internacionais.

[46] "Corte Europeia condena Rússia por lei contra propaganda *gay*". *O Globo*, 20 jun. 2017. Disponível em: https://oglobo.globo.com/sociedade/corte-europeia-condena-russia-por-lei-contra-propaganda-gay-21496558.Acesso em: 02 abr. 2020.

[47] FRANÇA. "Opinion on the issue of the prohibition of so-called "propaganda of homosexuality" in the light of recent legislation in some member sates of the Council of Europe European Commission for Democracy through law (Venice Commission) adopted by the Venice Commission at its 95th Plenary Session, Venice, 14-15 Jun. 2013". *Opinion 707 /2012.* Estrasburgo, 18 jun. 2013, CDL-AD(2013)022 Or. Engl. Disponível em: http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)022-e. Acesso em: 01 abr. 2020.

[48] BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. *"D.O.U. de 07/07/1992".* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 01 abr. 2020.

e ideias de todos os tipos, independentemente de fronteiras, salvo restrições legais que especifica (proteção de direitos ou reputação alheia, segurança nacional, ordem ou saúde pública e moral). Segundo a Comissão de Veneza, as exceções à liberdade de expressão encontram-se estabelecidas de modo exaustivo nos arts. 10° e 11° da Convenção Europeia[49], inadmitindo, pois, ampliação. No que toca à vedação à "propaganda *gay",* o relatório considerou que as legislações analisadas - dentre elas o então projeto de lei russo nº 44554-6 (2012)-, significaram clara interferência no direito de expressão, que engloba a liberdade de transmitir e receber informações e ideias, não se amoldando às exceções previstas no art. 10°, especialmente em virtude da natureza vaga e imprecisa das disposições[50].

Ainda de acordo com o relatório, a liberdade de orientação sexual encontra-se assegurada pelo art. 8° e 14° da Convenção Europeia[51], refletindo um consenso europeu que há muito descriminalizou a homossexualidade, garantindo à

---

[49] "Art. 10º. Liberdade de expressão. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de expressão. Este direito compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de transmitir informações ou ideias sem que possa haver ingerência de quaisquer autoridades públicas e sem considerações de fronteiras. O presente artigo não impede que os Estados submetam as empresas de radiodifusão, de cinematografia ou de televisão a um regime de autorização prévia. 2. O exercício destas liberdades, porquanto implica deveres e responsabilidades, pode ser submetido a certas formalidades, condições, restrições ou sanções, previstas pela lei, que constituam providências necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a integridade territorial ou a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, a protecção da honra ou dos direitos de outrem, para impedir a divulgação de informações confidenciais, ou para garantir a autoridade e a imparcialidade do poder judicial" (art. 10º da Convenção Europeia)."Art. 11º. Liberdade de reunião e de associação. 1. Qualquer pessoa tem direito à liberdade de reunião pacífica e à liberdade de associação, incluindo o direito de, com outrem, fundar e filiar-se em sindicatos para a defesa dos seus interesses. 2. O exercício deste direito só pode ser objecto de restrições que, sendo previstas na lei, constituírem disposições necessárias, numa sociedade democrática, para a segurança nacional, a segurança pública, a defesa da ordem e a prevenção do crime, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros. O presente artigo não proíbe que sejam impostas restrições legítimas ao exercício destes direitos aos membros das forças armadas, da polícia ou da administração do Estado" (art. 11º da Convenção Europeia).

[50] "Whilst any analysis of the compatibility of the provisions under consideration with the standard of being "prescribed by law" would be tentative since it would be made without reference to the original texts, the scope of the terms such as "propaganda" and "promotion" which are fundamental to these laws does not only seem to be very wide, but also rather ambiguous and vague, taking into account the application of the provisions in the case-law (§§29-33). Some of those provisions also use unclear terms such as "among minors"/ "aimed at minors" (§ 35) or "aggressive propaganda" (§36)" (FRANÇA – "Opinion on the issue of the prohibition of so-called "propaganda of homosexuality" in the light of recent legislation in some member sates of the Council of Europe European Commission for Democracy through law (Venice Commission)*",* op. cit., p. 9 e s.)

[51] "Art. 8º. Direito ao respeito pela vida privada e familiar 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência. 2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem - estar económico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infracções penais, a protecção da saúde ou da moral, ou a protecção dos direitos e das liberdades de terceiros" (art. 8º da Convenção Europeia). "Art. 14º. Proibição de discriminação. O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas no sexo, raça, cor, língua, religião, opiniões políticas ou outras, a origem nacional ou social, a pertença a uma minoria nacional, a riqueza, o nascimento ou qualquer outra situação" (art. 14º da Convenção Europeia).

população LGBT ampliativo rol de direitos civis, como o acesso às forças armadas, além de direitos previdenciários, sucessórios e de parentalidade, em igualdade com a população heterossexual, em que pese a dissidência entre os países em questões como o casamento e a adoção, o que de todo modo é irrelevante no contexto do direito garantido aos indivíduos de exercício de orientação sexual e de promoção de seus direitos e liberdades, dentre eles o de associação. Assim, medidas que visem retirar do domínio público informações sobre a homossexualidade afetam os princípios básicos de uma sociedade democrática, fundada no pluralismo e na tolerância. Para a Comissão, o argumento de proteção da moral, utilizado pelos países que tentam impor barreiras à liberdade de orientação sexual, vai de encontro ao movimento europeu de reconhecimento de direitos civis às minorias sexuais, que atribui à homossexualidade a característica de orientação sexual e não de escolha consciente, cuja proteção encontra-se prevista no art. 8° da Convenção Europeia (direito ao respeito pela vida privada e familiar) e pelo art. 17 do PIDCP[52]:

> The exercise of this right by sexual minorities does not depend on the positive/negative attitudes of some of the members of the heterosexual majority. As put forward by the Human Rights Committee in its general comment on Article 19 of the ICCPR "the concept of morals derives from many social, philosophical and religious traditions", any limitation imposed for the "purpose of protecting morals must be based on principles not deriving from a single tradition[53].

O relatório igualmente rejeitou o argumento de que o pacote legislativo proposto pelos mencionados países visa à proteção de crianças em razão de seu especial estágio de desenvolvimento. Isso porque referidas disposições proíbem qualquer manifestação positiva em relação à homossexualidade, pretextando incitação à sua prática, inobstante inexistam evidências científicas ou dados sociológicos de que a menção da homossexualidade ou a promoção de um debate aberto sobre o *status* social de minorias sexuais possam afetar negativamente crianças ou adultos vulneráveis. Ao contrário disso, para a Comissão, o aprofundamento da discussão pública sobre tais questões visibiliza e favorece sua compreensão social, concluindo que os Estados envolvidos não demonstraram em que medida a vedação de debates relacionados à liberdade de orientação sexual garante a alegada proteção de crianças e jovens. Segundo o relatório, a proibição de acesso a informações adequadas sobre sexualidade, incluindo a homossexualidade, não protege os interesses de menores, vez que integra a agenda contemporânea do movimento internacional de defesa dos direitos humanos a garantia de acesso a informações adequadas sobre sexualidade - assegurada, dentre outros, pela Convenção sobre os Direitos das Crianças-, citando precedentes do Reino Unido e Croácia.Nos termos assinalados, o argumento de proteção da família não pode deixar de levar em conta as mudanças operadas na sociedade, dentre elas as diferentes maneiras de constituição de vida familiar e privada. A divulgação de informações positivas sobre a homossexualidade não interfere na preservação de valores conjugais tradicionais e na importância de sua propagação e fortalecimento[54]. Por fim, o relatório afirma que embora o art. 14° da Convenção Europeia, o Protocolo 12

[52] "Art. 17. 1. Ninguém poderá ser objetivo de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação. 2. Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas" (art. 17 do Decreto nº 592/1992).

[53] FRANÇA. "Opinion on the issue of the prohibition of so-called "propaganda of homosexuality" in the light of recent legislation in some member sates of the Council of Europe European Commission for Democracy through law (Venice Commission)", op.cit.,p. 16 e s.

[54] Idem, p. 24.

à Convenção e o art. 26 do PIDCP[55] não mencionem expressamente o termo "orientação sexual", o princípio da não discriminação igualmente o engloba, considerando que o art. 14° não contém enumeração exaustiva, sendo seu exercício protegido pelo art. 8° (direito ao respeito pela vida privada e familiar) da Convenção Europeia. Citando precedente da CEDH, para a Comissão de Veneza, discriminar significa tratar de maneira diferenciada, sem justificação objetiva e razoável, pessoas em situação relevantemente semelhante. Nesses termos, proibir a divulgação de informações sobre a homossexualidade constitui ato discriminatório, vez que a diferença de tratamento baseia-se no conteúdo do discurso sobre orientação sexual, inexistindo fundamento para a vedação.

Em suma, a Comissão concluiu que: (i) As disposições legais analisadas eram vagas, ambíguas e genéricas, não alcançando o nível de precisão exigida por lei para justificar qualquer restrição, vez que não se limitavam a conteúdo sexualmente explícito, aplicando-se a expressões legítimas de exercício de orientação sexual; (ii) Os argumentos de defesa da moralidade, valores e tradições, inclusive religiosas, e de proteção de menores, não atenderam ao juízo de proporcionalidade exigido pela Convenção Europeia; (iii) A homossexualidade é uma variação da orientação sexual, protegida pelas normas convencionais e, como tal, não pode ser considerada ofensiva à moralidade pública ou a interesses de menores. Esses, por sua vez, possuem o direito de receber informações adequadas sobre sexualidade, incluindo as orientações sexuais; (iv) As preocupações de proibir unicamente divulgação de informações sobre a homossexualidade revelam conteúdo discriminatório, ofensivo ao direito de liberdade de expressão e associação, violando os arts. 10°, 11° e 14° da Convenção Europeia e demais normas internacionais de proteção dos direitos humanos, recomendando sua revogação pelos países que as adotaram. De modo geral, a decisão da CEDH, tomada em 20 de junho de 2017, condenando a Rússia pela edição da lei antipropaganda *gay,* acolheu os argumentos do relatório da Comissão de Veneza, conforme adiante será demonstrado.

2.6 A LEI ANTIPROPAGANDA *GAY* RUSSA: RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL E LEGITIMIDADE PROCESSUAL PASSIVA

A denominada "lei de defesa dos menores relativamente à propaganda das relações sexuais não tradicionais", de caráter nacional, aprovada em 2013 pela Câmara Baixa do Parlamento russo, veda a divulgação pública de informação de conteúdo homossexual a menores de idade, prevendo a aplicação de pena de prisão e multa, agravada quando transmitida por veículos de mídia e meio eletrônico ou, ainda, se propagada por servidores públicos, empresas e instituições de ensino. Desde 2006, diversos territórios e repúblicas russas adotaram leis similares, dentre eles Carélia, Rostov, Tyumen, Ryazan, Arkchangelsk e São Petersburgo, com apoio da maioria da população.

Em virtude da edição da lei contra a propaganda *gay*, em decisão proferida em 20 de junho de 2017[56], a Rússia foi condenada pela CEDH ao pagamento

[55] "Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação" (art. 26 do Decreto nº 592/1992).

[56] Recentemente, a cruzada russa contra a homossexualidade recebeu novo reforço com a apresentação de uma proposta de emenda à Constituição pelo presidente Vladimir Putin, proibindo o casamento entre pessoas do mesmo sexo. Apresentada em 03 de março de 2020, a proposta conta com o apoio da Igreja Ortodoxa Russa, que prega o distanciamento dos valores liberais do Ocidente. ("Putin quer tornar casamento gay inconstitucional na Rússia". *Veja*, 03 mar. 2020. Disponível em: https://veja.abril.com.br/mundo/putin-quer-tornar-casamento-gay-inconstitucional-na-russia/). Acesso em: 02 abr.2020.

de multa por violação dos arts. 10° e 14° da Convenção Europeia de Direitos Humanos, já mencionados. Por ser integrante do Conselho da Europa, que em 1950 adotou a convenção, a Rússia figurou no pólo passivo do julgamento, que ensejou sua condenação no pagamento de multa aos peticionários.

2.6.1 LEGITIMIDADE PROCESSUAL ATIVA: O CASO *BAYEV AND OTHERS V. RUSSIA*

Os pedidos que originaram[57] a decisão da CEDH foram formulados pelos ativistas da causa LGBT no país Nikolay Bayev, Aleksey Kiselev e Nikolay Alekseyev, após terem sido multados pelo porte de cartazes a favor da aceitação da homossexualidade durante protestos realizados entre 2009 e 2012, perto de uma escola secundária em Ryazan, uma biblioteca em Arckhangelsk e um prédio público em São Petersburgo[58]. A decisão foi aprovada por 6 dos 7 juízes que compõem a CEDH. Apenas o juiz Dmitry, nacional da Rússia, manifestou-se favoravelmente às argumentações do seu governo de origem. A legitimidade ativa dos postulantes encontra-se assegurada no art. 34º da convenção, que autoriza a CEDH receber petições de pessoa singular, organização não governamental ou grupo de particulares, que se perceba vítima de violação por qualquer Estado que integre a convenção ou seus protocolos, garantindo o livre exercício do direito de ação. Aliás, o direito de ação do indivíduo no plano internacional é considerado um dos pilares da eficácia do sistema de garantias estabelecido pela convenção, sendo cabível desde que a violação tenha ocorrido nos limites da jurisdição do Estado, em conformidade com o seu artigo 1º[59], não se exigindo sequer que a vítima especifique o dispositivo que considere violado.

Assim, qualquer pessoa singular ou coletiva pode exercer o seu direito de recurso individual, independentemente de nacionalidade, lugar de residência, estado civil ou capacidade jurídica, assim como qualquer organização não governamental, excluídas aquelas com prerrogativas de poder público[60]. O acionamento da CEDH, no caso *Bayev and others v. Russia,* ocorreu após os postulantes esgotarem todos os recursos contra a condenação no país. O governo russo argumentou que o objetivo da legislação visou à proteção da moralidade e dos interesses de menores de 18 anos. A Corte Constitucional local confirmou a proibição, sustentando a desigualdade das relações estabelecidas entre casais hetero e homoafetivos, concluindo que a deformação da ideia da equivalência social entre parceiros tradicionais e não tradicionais serviria de estímulo à homossexualidade.

2.6.2 OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DA CEDH

Em sua fundamentação, a CEDH, ao suscitar a responsabilidade internacional do Estado russo pela edição da lei, sustentou que o propósito e sua forma de aplicação em face dos denunciantes não se revestiram de legítimo interesse público, rejeitando o argumento de que a regulamentação do debate sobre a pauta

[57] Pedidos n° 67667/2009, 44092/2012 e 56717/2012.

[58] Um deles por se ter colocado em frente a uma escola pública, portando um cartaz em que se lia "a homossexualidade é normal". Os outros por adentrarem uma biblioteca com cartazes a dizerem "as crianças têm o direito de saber que boas pessoas às vezes são gays e que os gays às vezes são boas pessoas".

[59] "Art. 1º. Obrigação de respeitar os direitos do homem As Altas Partes Contratantes reconhecem a qualquer pessoa dependente da sua jurisdição os direitos e liberdades definidos no título I da presente Convenção" (art. 1º da Convenção Europeia).

[60] FERREIRA, P.M. (trad.). *Corte Europeia de Direitos Humanos: Guia prático sobre a admissibilidade. Conselho da Europa/Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. 3ª ed. 2014. Disponível em: www.gddc.pt. Acesso em: 02 abr. 2020.

LGBT se fundamentava na proteção da moral. Concluiu que houve ofensa à liberdade de expressão (art. 14° da Convenção Europeia de Direitos Humanos). Nesses termos, a lei revelou-se contrária ao padrão dominante na comunidade europeia de promoção de direitos e liberdades de minorias sexuais. Para a CEDH, o diploma reforçou a estigmatização e o preconceito, legitimou a homofobia e se afastou dos parâmetros democráticos da igualdade, do pluralismo e da tolerância. Acolhendo a tese defendida por observadores de direitos humanos, para a CEDH a norma passou a ser utilizada como instrumento de repressão à comunidade LGBT russa. Conforme a decisão, a adoção de terminologia vaga conferia ampla margem a abusos. Como os limites legais não foram claramente definidos, a aplicação dos dispositivos ao caso analisado demonstrou-se arbitrária. A decisão igualmente rejeitou o argumento de que a promoção da homossexualidade constituiria uma questão de saúde pública, a justificar sua restrição, nos termos da exceção oposta na parte final do art. 14º da convenção. O Tribunal também não considerou demonstrada a razoabilidade da alegação de que manifestações favoráveis à homossexualidade servem de estímulo à promoção de um "modo de vida homossexual", em virtude da falta de evidências científicas que comprovem a influência de fatores externos na definição da orientação sexual ou da identidade de gênero. Por fim, a CEDH considerou que o diploma legal, ao sustentar o paradigma hegemônico da heteronormatividade, legitimado pela posição adotada pelo Tribunal constitucional russo, carimbou sobre o comportamento sexual juízo moral de controle incompatível com os postulados da Convenção Europeia, submetendo àqueles que não acatam tal estrutura de moralidade a amplo processo de discriminação[61].

[61] "As admitted by the Government, the administrative proceedings against the applicants had constituted an interference with their freedom of expression [...] The Court rejected the Government's claim that regulating public debate on LGBT issues had been justified by the need to protect morals [...] However, the Government had failed to demonstrate how freedom of expression on LGBT issues would devalue or otherwise adversely affect actual and existing "traditional families" or would compromise their future […] In contrast, there was a clear European consensus about the recognition of individuals' right to openly identify themselves as gay, lesbian or any other sexual minority, and to promote their own rights and freedoms. [...] The Court found in particular that, although the laws in question aimed primarily at protecting minors, the limits of those laws had not been clearly defined and the application had been arbitrary. Moreover, the very purpose of the laws and the way they were formulated and applied in the applicants' case had been discriminatory and, overall, served no legitimate public interest. Indeed, by adopting such laws the authorities had reinforced stigma and prejudice and encouraged homophobia, which was incompatible with the values of a democratic society.[…] Not did the Court accept the other arguments put forward by the Government, namely the protection of health and of the rights of others (notably minors who needed to be shielded from the risk of being introduced into adopting a different sexual orientation), to justify restricting freedom of speech on same-sex relationships. Quite the contrary, such measures were likely to be counterproductive. [..] As concerned the risk of minors being "converted" to homosexuality, the Court found that the Government had been unable to provide any explication of mechanism by which a minor could be enticed into " [a] homosexual lifestyle", let alone science-based evidence that one's sexual orientation or identity was susceptible to change under external influence […] The Court has previously stressed that differences based solely on considerations of sexual orientation were unacceptable under the European Convention. The wording of the Code of Administrative Offences, in concert with the Constitutional Court's position, specifically states that same-sex relationships are inferior to opposite-sex relationship. As founds above, this embodied a predisposed bias on the part of the heterosexual majority against the homosexual minority. The Government had not therefore provide convincing and weighty reasons to justify treating the applicants differently, in violation of Article 14° taken in conjunction with Article 10°" ("Legislation in Russia banning the promotion of homosexuality breaches freedom of expression and is discriminatory". *Press Release issued by registrar of the Court ECHR 207 (2017)*, 20 jun. 2017, p. 02 e 03. Disponível

Por sua vez, o Conselho da Comunidade Europeia, no art. 2° da Diretiva 2000/78/CE, define igualdade como ausência de discriminação, que ocorre sempre que alguém sofre tratamento menos favorável do que o atribuído a outrem em situação comparável (discriminação direta), ou sempre que uma disposição, critério ou prática coloque em desvantagem pessoa com determinação religião ou convicções, deficiência, idade ou orientação sexual comparativamente a outras, salvo se objetivamente justificados (discriminação indireta). No mesmo sentido, a Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, aprovada em 14 de junho de 2011, pelo Conselho de Direitos Humanos da ONU, reafirma o princípio da não discriminação por orientação sexual ou identidade de gênero, conclamando a adoção de medidas, legislativas ou administrativas, por todos os países e mecanismos internacionais de direitos humanos[62]. Por fim, não se pode deixar de destacar o aumento dos crimes de ódio praticados contra homossexuais na Rússia, frequentemente creditado à política aplicada pelo governo Putin[63].

2.6.3 ILICITUDE E DANO

Conforme mencionado, a responsabilidade internacional pode ocorrer por ação ou omissão e, também, de forma direta (ou principal) ou indireta (ou subsidiária), convencional ou delituosa, por atos lícitos ou ilícitos[64]. Por sua vez, as obrigações internacionais podem ser voluntárias - como aquelas resultantes de tratados bilaterais ou multilaterais restritos -, baseadas em princípios de reciprocidade ou interdependência (obrigações *inter partes*) -, ou imperativas, oriundas da aplicação de princípios gerais de direito, costumes e resoluções do Conselho de Segurança da ONU, ou seja, obrigações *erga omnes* derivadas de normas de *jus cogens* em torno de um interesse público comunitário internacional[65]. Conforme visto, a definição internacional de crimes como genocídio, terrorismo e *apartheid*, além de violações sistemáticas ou massivas de direitos humanos, independe da penalização pelo direito interno. Referidas obrigações podem ser, ainda, de comportamento e de resultado. A obrigação de comportamento exige de seu destinatário a adoção de meios determinados. O dever geral de vigilância implica a obrigação de proteger os direitos dos outros Estados, especialmente aqueles que poderia reclamar aos seus nacionais em território estrangeiro, como a obrigação de não estabelecer medidas discriminatórias. A garantia de defesa a cidadãos estrangeiros é citada como obrigação de resultado. Nela o Estado tem o poder de decidir a violação da obrigação internacional[66].

---

em: https://hudoc.echr.coe.int/.../pdf?...ECHR...%20Russia%20-%20legislation%20bannin. Acesso em: 02 abr. 2020.

[62] Embora assinada por mais de 60 países do mundo, dentre eles Brasil e Portugal, a Declaração não possui cunho vinculativo e sofre grande resistência de países conhecidos por não respeitar os direitos humanos, como Irã e Uganda.

[63] "Putin assina lei que proíbe propaganda homossexual"*. Uol Notícias*, 30 jun. 2013. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ansa/2013/06/30/putin-assina-lei-que-proibe-propaganda-homossexual.htm. Acesso em: 02 abr.2020.

[64] MELLO, C.D.A. *Curso de Direito Internacional Público*. 12ª ed. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000, p. 501 e 502; PORTELA, P.H.G. *Direito Internacional Público e Privado.* 5ª ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2013, p. 385 e 386; MAZZUOLI, V.O. *Curso de Direito Internacional Público.* 5ª ed. Ed. RT, São Paulo, 2013, p. 564 e 565.

[65] MACHADO, J.E.M., op.cit., p. 643.

[66] DINH, N.Q; DAILLIER, P.; PELLET, A., op.cit., p. 685 e 686. Há, ainda, as obrigações de prevenção, voltadas a evitar a ocorrência de determinado evento, que também podem ser de conduta ou de resultado, violações menos ou mais graves de obrigações jurídicas internacionais, sendo as primeiras qualificadas como delitos internacionais, preferindo

No caso da edição da lei antipropaganda *gay,* a Rússia violou compromissos internacionais voluntariamente assumidos ao tornar-se signatária da Convenção Europeia de Direitos Humanos, ainda na década de 50, nos termos da decisão da CEDH, especificamente previstos no seu art. 10º (liberdade de expressão) e 14º (proibição de discriminação). Nesses termos, o Estado russo incidiu em grave violação de obrigações internacionais, assim consideradas as violações peremptórias ou imperativas de Direito Internacional, dentre elas os deveres de proteção dos direitos humanos. Embora a existência de dano seja irrelevante para caracterizar a ocorrência de violação de uma obrigação internacional, dadas as dimensões declaratória e inibitória do instituto, o pagamento de indenização está condicionado a existência do dano, material ou moral, e do nexo de causalidade. Isso porque a natureza reparatória da responsabilidade depende da ocorrência de tais pressupostos.O dano deve ser consequência do fato ilícito (dano direto) e pode ser material ou moral, imediato (quando o prejuízo é sofrido pelo Estado ou organização Internacional) ou mediato (quando o dano é suportado pelo particular)[67]. Em caso de prejuízo mediato, a medida da reparação é o dano sofrido pelo particular. A Convenção Europeia de Direitos Humanos prevê, no seu art. 41º[68], a possibilidade de reparação por ofensa às normas convencionais. No caso *Bayev and others v. Russia,* a CEDH condenou o estado russo no pagamento de indenização de 8 mil euros para Bayev, 15 mil euros para Kiselev e 20 mil euros para Alekseyvev a título de dano moral *(non-pecuniary damage).*

CONCLUSÃO

A observância de normas e obrigações internacionais e o dever de não causar danos a terceiros constituem o fundamento da responsabilidade internacional. Atividades administrativas, legislativas e judiciais podem resultar na atribuição de responsabilidade internacional, para cuja caracterização não concorre a ordem jurídica interna[69]. Característica do sistema jurídico, o dever de reparação fundamenta-se, no âmbito do Direito Internacional, no princípio da igualdade soberana entre os Estados. Assim, do mesmo modo que um Estado pode reivindicar o cumprimento de disposições que o interessem, não pode deixar de cumpri-las, já que todos são iguais entre si. O princípio da reciprocidade impõe relações simétricas de reconhecimento e cooperação entre os diferentes sujeitos de Direito Internacional, que não podem optar entre atender a obrigação ou reparar danos resultantes do descumprimento, conforme a própria conveniência.

A responsabilidade nada mais é do que uma reação do Direito Internacional face à violação de suas normas, onde a preservação da ordem jurídica se dará por meio da reparação da ilicitude e/ou do dano causado. Dadas as dimensões inibitória e normativa do instituto, que atribuem às obrigações internacionais dever de observância total e permanente, quem violar uma obrigação internacional deve fazer cessar o comportamento o mais rapidamente possível, garantindo que o ato ilícito não mais se repetirá. A sociedade internacional, fortemente integrada, reprova a prática do ato ilícito, ainda que dele não resulte um prejuízo. A não alteridade entre

---

Machado a adoção da expressão violações simples, conforme terminologia usada pelos *draft articles* (MACHADO, J.E.M., op.cit., p. 645).

[67] MACHADO, J.E.M., op.cit., p. 643 e ss.

[68] "Art. 41º. Reparação razoável. Se o Tribunal declarar que houve violação da Convenção ou dos seus protocolos e se o direito interno da Alta Parte Contratante não permitir senão imperfeitamente obviar às consequências de tal violação, o Tribunal atribuirá à parte lesada uma reparação razoável, se necessário" (art. 41º da Convenção Europeia).

[69] São exemplos de atividades administrativas atos ofensivos a contratos que beneficiem estrangeiros. Consideram-se atividades legislativas ações e omissões destinadas ao cumprimento de uma obrigação internacional. Atividade judicial, por sua vez, significa denegação de justiça, assim compreendida como uma falha do sistema judicial no seu todo.

a obrigação primária ou secundária torna judicialmente exigível a observância de obrigações primárias, mesmo se de seu descumprimento não advenha dano.

Quanto à proteção dos direitos humanos, ao longo da história, estabeleceu-se um consenso em torno do qual é dever dos Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, a promoção e proteção de um conjunto de direitos universais, indivisíveis, interdependentes e interrelacionados, que constituem a essência do ser humano, inobstante a multiplicidade de diferenças individuais e sociais. Referido conjunto normativo não é regido por relações de reciprocidade entre as partes, é direito de proteção dos ostensivamente vulneráveis. O Direito Internacional dos direitos humanos engloba um complexo de normas, procedimentos e organismos voltados a promover o respeito a tais direitos em âmbito mundial.De toda sorte, por séculos, a sexualidade vem sendo classificada por normas heterossexistas e submetida a padrões de normatização impostos pela Religião e Ciência, cuja qualidade normativa constitui verdadeiro padrão de validade[70]. Atualmente, embora os ordenamentos jurídicos oscilem entre a descriminalização da homossexualidade, a proibição de condutas discriminatórias e a adoção de medidas afirmativas, em todo mundo ainda são persistentes violações de direitos humanos praticadas contra LGBTs, sendo a homossexualidade ainda considerada crime passível de pena de morte em inúmeros países.

Da ideia geral de respeito à igualdade e dignidade da pessoa humana, consagrada nos artigos 1° e 2° da Declaração Universal dos Direitos Humanos[71] e no art. 26° do PIDCP[72], fundamenta-se a proibição de tratamentos discriminatórios Do princípio da dignidade humana, que impõe respeito ao exercício da orientação sexual ou identidade de gênero como aspecto indissociável do direito ao livre desenvolvimento da personalidade, resulta a obrigação atribuída a todos os Estados de adoção de medidas legislativas ou supressão de normas, costumes e práticas que promovam quaisquer formas de discriminação. Os instrumentos internacionais de direitos humanos, ratificados pelos Estados como expressão de sua soberania e resultado de compromissos assumidos entre os países signatários, geram obrigações e responsabilidades, constituem fontes e estabelecem princípios gerais de direito, possuindo força de lei, criando jurisprudência e consolidando uma doutrina jurídica

[70] FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber.* NEVES, L.F.B. (trad.). Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2012, p. 116 e ss.

[71] "Art. 1º. Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade" (art. 1º da Declaração Universal). "Art. 2º. Todos os seres humanos podem invocar os direitos e as liberdades proclamados na presente Declaração, sem distinção alguma, nomeadamente de raça, de cor, de sexo, de língua, de religião, de opinião política ou outra, de origem nacional ou social, de fortuna, de nascimento ou de qualquer outra situação. Além disso, não será feita nenhuma distinção fundada no estatuto político, jurídico ou internacional do país ou do território da naturalidade da pessoa, seja esse país ou território independente, sob tutela, autônomo ou sujeito a alguma limitação de soberania" (art. 2º da Declaração Universal) (DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 dez. 1948. UNESCO, Brasília, 1998. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf. Acesso em: 02 de abril de 2020].

[72] "Art. 26. Todas as pessoas são iguais perante a lei e têm direito, sem discriminação alguma, a igual proteção da Lei. A este respeito, a lei deverá proibir qualquer forma de discriminação e garantir a todas as pessoas proteção igual e eficaz contra qualquer discriminação por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação" (art. 26 do Decreto nº 592/1992).

democrática. Fundamentam-se na ideia de que todas as nações devem respeito aos direitos humanos e de que a comunidade internacional pode protestar em caso de violação.

As mutações que caracterizam a sociedade contemporânea - marcadas por processos de integração comunitária, resultado de relações sociais globalizadas -, impõem novos desafios para o Direito Internacional. Não se pode olvidar que manifestações de defesa dos direitos humanos veem frequentemente sua universalidade impugnada por aqueles que defendem a prevalência de tradições culturais nacionais e regionais, especialmente motivadas por razões morais ou religiosas. Por outro lado, não há como deixar de reconhecer que a linguagem dos direitos humanos é a própria diversidade. A consolidação de uma comunidade internacional, onde todos os sujeitos cumpram suas obrigações sem que qualquer deles seja chamado à responsabilidade, constitui a principal finalidade do Direito Internacional. No entanto, percebe-se que a ausência de um instrumento de efetivação coercitiva continua a ser um problema central do direito da responsabilidade internacional, o que resulta na coexistência de modalidades *sui generis* de reparação, quase sempre baseadas em juízos de equidade, de reduzido impacto na consolidação de precedentes jurídicos relevantes no plano internacional.

Disso resulta a ideia de que o instituto ainda se revela aquém da capacidade de tutela dos direitos e interesses protegidos, limitado muitas vezes a mecanismos cautelares de prevenção e atenuação de danos, cuja efetivação está relacionada à problemática da jurisdição e legitimidade processual internacionais, ainda distantes do nível de elaboração alcançado pelo direito interno, em que se encontram igualmente definidas hipóteses de responsabilidade civil, penal, disciplinar, solidária, subsidiária, dentre outras.

Assim, embora emblemática e fundamentada em diferentes diplomas internacionais de proteção de direitos humanos, a condenação pecuniária da Rússia no caso *Bayev and others* por ofensa à liberdade de expressão e de orientação sexual, dado o efeito inibidor limitado, além de não ter produzido qualquer consequência quanto à vigência da lei em questão, claramente ofensiva a direitos básicos do ser humano, revelou-se igualmente insuficiente para o alcance dos fins pretendidos pelo instituto da responsabilidade, especialmente o de desestimular e coibir a prática de novas violações.

REFERÊNCIAS

ÁLVARES, R.K.R. "Questões de responsabilidade internacional: causas de exclusão da ilicitude de atos internacionais [típicos] do Estado". In: PEREIRA, M.A.V. *Questões de Responsabilidade Internacional*. Ed. Sociedade Portuguesa de Direito Internacional, Porto, set. 2016. ISBN 978-989-99693-0-8.

BARROS, R. "A responsabilidade das organizações internacionais – o ato internacionalmente ilícito". In: PEREIRA, M.A.V. *Questões de Responsabilidade Internacional*. Ed. Sociedade Portuguesa de Direito Internacional, Porto, set. 2016. ISBN 978-989-99693-0-8.

BEZERRA, R.S. *Discriminação por orientação sexual na perspectiva dos direitos humanos: uma panorama da legislação, jurisprudência e ações afirmativas no Brasil*. Ed. Universidade de Salamanca, Salamanca, 2011. Tese de Doutoramento. Disponível em: https://gredos.usal.es/jspui/.../1/DDTTS_Bezerra_Dos_Santos_R_Discrimination.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

BORRILLO, Daniel. *Homofobia*. Ed. Bellaterra, Barcelona, 2001. ISBN 978847290165.

BRASIL. Decreto nº 592, de 06 de julho de 1992. *"D.O.U. de 07/07/1992".* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm. Acesso em: 01 abr. 2020.

CARTA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DA UNIÃO EUROPEIA. *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* (2000/C 364/01), 18 dez. 2000. Disponível em:

http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM*.* Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

"Corte Europeia condena Rússia por lei contra propaganda *gay*"*. O Globo*, 20 jun. 2017. Disponível em: https://oglobo.globo.com/sociedade/corte-europeia-condena-russia-por-lei-contra-propaganda-gay-21496558.Acesso em: 02 abr. 2020.

CRAWFORD, J.; OLLESON, S. "The character and forms of international responsibility". In: EVANS, M.D. (ed.). *International Law*. 4ª ed. Ed. Oxford, University Press, United States of America, 2014. ISBN 978-0-19-965467-3.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Adotada e proclamada pela Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 dez. 1948. UNESCO, Brasília, 1998. Disponível em: http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf. Acesso em: 02 de abril de 2020.

DIAS, M. B. *Homoafetividade e direitos lgbti*. 7ª ed. Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2016. ISBN 978852037027.

DINH, N.Q.; DAILLIER, P.; PELLET, A. *Direito Internacional Público.* COELHO, V.M. (trad.). GOUVEIA, M.I.; SANTOS, F.D. (rev.). Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1999. ISBN 972-31-0855-0.

DIRETIVA 2000/78/CE DO CONSELHO DA UNIÃO EUROPEIA, 27 de nov. 2000. *Jornal Oficial* n. L 303, 02 dez. 2000, p. 16 – 22. Disponível em: http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=celex%3A32000L0078. Acesso em: 30 mar. 2020.

FOUCAULT, Michel. *A arqueologia do saber.* NEVES, L.F.B. (trad.). Ed. Forense Universitária, Rio de Janeiro, 2012. ISBN 9788530939663.

FERREIRA, P.M. (trad.). *Corte Europeia de Direitos Humanos: Guia prático sobre a admissibilidade. Conselho da Europa/Tribunal Europeu dos Direitos do Homem*. 3ª ed. 2014. Disponível em: www.gddc.pt. Acesso em: 02 abr. 2020.

FRANÇA. "Opinion on the issue of the prohibition of so-called "propaganda of homosexuality" in the light of recent legislation in some member sates of the Council of Europe European Commission for Democracy through law (Venice Commission) adopted by the Venice Commission at its 95th Plenary Session, Venice, 14-15 Jun. 2013"*. Opinion 707 /2012.* Estrasburgo, 18 jun. 2013*,* CDL-AD(2013)022 Or. Engl. Disponível em: http://www.venice.coe.int/webforms/documents/default.aspx?pdffile=CDL-AD(2013)022-e.

Acesso em: 01 abr. 2020.

"Legislation in Russia banning the promotion of homosexuality breaches freedom of expression and is discriminatory". *Press Release issued by registrar of the Court ECHR 207 (2017)*, 20 jun. 2017. Disponível em: https://hudoc.echr.coe.int/.../pdf?...ECHR...%20Russia%20-%20legislation%20bannin. Acesso em 02 abr. 2020.

"Putin assina lei que proíbe propaganda homossexual"*. Uol Notícias*, 30 jun. 2013. Disponível em: https://noticias.uol.com.br/ultimas-noticias/ansa/2013/06/30/putin-assina-lei-que-proibe-propaganda-homossexual.htm. Acesso em: 02 abr. 2020.

"Putin quer tornar casamento gay inconstitucional na Rússia". *Veja*, 03 mar. 2020. Disponível em: https://veja.abril.com.br/mundo/putin-quer-tornar-casamento-gay-inconstitucional-na-russia/). Acesso em: 02 abr.2020.

RELATÓRIO SOBRE A SITUAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA (2004-2008) (2007/2145(INI)), 05 dez. 2008. *Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos*. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-

//EP//TEXT+REPORT+A6-2008-0479+0+DOC+XML+V0//PT. Acesso em: 30 mar. 2020.

RESOLUÇÃO DO PARLAMENTO EUROPEU SOBRE A SITUAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NA UNIÃO EUROPEIA (2004-2008) (2007/2145(INI), Estrasburgo, 14 jan. 2009, Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2009-0019+0+DOC+XML+V0//PT). Acesso em: 30 mar. 2020.

TRATADO DA UNIÃO EUROPEIA. Ed. Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, Luxemburgo, 1992. ISBN 92-824-0963-5.

MACHADO, J.E.M. *Direito Internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro.* 4ª ed. Ed. Coimbra, Coimbra, 2013. ISBN 978-972-32-2181-7.

MAZZUOLI, V.O. *Curso de Direito Internacional Público*. 5ª ed. Ed. RT, São Paulo, 2013. ISBN 9788520346624.

MELLO, C.D.A. *Curso de Direito Internacional Público*. 12ª ed. Ed. Renovar, Rio de Janeiro, 2000. ISBN 85-7147-150-9.

MESTRE, C. "Os gays na sociedade russa: total liberdade, mas em sigilo". *Voz da Rússia*, 16 fev. 2014. Disponível na Internet: https://br.sputniknews.com/portuguese.ruvr.ru/2014_02_16/os-gays-na-sociedade-russa-total-liberdade-mas-em-privado-7990. Acesso em: 01 abr. 2020.

PORTELA, P.H.G. *Direito Internacional Público e Privado.* 5ª ed. Ed. Juspodivm, Salvador, 2013. ISBN 8577617661.

PRINCÍPIOS DE YOGYAKARTA. Disponível em: http://www.clam.org.br/uploads/conteudo/principios_de_yogyakarta.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

PROTOCOLO 12 À CONVENÇÃO EUROPEIA DOS DIREITOS DO HOMEM OU CONVENÇÃO PARA A PROTEÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DAS LIBERDADES FUNDAMENTAIS Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 12 mar. 2020.

"Report Eurobarometer: Discrimination in the EU in 2009". *Special Eurobarometer 317*, European Comission, nov. 2009. Disponível em: <http://ec. europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_317_en.pdf. Acesso em: 01 abr. 2020.

RIBEIRO, M.A. "Intervenção de Abertura". In: PEREIRA, M.A.V. *Questões de Responsabilidade Internacional*. Ed. Sociedade Portuguesa de Direito Internacional, Porto, set. 2016. ISBN 978-989-99693-0-8.

RIOS, R.R. "Direitos fundamentais e orientação sexual: o direito e a homossexualidade"*. Revista CEJ do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal,* Brasília, n. 6 (dez. 1998).

RIOS, R.R. *Direitos sexuais de gays, lésbicas e transgêneros no contexto latino-americano, 2005.* Disponível em: http://www.clam.org.br/pdf/rogerport.pdf. Acesso em: 30 mar. 2020.

SILVA, M.A. "Desejo, imagem e cultura gay contemporânea: Uma antropologia da comunicação marginal". In: COSTA, H. et al (org.). *Retratos do Brasil homossexual:fronteiras, subjetividades e desejos.* Ed. Universidade de São Paulo e Ed. Imprensa Oficial, São Paulo, 2010. ISBN 978853141242-4 (Edusp), ISBN 9788570609618 (Imprensa Oficial).

TELES, P.G. "A responsabilidade internacional do Estado por factos ilícitos: o longo caminho para uma convenção?" In: PEREIRA, M.A.V. *Questões de Responsabilidade Internacional*. Ed. Sociedade Portuguesa de Direito Internacional, Porto, set. 2016. ISBN 978-989-99693-0-8.

VELASCO VALLEJO, M.D. *Les organisations internacionales,* 2002. ISBN 978-2-7178-4455-9.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 517-534
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Sistema de Financiamento do Agronegócio e Sustentabilidade: uma perspectiva a partir do Direito Brasileiro

Agribusiness Financing System and Sustainability: a perspective as from Brazilian Law

Carolina Merida[1]
Universidade de Rio Verde

Sumário: 1. Introdução. 2. O crédito rural como instrumento de política agrícola no Brasil. 2.1. Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR) 2.2. Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio. 3. Regulação bancária e desenvolvimento sustentável. 3.1. Sistema financeiro e Política Nacional do Meio Ambiente. 3.2. Demais legislação aplicável à responsabilidade ambiental dos agentes financiadores do agronegócio no Brasil. 4. Sustentabilidade do sistema de financiamento do agronegócio e iniciativas de autorregulação. 4.1 Iniciativas internas de autorregulação. 4.2. Principais iniciativas de autorregulação no âmbito internacional. 5. Considerações Finais. Referências.

Resumo: O agronegócio respondeu, em 2019, por aproximadamente 22% (vinte e dois por cento) do Produto Interno Bruto (PIB) brasileiro, além de contribuir significativamente para o equilíbrio do balanço comercial do país. Por outro lado, a cadeia produtiva do agronegócio está sujeita não apenas a riscos provenientes de variáveis macroeconômicas, como também a riscos próprios da atividade, tais como efeitos climáticos, barreiras internacionais de ordem comercial e sanitária, imprevisibilidade do preço de venda no ato da comercialização da safra, entre outros. Inserida nesse contexto de volatilidade e de dependência dos recursos naturais, a presente pesquisa qualitativa, de caráter exploratório, visa discutir o estabelecimento de padrões sustentáveis de financiamento agroindustrial, bem como contribuir com o debate sobre o papel do direito na construção de instrumentos jurídicos capazes de minimizar os riscos do financiamento do agronegócio de modo a assegurar a sua sustentabilidade.

Palavras chave: Agronegócio. Financiamento. Regulação. Sustentabilidade.

Abstract: In 2019, agribusiness accounted for approximately 22% (twenty-two percent) of the Brazilian Gross Domestic Product (GDP), in addition to contributing significantly to the balance of the country's trade balance. On the other hand, the agribusiness production chain is subject not only to risks arising from macroeconomic variables, but also to risks inherent to the activity, such as climatic effects, international trade and health barriers, unpredictability of the sale price at the time of commercialization of the harvest, among others. Inserted in this context of volatility and dependence on natural resources, this exploratory qualitative research aims to discuss the establishment of sustainable patterns of agroindustrial financing,

[1]Doutoranda em Direito Público pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica de Goiás (2014), graduada em Direito pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (2003). Pesquisadora bolsista e Professora Adjunta da Faculdade de Direito da Universidade de Rio Verde – UniRV. Procuradora do Município de Rio Verde, Goiás.

Recibido: 13/03/2020
Aceptado: 03/06/2020

as well as to contribute to the debate on the role of law in the construction of legal instruments capable of minimize the risks of agribusiness financing in order to ensure its sustainability.

Keywords: Agribusiness. Financing. Regulation. Sustainability.

1. Introdução

O agronegócio, atividade primordial ao crescimento econômico brasileiro, deve ser entendido como uma cadeia produtiva que envolve a soma de quatro segmentos, quais sejam, a fabricação de insumos; a produção agropecuária primária ou "dentro da porteira"; a agroindústria (responsável pelo processamento) e os serviços de apoio[2]; o que engloba formas próprias de financiamento regidas e sistematizadas por políticas públicas específicas[3].

Em virtude de variáveis macroeconômicas, tais como taxa de juros, volatilidade cambial e crescimento brasileiro descontínuo, mas, sobretudo, como consequência dos riscos intrínsecos e peculiares da própria atividade agroindustrial, a exemplo de suscetibilidade a efeitos climáticos (geada, seca, excesso de chuvas, dentre outros), barreiras internacionais de ordem comercial, sanitária e ambiental[4], imprevisibilidade do preço de venda no ato da comercialização da safra – todos geradores de impactos diretos nos preços das *commodities* agropecuárias, o debate acerca do sistema de financiamento do agronegócio é fundamental para a sustentabilidade da referida atividade econômica.

De acordo com relatório da Organização das Nações Unidas para a Alimentação e a Agricultura (FAO)[5], nas últimas décadas, um quarto dos danos causados por desastres ambientais no mundo impactou diretamente o agronegócio.

No Brasil, a perda média anual do setor relacionada a riscos ambientais é da ordem de R$ 11 bilhões, segundo a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (Embrapa)[6]. E apenas 15% da área plantada brasileira é segurada, de acordo com estimativas do mercado.

Ante a conjuntura complexa acima delineada, é patente a necessidade do desenvolvimento de mecanismos de incentivo – quer regulamentados pelo Estado, quer provenientes da autorregulação privada[7], que estimulem padrões sustentáveis de produção, comércio e financiamento do agronegócio[8].

A ampliação e o aprimoramento de ferramentas jurídicas capazes de reduzir os impactos ambientais inerentes à atividade agroindustrial, assim como de alargar

---

[2] CEPEA. *Relatório do PIB do Agronegócio Brasileiro*. Outubro/2016. Disponível em: <http://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2017.

[3] BURANELLO, R. *Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio – regime jurídico*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Quartier Latin, São Paulo, 2011.

4 Destarte, é crescente a inserção de exigências ambientais entre as regras da Organização Mundial do Comércio (OMC), nas medidas adotadas por países importadores de produtos agropecuários e, sobretudo, nas políticas estabelecidas pelas instituições financeiras públicas e privadas.

[5] Disponível em: http://www.fao.org/brasil/pt/.

[6] Entidade criada em 26 de abril de 1973 e vinculada ao Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA), responsável pelo desenvolvimento de pesquisa e inovação tecnológica voltada ao agronegócio brasileiro.

7 Deveras, surgem progressivamente novos e diferentes mecanismos normativos privados de autolimitação de condutas, os quais são dotados de autonomia, flexibilidade e efetividade para fazer frente aos desafios atuais da sociedade, notadamente em matéria de responsabilidade socioambiental.

[8] De acordo com Callado, essas atividades devem ser desenvolvidas apoiadas em três pilares: a eficiência econômica, a equidade distributiva e a prudência ecológica. In: CALLADO, A. A. C. *Agronegócio*. 4. ed. Editora Atlas, São Paulo, 2015.

as fontes e as modalidades de financiamento do agronegócio que incentivem padrões ecologicamente éticos de investimento e custeio, podem contribuir decisivamente para assegurar a sustentabilidade da referida atividade econômica.

Destarte, a discussão que a presente pesquisa pretende estimular sobre o sistema de financiamento do agronegócio, pautada no fenômeno multidimensional da sustentabilidade, além de extremamente atual, haja vista os recentes desastres ambientais provocados pelas mudanças climáticas e as crises econômica, política e sanitária em sede mundial, justifica-se, ainda, em razão da relevância econômica que o setor agroindustrial apresenta para o Brasil e para a segurança alimentar, mormente ante o contexto de incertezas para os próximos anos, a impactar os níveis de confiança para investimentos no setor produtivo.

2. O crédito rural como instrumento de política agrícola no Brasil

Em razão de o Brasil possuir forte vocação agrícola, a atividade agroindustrial há muito tempo recebe tratamento especial no ordenamento jurídico brasileiro. A primeira lei que delineou o conceito de "política agrícola" no país foi o Estatuto da Terra[9], em 1964, definindo-a como:

[...] o conjunto de providências de amparo à propriedade da terra, que se destinem a orientar, no interesse da economia rural, as atividades agropecuárias, seja no sentido de garantir-lhes o pleno emprego, seja no de harmonizá-las com o processo de industrialização do País.

Esse conjunto de providências ao qual a Lei faz referência, escorado no associativismo e no cooperativismo, já demonstrava preocupação com a defesa e preservação dos recursos naturais e incluía expressamente o auxílio e a assistência para o uso racional do solo, a execução de planos de reflorestamento e a oferta de crédito e financiamento ao produtor rural.

No ano seguinte à edição do Estatuto da Terra, foi promulgada a Lei 4.829/65[10], que institucionalizou o crédito rural no país, definindo-o do seguinte modo:

Art. 2º. Considera-se Crédito Rural o suprimento de recursos financeiros por entidades públicas e estabelecimentos de crédito particulares a produtores rurais ou suas cooperativas para aplicação exclusiva em atividades que se enquadrem nos objetivos indicados na legislação em vigor.

Diversos autores apontam o crédito rural subsidiado como o principal instrumento da política agrícola brasileira à época para modernização das atividades agropecuárias[11] e incremento da oferta de *commodities* agropecuárias ao mercado internacional.

Destarte, ainda hoje o papel exercido pelo crédito rural na política agrícola do Brasil é central, "em torno do qual gravitam, praticamente, todas as demais medidas elencadas como instrumentos da política agrícola"[12].

Com a intensificação da produção agropecuária e a promulgação da Constituição Federal de 1988, a política agrícola recebeu destaque no texto constitucional, que destinou capítulo próprio para regular a matéria (Capítulo III –

[9] BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. *Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

[10] BRASIL. Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965. *Institucionaliza o crédito rural.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4829.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

[11] PERIN JUNIOR, E.; BURANELLO, R. "Constituição econômica, política agrícola e sistema privado de financiamento do agronegócio". In: BURANELLO, R.; SOUZA, A. R. P. de.; PERIN JUNIOR, E. (coord.). *Direito do agronegócio: mercado, regulação, tributação e meio ambiente*. Quartier Latin, São Paulo, 2011, pp. 42-64.

[12] MATTOS NETO, A. J. de. *Curso de direito agroambiental brasileiro*. Saraiva Educação, São Paulo, 2018, p. 265-266.

"Da Política Agrícola e Fundiária e da Reforma Agrária"), em cujo art. 187[13] os instrumentos creditícios e fiscais estão categoricamente inseridos; além da previsão, no art. 50 do Ato de Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), de elaboração de uma Lei de Política Agrícola no país, visando regulamentar "os objetivos e instrumentos de política agrícola, prioridades, planejamento de safras, comercialização, abastecimento interno, mercado externo e instituição de crédito fundiário"[14].

Assim, em 1991, foi editada a Lei de Política Agrícola brasileira[15], que estabelece, em seu art. 4º, as ações e os instrumentos das políticas públicas voltadas às atividades agrícolas[16], entre os quais salientamos a proteção do meio ambiente, conservação e recuperação dos recursos naturais; os investimentos públicos e privados e o crédito rural.

Portanto, resta evidenciado que o crédito rural consolidou-se, a partir da década de 1960, como o principal instrumento da política agrícola brasileira.

2.1. Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR)

No Brasil, a condução dos financiamentos agropecuários compete ao Sistema Nacional de Crédito Rural (SNCR), instituído em 1965, com o objetivo de distribuir e aplicar o crédito rural, visando maior produtividade, menores preços de alimentos e aumento das exportações de produtos agropecuários, de acordo com a política de desenvolvimento da produção agropecuária brasileira.

As regras aplicáveis ao crédito rural, suas finalidades e condições estão estabelecidas no Manual de Crédito Rural (MCR), elaborado pelo Banco Central do Brasil (BACEN), órgão controlador do Sistema Nacional de Crédito Rural, e devem ser observadas por todos os órgãos e agentes que compõem o SNCR.

---

[13] "Art. 187. A política agrícola será planejada e executada na forma da lei, com a participação efetiva do setor de produção, envolvendo produtores e trabalhadores rurais, bem como dos setores de comercialização, de armazenamento e de transportes, levando em conta, especialmente: I - os instrumentos creditícios e fiscais; II - os preços compatíveis com os custos de produção e a garantia de comercialização; III - o incentivo à pesquisa e à tecnologia; IV - a assistência técnica e extensão rural; V - o seguro agrícola; VI - o cooperativismo; VII - a eletrificação rural e irrigação; VIII - a habitação para o trabalhador rural. § 1º Incluem-se no planejamento agrícola as atividades agro-industriais, agropecuárias, pesqueiras e florestais. § 2º Serão compatibilizadas as ações de política agrícola e de reforma agrária." In: BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil.* Brasília, DF, Senado, 1988.

[14] MATTOS NETO, A. J. de. *Curso de direito agroambiental brasileiro*. Saraiva Educação, São Paulo, 2018, p. 261.

[15] BRASIL, Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política agrícola. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8171.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

[16] A lei define atividade agrícola no parágrafo único do art. 1: "Para os efeitos desta lei, entende-se por atividade agrícola a produção, o processamento e a comercialização dos produtos, subprodutos e derivados, serviços e insumos agrícolas, pecuários, pesqueiros e florestais." In: BRASIL, Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991. Dispõe sobre a política agrícola. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8171.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

O SNCR é constituído de órgãos básicos[17], vinculados[18] e articulados[19] e atua sob as diretrizes da política de crédito formulada pelo Conselho Monetário Nacional[20], a quem compete definir os prazos e taxas de juros, a origem e aplicação dos recursos, os critérios de seleção e distribuição dos recursos e demais condições das operações de crédito rural, observadas as balizas legais.

De acordo com o Decreto n.º 58.380/1966 (conforme redação dada pelo Decreto n.º 8.769/2016), que aprovou o regulamento da Lei 4.829/1965, são modalidades de crédito rural:

a) custeio (para cobrir as despesas normais dos ciclos de produção agrícola ou pecuária);

b) investimento (para aquisição de bens e serviços, cujo desfrute se realize no curso de vários períodos de produção);

c) comercialização (quando destinado a cobrir despesas próprias da fase sucessiva à coleta da produção, sua estocagem, transporte ou à monetização de títulos oriundos da venda pelos produtores); e

d) industrialização de produtos agropecuários (quando efetuada por cooperativas ou pelo produtor na sua própria propriedade rural [21].

Conforme os dados publicados pelo Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (MAPA) no Balanço de Financiamento Agropecuário da Safra 2019/2020[22], a maior parte dos financiamentos contratados pelos produtores rurais na corrente safra foi destinado ao custeio da produção, sendo constatado aumento de 9% (nove por cento) no crédito destinado a investimento.

O Decreto n.º 58.380/1966 estabeleceu, ainda, que o suprimento de recursos destinados ao crédito rural fosse realizado por instituições financeiras, "assim consideradas as pessoas jurídicas públicas, privadas ou de economia mista que tenham como atividades principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros" (art. 2º)[23], afigurando-se o Tesouro Nacional, durante muitos anos, como a principal fonte do crédito rural no Brasil[24].

Contudo, a partir da década de 1980, os recursos públicos passaram a escassear em decorrência das restrições impostas pela política monetária e fiscal de então, ambas submetidas a rígidos controles institucionais, reduzindo-se

17 Banco Central do Brasil (BACEN), Banco do Brasil S.A., Banco da Amazônia S.A. e Banco do Nordeste do Brasil S.A.

18 Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES); agências de fomento, bancos estaduais, inclusive de desenvolvimento, bancos privados, Caixa Econômica Federal (CEF), cooperativas autorizadas a operar em crédito rural e sociedades de crédito, financiamento e investimento; e instituições integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE).

19 Os órgãos oficiais de valorização regional e entidades de prestação de assistência técnica, cujos serviços as instituições financeiras venham a utilizar em conjugação com o crédito, mediante convênio.

20 BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). *Circular n. 1.536, de 3 de outubro de 1989*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1989/pdf/circ_1536_v1_O.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

21 BRASIL. Decreto n .º 58.380, de 10 de maio de 1966. *Aprova o Regulamento da Lei que Institucionaliza o Crédito Rural*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D58380.htm. Acesso em: 25 jan. de 2020.

22 MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO (MAPA). *Balanço de Financiamento Agropecuário da Safra 2019/2020*. Disponível em: https://www.gov.br/agricultura/pt-br. Acesso em: 20 mai. 2020.

23 BRASIL. Decreto n .º 58.380, de 10 de maio de 1966. *Aprova o Regulamento da Lei que Institucionaliza o Crédito Rural*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D58380.htm. Acesso em: 25 jan. de 2020.

24 MICELI, W. M. *Derivativos de Agronegócios: gestão de riscos de mercado*. Saint Paul Editora, São Paulo, 2011, p. 35.

gradualmente as intervenções públicas nos mercados agropecuários[25] e ampliando-se as fontes alternativas de financiamento rural de caráter privado. A partir de então, o Poder Público passou a atuar com ênfase na regulação do financiamento rural.

2.2. Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio

Como visto acima, o sistema de financiamento agropecuário brasileiro era, na origem, eminentemente público. Ocorre que, por motivos diversos e de forma crescente, a iniciativa privada passou a assumir papel de destaque na oferta de financiamento para custeio, armazenagem, comercialização, industrialização e investimentos na atividade agroindustrial.

Nesse contexto de exaurimento de recursos públicos para financiamento das atividades rurais, cumpre destacar a criação da Cédula de Produto Rural (CPR), disciplinada pela Lei nº 8.929/1994, título cambial versátil e de largo uso nos financiamentos privados da produção Brasil[26], cuja finalidade é financiar o produtor, pessoa física ou jurídica (inclusive aquela com objeto social que compreenda a produção rural em caráter não exclusivo), bem como as cooperativas agropecuárias e associações de produtores rurais, no custeio da produção, da comercialização e da industrialização dos produtos rurais.

A CPR permite ao emitente vender antecipadamente a produção agropecuária e comporta duas modalidades, quais sejam, a CPR física – cuja liquidação se dá com a entrega física da mercadoria, e a CPR financeira – que possibilita o pagamento em dinheiro como alternativa ao pagamento em produto.

Por meio de recente alteração legislativa[27], passou-se a admitir a emissão da CPR por processos eletrônicos ou digitais, através de sistema eletrônico de escrituração gerido por entidade autorizada pelo Banco Central do Brasil, a denominada CPR digital ou e-CPR.

A aludida inovação concede maior agilidade e maior segurança na contratação do financiamento da safra, além de possibilitar a interoperabilidade de registros do título em câmaras registradoras autorizadas pelo Banco Central do Brasil, de forma a facilitar a transferência de garantias e de escrituração dos direitos creditórios, importante avanço, considerando que a Cédula de Produto Rural é o principal lastro nas operações de crédito com outros títulos financeiros, como a Letra de Crédito do Agronegócio (LCA), o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA) e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA).

A Lei n.º 11.076/2004, por seu turno, inspirada pelo avanço dos negócios rurais promovidos pela CPR, inovou por meio da criação de instrumentos para

---

[25] PERIN JUNIOR, E.; BURANELLO, R. "Constituição econômica, política agrícola e sistema privado de financiamento do agronegócio". In: BURANELLO, R.; SOUZA, A. R. P. de.; PERIN JUNIOR, E. (coord.). *Direito do agronegócio: mercado, regulação, tributação e meio ambiente*. Quartier Latin, São Paulo, 2011, pp. 42-64.

[26] COELHO, F. U. "Títulos do agronegócio". In: BURANELLO, R.; SOUZA, A. R. P. de.; PERIN JUNIOR, E. (coord.). *Direito do agronegócio: mercado, regulação, tributação e meio ambiente*. Quartier Latin, São Paulo, 2011, pp. 366-380.

[27] BRASIL, Lei n.º13.986, de 7 de abril de 2020. *Institui o Fundo Garantidor Solidário (FGS); dispõe sobre o patrimônio rural em afetação, a Cédula Imobiliária Rural (CIR), a escrituração de títulos de crédito e a concessão de subvenção econômica para empresas cerealistas; altera as Leis nºs 8.427, de 27 de maio de 1992, 8.929, de 22 de agosto de 1994, 11.076, de 30 de dezembro de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.865, de 9 de outubro de 2013, 5.709, de 7 de outubro de 1971, 6.634, de 2 de maio de 1979, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.827, de 27 de setembro de 1989, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.169, de 29 de dezembro de 2000, 11.116, de 18 de maio de 2005, 12.810, de 15 de maio de 2013, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 13.576, de 26 de dezembro de 2017, e o Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967; revoga dispositivos das Leis nºs 4.728, de 14 de julho de 1965, e 13.476, de 28 de agosto de 2017, e dos Decretos-Leis nºs 13, de 18 de julho de 1966; 14, de 29 de julho de 1966; e 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13986.htm#art42. Acesso em: 20 abr. 2020.

viabilizar a captação de recursos para financiamento do agronegócio no mercado de capitais. De acordo com Palermo[28], citado diploma legal possibilitou a emissão de papéis pelas entidades jurídicas participantes da cadeia produtiva do agronegócio com isenção do Imposto sobre Operações de Crédito, Câmbio e Seguros (IOF). São títulos instituídos pela Lei n.º 11.076/2004: o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio (CDCA), a Letra de Câmbio do Agronegócio (LCA), o Certificado de Recebíveis do Agronegócio (CRA), o Certificado de Depósito Agropecuário (CDA) e o *Warrant* Agropecuário (WA).

Em adição aos títulos supramencionados, a Instrução n.º 422/2005 da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) regulamentou a Nota Comercial do Agronegócio, também denominada por *agrinote*. Trata-se de nota promissória comercial para distribuição pública emitida por companhias, sociedades limitadas e cooperativas que tenham por atividade a produção, comercialização, beneficiamento ou industrialização de produtos ou insumos agropecuários, ou de máquinas e implementos utilizados na atividade agropecuária.

Sob outro viés, no contexto contratual de proteção de risco, destaca-se a utilização do mecanismo de *hedge,* por meio do qual "propicia-se proteção contra os efeitos adversos de variáveis sobre as quais as empresas ou países não possuem pleno controle"[29], largamente empregado no âmbito do agronegócio brasileiro.

Ademais, diante da globalização dos mercados de *commodities* agrícolas e da crescente demanda global por alimentos, o financiamento por capital estrangeiro se mostra fundamental para o desenvolvimento das atividades que integram a cadeia do agronegócio brasileiro, podendo ocorrer tanto pela capitação direta pelo produtor rural ou agroindústria junto ao mercado externo, como por meio da capitação indireta do capital estrangeiro junto às instituições financeiras nacionais[30].

A este respeito, segundo dados divulgados pela Conferência das Nações Unidas para o Comércio e Desenvolvimento (UNCTAD), o Brasil foi o quarto[31] principal destino de investimentos estrangeiros no mundo em 2019, tendo recebido US$ 75 bilhões de dólares em investimentos externos no ano passado.

Demonstrada a importância do crédito rural e do financiamento privado para o desenvolvimento das atividades agroindustriais no Brasil, passa-se à análise do desenvolvimento sustentável como fundamento da ordem econômica brasileira e do papel estratégico que a regulação bancária ocupa na promoção da sustentabilidade das cadeias produtivas agropecuárias.

3. Regulação bancária e desenvolvimento sustentável

A crise do meio ambiente, desvelada no século XX, assim como a complexidade e a universalidade dos problemas ecológicos emergentes, inaugurou um processo global de instituição de normas jurídicas de proteção ambiental[32].

Alinhada a esse movimento em âmbito global, a Constituição Brasileira de 1988 tornou-se um marco histórico na proteção constitucional ambiental no país,

[28] PALERMO, D. M. "Novos títulos privados do agronegócio". In: SAVOIA, J. R. F. (coord.) *Agronegócio no Brasil: uma perspectiva financeira*. Saint Paul Editora, São Paulo, 2011.
[29] MICELI, W. M. *Derivativos de Agronegócios: gestão de riscos de mercado*. Saint Paul Editora, São Paulo, 2011.
[30] FAILLA, W. R. da G. S.. "A importância do capital estrangeiro no financiamento do agronegócio e regime jurídico dos adiantamentos dos contratos de câmbio". In: BURANELLO, R.; SOUZA, A. R. P. de; PERIN JUNIOR, E. (coord.). *Direito do agronegócio: mercado, regulação, tributação e meio ambiente*. Vol. 2. Quartier Latin, São Paulo, 2013, pp. 415-442.
[31] Trata-se do total de investimento estrangeiro, e não especificamente do investimento relacionado ao agronegócio. O país ficou atrás apenas dos Estados Unidos, da China e de Cingapura.
[32] BELCHIOR, G. P. N. *Hermenêutica jurídica ambiental*. São Paulo: Saraiva, 2011.

dedicando um capítulo próprio à proteção do meio ambiente e atribuindo à propriedade privada uma função socioambiental[33].

O processo de constitucionalização do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado no Brasil resultou no estabelecimento de um dever genérico de não degradar, bem assim na imposição de limites constitucionais intransponíveis quando da formulação de políticas públicas, o que inclui a política agrícola, e o crédito rural enquanto seu principal instrumento, além do próprio sistema financeiro como um todo.

Nesse sentido, Fiorillo e Pereira destacam que:

A Constituição Federal brasileira posicionou o bem jurídico ambiental e, consequentemente, a proteção ao meio ambiente, com relevante destaque, pondo-o a salvo tanto entre direitos e garantias fundamentais, bem como instrumento da ordem econômica, definindo o sentido, alcance e a finalidade desta proteção, enveredando por conceitos transdisciplinares, que lhe são inerentes, o que fez através do art. 225, insculpindo verdadeiro princípio do meio ambiente ecologicamente equilibrado, como bem de uso comum do povo.

Tal contribuição permitiu o redimensionamento do tratamento dogmático do novo ramo do Direito, refletindo em sua aplicação pela sociedade, Poder Público e Judiciário, notadamente, através da recepção dos princípios norteadores da Política Nacional do Meio Ambiente, alçados ao plano das garantias e dos princípios da ordem econômica, visando a instrumentalizar a utilização dos recursos naturais renováveis nos limites e, a partir dos ditames protecionistas a que se propôs o legislador constituinte, vinculando-o intrinsecamente à dignidade da pessoa humana.[34]

Com efeito, Derani[35] salienta que a interpretação dos objetivos previstos no artigos 170 (Da Ordem Econômica) e 225 (Do Meio Ambiente) da Constituição Federal deve ser no sentido de harmonizar "o relacionamento do desenvolvimento produtivo com a utilização sustentada da natureza".

3.1. Sistema financeiro e Política Nacional do Meio Ambiente

A atividade agroindustrial é exposta a inúmeros riscos, com destaque aos riscos ambientais, sendo evidente que existe uma proporção entre a exposição do financiador aos riscos da atividade a ser financiada e o custo do crédito, ou seja, quanto maior o risco daquele que concede o crédito, maior tende a ser a remuneração exigida em contrapartida ao crédito[36].

Desse modo, uma política ambiental vinculada a uma política econômica, assentada nos pressupostos do desenvolvimento sustentável, é essencial como estratégia de risco destinada a minimizar a tensão potencial entre o desenvolvimento econômico e a sustentabilidade[37].

Na legislação brasileira é possível encontrar disposições específicas quanto à responsabilidade ambiental indireta dos agentes financiadores por danos ambientais decorrentes dos projetos ou atividades por estes financiados, as quais são aplicadas às instituições financeiras e demais agentes que atuam na concessão do crédito rural.

---

[33] MERIDA, C.; SILVA, A. V. da. "Pagamento por Serviços Ambientais à Luz do Paradigma Constitucional da Sustentabilidade: a utilização de mecanismos de incentivo para consecução do direito fundamental à água potável". In: LARA MARTINS, R.; COELHO, S. P. *Direito e sustentabilidade nos 30 anos da constituição: experiências e desafios no âmbito do direito ambiental, urbanístico, mineral e agrário.* Editora Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2018. p. 121-140.

[34]FIORILLO, C. A. P.; FERREIRA, R. M.. "Proteção jurídica do meio ambiente na Constituição brasileira". In: CUNHA, B. P. da; AUGUSTIN, S. (orgs.). *Sustentabilidade ambiental: estudos jurídicos e sociais*. Educs, Caxias do Sul, 2014, p. 87.

[35] DERANI, C. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. Saraiva, São Paulo, 2009, p. 103.

[36]ARAUJO, P.; LOUREIRO, V.; DINIZ, N. "Limites da responsabilidade ambiental do financiador do agronegócio: uma análise baseada na jurisprudência do STJ". In: ZANCHIM, K. L. (coord.). *Direito empresarial e agronegócio*. Quartier Latin, São Paulo, 2016, pp. 152-164.

[37] DERANI, C. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. Saraiva, São Paulo, 2009.

Nesse sentido, se sobressai o art. 12 da Lei 6.938/1981[38], que estabelece a Política Nacional do Meio Ambiente, ao impor às instituições de financiamento e incentivos governamentais que condicionem a aprovação de financiamentos potencialmente danosos ao meio ambiente à obtenção de licença ambiental:

Art. 12 - As entidades e órgãos de financiamento e incentivos governamentais condicionarão a aprovação de projetos habilitados a esses benefícios ao licenciamento, na forma desta Lei, e ao cumprimento das normas, dos critérios e dos padrões expedidos pelo CONAMA.

Parágrafo único - As entidades e órgãos referidos no "*caput*" deste artigo deverão fazer constar dos projetos a realização de obras e aquisição de equipamentos destinados ao controle de degradação ambiental e à melhoria da qualidade do meio ambiente.

O Decreto que regulamenta a Lei da Política Nacional do Meio Ambiente[39] exige, ainda, que a autoridade ambiental responsável pelo licenciamento da atividade ou projeto financiado comunique o agente financeiro em caso de início ou continuidade da atividade ou projeto financiado sem a obtenção da respectiva licença.

A preocupação do Estado em estabelecer requisitos ambientais como condicionantes à concessão do crédito rural e ao financiamento da atividade agroindustrial no Brasil está presente em outras normas jurídicas, demonstrando que a regulação brasileira atinente à matéria busca coordenar a execução de políticas públicas ambientais com a atuação do Sistema Financeiro Nacional e alinhar as atividades das instituições financeiras ao desenvolvimento sustentável.

3.2. Demais legislação destinada à regulação ambiental dos agentes financiadores do agronegócio no Brasil

Ainda no que diz respeito à necessidade de observância de padrões ambientais por entidades que financiam projetos ou atividades agroindustriais, é de relevo salientar o disposto na Lei nº 11.105/2005 (Lei de Biossegurança)[40], que regulamenta os organismos geneticamente modificados (OGMs) no Brasil e impõe ao financiador o dever de exigir a apresentação de certificação emitida pela Comissão Técnica Nacional de Biossegurança (CTNBio) como condicionante ao financiamento de atividades e projetos que envolvam OGMs e seus derivados no país:

Art. 2º. [...]

§ 4º As organizações públicas e privadas, nacionais, estrangeiras ou internacionais, financiadoras ou patrocinadoras de atividades ou de projetos referidos no caput deste artigo devem exigir a apresentação de Certificado de Qualidade em Biossegurança, emitido pela CTNBio, sob pena de se tornarem co-responsáveis pelos eventuais efeitos decorrentes do descumprimento desta Lei ou de sua regulamentação.

Em palavras, aquele que financia assume o ônus de averiguar, no momento da concessão do financiamento, se o financiado está cumprindo a legislação

[38] BRASIL. Lei n.º 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 mai. 2020.

[39] Decreto Federal nº 99.274/1990.

[40] BRASIL, Lei n º11.105, de 24 de março de 2005. *Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º , 6º , 7º , 8º , 9º , 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

ambiental, sob pena de ser co-responsabilizado por eventuais danos que resultem da atividade ou projeto financiado em desacordo com a lei.

De modo semelhante, a Lei n.º 12.651/2012 (apelidada de "Novo Código Florestal")[41], também exige a comprovação, por proprietários de imóveis rurais, de inscrição no Cadastro Ambiental Rural (CAR), como condição para a concessão de crédito agrícola, em qualquer de suas modalidades.

No âmbito infralegal, destacam-se duas resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) acerca da matéria.

A Resolução CMN 3545/2008[42], destinada a regulamentar a concessão de credito rural a atividades agropecuárias desenvolvidas nas propriedades localizadas nos municípios que integram o Bioma Amazônia, que estebelce a exigência de documentação comprobatória de regularidade ambiental, além de outras condicionantes para aprovação do financiamento rural.

Já a Resolução CMN 3896/2010[43], que apresenta uma abordagem um pouco distinta, instituiu, no âmbito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), o Programa para Redução da Emissão de Gases de Efeito Estufa na Agricultura (Programa ABC), alinhado com os Objetivos do Desenvolvimento Sustentável da ONU[44] e com os compromissos assumidos pelo Brasil no Acordo de Paris sobre Mudanças Climáticas.

O Programa ABC, destinado a financiar a recuperação de áreas e pastagens degradadas; a implantação de sistemas de integração lavoura-pecuária, lavoura-floresta, pecuária-floresta ou lavoura-pecuária-floresta; e a implantação e manutenção de florestas comerciais ou destinadas à recomposição de reserva legal ou de áreas de preservação permanente; está subordinado às normas gerais do crédito rural e às condições especiais definidas na supracitada resolução do CMN, prevê prazos mais longos de carência para reembolso e taxa de juros menores que as taxas aplicadas a outras operações do crédito rural.

Assim, malgrado existam críticas quanto a sua efetividade, é possível afirmar que a regulação ambiental é uma tendência no sistema financeiro brasileiro de forma geral e, no financiamento do agronegócio, em especial. Principal segmento econômico do país, o agronegócio depende de condições climáticas favoráveis e dos recursos naturais, além de ser extremamente sensível aos riscos ambientais, razão pela qual tais riscos devem ser incorporados às análises de crédito destinado ao custeio, investimento, comercialização e industrialização das atividades agroindustriais.

Nesse passo, é preciso ter em mente que:

O cerne da emergência de políticas públicas ambientalmente sustentáveis aponta para o conteúdo e os elementos (atores) multidimensionais do processo da

---

[41] BRASIL. Lei n 1º 12.651, de 25 de maio de 2012. *Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 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 nºs 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: 20 mai. 2020.

[42] CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). Resolução nº 3.545, de 29 de fevereiro de 2008. *Altera o MCR 2-1 para estabelecer exigência de documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes, para fins de financiamento agropecuário no Bioma Amazônia. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2008/pdf/res_3545_v1_O.pdf. Acesso em: 25 mai. 2020.*

[43] CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). Resolução nº 3.896, de 17 de agosto de 2010. *Institui, no âmbito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), o Programa para Redução da Emissão de Gases de Efeito Estufa na Agricultura (Programa ABC)*. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-3896-2010_111667.html. Acesso em: 25 mai. 2020.

[44] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONU). *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (2015)*. Disponível em: https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/. Acesso em: 10 ago. 2019.

sustentabilidade, com o fortalecimento das instituições reguladoras. O ente regulador deverá se mostrar (e buscar) não apenas fiscalizador de cumprimento de normas, burocracias, mas ser um conciliador dos interesses, para um bem maior: a preservação do meio ambiente e mercado, com vistas ao desenvolvimento.[45]

Logo, sob o enfoque multidimensional da sustentabilidade[46], é imprescindível o engajamento do Poder Público – no estabelecimento de políticas ambientais e de financiamento público adequadas a um desenvolvimento que seja durável; dos produtores rurais[47] – na gestão dos ativos ambientais, na utilização de práticas com menores impactos ambientais, no planejamento da produção, da armazenagem e do escoamento das *commodities* agropecuárias e no investimento em novas tecnologias; e da sociedade – por meio do consumo consciente e sem desperdícios, para que sejam alcançados e mantidos padrões sustentáveis de produção no campo, na construção do que Freitas[48] denomina por "Agenda da Sustentabilidade", que deve ser convergente com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU[49] e com o Acordo de Paris sobre Mudanças Climáticas.

4. Sustentabilidade do sistema de financiamento do agronegócio e iniciativas de autorregulação

De acordo com o Professor Kern Alexandre[50], em que pese o setor bancário também ser afetado pelos desafios da sustentabilidade, as instituições financeiras exercem papel relevante na adaptação da economia às mudanças climáticas e na construção de mecanismos para gestão dos riscos ambientais. Esse protagonismo se justifica em razão de o setor bancário ser a fonte primária de crédito às empresas (além de ocupar crescente importância no financiamento do agronegócio, como já visto) e se apresenta de diversas maneiras:

By reallocating credit to more sustainable sectors of the economy and managing credit and market risks, banks contribute, in particular, to (1) reducing environmental sustainability risks, (2) mitigating the impact of these risks when they materialize, (3) adapting to the consequences of environmental change, and (4) supporting recovery when adverse environmental events cause massive disruptions.[51]

---

[45] PEREIRA, M. M. F. "Regulação e políticas públicas ambientalmente sustentáveis". In: CUNHA, B. P. da; AUGUSTIN, S. (orgs.). *Sustentabilidade ambiental: estudos jurídicos e sociais*. Educs, Caxias do Sul, 2014, p. 136.

[46] SACHS, I. *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável***.** Garamond, Rio de Janeiro, 2002.

[47] Consoante enfatiza o Buranello: "do empreendedor rural exigir-se-á, sob as sanções de ordem jurídica, um comportamento ambiental de caráter positivo, no sentido de planejar e tomar decisões para o desempenho de atividades agroindustriais de forma sustentável." In: BURANELLO, R. *Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio – regime jurídico*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Quartier Latin, São Paulo, 2011, p. 315.

[48] FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016.

[49] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONU). *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (2015)*. Disponível em: https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/. Acesso em: 10 ago. 2019.

[50] ALEXANDER, K. *Greening Banking Policy: paper in support of the G20 Green Finance Study Group*. University of Zurich, 2016, p. 9. Disponível em: http//:unepinquiry.org/wp-content/uploads/2016/09/10_Greening_Banking_Policy.pdf. Acesso em: 25 abr. 2018.

[51] Tradução livre para o português: "Realocando o crédito para mais setores sustentáveis da economia e gerenciando riscos de crédito e mercado, os bancos contribuem, em particular para: (1) reduzir os riscos de sustentabilidade ambiental, (2) mitigar o impacto desses riscos quando se materializam, (3) financiar a adaptação às consequências das mudanças ambientais; e (4) apoiar a recuperação quando eventos ambientais adversos causam desatres de grandes dimensões." In: ALEXANDER, K. *Greening Banking Policy: paper in support of the G20 Green Finance Study Group*. University of Zurich, 2016, p. 9. Disponível em: http//:unepinquiry.org/wp-content/uploads/2016/09/10_Greening_Banking_Policy.pdf. Acesso em: 25 abr. 2018.

A atuação estratégica do setor financeiro na construção de atividades agroindustriais sustentáveis pode se dar tanto para reduzir as atividades que geram impactos socioambientais negativos, como para fomentar as atividades que geram impactos positivos[52], haja vista que ao inserir o fator ambiental na análise de crédito e de risco, os bancos induzem comportamentos ambientalmente sustentáveis para que as os produtores rurais possam ter acesso a linhas de crédito especiais e/ou a taxas de juros reduzidas e melhores condições de pagamento.

Mas, afinal, o que leva as instituições financeiras privadas a atuarem de forma ambientalmente sustentável, reduzindo taxas de juros e estabelecendo linhas de financiamento verdes? Estudos apontam como principais razões para a atuação ambientalmente responsável e voluntária das instituições financeiras: a) as pressões jurídicas impostas pelo Estado, a exemplo da regulação de mercado e da responsabilização civil, penal ou administrativa; b) as pressões econômicas, como ganhos de competitividade, redução de custos, estratégias de diferenciação, políticas corporativas de gestão de riscos financeiros e de reputação; e c) as pressões sociais, tais como boicotes e publicidade negativa. Pereira[53] acrescenta que a globalização e a liberação de mercado são fatores que "têm levado a novos modelos institucionais na busca pelo equilíbrio de políticas de desenvolvimento econômico e ambientais, as quais levam a empreendimentos sustentáveis".

4.1 Iniciativas internas de autorregulação

No Brasil, o "Protocolo Verde" é a mais antiga e conhecida iniciativa que visa aprimorar estratégias de sustentabilidade no âmbito do mercado financeiro. Trata-se de uma carta de princípios ("Carta de Princípios para o Desenvolvimento Sustentável")[54] assinada inicialmente por instituições financeiras públicas, lideradas pelo BNDES, no ano de 1995[55], por meio da qual assumiram o compromisso de cumprir com um conjunto de medidas socioambientais que estabelecem políticas e práticas bancárias em harmonia com o desenvolvimento sustentável. Entre os dez princípios consagrados pelo "Protocolo Verde", destacamos os seguintes[56]:

2. Um setor financeiro dinâmico e versátil é fundamental para o desenvolvimento sustentável.
3. O setor bancário deve privilegiar de forma crescente o financiamento de projetos que não sejam agressivos ao meio ambiente ou que apresentem características de sustentabilidade.
4. Os riscos ambientais devem ser considerados nas análises e nas condições de financiamento.

[...]

7. As leis e regulamentações ambientais devem ser aplicadas e exigidas, cabendo aos bancos participar da sua divulgação.

---

[52] SOUZA, L. M. de. *Sistema financeiro e desenvolvimento sustentável: regulação, autorregulação, boas práticas, propostas de aprimoramento e de parâmetros para responsabilização em caso de danos socioambientais causados por atividades financeiras*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.

[53] PEREIRA, M. M. F. "Regulação e políticas públicas ambientalmente sustentáveis". In: CUNHA, B. P. da; AUGUSTIN, S. (orgs.). *Sustentabilidade ambiental: estudos jurídicos e sociais*. Educs, Caxias do Sul, 2014, p. 127.

[54] SOUZA, L. M. de. *Sistema financeiro e desenvolvimento sustentável: regulação, autorregulação, boas práticas, propostas de aprimoramento e de parâmetros para responsabilização em caso de danos socioambientais causados por atividades financeiras*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.

[55] ARAUJO, P.; LOUREIRO, V.; DINIZ, N. "Limites da responsabilidade ambiental do financiador do agronegócio: uma análise baseada na jurisprudência do STJ". In: ZANCHIM, K. L. (coord.). *Direito empresarial e agronegócio*. Quartier Latin, São Paulo, 2016, pp. 152-164.

[56] MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (MMA). *Carta de Princípios para o Desenvolvimento Sustentável.* Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/182/_arquivos/protocolo_verde_carta_de_intenes_1995.pdf. Acesso em: 27 mai. 2020.

Em 2008, o compromisso assumido em 1995 foi renovado, firmando-se uma nova versão do "Protocolo Verde" denominada "Protocolo de Intenções pela Responsabilidade Socioambiental", contendo princípios e diretrizes de caráter socioambientais aplicáveis à atividade das instituições financeiras signatárias, assim como em 2009, uma versão reduzida do documento foi firmada entre o Ministério do Meio Ambiente e a Federação Brasileira de Bancos (FEBRABAN), com o propósito de estender o compromisso às instituições financeiras privadas.

Ocorre que, segundo alerta Souza[57], os compromissos assumidos por meio dos Protocolos Verdes de 2008 e 2009 não foram plenamente implementados, deixando os documentos de vigorar, respectivamente, em 2013 e em 2014.

Ademais, a autora destaca que a FEBRABAN, na esteira da Resolução CMN nº 4.327/2014[58], que dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras, expediu o Normativo SARB (Sistema de Autorregulação Bancária) nº 14, de 29 de agosto de 2014, "com o objetivo de "detalhar em alguma medida os deveres das instituições financeiras relacionados ao desenvolvimento e implementação de suas Políticas de Responsabilidade Sociambiental."[59].

4.2. Principais iniciativas de autorregulação no âmbito internacional

Além das supramencionadas iniciativas existentes no plano interno, o Programa de Meio Ambiente das Nações Unidas (PNUMA) desenvolveu, a partir de 1992, diversos projetos relacionados ao papel estratégico das instituições financeiras na promoção do desenvolvimento sustentável no plano internacional, dos quais resultaram, exemplificativamente, os Princípios dos Investimentos Responsáveis (em inglês, *Principles for Responsable Investments – PRI*).

Em 2018, a PRI, organização global de investidores sediada em Londres e fundada em 2006, possuía mais de 2000 signatários no mundo, aproximadamente 50 instituições brasileiras, distribuídos em três categorias: proprietários de ativos (*asset owners*); gestores de ativos (*investment managers*) e prestadores de serviços relacionados (*professional service partners*). [60]

O PRI consiste em seis princípios básicos, de adesão voluntária, cuja finalidade é viabilizar a incorporação das questões socioambientais aos processos de análise, decisão e gestão de investimentos Um dos compromissos assumidos por seus membros é a entrega de um relatório anual, que tem informações divulgadas no site da organização na internet, contribuindo com a transparência das práticas socioambientais efetivamente adotadas. Este relatório é avaliado anualmente pelo PRI, em caráter confidencial.

---

[57] SOUZA, L. M. de. *Sistema financeiro e desenvolvimento sustentável: regulação, autorregulação, boas práticas, propostas de aprimoramento e de parâmetros para responsabilização em caso de danos socioambientais causados por atividades financeiras*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.

[58] CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014. *Dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf. Acesso em: 25 mai. 2020.

[59] SOUZA, L. M. de. *Sistema financeiro e desenvolvimento sustentável: regulação, autorregulação, boas práticas, propostas de aprimoramento e de parâmetros para responsabilização em caso de danos socioambientais causados por atividades financeiras*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.

[60] SOUZA, L. M. de. *Sistema financeiro e desenvolvimento sustentável: regulação, autorregulação, boas práticas, propostas de aprimoramento e de parâmetros para responsabilização em caso de danos socioambientais causados por atividades financeiras*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.

Como pontos fracos da iniciativa, Souza[61] aponta que o fornecimento de informações relacionadas à responsabilidade socioambiental se dá, em muitos casos, em nível principiológico e pouco aprofundado, assim como que as informações são prestadas em sistema de autodeclaração. Como pontos fortes, a autora enfatiza a qualidade dos estudos publicados pelo PRI e a sua contribuição na transparência quanto "à incorporação de critérios ambientais, sociais e de governança por investidores".

Ademais, não se pode deixar de mencionar os "Princípios do Equador", iniciativa pioneira de autorregulação no sistema financeiro. Tais princípios foram elaborados no ano de 2003, por dez dos maiores bancos de financiamento internacional de projetos (responsáveis por mais de um terço do total de investimentos em todo o mundo), com o objetivo de assegurar a sustentabilidade dos empreendimentos financiados e, desse modo, reduzir o risco de inadimplência[62].

A aplicação dos "Princípios do Equador" é baseada no estabelecimento de um *rating* socioambiental, elaborado pelas instituições financeiras, por meio do qual os projetos que buscam financiamento são avaliados quanto ao grau de risco – alto, médio ou baixo, exigindo-se Plano de Gestão Ambiental como condicionante à concessão do empréstimo.

A iniciativa sofre críticas quanto à ausência de mecanismos com critério objetivo para aferir a sua efetividade[63], além de ser aplicável a uma parcela restrita do crédito (apenas aproximadamente 5% das operações de financiamento se enquadram nos critérios de valor e demais diretrizes preconizadas pelos "Princípios do Equador")[64].

Salientam-se, ainda, sem pretender esgotar o tema, as seguintes iniciativas internacionais de autorregulação destinadas à promoção de práticas sustentáveis aplicáveis a instituições financeiras: a Declaração do Capital Natural, o Pacto Global da ONU, *Green Bonds Principles*, *Carbon Discloisure Project (CDP)* e o Grupo de estudos sobre Finanças Verdes do G20.

Por fim, Souza[65] enfatiza que muito embora essas iniciativas voluntárias contribuam com a transparência e melhoria da qualidade e quantidade das informações sobre as práticas sustentáveis adotadas pelo mercado financeiro, até o momento têm se mostrado insuficientes para garantir a adoção efetiva de boas práticas de sustentabilidade em larga escala e atrair capital para o financiamento da economia verde. Por outro lado, faltam diretrizes socioambientais específicas para os

---

[61] SOUZA, L. M. de. *Sistema financeiro e desenvolvimento sustentável: regulação, autorregulação, boas práticas, propostas de aprimoramento e de parâmetros para responsabilização em caso de danos socioambientais causados por atividades financeiras*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.

[62]Disponível em: https://equator-principles.com/wp-content/uploads/2018/01/equator_principles_portuguese_2013.pdf. Acesso em: 25 mai. 2020.

[63] WEBER, O.; ACHETA, E. The Equator Principles: ten teenage years of implementation and a search for outcome. *CIGI Papers* n. 24. Centre for International Governance Innovation. January 2014. Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/cigi_paper_no24_0.pdf. Acesso em: 30 ago. 2017.

[64] SOUZA, L. M. de. *Sistema financeiro e desenvolvimento sustentável: regulação, autorregulação, boas práticas, propostas de aprimoramento e de parâmetros para responsabilização em caso de danos socioambientais causados por atividades financeiras*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.

[65] SOUZA, L. M. de. *Sistema financeiro e desenvolvimento sustentável: regulação, autorregulação, boas práticas, propostas de aprimoramento e de parâmetros para responsabilização em caso de danos socioambientais causados por atividades financeiras*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.

setores econômicos mais sensíveis aos riscos ambientais, como é o caso do agronegócio[66].

5. Considerações Finais

O comércio internacional de *commodities* agropecuárias – que responde historicamente por parcela considerável do Produto Interno Bruto (PIB) e mantém taxa de crescimento acentuada (com previsão de safra recorde de grãos para 2019/2020), é primordial para a dinâmica da economia brasileira.

Entretanto, para que as projeções de crescimento sejam sustentáveis, de modo a contribuir para o alcance das metas de aumento de produtividade e de produção de alimentos e redução de impactos ao meio ambiente, entre outras estabelecidas para cumprimento dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentáveis da ONU (em especial do ODS 2 – acabar com a fome, alcançar a segurança alimentar e melhoria da nutrição e promover a agricultura sustentável), o agronegócio brasileiro precisa gerir adequadamente os recursos naturais e a biodiversidade, implementando modos de produção que atendam aos pilares do desenvolvimento sustentável e respeitem os compromissos assumidos pelo País no Acordo de Paris para redução de gases de efeito estufa, sendo o denominado "financiamento verde" (ou seja, aquele que obedece a rigorosos padrões de sustentabilidade) uma das maneiras de incentivar uma mudança de paradigma na produção agropecuária orientada pelo e para o desenvolvimento sustentável.

É cediço que a exploração irracional dos recursos naturais, tais como o desmatamento de florestas, a poluição da água e do ar, a erosão do solo, a destruição da camada de ozônio e o aquecimento global impactam diretamente nos custos da atividade agroindustrial, especialmente sensível a riscos de índole ambiental.

Efetivamente, constatada a inter-relação e interdependência entre o desenvolvimento sustentável e o agronegócio, conclui-se que para a implementação de padrões sustentáveis de cultivo e produção agropecuária no Brasil é imprescindível que o setor financeiro passe a considerar as variáveis ambientais na gestão de ativos e no custo das taxas de financiamento rural. Portanto, o meio ambiente deve estar na pauta das estratégias estatais de políticas públicas orientadas ao desenvolvimento das atividades agroindustriais no Brasil.

Adicionalmente, é necessário reforço na regulação bancária, a fim de promover a redução dos impactos ambientais inerentes à atividade agroindustrial, assim como de alargar as fontes e as modalidades de financiamento do agronegócio que incentivem padrões ecologicamente éticos de investimento e custeio e o investimento em novas tecnologias que propiciem maior eficiência econômica, equidade social e aproveitamento racional dos recursos naturais, de modo a assegurar o compromisso de responsabilidade intergeracional preconizado na Constituição Federal e nos tratados e declarações internacionais firmados pelo Brasil, bem como garantir a sustentabilidade do sistema de financiamento do agronegócio brasileiro.

Por fim, é fundamental que as iniciativas de autorregulação e as medidas voluntárias em matéria de responsabilidade socioambiental adotadas por instituições financeiras atuantes na oferta de crédito aos produtores rurais sejam aprimoradas quanto aos mecanismos de monitoramento e que sejam criadas diretrizes socioambientais específicas para o financiamento do agronegócio, de forma a garantir a sua competitividade e sustentabilidade a longo prazo.

[66] SOUZA, L. M. "O papel da regulação bancária na construção do desenvolvimento sustentável". In: NUSDEO, A. M. de O.; TRENNEPOHL, T. (coords.). *Temas de direito ambiental econômico*. Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019, pp. 93-124.

REFERÊNCIAS

ALEXANDER, K. *Greening Banking Policy: paper in support of the G20 Green Finance Study Group*. University of Zurich, 2016. Disponível em: http//:unepinquiry.org/wp-content/uploads/2016/09/10_Greening_Banking_Policy.pdf. Acesso em: 25 abr. 2018.

ARAUJO, P.; LOUREIRO, V.; DINIZ, N. "Limites da responsabilidade ambiental do financiador do agronegócio: uma análise baseada na jurisprudência do STJ". In: ZANCHIM, K. L. (coord.). *Direito empresarial e agronegócio*. Editora Quartier Latin, São Paulo, 2016, pp. 152-164.

BANCO CENTRAL DO BRASIL (BACEN). *Circular n. 1.536, de 3 de outubro de 1989*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/circ/1989/pdf/circ_1536_v1_O.pdf. Acesso em: 10 abr. 2019.

BELCHIOR, G. P. N. *Hermenêutica jurídica ambiental*. Saraiva, São Paulo, 2011.

BRASIL. Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964. *Dispõe sobre o Estatuto da Terra, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4504.htm. Acesso em: 30 nov. 2019.

BRASIL. Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965. *Institucionaliza o crédito rural.* Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4829.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Decreto nº 58.380, de 10 de maio de 1966. *Aprova o Regulamento da Lei que Institucionaliza o Crédito Rural*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D58380.htm. Acesso em: 25 jan. de 2020.

BRASIL. Lei n.º 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 mai. 2020.

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

BRASIL, Lei nº 8.171, de 17 de janeiro de 1991. *Dispõe sobre a política agrícola*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8171.htm. Acesso em: 20 abr. 2019.

BRASIL. Lei nº 8.929, de 22 de agosto de 1994. *Institui a Cédula de Produto Rural, e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/l8929.htm. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. Lei nº 11.076, de 30 de dezembro de 2004. *Dispõe sobre o Certificado de Depósito Agropecuário – CDA, o Warrant Agropecuário – WA, o Certificado de Direitos Creditórios do Agronegócio – CDCA, a Letra de Crédito do Agronegócio – LCA e o Certificado de Recebíveis do Agronegócio – CRA, dá nova redação a dispositivos das Leis nºs 9.973, de 29 de maio de 2000, que dispõe sobre o sistema de armazenagem dos produtos agropecuários, 8.427, de 27 de maio de 1992, que dispõe sobre a concessão de subvenção econômica nas operações de crédito rural, 8.929, de 22 de agosto de 1994, que institui a Cédula de Produto Rural – CPR, 9.514, de 20 de novembro de 1997, que dispõe sobre o Sistema de Financiamento Imobiliário e institui a alienação fiduciária de coisa imóvel, e altera a Taxa de Fiscalização de que trata a Lei nº 7.940, de 20 de dezembro de 1989, e dá outras providências*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/lei/L11076.htm>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2019.

BRASIL, Lei n º11.105, de 24 de março de 2005. *Regulamenta os incisos II, IV e V do § 1º do art. 225 da Constituição Federal, estabelece normas de segurança e mecanismos de fiscalização de atividades que envolvam organismos geneticamente modificados – OGM e seus derivados, cria o Conselho Nacional de Biossegurança – CNBS, reestrutura a Comissão Técnica Nacional de Biossegurança – CTNBio, dispõe sobre a Política Nacional de Biossegurança – PNB, revoga a Lei nº 8.974, de 5 de janeiro de 1995, e a Medida Provisória nº 2.191-9, de 23 de agosto de 2001, e os arts. 5º , 6º , 7º , 8º , 9º , 10 e 16 da Lei nº 10.814, de 15 de dezembro de 2003, e dá outras*

providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2005/Lei/L11105.htm. Acesso em: 20 mai. 2020.

BRASIL. Lei n 1º 12.651, de 25 de maio de 2012. *Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nºs 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 nºs 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: 20 mai. 2020.

BRASIL, Lei n.º13.986, de 7 de abril de 2020. *Institui o Fundo Garantidor Solidário (FGS); dispõe sobre o patrimônio rural em afetação, a Cédula Imobiliária Rural (CIR), a escrituração de títulos de crédito e a concessão de subvenção econômica para empresas cerealistas; altera as Leis nºs 8.427, de 27 de maio de 1992, 8.929, de 22 de agosto de 1994, 11.076, de 30 de dezembro de 2004, 10.931, de 2 de agosto de 2004, 12.865, de 9 de outubro de 2013, 5.709, de 7 de outubro de 1971, 6.634, de 2 de maio de 1979, 6.015, de 31 de dezembro de 1973, 7.827, de 27 de setembro de 1989, 8.212, de 24 de julho de 1991, 10.169, de 29 de dezembro de 2000, 11.116, de 18 de maio de 2005, 12.810, de 15 de maio de 2013, 13.340, de 28 de setembro de 2016, 13.576, de 26 de dezembro de 2017, e o Decreto-Lei nº 167, de 14 de fevereiro de 1967; revoga dispositivos das Leis nºs 4.728, de 14 de julho de 1965, e 13.476, de 28 de agosto de 2017, e dos Decretos-Leis nºs 13, de 18 de julho de 1966; 14, de 29 de julho de 1966; e 73, de 21 de novembro de 1966; e dá outras providências*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2020/Lei/L13986.htm#art42. Acesso em: 20 abr. 2020.

BURANELLO, R. *Sistema Privado de Financiamento do Agronegócio – regime jurídico*. 2 ed. rev., atual. e ampl. Quartier Latin, São Paulo, 2011.

CALLADO, A. A. C. *Agronegócio*. 4. ed. Editora Atlas, São Paulo, 2015.

CEPEA. *Relatório do PIB do Agronegócio Brasileiro.* Outubro/2016. Disponível em: <http://www.cepea.esalq.usp.br/br/pib-do-agronegocio-brasileiro.aspx>. Acesso em: 09 de fevereiro de 2017.

COELHO, F. U. "Títulos do agronegócio". In: BURANELLO, R.; SOUZA, A. R. P. de.; PERIN JUNIOR, E. (Coord.). *Direito do agronegócio: mercado, regulação, tributação e meio ambiente*. Quartier Latin, São Paulo, 2011, pp. 366-380.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). Resolução CMN nº 3.545, de 29 de fevereiro de 2008. *Altera o MCR 2-1 para estabelecer exigência de documentação comprobatória de regularidade ambiental e outras condicionantes, para fins de financiamento agropecuário no Bioma Amazônia*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2008/pdf/res_3545_v1_O.pdf. Acesso em: 25 mai. 2020.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). Resolução nº 3.896, de 17 de agosto de 2010. *Institui, no âmbito do Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), o Programa para Redução da Emissão de Gases de Efeito Estufa na Agricultura (Programa ABC)*. Disponível em: https://www.normasbrasil.com.br/norma/resolucao-3896-2010_111667.html. Acesso em: 25 mai. 2020.

CONSELHO MONETÁRIO NACIONAL (CMN). Resolução nº 4.327, de 25 de abril de 2014. *Dispõe sobre as diretrizes que devem ser observadas no estabelecimento e na implementação da Política de Responsabilidade Socioambiental pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil*. Disponível em: https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/res/2014/pdf/res_4327_v1_O.pdf. Acesso em: 25 mai. 2020.

DERANI, C. *Direito ambiental econômico*. 3. ed. Saraiva, São Paulo, 2009.

FAILLA, W. R. da G. S. "A importância do capital estrangeiro no financiamento do agronegócio e regime jurídico dos adiantamentos dos contratos de câmbio". In: BURANELLO, R.; SOUZA, A. R. P. de.; PERIN JUNIOR, Elcio (Coord.). *Direito do agronegócio: mercado,*

regulação, tributação e meio ambiente. Vol. 2. Quartier Latin, São Paulo, 2013, pp. 415-442.

FIORILLO, C. A. P.; FERREIRA, R. M. "Proteção jurídica do meio ambiente na Constituição brasileira". In: CUNHA, B. P. da; AUGUSTIN, S. (orgs.). *Sustentabilidade ambiental: estudos jurídicos e sociais*. Educs, Caxias do Sul, 2014.

FREITAS, J. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 3. ed. Editora Fórum, Belo Horizonte, 2016.

MATTOS NETO, A. J. de. *Curso de direito agroambiental brasileiro*. Saraiva Educação, São Paulo, 2018.

MERIDA, C.; SILVA, A. V. da. "Pagamento por Serviços Ambientais à Luz do Paradigma Constitucional da Sustentabilidade: a utilização de mecanismos de incentivo para consecução do direito fundamental à água potável". In: LARA MARTINS, R.; COELHO, S. P. *Direito e sustentabilidade nos 30 anos da constituição: experiências e desafios no âmbito do direito ambiental, urbanístico, mineral e agrário.* Editora Tirant Lo Blanch, Florianópolis, 2018. p. 121-140.

MICELI, W. M. *Derivativos de Agronegócios: gestão de riscos de mercado*. Saint Paul Editora, São Paulo, 2011.

MINISTÉRIO DA AGRICULTURA, PECUÁRIA E ABASTECIMENTO (MAPA). *Balanço de Financiamento Agropecuário da Safra 2019/2020*. Disponível em: https://www.gov.br/agricultura/pt-br. Acesso em: 20 mai. 2020.

MINISTÉRIO DO MEIO AMBIENTE (MMA). *Carta de Princípios para o Desenvolvimento Sustentável.* Disponível em: https://www.mma.gov.br/estruturas/182/_arquivos/protocolo_verde_carta_de_intenes_1995.pdf. Acesso em: 27 mai. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS NO BRASIL (ONU). *Objetivos de Desenvolvimento Sustentável (2015).* Disponível em: https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/. Acesso em: 10 ago. 2019.

PALERMO, D. M. "Novos títulos privados do agronegócio". In SAVOIA, J. R. F. (coord.) *Agronegócio no Brasil: uma perspectiva financeira*. Saint Paul Editora, São Paulo, 2011.

PEREIRA, M. M. F. "Regulação e políticas públicas ambientalmente sustentáveis". In: CUNHA, B. P. da; AUGUSTIN, S. (orgs.). *Sustentabilidade ambiental: estudos jurídicos e sociais*. Educs, Caxias do Sul, 2014.

PERIN JUNIOR, E.; BURANELLO, R. "Constituição econômica, política agrícola e sistema privado de financiamento do agronegócio". In: BURANELLO, R.; SOUZA, A. R. P. de.; PERIN JUNIOR, E. (coord.). *Direito do agronegócio: mercado, regulação, tributação e meio ambiente*. Quartier Latin, São Paulo, 2011, pp. 42-64.

SACHS, I. *Caminhos para o Desenvolvimento Sustentável***.** Garamond, Rio de Janeiro: 2002.

SOUZA, L. M. de. *Sistema financeiro e desenvolvimento sustentável: regulação, autorregulação, boas práticas, propostas de aprimoramento e de parâmetros para responsabilização em caso de danos socioambientais causados por atividades financeiras*. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2018.

SOUZA, L. M de. "O papel da regulação bancária na construção do desenvolvimento sustentável". In: NUSDEO, A. M. de O.; TRENNEPOHL, T. (coords.). *Temas de direito ambiental econômico*. Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019, pp. 93-124.

WEBER, O.; ACHETA, E. The Equator Principles: ten teenage years of implementation and a search for outcome. *CIGI Papers* n. 24. Centre for International Governance Innovation. January 2014. Disponível em: https://www.cigionline.org/sites/default/files/cigi_paper_no24_0.pdf. Acesso em: 30 ago. 2017.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 535-541
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

O direito achado na rua, o pluralismo jurídico crítico e as práticas emancipadoras

The law found on the street, the critical legal pluralism and the emancipatory practice

Alberto Carvalho Amaral [1]
Universidade de Brasília

Sumário: 1. Situando a temática do livro; 2. Reconhecer a legitimidade dos movimentos sociais; 3. Para uma teoria e prática emancipadoras; 4. Esboços conclusivos e novas práticas de justiça. Referências.

Resumo: Trata-se de resenha do livro "O direito achado na rua: concepção e prática", de José Geraldo de Sousa Júnior, volume 2, contendo 256 páginas e publicado, em 2015, pela Editora Lumen Juris (Rio de Janeiro), no qual o autor, com renomados coautores que lhe acompanham nos diversos capítulos, expõe, com todas as problemáticas inerentes, a proposta de O Direito Achado na Rua, de Roberto Lyra Filho, na perspectiva do pluralismo crítico da Novas Escola Jurídica Brasileira (NAIR). Discute-se sua viabilidade, os tensionamento advindos de um direito hegemônico que despreza os anseios sociais, bem como se ressalta a relevância de uma abordagem que compreenda e conecte as pessoas, com uma abordagem emancipatória.

Palavras chave: O Direito Achado na Rua; pluralismo jurídico crítico; acesso à justiça; teoria e prática emancipatórias.

Abstract: T his is a review of the book "The right found on the street: conception and practice", by José Geraldo de Sousa Júnior, vol. 2, containing 256 pages and published, in 2015, by Lumen Juris Publisher (Rio de Janeiro, Brazil), in which the author, with renowned co-authors accompanying him in several chapters, exposes, with all the inherent problems, the proposal of The Law Found in the Street, by Roberto Lyra Filho, from the perspective of critical pluralism of the New Brazilian Legal School (NAIR). It discusses its feasibility, the tensions arising from a hegemonic right that despises social desires, as well as highlighting the relevance of an approach that understands and connects people, with an emancipatory approach.

Keywords: The Law Found on the Street; Critical legal pluralism; access to justice; emancipating theory and practice.

[1] Doutorando em Sociologia (Universidade de Brasília). Mestre em Direito (Centro Universitário de Brasília). Idealizador e Coordenador do projeto "Defensoras e Defensores Populares do Distrito Federal". Editor-chefe da Revista da DPDF. Pesquisador de "O Direito Achado na Rua" (UnB). Integrante dos grupos de pesquisa Política Criminal (UniCEUB), Laboratório de Estudos Interdisciplinares sobre Acesso à Justiça e Direitos nas Américas (UnB) e Grupo Candango de Criminologia (UnB). Defensor Público do Distrito Federal.

Recibido: 11/02/2020
Aceptado: 31/05/2020

1. SITUANDO A TEMÁTICA DO LIVRO

O Direito Achado na Rua, indiscutivelmente, situa-se entre as grandes e inovadoras contribuições que o cenário jurídico brasileiro apresenta ao mundo jurídico[2], proposta que se vincula à Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR), no seio da Universidade de Brasília, que buscava integrar teoria à prática, por uma atuação crítica e voltada para a realidade, inclusive com aspirações epistemológicas e metodológicas próprias para melhor captar aquilo que foge da abstração jurídica e que, em seu âmago, parte de reflexões que se centralizam nas considerações teóricas de Roberto Lyra Filho, de seus diversos companheiros intelectuais e entusiastas que, no momento de surgimento dessa nova expressão do Direito, reuniam-se para formulação teórica, um adensamento bibliográfico marcado pela inovação e pela reflexividade, e, como nos instiga, com peculiar jogo de palavras, José Geraldo de Sousa Júnior, um "fundamentalismo fechado ao diálogo", focado no homem que se faz presente e que movimenta a história, mola propulsora e determinadora dos rumos sociais.

Nesta resenha, pretende-se analisar, sumariamente, a obra "O direito achado na rua: concepção e prática", de José Geraldo de Sousa Júnior, na qual são apresentas, com detalhamento, as linhas teóricas, discursivas e as práticas possibilitadas pelo pluralismo jurídico crítico assentado na proposta de O Direito Achado na Rua.

2. RECONHECER A LEGITIMIDADE DOS MOVIMENTOS SOCIAIS

Como obra coletiva, que demarca o terreno e a proposta de O Direito Achado na Rua, o livro também se caracteriza por ser um movimento coletivo que, abarcando e incrementando a relevante contribuição de Roberto Lyra Filho, doravante, reúne-se em torno de seu maior defensor e espírito propulsor da obra, que é José Geraldo de Sousa Júnior, acompanhado pela força pulsante de professores, estudiosos, alunos, líderes comunitários e parceiros de luta que também se dedicaram a contribuir nesta obra. Se o direito é a expressão que se obtém além da formalidade legalista, nas ruas e nos movimentos sociais, uma obra de consolidação desse projeto e dessa nova forma de visualizar o direito representa, pela união de seus diversos co-autores, em concretização dos ditames da proposição.

É, portanto, uma plataforma de discurso emancipatória, ou seja, para além das condições sociais, que são necessárias e relevantes, reivindica possibilidades teóricas com esse objetivo emancipador, adotando, como possível e plenamente realizável, um espírito e um sentido utópico do Direito, instrumento que, para além da conformação, deve servir para integração, exclusão de mazelas e ilegalidade. Os espaços públicos ganham espaço, como prática transformadora, formam sociabilidades reinventadas e possibilitam a abertura de consciência para novos sujeitos, propiciando cidadania e participação democrática[3]. É a partir da rua que os movimentos populares se desenham, se articulam, se representam e é esse espírito de rua, sempre em movimento, porém sempre atrelado à figura humana que a constitui, que irá repousar o potencial emancipatório de O Direito Achado na Rua, nessa práxis libertária.

---

[2] Ao comentar a proposta de pluralismo jurídico de o Direito Achado na Rua, Antonio Carlos Wolkmer assinala que ela "*abre toda una gama de sugerencias innovadoras para cuestionar y repensar en Brasil el tema dela 'pluralismo jurídico' a partir de nuevas bases de legitimación, asentadas en función de los movimientos sociales comprendidos como nuevos 'sujetos colectivos de Derecho'*." (*in* WOLMER, A. C., *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura el Derecho*, Ed. Dykinson, 2018, p. 324).

[3] SOUSA JÚNIOR, J. G. de. *O direito achado na rua: concepção e prática*, Vol. II, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015.

Dessa feita, o livro, em suas seções, irá desenhar as propostas, os resultados e os dilemas que definem os atuais desafios para O Direito Achado na Rua, sintetizados em capítulos que tratarão da concepção e prática, como resultado na Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR) e como dimensão epistemológica e orgânico-prática; sua história e desenvolvimento a partir e para além da crítica ao pensamento jurídico formal tradicional do direito positivo nacional; como uma realidade teórica, que dialoga e convive a partir da pesquisa, extensão e o ensino em direito e direitos humanos; e, também, ousará antever caminhos outros, que se anunciam como desafios, tarefas e perspectivas.

Porém, é necessário ressaltar a importância do texto introdutório, que nos é apresentado por José Geraldo de Sousa Júnior e que marcará uma experiência singular ao iniciar o caminho emancipador, libertário, crítico e humanista reivindicado em O Direito Achado na Rua.

A introdução é, ao mesmo tempo, a apresentação sucinta e instigante que se espera em um texto introdutório, porém e mais importante, é a consolidação de um conjunto teórico que revela toda a potencialidade argumentativa e praxiológica de O Direito Achado na Rua, como uma opção de concepção do pluralismo jurídico que se firma como espaço de resistência, de evidência e, sobretudo, de excelência, voltado para as realidades da rua e daqueles que, ao lhe darem vida, movimentam a sociedade e dinamizam as relações sociais, ancorados em preceitos metodológicos de rigor técnico na coleta de dados, na formatação do teor empirista da proposta e, primordialmente, que se volta para a realidade como o ponto inexorável para a própria justificação social.

A prática jurídica abstrata, formal, esvazia-se e obstaculiza a análise que poderia lhe dar legitimidade ímpar, que pode advir quando se buscam os verdadeiros destinatários das normas e das previsões institucionais-burocráticas, ou seja, o povo. E, diante da falácia positivista e de sua cultura abstrata, que parte de um nada ontológico para decidir definitivamente sobre a realidade concreta, que é vilipendiada e desnaturalizada pelo silogismo jurídico, reconhece-se as origens do crescente mal-estar na cultura jurídica, que perpassa, inclusive, os mais ferrenhos defensores dessa prática alienante e descontextualizada. O dogmatismo evita o reconhecimento claro, aberto e franco das ideologias que permitem compreender melhor as conformações e as deformações vivenciadas, sendo o direito um instrumento posto e que acaba ensimesmado, fortemente direcionado, porém imunizado das críticas por seus operadores, que, em seu âmago, foram treinados e conformados a uma premissa falaciosa.

O trabalho realizado na introdução é tão acurado e possui uma fluidez tão interessante, que pode ser considerada a grande síntese do complexo epistemológico que se agrega ao conceito de O Direito Achado na Rua. José Geraldo de Sousa Júnior, com maestria, convida o leitor a percorrer, com lucidez e clareza, as diferenças frontais e constitutivas dos campos do direito positivo tradicional e da proposta pluralista e crítica do Direito Achado na Rua, marcando com sensibilidade, em diversos pontos, uma visão humanitária e esperançosa que não se esgota na potencialidade abstrata de normas, mas na vida que ressignifica espaços, caminhos e pessoas.

Com essa proposta, José Geraldo nos conduz pelas tramas e vivências, desafios e experiências concretos de O Direito Achado na Rua, sempre fazendo ressugir, com atualidade e relevância, as palavras inaugurais de Roberto Lyra Filho, em um amálgama de pensamentos teóricos e ações práticas que, em síntese, dizem muito sobre o que se pretende e para o quê se pretende. A introdução marca e facilita os capítulos que se seguem, já que deixa claro para os leitores que, dentro dessa perspectiva, além das multiplicidades de fatores relevantes para o Direito, a crítica ao conservadorismo ou ao mito da imparcialidade do intérprete, irão tecer considerações que motivam os juristas a deixar o seu lugar de repouso e conforto, para abrir-se a possibilidades não-usuais, porém humanas e razoáveis.

A introdução, em si, ressignifica e posiciona esse, hoje, consolidado projeto de busca de um Direito menos formal, ao menos em sua aparência externalizada ou como ele se apresenta, deixando, por debaixo de togas e pelerines, as ideologias que o dominam e que o caracterizam, em nossa sociedade marcada pela discrepância remuneratória, cultural e social, com nítidos espaços demarcados e com violações gritantes que se perpetuam em rituais, nos quais, invariavelmente, o Judiciário e sua pretensão "anestésica"[4], de afastamento e isolamento ao tratar das complexidades e sentimentalidades humanas que lhe são cotidianamente apresentadas.

Ainda sobre a introdução, é necessário considera-la como um capítulo significativo, essencial para a compreensão e para o quadro teórico que se desenha, e que irá definir o posicionamento atual e vibrante que se espera de um direito que, para além da normatividade formalmente inscrita em códigos, leis e decisões, tenta ir ao encontro da força motriz e significante da sociedade, sua parte componente e que vive, muitas vezes, ao lado ou alijada desse direito.

Interessante que, em face do nascedouro e consolidação da proposta de O Direito Achado na Rua, surjam, concomitante, reações contrárias, pretensamente deslegitimadoras e, até, de embate frontal a essa versão do Direito que, em seus preceitos, exige um repensar sobre a origem do próprio direito e de sua legitimidade. Em muitos pontos, rediscutir como o direito advém, sua (pretensa) legitimidade e como ele opera, para uma sociedade marcada pela desigualdade social e por uma casta jurídica, muitas vezes alheia, porém decisiva no desenho estatal, tem a possibilidade de fazer corroer concepções fortemente engessadas no interior dos estudantes, profissionais e juristas, exigindo, ao menos, uma reflexão mínima, o que nem sempre é um ato confortável.

3. PARA UMA TEORIA E PRÁTICA EMANCIPADORAS

O Direito Achado na Rua exige, como pressuposto metodológico, um viés interdisciplinar e interinstitucional, e essa característica definirá os contornos que, hoje, delinearão as pesquisas desenvolvidas sob suas premissas. Como "fruto da reflexão e da prática de um grupo de intelectuais reunido num momento denominado Nova Escola Jurídica Brasileira, cujo principal expoente era o professor Roberto Lyra Filho que lhe indicou o nome traçou os contornos de seus fundamentos"[5], objetiva um trabalho político e teórico, compreendendo e refletindo sobre a atuação jurídica dos novos movimentos sociais e as experiências populares de criação do direito.

Na parte I, intitulada "O Direito achado na Rua: concepção e prática", os autores descrevem o nascimento da Nova Escola Jurídica Brasileira e sua importante missão de construir um percurso teórico voltado para a liberdade. Articulando-a com a necessária ampliação de significados do direito, que se direcionam a uma organização social legítima da sociedade, o Direito Achado na Rua se revelaria como produto e enunciação de uma nova práxis no direito.

A Nova Escola Jurídica Brasileira (NAIR), a despeito de, equivocadamente, poder ser compreendida como um espaço de reprodução dogmática, teve como pressuposto o reexame da versão estagnadora e estiolante do direito de forma a ressignificá-lo a partir de uma perspectiva democrática, anti-imperialista e militante. Essas novas dimensões reflexivas do direito, no âmbito da NAIR, ensejaram diferentes contribuições para a teoria do direito e as pesquisas jurídicas, mas também se inseriram no bojo da discussão política num panorama de reconstitucionalização

---

[4] SANCHEZ RUBIO, D. *Encantos e desencantos dos direitos humanos*: *de emancipações, libertações e dominações*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, p. 132; e SANCHEZ RUBIO, D. *Repensando los derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia,* Mad Ediciones, Madrid, 2007, p.138

[5] SOUSA JÚNIOR, J. G. de. *O direito achado na rua: concepção e prática*, Vol. II, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015, p. 3.

e de "Diretas Já", em que se reivindicavam direitos em face do cenário de violações à democracia daquele período.

Outrossim, esboçado em 1986, O Direito Achado na Rua traz em Roberto Lyra Filho seu idealizador, aliado à doutrina discutida na NAIR. Esse autor, construindo um esquema teórico que denominou "dialética social do direito", chama a atenção para a superação da tese e antítese que fundamentam o direito tradicional, de matiz silogista, devolvendo o fenômeno jurídico ao meio social, de onde surge, sinalizando para a existência dos diferentes mecanismos sociais em conflito e que não se esgotam na lógica mecanicista esvaziada da produção do direito conservador. A partir de uma formulação de que o direito se constitui em uma legítima organização social da liberdade, Roberto Lyra Filho constrói o edifício epistemológico de O Direito Achado na Rua.

Na parte II, "A fortuna crítica de O Direito Achado na Rua: história e desenvolvimento", busca-se delinear os pilares sociohistóricos que ensejaram a construção e o desenvolvimento teórico dessa linha crítica que, aliada a diferentes dimensões educativas e mobilizações sociais, estreita os laços entre a Universidade, o Direito e a Comunidade com vistas a construção de um projeto político de transformação social que aposta na potencialidade do sujeito coletivo de direito.

Um dos achados centrais de O Direito Achado na Rua reside na consideração de uma prática insurgente que rompa com a ideologia classista, que vê no direito uma circunstância de manutenção do *status quo*, refletida em diversos dispositivos jurídicos. Nesse sentido, O Direito Achado na Rua busca questionar a suposta aplicação neutra das normas pelos intérpretes do direito, pretendendo modificar a perspectiva, a partir da justiça social, mais especificamente, "a justiça dos oprimidos", na qual o objetivo é a superação da ideologia jurídica tradicional, reconhecendo, ainda, a articulação dos direitos com os direitos humanos e sua lógica operacional. Ao compreender a norma como reflexo societário, mais ou menos desigual, mas sempre legitimadora e com tendência conservadora[6], pode-se questionar os falsos pressupostos de igualdade e de substancialidade, que enunciam premissas que o ordenamento não conseguirá alcançar, exceto episodicamente.

Na parte III, "O Direito Achado na Rua: exigências críticas para a pesquisa, a extensão e o ensino em direito e em direitos humanos", são realçadas as suas contribuições epistemológicas e políticas, sendo, a práxis libertária, o fio condutor da ampliação de ações educativas, nos eixos Ensino, Pesquisa e Extensão, da Universidade de Brasília direcionadas aos estudantes e a comunidade em geral. Com o objetivo de cumprir o comando constitucional que delineia a universidade como um tripé constituído por ensino, pesquisa e extensão, O Direito Achado na Rua fortalece suas ações, articulando as contribuições epistemológicas e políticas, com a participação popular, seja pela educação jurídica popular, um ensino voltado para a emancipação, pelas assessorias jurídicas populares e por outras formas, como os Diálogos Libertários, que apostam em uma feição contrahegemônica, construída a partir de desenvolvimento de conhecimentos e habilidades voltadas para uma metodologia participativa.

Essa iniciativa parte da problematização de que o ensino jurídico se insere em um ciclo dogmático entre o ensino e a prática jurídica, fazendo sublinhar e ressaltar

[6] Ao analisar essa perspectiva a partir do conhecimento que é apresentado nas faculdades de Direito, Luciana Lombas Belmonte Amaral afirma que, "somado ao viés individualista, o positivismo jurídico extirpa do estudante de direito sua criatividade e autonomia crítica, inviabilizando o pensar fora do sistema jurídico tradicional, isto é, além do ordenamento jurídico-positivo (...) Ao assim fazê-lo, há uma rejeição da discussão do fenômeno jurídico como um produto pré-legislativo, de onde seria possível observar os interesses das classes e grupos dominantes" (BELMONTE AMARAL, L. L. *Ensino jurídico e educação em Direitos Humanos: entre hierarquias sociais e redes de poder do mundo do direito*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019, p.398).

que, nessa viciosidade da educação tradicional em direito, se ensina mal aquilo que se aprende (apreende) mal, já que desconsidera a essência que inaugura e legitima o próprio direito. Nesse contexto, a prática jurídica e a extensão universitária buscam romper com a cultura normativista e técnico-burocrática, instituída por grande parte dos cursos de direito, usualmente voltados para procedimentos e memorizações de normas e preceitos que, em essência, afastam-se dos ditames de justiça e vinculam-se a particularidade da produção jurisdicional desse direito deficitário.

Na última parte, intitulada "O Direito Achado na Rua: desafios, tarefas e perspectivas atuais", os autores refletem sobre as metodologias alçadas e a possível agenda para essa teoria crítica, ressaltando suas aproximações epistemológicas com o Pluralismo Jurídico na América Latina, as discussões sobre a de(s)colonização do saberes, a necessária articulação com a participação popular.

Considerando como reflexões que contribuíram e poderão contribuir para o construto epistemológico de O Direito Achado na Rua, ressalta-se o pluralismo jurídico e suas diferentes vertentes acadêmicas na América Latina, que, buscando realçar a função política do direito frente ao dogmatismo científico, tem, em uma perspectiva mais ampla do direito, uma ressignificação de seus conceitos e práticas. Além disso, situando o saber a partir da premissa de(s)colonial e de como os saberes do Sul global reproduzem ditames de subordinação, inferioridade ou de deslocamento, em face do Norte global, descortina-se uma possibilidade de intervenção e de aprofundamento teórico que pode ser incorporada à agenda de O Direito Achado na Rua.

Isso se justifica em razão de uma imersão e de aproximações a teóricos que, não usualmente, partem da crítica ao direito, especialmente nos campos da sociologia, mas que convergem nas críticas quanto à racionalidade científica, à hegemonia da organização político-estatal e de outras hegemonias culturais, como raça, sexo, e possibilita o diálogo construtivo objetivo, ao fim, na construção de uma ciência multifatorial e que vislumbra a complexidade, como, se pode relembrar, era uma dos elementos constitutivos de O Direito Achado na Rua para Roberto Lyra Filho. O novo, assim, dialoga, incrementa e possibilita um retorno, com objetivo de ampliar e aperfeiçoar, cenários e situações que serviram para a construção desse relevante campo teórico.

4. Esboços conclusivos e novas práticas de justiça

A obra e seus participantes nos inspiram e nos clamam à ação. Ação, aliás, que marca a bibliografia e a prática diária dos autores que continuam empunhar a bandeira de Roberto Lyra Filho, na busca por um direito emancipador e atento aos clamores populares por democracia e cidadania. Uma ação que não se esgota na teoria, mas que depende de seu aparato para manter-se, como diálogo aberto e relevante no embate a outras posições que esvaziam – sem esvaziar, mas dando um caráter de não intervenção – o decisivo papel operado pelas instituições jurídicos em prol de determinado cenário de valores e de vilipêndios. A teoria que pode, adequadamente, ensinar-se e ser ensinada com caráter liberador e empoderador.

É a partir dessa visualização de um direito mais vivido, mais humano, que repercute e que pode repercutir porque busca refletir os verdadeiros espíritos que o guiam e que não residem embaixo das togas ou nos cenários dos salões de casarões, mas na expressão primeira da cidadania e do clamor popular, a rua, esse símbolo que, como dispositivo, congrega o ideário de um direito atento à realidade e que não se furta de enfrenta-la.

Não há comportamentos neutros[7]. Ou, contextualizando mais uma vez e diante do cenário mundial e pátrio de esvaziamento de garantias e excessos

[7] V., a esse respeito, HERRERA FLORES, J. *La reinvención de los derechos humanos*, Ed. Atrapsueños, Sevilla, 2007, p.223; SANCHEZ RUBIO, D. *Encantos e desencantos dos direitos humanos*: *de emancipações, libertações e dominações*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre,

perpetrados, ainda cabe indagar se existiam juízes em Berlim? Para O Direito Achado na Rua, mais que se perguntar por juízes, se indaga se há direito ainda por essas terras. E a resposta é positiva, mas, para alcança-la, é necessário sair dos lares e dos gabinetes, para encontra-los nos caminhos, nas ruas e naqueles que dão vida à sociedade.

REFERÊNCIAS

BELMONTE AMARAL, L. L. *Ensino jurídico e educação em Direitos Humanos: entre hierarquias sociais e redes de poder do mundo do direito*, Ed. D'Plácido, Belo Horizonte, 2019, p.398.

BOURDIEU, P. *O poder simbólico*, Ed. Bertrand Brasil, Rio de Janeiro, 2001, p.313.

FOUCAULT, M. *Microfísica do poder*, 13 ed, Ed. Graal, Rio de Janeiro, 1998, p.290.

HERRERA FLORES, J. *La reinvención de los derechos humanos*, Ed. Atrapsueños, Sevilla, 2007, p.223.

SANCHEZ RUBIO, D. *Encantos e desencantos dos direitos humanos*: *de emancipações, libertações e dominações*, Ed. Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2014, p. 132.

SANCHEZ RUBIO, D. *Repensando los derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia,* Mad Ediciones, Madrid, 2007, p.138.

SOUSA JÚNIOR, J. G. de. *O direito achado na rua: concepção e prática*, Vol. II, Ed. Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2015, p.256.

WOLMER, A. C. *Pluralismo jurídico: fundamentos de una nueva cultura el Derecho*, 2 ed., Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p.324.

2014, p. 132; e SANCHEZ RUBIO, D. *Repensando los derechos humanos: de la anestesia a la sinestesia,* Mad Ediciones, Madrid, 2007, p.138.

© ***Cadernos de Dereito Actual*** Nº 13. Núm. Ordinario (2020), pp. 542-548
·ISSN 2340-860X - ·ISSNe 2386-5229

Una nueva sentencia que confirma la ineficacia del sistema de tutela del trabajador para los casos de despido arbitrario en Argentina

A new sentence confirming the ineffectiveness of the employee guardianship system for cases of arbitrary dismissal in Argentina

María Florencia Suárez[1]
Universidad Nacional de Santiago del Estero, Argentina

Sumario: I. Resumen. II. El comentario. 1. Sobre el despido. 1.2 Sobre la reparación de sus daños. III. Conclusión. IV. Bibliografía.

Resumen: El texto realiza un comentario cuestiones atinentes al despido y la reparación de los daños que este produce en una sentencia de la Cámara Nacional del Trabajo Agentina, Sala IV, del 23-10-2019, denominada "Barrera, Ramón Esteban c/cooperativa de provisión y Almacenes Mayoristas Almacor Limitada- ordinario – despido", por la cual se admite la demanda entablada por el Sr. Ramón Esteban Barrera, quien fuera despedido por la patronal, cuatro días después de realizar el reclamo salarial, alegando una falsa causa fundada en una inasistencia injustificada. El sentenciante resuelve que, tratándose de un despido inicialmente fundado en justa causa que no fue acreditada, el mismo deviene en incausado, admitiendo, entre otras cosas, la pretensión de resarcimiento por el daño moral reclamado.
Palabras clave: Despido- tutela laboral- daño moral.
Abstract: T The text makes a comment on issues related to the dismissal and the rapartion of the demages that this produces in a ruling of Cámara Nacional del Trabajo Agentina, Sala IV, del 23-10-2019, denominada "Barrera, Ramón Esteban c/cooperativa de provisión y Almacenes Mayoristas Almacor Limitada- ordinario – despido", which admits the lawsuits filed by Mr. Ramón Barrera, who was dismissed by the employer, four days after making the wage claim, alleging a false cause based on a unexcused absence. The sentencer resolves that, in the case of dismissal iniatially based on just cause, was not proven, it becomes incaused, admitting, among other things, the claim for compensation for the moral demage claimed.

Keywords: Dissmisal- labour protection- moral demage.

I. EL COMENTARIO

1. Sobre el despido.

El contrato de trabajo supone una relación de poder producto de la desigualdad económica que existe entre los sujetos que lo integran, la cual coloca al trabajador

[1] Abogada graduada de la Universidad Nacional de Córdoba (UNC - Argentina). Becaria Interna Doctoral del Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas (CONICET – Argentina) con lugar de trabajo en el Instituto de Estudios para el Desarrollo Social (Indes). Magister en Derecho del Trabajo .Universidad de Palermo (UP - Argentina). Especialista en Derecho del Trabajo por la Universidad de Salamanca y Castilla La Mancha (España). Docente de la Universidad Nacional de Santiago del Estero, (Argentina) e Integrante del Consejo de Redacción de la *Revista Digital Trabajo y Sociedad* (ISBN: 1514-6871) y del Grupo de investigación Estudios del Trabajo.mflorsua@gmail.com, nuevoindes@gmail.com.
Recibido: 08/03/2020
Aceptado: 30/05/2020

en una posición de inferioridad y debilidad contractual[2] frente a poderes que, desde siempre, goza el empleador y este carece (Goldín, 2014). Es decir, un mayor poder de negociación, antes de formalizar la relación laboral y un poder disciplinario[3], de dirección[4], ius variandi[5] y para despedir[6], después. Esto provoca, naturalmente, el ejercicio de una enorme coacción que pesa sobre el trabajador, quien en todo momento[7], teme a perder su puesto de trabajo. Capón Filas (1998) señalaba que el temor al despido y el consiguiente desempleo es un gran disciplinador social.

Por eso, se vislumbró la necesidad de reforzar su protección teórica y práctica a través de una serie de mecanismos y previsiones - como la protección contra el despido arbitrario[8] o el principio de continuidad del contrato de trabajo[9]- que contribuyeron a crear un marco legal de tutela diferenciada del trabajador, con normas de protección nacional e internacional que gozan, en algunos casos, de la máxima jerarquía constitucional[10].

Sin embargo, fallos como el presente, revelan la posibilidad de una mala utilización de la extinción (justificada falsamente o injustificada) del contrato de trabajo por parte del empleador; como mecanismo de represalia ante el ejercicio de determinados derechos legítimos de su dependiente; tales como afiliarse a la organización sindical, tomar parte en una medida de fuerza, reclamar el pago puntual de remuneraciones o el cumplimiento de cualquier otra obligación legal.

Se advierte, por lo tanto, un uso desviado y abusivo del despido en aquellos que son dispuestos con invocación de causas notoriamente ambiguas, falsas, insuficientes o imposibles de demostrar[11]; o bien en supuestos donde a pesar de que la causa efectivamente existe, esta ha sido directa o indirectamente provocada (Toscani Gimenez, 2009) -de manera dolosa y fraudulenta- por el empresario. Esto es, rescisiones en las que el empleador propicia o induce directamente el motivo legalmente previsto, para poder despedir con causa y aprovecharse así de una situación más beneficiosa o de indemnizaciones reducidas.

Nos preguntábamos si esto último era en verdad posible, cuando durante la redacción de estas líneas tuvo lugar el brote del nuevo coronavirus, que motivara la declaración de pandemia por COVID -19, por parte de la Organización Mundial de la Salud (OMS)[12] y con ella; la posibilidad de invocar[13] causas de falta o disminución de trabajo y fuerza mayor[14]para despedir[15], como consecuencia del actual contexto de emergencia pública en materia económica, financiera, fiscal, administrativa,

---

[2] Llamada hiposuficiencia
[3] Artículo 67 de la Ley de Contrato de Trabajo Argentina
[4] Artículo 65 de la LCT
[5] Artículo 66 de la LCT
[6] En Argentina, incluso sin la necesidad de expresar causa. Artículo 245 de la LCT
[7] Pero sobre todo en situaciones de crisis económica.
[8]Art. 14 bis de la Constitución Nacional Argentina.
[9]El Artículo. 90 y 10 de Ley de Contrato de Trabajo señalan una clara vocación de permanencia del contrato de trabajo, entendiendo que este se celebra por tiempo indeterminado y que en caso de duda debe estarse por la continuidad del mismo.
[10] Con la Reforma Constitucional de 1994 se incorporaron a nuestra Constitución Nacional, en el art 75 inc.22, diversos tratados internacionales sobre derechos humanos, consagrando con jerarquía constitucional y status supra legal: el derecho internacional de los derechos humanos.
[11]Pero que en realidad "esconden o enmascaran" otra causa. Especulando, en algunos casos, con las demoras del consiguiente proceso judicial o buscando una ventajosa negociación con el trabajador, por ejemplo.
[12]Declaración del 11 de marzo del 2020.
[13] De manera falsa, insuficiente o abusando del contexto de emergencia sanitaria.
[14] Artículo 247 de la LCT
[15]Esto fue prohibido por el Poder Ejecutivo mediante Decreto de Necesidad y Urgencia (DNU) 329/2020, del 31 de marzo del 2020, ante noticias de despidos y suspensiones dispuestos por el sector privado. https://www.pagina12.com.ar/257000-techint-avanzo-sobre-el-eslabon-mas-debil.

previsional, tarifaria, energética, sanitaria y social, según lo estableciera la Ley 27.541.

Algo similar ocurre, por ejemplo, con el ejercicio del ius variandi por el cual -si bien es cierto se prohíbe su aplicación sancionatoria[16]- se faculta al empleador a introducir cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación laboral, en tanto estos no resulten irrazonables; habilitando, caso contrario, al trabajador a darse por despedido sin causa de manera indirecta, mecanismo que resultaría menos resultaría ineficaz, como forma de tutela de los derechos del trabajador ante abusos o incumplimientos de la patronal[17].

También se podría plantear una "zona gris" y consiguiente ámbito propicio para arbitrariedades- o incluso despidos discriminatorios- con la rupturas contractuales motivadas en la salud del trabajador. El artículo 254 de la LCT, por ejemplo, prevé la posibilidad de despedir a un trabajador por incapacidad física o mental sobreviniente a la iniciación de la prestación de servicios. Imaginemos la situación cuando, producto de un accidente o enfermedad, resultase una disminución definitiva en la capacidad laboral del trabajador y éste no estuviere en condiciones de realizar las tareas que anteriormente cumplía. Según dicho artículo, el empleador debería asignarle otras que pueda ejecutar sin disminución de su remuneración. Pero si este no pudiera dar cumplimiento a esta obligación por causa que no le fuere imputable- o no se le pudiera imputar[18]- deberá abonar al trabajador una indemnización reducida[19].

En este marco y sin ir más lejos, la posibilidad otorgada al empleador de extinguir el contrato de trabajo sin ofrecer causa[20] y en cualquier oportunidad, en el sistema jurídico argentino, no hace más que acentuar, por un lado, aquella natural disparidad que existen entre los sujetos que integran el mismo y, por otro, constituir un elemento que acrecienta el carácter arbitrario y abusivo del mismo, ya que el trabajador se enfrenta a un acto profundamente lesivo para su persona sin siquiera poder pedir explicaciones a su empleador. De hecho, este constituye el recurso más utilizado para concretar despidos discriminatorios[21].

En este sentido, el tribunal caracterizó al despido represalia del Sr. Barrera como una relación género- especie con el despido discriminatorio, que se produce, directa o indirectamente, cuando el trabajador realiza una conducta lícita y como consecuencia de su actuar, el empleador lo despide o lo pone en situación de despido porque el actuar lítico del trabajador altera directa o indirectamente sus intereses. Esta representaría una medida "disciplinaria", que suele utilizarse por los empleadores como un despido "ejemplificador", para que el trabajador y sus compañeros (actuales y futuros) sepan qué actitudes pueden tomar y cuáles no, ya que desobedecer dicha directiva pondría en riesgo su fuente de trabajo y medio de subsistencia.

Lo anteriormente expuesto, nos permite sostener que, si la tarifa del despido no repara integralmente el daño -como veremos en el siguiente apartado- y si el acto

---

[16] A través del Artículo 69 de la LCT.

[17] Al respecto Barrera Nicholson (2006), señala que "sostener que cuando la ley dice que no se puede innovar en las condiciones y modalidades del trabajo, el empleador conserva su potestad de despedir aparece como claramente contradictorio. En primer lugar ¿el despido no significa que se innova, radicalmente diríamos, en las condiciones y modalidades del trabajo? No se nos escapa que la norma refiere a las condiciones en las que el trabajo se prestaba hasta el momento del conflicto, pero si no se puede modificar lo menos ¿se puede modificar lo más?" (P.3)

[18] El agregado me pertenece.

[19] Igual a la prevista en el artículo 247 de la LCT.

[20] Art. 245 de la LCT

[21] Incluso hay quienes sostienen, como Gastón Leandro Medina (2012), que la decisión unilateral del empleador de extinguir el contrato de trabajo sin que medie una causa objetiva de despido resulta ser, en sentido jurídico, un ostensible acto discriminatorio al interior del colectivo de trabajadores. Así, quien segrega a uno o más trabajadores sin razones objetivas, o sin explicar ni manifestar las existentes, ejerce una conducta jurídicamente discriminatoria al brindar un trato desigual a un sujeto de entre otros en igualdad de condiciones.

de despedir (con falsa causa o aún sin causa), suele funcionar como una sanción o represalia; o los que es peor, como recurso para encubrir actos discriminatorios o de simple conveniencia o especulación económica; cualquier ejercicio de derechos por parte del trabajador queda severamente limitado en un sistema de estabilidad impropia[22] como el nuestro.

1.2 Sobre la reparación de sus daños

Luego de establecer las características del despido (discriminatorio- represalia), el tribunal reconoció, entre otras cosas, la existencia de un daño extracontractual y admitió la pretensión de resarcimiento por el daño moral reclamado.

En primer lugar, habría que resaltar el carácter excepcional de la solución otorgada, que como bien aclara el fallo[23], es una medida que se da:

> "Cuando las condiciones en que se extinguió el ligamen muestran nítidamente la salida de ese estándar- ya de por sí nocivo para el trabajador- que queda comprendido en el remedio del art. 245 LCT. Esta indemnización adicional procede cuando la actitud de la empleadora excede el ámbito contractual en detrimento del trabajador, que por esta misma circunstancia no estaría cubierto por la tarifa. Dicha conducta excesiva deviene lesiva de bienes patrimoniales o extrapatrimoniales del dependiente, que acarrea la obligación de resarcir integralmente esos daños, pues el accionar supera parámetros razonables".

Solo ocasionalmente en nuestra praxis es reconocida la reparación de daños extrapatrimoniales. La regla general para los casos de despidos injustificados (o abusivos, discrecionales o incluso provocados, como hemos visto, salvo los discriminatorios), es la indemnización tarifada[24], a partir de la cual se repara la totalidad los perjuicios sufridos, es decir tanto el daño material; como moral emergente de la ruptura.

Esto nos ha llevado a preguntarnos tres cosas. Primero, si acaso en todos los supuestos de despidos sin causa, no se produce también una conducta lesiva que genera daños extracontractuales, al trabajador en su órbita extrapatrimonial (daños a su proyecto de vida, daños psicosomáticos, pérdida de chances y oportunidades, daño moral, etc.), los cuales no están incluidos en la tarifa pero que también merecerían que la reparación integral[25] en sede laboral, sea la regla y no la excepción en nuestro país.

Segundo, habida cuenta de la insuficiencia de la tarifa para reparar la totalidad de los daños producidos, ¿qué función cumpliría entonces la indemnización prevista en nuestro sistema jurídico, como consecuencia legal para los casos de despido sin causa? Ojeda (2008) describe, al menos, tres:

---

[22] Sistema de estabilidad receptado en nuestro país por el cual la relación de trabajo puede finalizar a instancias del empleador, sin invocación de causa alguna, siempre que cumpla con el pago de la indemnización tarifada prevista. Sin posibilidad de reclamar la nulidad del acto y reinstalación al puesto de trabajo.

[23] CNAT, Sala IV, 23-10-2019, "Barrera, Ramón Esteban c/cooperativa de provisión y Almacenes Mayoristas Almacor Limitada- ordinario – despido"

[24] La indemnización se encuentra tarifada en función de la antigüedad y la remuneración que poseía el trabajador al momento del despido, y limitada a un tope en relación al promedio de remuneraciones previstas en los convenios colectivos aplicables.

[25] Artículo 1740 del Nuevo Código Civil Argentino. Reparación plena. La reparación del daño debe ser plena. Consiste en la restitución de la situación del damnificado al estado anterior al hecho dañoso, sea por el pago en dinero o en especie. La víctima puede optar por el reintegro específico, excepto que sea parcial o totalmente imposible, excesivamente oneroso o abusivo, en cuyo caso se debe fijar en dinero. En el caso de daños derivados de la lesión del honor, la intimidad o la identidad personal, el juez puede, a pedido de parte, ordenar la publicación de la sentencia, o de sus partes pertinentes, a costa del responsable.

> La primera disuasiva- sancionatoria como técnica de protección del despido. Es decir que busca de manera preventiva desalentar al empleador a despedir sancionando la conducta antijurídica del empleador. La segunda función es la de amortiguar el desamparo económico subsiguiente. Esta posición hace hincapié en la situación del trabajador desocupado es decir en situación de paro forzoso. Se trataría entonces de una técnica preventiva que, basada en dicha finalidad, puede fundamentarse como un instrumento de la previsión social que el legislador puso a cargo del empleador y el estado. Y por último, la tercera es la función económica de reducción de los costos secundarios y terciarios. Con ella Ojeda expresa que cuando la función preventiva o disuasiva de la indemnización fracasa y el despido se concreta, surge el problema de identificar los daños causados y asignarlos, es decir imputar sobre cuál patrimonio han de recaer sus consecuencias, que claramente será el del empleador.

A las que podríamos agregar una cuarta descripta por Enrique Herrera, (como se cita en Brain, 2016) como "punitiva", porque funciona como sanción o penalidad ante el quiebre del principio de continuidad de la relación laboral.

Los autos en cuestión permiten refutar cada una de ellas y sostener que, en realidad, la reparación prevista en la ley no cumpliría, en principio, ninguna de las funciones para la que fue concebida. Pues, lejos de disuadir al empleador para despedir y proteger al trabajador, lo habilita a hacerlo, a través del art 245 de la LCT y de una serie situaciones que se muestran propicias para despedir abusivamente, como hemos visto. Tampoco puede sostenerse válidamente que dicha indemnización repare integralmente el daño que se produce, no solo porque excluya el daño moral, sino también porque según Brain (2016), esta ha sido dispuesta por el legislador teniendo en cuenta el mercado de trabajo y no al trabajador[26] y cubre el daño hacia atrás, "basándose en la antigüedad del trabajador, y no en las consecuencias inmediatas y mediatas que debe afrontar el trabajador y su grupo familiar, luego de su despido". Por lo tanto, tampoco amortizaría el desamparo económico subsiguiente. A decir verdad resulta difícil pensar que los trabajadores despedidos encuentren un empleo equivalente al que han perdido. En todo caso es más probable que logren incorporarse a un puesto de trabajo peor, o más precario que el que tenían. Menos aún, podría pensarse que esta funcione como sanción o penalidad para el empleador, quien puede determinar de antemano el costo de su accionar y especular con él.

En tercer y último lugar, recordando las palabras del tribunal en cuanto dispuso que tratándose de un despido inicialmente fundado en justa causa que no fue acreditada, el mismo deviene en incausado, nos preguntamos si es lo mismo un despido sin causa; que uno donde la causa alegada por el empleador nunca existió; o bien fue provocada por él mismo; haciendo un uso arbitrario[27] y abusivo[28] de este instituto y, si en tal caso, correspondería otorgarle idéntico tratamiento. O si en

---

[26] La tarifa no tiene en cuenta su situación personal y particular; sino la del empleador que posee un costo y que puede ser determinado de antemano.

[27] Al respecto aclara Bidart Campos (en La Constitución Reformada, T. II, Ed. Ediar 2009) señaló que "Parecería, a primera vista, que si el art. 14 bis impone la protección contra el despido arbitrario, deja desguarecido al que, sin serlo, carece de causa. No es así. Lo que ocurre es que, a nuestro criterio, una cosa es el despido que por su arbitrariedad resulta agraviante o injurioso para el empleado, y otra parcialmente distinta es el despido incausado". "Bidart Campos señala que se debe tener presente que cuando "el constituyente de 1957 califica al despido protegido con el adjetivo "arbitrario", hay que dar por cierto que ha usado el concepto tradicional de arbitrariedad que desde siempre acuñó la doctrina y la jurisprudencia". Entonces, "no todo despido sin causa es arbitrario y la sanción que se previere para el despido arbitrario debe ser más severa para el empleador que la establecida para el despido sin causa, puesto que nos encontramos ante un supuesto de ruptura de la relación laboral gravemente agraviante, injurioso, ofensivo e irrazonable".

[28] El artículo 10 del nuevo Código Civil dispone que la ley no ampara el ejercicio abusivo de derechos y faculta al juez a ordenar lo necesario para evitar los efectos del ejercicio abusivo o situación jurídica abusiva y, si correspondiere, procurar la reposición al estado de hecho anterior y fijar una indemnización.

realidad, estaríamos ante un acto doblemente ilícito. Nos referimos a un modo agravado de antijuridicidad del despido que lo tornaría doblemente reprochable. Si el despido sin causa constituye, en sí, un acto antijurídico, al dañar- injusta y arbitrariamente- al sujeto trabajador en su persona y en sus bienes, en violación a garantías constitucionales (Ar. 14 bis), el obrar doloso y fraudulento que se perpetra al invocar una falsa causa o intentar provocarla, configuraría una segunda situación más gravosa, no pudiendo acarrear la misma consecuencia que el anterior[29].

III. CONCLUSIÓN

El fallo revela una vez más insuficiencia del régimen de tutela vigente en Argentina y la ineficacia de la protección con la que debiera contar el trabajador para poder exigir el cumplimiento de los deberes por parte del empleador, como los salariales que reclamó el actor, por ejemplo. La reparación prevista en la ley (indemnización tarifada) no cumpliría, en principio, ninguna las funciones para la que fue concebida, al no protegerlo ni reparar integralmente el daño derivado de la pérdida del empleo en los casos de despidos represalia como el de Barrera; pero tampoco los casos de despido sin causa en general.

Lo que nos permite finalmente plantear si no es necesario someter a un nuevo examen el actual régimen de despido, en correspondencia con el constitucionalismo social, los derechos fundamentales y los derechos humanos constitucionalizados[30], para analizar si el mantenimiento del régimen indemnizatorio actualmente vigente no implica recortes inadmisibles en materia reparatoria.

IV. BIBLIOGRAFÍA

BIDART CAMPOS. *La Constitución Reformada*, Tomo II, Buenos Aires, Ediar, 2009.

BRAIN, DANIEL HORACIO. *La reparación tarifada e integral ante el despido arbitrario. Influencia y aplicación del Código Civil y Comercial de la Nación*. Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2016, P.193.

BARRERA NICHOLSON, Antonio. *Tres casos de despidos nulos. En fraude a la ley, discriminatorio e incausado,* (Inédito), 2006.

CAPON FILAS, Rodolfo. *Derecho del Trabajo, "Sentido del despido arbitrario",* Buenos Aires, Platense El Dial, DC9B5.

GOLDIN, Adrián O. *El derecho del trabajo: conceptos, instituciones y tendencias.* Buenos Aires, Ediar, 2014.

MEDINA, Gastón Leandro, "El despido incausado como acto discriminatorio", Revista Anales (Número 43). La Plata, Facultad de Cs. Juridicas y Sociales, 2012, P 353-363

[29] En España se los ha denominado "despidos en fraude de ley" y a pesar que no cuentan con recepción legal, existen antecedentes jurisprudenciales que los han sancionado con la nulidad del acto y correspondiente reinstalación del trabajador al puesto de trabajo.
https://elderecho.com/declaran-nulo-por-fraude-de-ley-el-despido-de-tres-trabajadores-del-sae
http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/34567/6/TFM_SuarezLopez,%20J.A.pdf

[30]Como el derecho al trabajo. Este aparece mencionado, con diversa formulación, principalmente en: la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) (artículo. 23.1), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) (artículo. 6) y en el sistema interamericano queda reconocido por el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 1996), que en su artículo 7 habilita, inclusive, a la readmisión al mismo en caso de despido sin justa causa. Todos ellos incluidos en el Art 75 inc. 22 de nuestra CN a partir de 1994.

OJEDA, Raúl Horacio. *Tratado de Derecho del Trabajo. Tomo IV. La Relación Individual del Trabajo- III*, Santa Fe, RubinzalCulzoni, 2008, P. 253-262.

TOSCANI GIMENEZ, Daniel, "*Garantía del trabajador frente al despido arbitrario, discrecional o provocado por el propio empresario*", Revista de Derecho Social, 46, España, Editorial Bomarz, P. 97 a 119.